



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CATANIA  
Facoltà di Giurisprudenza  
Dottorato in diritto commerciale – XXI ciclo

# Trasformazioni eterogenee di società di persone e in società di persone

Tesi di dottorato del  
dott. Luca Sebastiano Licciardello

Tutor:  
Chiar.mo Prof. AURELIO MIRONE

Coordinatore:  
Chiar.mo Prof. PIERPAOLO SANFILIPPO

## INDICE

### CAPITOLO I

#### IL PROBLEMA DELLA AMMISSIBILITA' DELLE TRASFORMAZIONI ETEROGENEE DI SOCIETA' DI PERSONE E IN SOCIETA' DI PERSONE

- 1) Il quadro normativo.....p. 3
- 2) La trasformazione come vicenda modificativa delle forme di gestione dell'impresa.....p. 12
- 3) L'ammissibilità delle trasformazioni eterogenee di e in società di persone: i termini del problema.....p. 27
- 4) Inesistenza di un principio di tipicità delle ipotesi di trasformazione.....p. 30
- 5) Assenza di ostacoli di carattere sistematico alla ammissibilità di operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone.....p. 45
  - 5.1) *Inesistenza di limiti derivanti dal (supposto) legame tra l'istituto della trasformazione eterogenea ed il fenomeno della c. d. neutralizzazione della causa negli enti associativi.....p. 45*
  - 5.2) *Inesistenza di limiti derivanti dall'esigenza di tutela dell'integrità del capitale della società o dell'ente che effettua la trasformazione.....p. 66*
- 6) Il problema dell'ammissibilità della trasformazione eterogenea di e in società di persone alla luce degli interessi coinvolti nell'operazione.....p. 72

## CAPITOLO II

### PROFILI DI DISCIPLINA DELLE TRASFORMAZIONI ETEROGENEE DI SOCIETA' DI PERSONE E IN SO- CIETA' DI PERSONE

|   |        |
|---|--------|
| 1)L'oggetto dell'analisi.....   | p. 84  |
| 2)L'applicabilità dell'opposizione dei creditori alle trasformazioni eterogenee di e in società di persone..... | p. 85  |
| 3)La tutela dei soci e dei componenti dell'ente. Maggioranze e procedimento deliberativo.....                   | p. 112 |
| 3.1)Le maggioranze richieste per l'assunzione della delibera.....   | p. 112 |
| 3.2)Il procedimento deliberativo.....   | p. 127 |
| 4)Gli effetti dell'invalidità della trasformazione eterogenea di e in società di persone.....                   | p. 132 |
| <br>  |        |
| BIBLIOGRAFIA.....   | p. 158 |

## CAPITOLO I

# IL PROBLEMA DELLA AMMISSIBILITA' DELLE TRASFORMAZIONI ETEROGENEE DI SOCIETA' DI PERSONE E IN SOCIETA' DI PERSONE

### 1) Il quadro normativo

L'obiettivo che con il presente lavoro ci si propone di raggiungere è quello di verificare se siano ammissibili le operazioni dirette di trasformazione eterogenea di e in società di persone – vale a dire operazioni che non siano articolate in una preventiva trasformazione in società di capitali ed in una successiva trasformazione in società di persone o in uno degli enti indicati negli artt. 2500 *septies* e *octies* cod. civ. – e, in caso di risposta positiva, di stabilire quali sia la disciplina applicabile alle stesse.

L'analisi del problema dell'ammissibilità di tali operazioni non può prescindere da una sommaria ricognizione delle principali modifiche normative introdotte dal legislatore con riferimento alla trasformazione.

E' noto infatti che, con la riforma del diritto societario, il quadro generale di riferimento è radicalmente mutato.

In primo luogo, si è passati da un assetto normativo scarno, costituito da tre sole disposizioni, e che richiedeva consistenti integrazioni da parte degli interpreti, ad una regolazione molto più dettagliata dell'istituto della trasformazione<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> E' noto infatti che: 1) E' stata estesa all'invalidità della trasformazione la regola della sanatoria già prevista per l'invalidità della fusione e della scissione, salvo il risarcimento del danno eventualmente spettante ai partecipanti all'ente trasformato ed ai terzi danneggiati dalla trasformazione (art. 2500-*bis* cod. civ.); 2) Si è chiarito che si può procedere alla tra-

In secondo luogo, con l'introduzione nel nostro ordinamento delle trasformazioni eterogenee, è stato ampliato in maniera consistente lo spettro degli enti che possono essere interessati da tale operazione.

Infatti, come è noto, la trasformazione non è più un fenomeno riservato alle sole società lucrative, previste nella Sezione I del Capo VIII del Titolo V del codice civile, ma può interessare anche enti quali le società cooperative, le società consortili, i consorzi, le associazioni, le fondazioni e le comunioni d'azienda.

In particolare, la trasformazione eterogenea può comportare: 1) il mutamento dello scopo della società accompagnato dal mutamento del tipo (nel caso di trasformazione di società lucrativa in cooperativa<sup>2</sup> o viceversa o nell'ipotesi trasformazione di società lucrati-

---

sformazione anche in presenza di una procedura concorsuale “purché non vi sia incompatibilità con le finalità o lo stato della stessa” (art. 2499 cod. civ.); 3) Accanto alla fattispecie della trasformazione omogenea c.d. progressiva di società di persone in società di capitali è stata specificamente disciplinata la fattispecie della trasformazione omogenea c.d. regressiva di società di capitali in società di persone (rimangono tuttora prive di disciplina specifica le ipotesi di trasformazione omogenea tra società di persone e tra società di capitali); 3) E' stata specificamente disciplinata l'assegnazione delle azioni o delle quote al socio d'opera (art. 2500-*quater* cod. civ. c. 2 e 3); 4) E' stata introdotta nell'ordinamento la categoria delle trasformazioni eterogenee: di società di capitali in consorzi, società consortili, società cooperative, associazioni non riconosciute, fondazioni e comunioni d'azienda (art. 2500-*septies* cod. civ.); di consorzi, società consortili, società cooperative non a mutualità prevalente, associazioni riconosciute, fondazioni e comunioni d'azienda in società di capitali (artt. 2500-*septies* e 2545-*decies* cod. civ.). Per entrambe le ipotesi è previsto che l'efficacia decorre non dal momento del compimento dell'ultimo degli adempimenti pubblicitari previsti, come avviene per la trasformazione omogenea, ma decorsi sessanta giorni da tale data; entro la scadenza di detto termine, i creditori possono proporre opposizione (art. 2500-*novies* cod. civ.)

<sup>2</sup> L'art. 2500-*septies* cod. civ. prevede la trasformazione di società di capitali in società cooperativa con il voto favorevole dei soci che rappresentino i due terzi del capitale sociale; l'art. 2545-*decies* cod. civ. consente la trasformazione delle società cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente in società o in consorzio; la deliberazione, di regola, deve essere approvata con il voto favorevole di almeno la metà dei soci della cooperativa; se i soci sono meno di cinquanta, occorre il consenso di almeno i due terzi di essi; se i soci sono più di diecimila, l'atto costitutivo può prevedere maggioranze più basse (il venti per cento per il quorum costitutivo ed il voto favorevole dei due terzi dei soci presenti o rappresentati); per le società cooperative che si trasformano l'art. 2545-*undecies* cod. civ. prevede l'obbligo della devoluzione ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione del “valore effettivo del patrimonio, dedotti il capitale versato e rivalutato e i dividendi non distribuiti, eventualmente aumentato fino a concorrenza dell'ammontare minimo del capita-

va in società consortile<sup>3</sup> di tipo diverso o viceversa); 2) il mutamento dello scopo della società senza mutamento del tipo (nel caso di trasformazione da società lucrativa a società consortile o viceversa dello stesso tipo)<sup>4</sup>; 3) il passaggio da una società lucrativa ad un ente non

---

le della nuova società, esistenti alla data della trasformazione”; ai sensi dell’art. 223-*quinquiesdecies*, 3° comma, disp. att. cod. civ., la trasformazione di società cooperative, costituite prima dell’entrata in vigore della riforma del diritto societario, prive delle c.d. clausole Basevi, non comporta obblighi di devoluzione ai fondi mutualistici.

<sup>3</sup> L’art. 2500-*septies* cod. civ. prevede la trasformazione di società di capitali in società consortile con il voto favorevole dei soci che rappresentino i due terzi del capitale sociale, ferma restando la necessità del consenso dei soci che a seguito della trasformazione assumono responsabilità illimitata; l’art. 2500-*octies* cod. civ. prevede la trasformazione di società consortile in società di capitali con la maggioranza richiesta dalla legge o dall’atto costitutivo per lo scioglimento anticipato. Pertanto: per le società consortili costituite in forma di s.n.c. o di s.a.s. è necessaria l’unanimità dei consensi ex art. 2272, n. 3 cod. civ.; per le società consortili costituite sotto forma di s.r.l. occorre il voto favorevole di almeno la metà del capitale sociale espresso in assemblea, salvo diversa previsione statutaria (art. 2479 cod. civ.); per le società consortili costituite in forma di s.p.a. occorre, in prima convocazione, il voto favorevole dei soci che rappresentino più della metà del capitale sociale, e, in seconda convocazione, il voto favorevole di tanti soci che rappresentino più di un terzo del capitale sociale (art. 2369 cod. civ.).

<sup>4</sup> Si rileva, sia pure incidentalmente, che la norma non chiarisce se il semplice mutamento di scopo della società da lucrativo a consortile – o viceversa – senza il cambiamento del tipo (ad es. passaggio da s.r.l. lucrativa a s.r.l. consortile) costituisca o meno un’ipotesi di trasformazione eterogenea. Per la soluzione positiva v. tra gli altri SPADA, *Dalla trasformazione della società alle trasformazioni di enti ed oltre in Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. 3, t. 3, Milano, 2005, p. 3884; ROSAPEPE, *Consorzi, società consortili e trasformazione eterogenea*, *Ivi*, vol. 3, t. 3, p. 3655; DI RIENZO, *Gli effetti della riforma sulla disciplina delle società consortili in Rivista delle società*, 2005, p. 222. Dello stesso tenore la Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, massima n. 20 del 18 marzo 2004 in *Rivista del notariato* 2004, III, p. 1083: “La trasformazione di società consortili in società non consortili e viceversa deve in ogni caso considerarsi trasformazione eterogenea con applicazione della relativa disciplina”. “Gli artt. 2500-*septies* e *octies* espressamente ricomprendono nell’ambito della trasformazione eterogenea la trasformazione di società consortili (di qualunque tipo) in società di capitali e la trasformazione di società di capitali in società consortili (di qualunque tipo). La disposizione dimostra l’intenzione del Legislatore di dare un particolare rilievo al cambio dello scopo da consortile in lucrativo e da lucrativo in consortile ed impedisce all’interprete di qualificare tale deliberazione come semplice modifica dell’oggetto. Quindi anche in tutti i casi di mutamento dell’oggetto da consortile in non consortile e viceversa dovranno applicarsi le disposizioni dettate dal Legislatore per la trasformazione eterogenea”. Il che rileva, non tanto per la sussistenza del diritto di recesso in capo ai soci assenti, dissenzienti o astenuti – tale diritto sorgerebbe anche qualora a tale operazione venisse attribuita la natura di modifica dell’oggetto sociale – quanto per il calcolo delle maggioranze richieste per l’approvazione della relativa delibera e per la sussistenza in capo ai creditori del diritto di opposizione ex art. 2500 *novies* cod. civ. Per la soluzione negativa v. STAGNO D’ALCONTRES, *La trasformazione delle società dopo la “Riforma Vietti” in La riforma delle società di capitali. Atti delle giornate di studio su: la riforma del diritto societario (10-31 Maggio 2003)* a cura di N. Di Cagno, Bari, 2004, p. 219, il quale rileva che le negli statuti delle società consortili vengono sovente introdotte una serie di clausole che la prassi considera connaturate allo scopo consortile, ma nega che tali clausole siano “tipizzanti il modello della società consortile rispetto al modello della

societario o viceversa (nel caso di trasformazione di società in consorzio, associazione<sup>5</sup> o fondazione<sup>6</sup> o viceversa), ente che può essere anche privo di un substrato associativo (è il caso della fondazione); 4) il passaggio da una società lucrativa ad un'entità del tutto priva di soggettività giuridica (o viceversa)<sup>7</sup>, che si sostanzia in una semplice situazione dominicale<sup>8</sup>, situazione caratterizzata dall'assenza di un

---

società lucrativa". L'A., in particolare, ritiene che l'inserimento di tali clausole valga a qualificare lo scopo mezzo della società, vale a dire l'attività di cooperazione interaziendale, non lo scopo fine. Della stessa opinione MARASA', *Le trasformazioni eterogenee in Rivista del notariato*, 2003, p. 596; CORVESE, *Mutamento dello scopo sociale e trasformazione eterogenea: due diverse fattispecie, un'unica disciplina in Foro italiano*, 2006, I, p. 2890; ID., *La trasformazione eterogenea in società di capitali*, Milano, 2005, p. 64. Vedremo meglio in seguito (p. 61 ss.) che la tesi preferibile appare quella che considera trasformazione eterogenea anche il mero cambiamento dello scopo sociale – da lucrativo a consortile – e viceversa, anche senza cambiamento della struttura organizzativa della società. Si ritiene tuttavia che la relazione di stima di cui agli artt. 2343 e 2465 cod. civ. non sia necessaria nell'ipotesi di trasformazione da società consortile a società lucrativa senza cambiamento del tipo, in quanto le esigenze di tutela del capitale sociale, cui tale relazione di stima è preordinata, sono già state soddisfatte anteriormente alla trasformazione. Sul punto v. in giurisprudenza Trib. Roma 2 settembre 2005 (decr.) in *Notariato*, 2008, p. 280, con nota adesiva di PUGLIELLI-ATLANTE, *Trasformazione di società consortile per azioni in s.p.a. in s.p.a. e inesistenza dell'obbligo di produrre la perizia estimativa*.

<sup>5</sup> L'art. 2500-*septies* cod. civ. prevede la trasformazione di società di capitali in associazione non riconosciuta con il voto favorevole dei soci che rappresentino i due terzi del capitale sociale; l'art. 2500-*octies* cod. civ. prevede la trasformazione di associazione riconosciuta in società di capitali, con il voto favorevole dei tre quarti degli associati (rinvio all'art. 21 cod. civ.); ai sensi dello stesso articolo, la trasformazione può essere vietata dall'atto costitutivo, ed "non è comunque ammessa per le associazioni che abbiano ricevuto contributi pubblici oppure liberalità e oblazioni del pubblico"; inoltre l'art. 223-*octies* disp. att. cod. civ. stabilisce che la trasformazione è consentita per le associazioni costituite fino al 1° gennaio 2004 "soltanto quando non comporta distrazione, dalle finalità originarie, di fondi o valori creati con contributi di terzi o in virtù di particolari regimi di agevolazione".

<sup>6</sup> L'art. 2500-*septies* cod. civ. prevede la trasformazione di società di capitali in fondazione con il voto favorevole dei soci che rappresentino i due terzi del capitale sociale, e "la deliberazione di trasformazione in fondazione produce gli effetti che il capo II del titolo II del Libro I ricollega all'atto di fondazione o alla volontà del fondatore"; l'art. 2500-*octies* cod. civ. prevede la trasformazione di fondazione in società di capitali, su proposta dell'organo amministrativo e con decisione dell'autorità governativa; per le fondazioni costituite fino al 1° gennaio 2004 vale il divieto di trasformazione ex art. 223-*octies* disp. att. cod. civ. già vista nella nota precedente; lo stesso articolo vieta inoltre la trasformazione delle fondazioni bancarie in società di capitali.

<sup>7</sup> L'art. 2500-*septies* cod. civ. prevede la trasformazione di società di capitali in comunione d'azienda con il voto favorevole dei soci che rappresentano i due terzi del capitale sociale, ferma restando la necessità del consenso dei soci che a seguito della trasformazione assumono responsabilità illimitata; l'art. 2500-*octies* cod. civ. prevede che la trasformazione di comunione d'azienda in società di capitali deve essere approvata da tutti i comunisti.

<sup>8</sup> Parte della dottrina ritiene che non sia possibile distinguere concettualmente la trasformazione eterogenea di comunione d'azienda in società di capitali dal conferimento unanime

ente<sup>9</sup> distinto dalle persone dei contitolari dell'azienda, dalla mancanza di un contratto associativo a monte e – ma non sempre<sup>10</sup> – dalla mancanza dell'esercizio diretto di un'attività di impresa da parte dei titolari dell'azienda<sup>11</sup>.

---

d'azienda, e la trasformazione eterogenea di società di capitali in comunione d'azienda dalla liquidazione con assegnazione ai soci dei beni sociali. Di questa opinione, tra gli altri PAVONE LA ROSA, *Comunione d'azienda e società di capitali: ammissibilità di una trasformazione?* in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, I, p. 147; ID., *Ammissibilità della trasformazione di una comunione di azienda in società di capitali: una questione ancora aperta*, *ivi*, 2009; I, p. 5; DE ANGELIS, *Trasformazioni eterogenee: sottintesi e reticenze della legge di riforma in Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2005, p. 1220; WEIGMANN, *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario*, *ivi*, 2005, fasc. 2bis, p. 272; FERRI JR., *Le nuove trasformazioni omogenee in Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. 3. t. 3, p. 2501.

<sup>9</sup> Secondo PISANI MASSAMORMILE, *Trasformazione e circolazione dei modelli organizzativi in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2008, I, p. 87, la comunione d'azienda può essere considerata, in senso lato, ente, in quanto “insieme di regole che consente in qualche modo, magari rudimentale, ed agevola la gestione di un'attività”.

<sup>10</sup> Come si vedrà meglio in seguito, la c.d. azienda coniugale di cui all'art. 177, lett. d) cod. civ. è l'unica figura di impresa collettiva non societaria che il nostro ordinamento conosce, e che può essere ricompresa nella fattispecie della comunione d'azienda di cui agli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* cod. civ.

<sup>11</sup> E' ormai pacifico che la mancanza dell'esercizio diretto di un'attività di impresa da parte dei contitolari sia il punto che distingue la fattispecie della comunione d'azienda da quella della società di fatto. Difatti, la teoria secondo la quale non può esserci società di fatto in assenza di precisi accordi tra i contitolari dell'azienda, per cui è ammissibile una forma di comunione di impresa diversa dalla società (MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, p. 343; BRANCA, *Della comunione in Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 17; anteriormente al codice del '42 tale opinione era stata sostenuta da CARNELUTTI, *Azienda commerciale in comunione in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1915, II, p.726 ss.) è stata respinta dalla dottrina prevalente (v. tra gli altri AMATUCCI, *Società e comunione*, Napoli, 1971, p. 40 ss.; PESCATORE, *Attività e comunione nelle strutture societarie*, Milano, 1974, p. 182 ss.; DOSSETTO, *Impresa, società, comunione in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1949, II, p. 353 ss.; BUONOCORE, *Le società. Disposizioni generali in Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, p. 266; MARASA', *Le società in Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, 2000, p. 184; GALGANO, *Comunione di impresa, società di fatto e conferimento immobiliare in Contratto e impresa*, 1988, p. 689; TANZI, *Godimento del bene produttivo e impresa*, Milano, 1988, p. 315 ss.) e dalla giurisprudenza predominante (Cass. 21 febbraio 1984 n. 1251 in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1985, II, p. 363, con nota di RICCIUTO, *Sul bene “azienda” e sul passaggio dalla comunione di godimento alla società* ed in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1984, II, p. 418 con nota di RAGUSA MAGGIORE, *Successione nella titolarità dell'azienda, comunione incidentale e società di fatto*; Cass. 6 agosto 1979 n. 4558 in *Giustizia civile*, 1980, I, p. 2256 con nota di SPADA, *Note sull'argomentazione giuridica in tema di impresa*, ed in *Giurisprudenza commerciale*, 1981, II, p. 71, con nota di ROSAPEPE, *Ancora a proposito della distinzione tra società e impresa*; Cass. 14 aprile 1997 n. 3195 in *Giurisprudenza italiana*, I, 1, 957, con nota di MORANDI, *Comunione ereditaria d'azienda e società*; Cass. 6 febbraio 2009 n. 3028 in *Giurisprudenza commerciale*, 2010, II, p. 649 ss. con nota di

Una particolarità importante della trasformazione eterogenea sta nel *dies a quo* di produzione degli effetti dell'atto di trasformazione, che decorre non dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari previsti, come avviene per la trasformazione omogenea (art. 2500 cod. civ.), ma dopo sessanta giorni da tale data, a meno che non risulti il consenso dei creditori o il pagamento di coloro che non hanno dato il consenso; entro il suddetto termine gli stessi creditori possono proporre opposizione, ed in tal caso l'efficacia della trasformazione resta sospesa fino all'esito del giudizio, finalizzato ad accertare l'esistenza di un pregiudizio per i creditori oppositori, a meno che la società non presti idonea garanzia (art. 2500 *novies* cod. civ.).

Risulta pertanto evidente che non è più accoglibile la nozione di trasformazione come una "modificazione del contratto di società consistente nel passaggio da un tipo di società ad un altro ma nel rispetto della causa lucrativa propria del contratto ex art. 2247 cod. civ."<sup>12</sup>; allo stato, la trasformazione appare invece essere un procedi-

---

D'ATTORRE, *Comunione di impresa, società di fatto e trattamento dei creditori*; App. Genova 16 gennaio 1987, *ivi*, 1988, II, p. 381, con nota di BONAVERA, *Comunione d'azienda e società di fatto*; Trib. Napoli 28 febbraio 1989 in *Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 1989, p. 817, con nota di PITTALIS, *Comunione di godimento società di fatto*; Trib. Bologna 12 febbraio 1976 in *Giurisprudenza commerciale*, 1977, II, p. 246, con nota di FERRERO, *Comunione incidentale d'azienda e società di fatto*; Trib. Nocera Inferiore 26 marzo 1999 (ord.) in *Vita notarile*, 1999, p. 631 con nota di CARRATO, *Comunione incidentale ereditaria e società di fatto*) in quanto l'esercizio di un'attività di impresa da parte dei contitolari comporta la conclusione (non per iscritto ma) per fatti concludenti di un contratto di società, per cui la figura della comunione di impresa – al di fuori dell'ipotesi dell'azienda coniugale – non trova riscontro nel nostro ordinamento.

<sup>12</sup> MARASÀ, *Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi* in *Rivista di diritto civile*, 1994, p. 311. Della stessa opinione SCARDULLA, *La trasformazione e la fusione delle società* in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, p. 302, Milano, 1989; DE ANGELIS, *La trasformazione delle società*, Milano, 1988, p. 1; SIMONETTO, *Delle società. Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero ed operanti all'estero* in *Commento al codice civile* a cura di Scialoja e Branca, artt. 2498-2510, Bologna-Roma, 1984, p. 11; SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società* in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, vol. 17, Torino, 1985, p. 307; TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società* in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, vol.

mento finalizzato a consentire l'adeguamento della forma giuridica e della disciplina organizzativa dell'impresa alle esigenze operative che si pongono nel corso della vita della stessa e l'integrità degli apparati produttivi<sup>13</sup>.

La riforma, in particolare, chiarisce, una volta per tutte, che i limiti alla trasformazione, per le società cooperative, sono legati non alla specificità della causa mutualistica<sup>14</sup>, specificità che "connoterebbe la causa mutualistica in termini completamente alternativi alla causa lucrativa, così da non consentire alcuna osmosi tra la cooperativa e le altre società"<sup>15</sup>, né ad un supposto diritto dei soci alla conservazione dello scopo mutualistico<sup>16</sup>, ma alla percezione, da parte

---

VIII, Padova, 1985, p. 187; FERRI, *Le società in Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, vol. X, t. 3, Torino, 1985, p. 894.

<sup>13</sup> In particolare, secondo PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 96, la trasformazione costituisce "un fenomeno di estinzione di una disciplina nel suo insieme e di applicazione di una nuova disciplina nel suo insieme, in ragione dell'evoluzione di un'attività che deve continuare e senza che ciò comporti...il coinvolgimento (prima ancora del mutamento) del soggetto, e neppure il mutamento integrale e radicale che di tutte le regole che l'insieme abbandonato conteneva".

<sup>14</sup> E' noto che, nonostante l'art. 14 della Legge 17 febbraio 1971 n. 127 vietasse la trasformazione delle società cooperative in società ordinarie, ciò non abbia posto fine al dibattito sia sulla trasformabilità delle società ordinarie in società cooperative, sia sull'assolutezza del divieto di trasformazione delle società cooperative in società ordinarie. Infatti, se una parte della dottrina riteneva che la sopra citata disposizione costituisse l'espressione dell'incomunicabilità tra lo scopo lucrativo e lo scopo mutualistico, e conseguentemente dell'indisponibilità dello scopo da parte dei soci, altri Autori affermavano che la *ratio* del divieto stesse nell'esigenza di salvaguardare l'interesse generale a che risorse accumulate dalla società cooperative in ragione di normative fiscali di favore, finalizzate alla tutela ed allo sviluppo del sistema cooperativo non venissero utilizzate a fini eminentemente speculativi. Del primo orientamento PACIELLO, *Contributo allo studio della trasformazione e della fusione eterogenea*, Napoli, 1991, p. 40.

<sup>15</sup> BONFANTE, *Cooperative: la riforma trova un compromesso sulla trasformazione in Diritto e pratica delle società*, 17 marzo 2003, n. 5, p. 6.

<sup>16</sup> Abbiamo già visto alla nota 2 che per la trasformazione di società cooperativa in società ordinaria è richiesta non l'unanimità dei consensi, ma una maggioranza, che varia a seconda delle dimensioni della cooperativa. Tra gli Autori che ammettevano la trasformazione delle società cooperative ma consideravano necessaria l'unanimità dei consensi v. MARTORANO, *Trasformazione di cooperativa ad unanimità in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, p. 852 ss.

delle stesse società cooperative, di agevolazioni di carattere fiscale<sup>17</sup>, alla stessa stregua, *mutatis mutandis*, di quanto è previsto per le asso-

---

<sup>17</sup> L'art. 2545-*decies* cod. civ., infatti, consente unicamente la trasformazione di società cooperative a mutualità non prevalente, in quanto tali cooperative, a differenza di quelle a mutualità prevalente, non sono soggette ad agevolazioni fiscali (art. 233-*duodecies* cod. civ.). Pertanto, perché si possa trasformare una cooperativa a mutualità prevalente, occorre che la società preliminarmente perda la qualifica di cooperativa a mutualità prevalente; il che può avvenire o con una modifica statutaria (mediante la soppressione delle clausole c.d. antilucrative di cui all'art. 2214 cod. civ.) o in base ad una situazione di fatto (qualora la società non rispetti per due esercizi consecutivi le condizioni indicate dall'art. 2513 cod. civ.). In entrambi i casi, ai sensi dell'art. 2545-*octies* cod. civ. la cooperativa ha l'obbligo di imputare il valore effettivo dell'attivo patrimoniale a riserve indivisibili; a tale scopo, gli amministratori sono tenuti a predisporre un bilancio straordinario che deve essere verificato senza rilievi da una società di revisione e deve essere notificato entro sessanta giorni al Ministero delle attività produttive. Successivamente, al momento della trasformazione, in base all'art. 2545-*undecies* cod. civ. la cooperativa ha l'obbligo di devolvere ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione il "valore effettivo del patrimonio, dedotti il capitale versato e rivalutato e i dividendi non distribuiti, eventualmente aumentato fino a concorrenza dell'ammontare minimo del capitale della nuova società, esistenti alla data della trasformazione", ed alla proposta di trasformazione deve essere allegata la relazione giurata di un esperto nominato dal Tribunale che attesti il valore del patrimonio dell'impresa. Attraverso questo meccanismo si evita che la cooperativa accumuli risorse, beneficiando di normative fiscali di favore, finalizzate al potenziamento del settore cooperativo, e successivamente utilizzi le stesse risorse a fini lucrativi. Si vuole cioè assicurare alla c.d. mutualità di sistema quella parte di patrimonio almeno tendenzialmente coincidente con la quantità di risorse che la cooperativa a mutualità prevalente ha accumulato avvalendosi di norme fiscali di favore. Per un'analisi particolareggiata delle vicende politiche che hanno dato luogo a questa scelta legislativa v. BELVISO, *Le cooperative a mutualità prevalente in Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2007, vol. 4, p. 651 ss. ed in part. p. 667 ss. Problema diverso è se una società cooperativa a mutualità prevalente possa contestualmente perdere il requisito della mutualità prevalente e deliberare la trasformazione. Dell'opinione contraria, tra gli altri v. PACIELLO, *La trasformazione delle società cooperative in Giurisprudenza commerciale*, 2005, I, p. 473, il quale fa notare che: in primo luogo che vi è una difficoltà derivante dalla sovrapposizione degli adempimenti pubblicitari relativi alla delibera che sopprime le clausole statutarie c.d. antilucrative e di quelli relativi alla delibera di trasformazione; in secondo luogo che sono inconciliabili gli adempimenti contabili previsti dagli artt. 2545-*octies* e 2545-*undecies* cod. civ. per le due operazioni (predisposizione di un bilancio straordinario "al fine di determinare il valore effettivo dell'attivo patrimoniale da imputare alle riserve indivisibili" ed allegazione alla proposta di trasformazione della relazione giurata di un esperto nominato dal Tribunale attestante il valore effettivo dell'intero patrimonio sociale). CORVESE, *op. ult. cit.*, p. 128, fa inoltre notare che poiché i due bilanci sono entrambi richiesti dalla legge e svolgono funzioni differenti (il primo "costituisce la base per costruire la serie storica dei bilanci di esercizio successivi di una cooperativa, a questo punto, diversa", il secondo è "un bilancio di trasformazione in ordine al quale, questa volta, gli amministratori devono fare attestare il valore effettivo del patrimonio dell'impresa") sebbene il legislatore taccia al riguardo, occorre che tra la redazione dell'uno e dell'altro vi sia un lasso di tempo adeguato, "tempo che deve coincidere con l'esercizio o almeno con lo scorcio di esercizio dal bilancio straordinario di cui all'art. 2545-*octies*, comma 2, c.c. alla chiusura dell'esercizio successivo". Dell'opinione positiva, tra gli altri, v. TRIMARCHI, *Brevi considerazioni sul problema della trasformazione di società cooperativa in società lucrativa contestuale alla perdita della mutualità prevalente in Notariato*, 2006, p. 353 ss.

ciazioni e per le fondazioni dagli artt. 2500 *octies* cod. civ. e 223 *octies* disp. att. cod. civ.<sup>18</sup>

Quello che si vuole vietare non è la trasformazione in sé – che invero è consentita<sup>19</sup> – ma l'utilizzo a fini speculativi di risorse accumulate in ragione di normative tributarie di favore, finalizzate allo sviluppo del sistema cooperativo nel suo complesso – la c.d. mutualità di sistema – con evidente pregiudizio per le entrate fiscali e per il corretto svolgimento della concorrenza<sup>20</sup>.

A tal fine il legislatore della riforma ha predisposto un particolare meccanismo che prevede: al momento della perdita del requisito della mutualità prevalente, il congelamento di una porzione consi-

---

<sup>18</sup> Difatti, l'art. 2500 *octies* cod. civ. vieta la trasformazione alle associazioni “che abbiano ricevuto contributi pubblici oppure liberalità e oblazioni dal pubblico”, mentre l'art. 223 *octies* disp. att. cod. civ. consente la trasformazione alle associazioni e alle fondazioni “soltanto quando non comporta distrazione, dalle finalità originarie, di fondi o valori creati con contributi di terzi o in virtù di particolari regimi fiscali di agevolazione”. Orbene, ove si consideri che nell'ambito dei “contributi di terzi” e dei “particolari regimi di agevolazione” si possono ricomprendere i “contributi pubblici”, le “liberalità” e le “oblazioni dal pubblico” – espressioni, queste, probabilmente tutte utilizzate in senso volutamente atecnico, al fine di potervi includere qualsiasi forma di ricchezza acquisita dall'ente senza un corrispettivo – di cui all'art. 2500 *octies* cod. civ., appare chiaro che le associazioni e le fondazioni costituite anteriormente al 1° gennaio 2004 possono essere trasformate in società qualora provvedano a restituire le risorse di cui hanno beneficiato a chi le ha sotto qualunque forma conferite (ad es. versando allo stato le somme che precedentemente l'ente aveva risparmiato avvalendosi di norme fiscali di favore) o a devolverle ad altri enti che perseguono finalità simili, mentre quelle costituite posteriormente a tale data, per il solo fatto di avere percepito tali elargizioni non possono porre in essere una trasformazione (sul punto v. gli Autori citati alla nota 44).

<sup>19</sup> Per un'analisi del diverso problema dell'ammissibilità della trasformazione eterogenea di muta assicuratrice in società per azioni, v. tra gli altri GAMBINO, *La mutualità assicurativa domani: aspetti giuridici* in *Assicurazioni*, 1990, I, p. 667 ss.; CHIOMENTI, *La determinazione della quota del socio di una mutua assicuratrice al fine dell'assegnazione delle azioni nel caso di trasformazione della mutua in società azionaria* in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1999, I, p. 55; DE LUCA, *Trasformazioni eterogenee: l'anomalia della trasformazione delle mutue assicuratrici in società per azioni* in *Vita notarile*, 2000, III p. LIII; CORVESE, *La trasformazione eterogenea in società di capitali*, cit., p. 189 ss.

<sup>20</sup> Sul punto v., tra gli altri, BONFANTE, *op. cit.*, p. 6; SERRA, *Le società cooperative nella disciplina della trasformazione* in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, vol. 3, t. 3, p. 3870; DE STASIO, *La trasformazione delle cooperative* in *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2007, vol. 4, p. 219; SANTAGATA, *Trasformazione delle cooperative e devoluzione del patrimonio (appunti sull'art. 2545 undecies)* in *Studi per Franco Di Sabato*, Napoli, 2009, vol. 4, t. 2, p. 325.

stente del patrimonio della società, mediante l'imputazione a riserve indivisibili; al momento della trasformazione, la devoluzione di tale porzione di patrimonio ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione.

## **2)La trasformazione come vicenda modificativa delle forme di gestione dell'impresa**

La trasformazione eterogenea costituisce, con tutta evidenza, uno strumento giuridico comodo ed efficace che consente ai privati di modificare, anche radicalmente, la struttura dell'ente cui partecipano, senza che a tal fine sia necessario estinguere l'ente originario e costituirne un secondo<sup>21</sup>, con un consistente risparmio di costi, anche sul piano fiscale<sup>22</sup>, conformemente al principio di economia degli atti giuridici cui la riforma nel suo complesso si ispira.

Il legislatore sembra così avere accolto – almeno in parte – quegli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, anteriori alla riforma, che consideravano l'art. 2498 cod. civ. non una norma eccezionale, ma l'espressione di un principio generale di conservazione dei patrimoni autonomi (sebbene in relazione alla comunione

---

<sup>21</sup> Trib.Vicenza 13 luglio 2007 (decr.) in *Giurisprudenza italiana*, 2008, I, 1, p. 666, con nota di CARRARO, *Questioni in tema di trasformazione eterogenea e pubblicità* ed in *Rivista del diritto generale delle obbligazioni*, 2008, II, p. 177, con nota di PARISELLA, *Profili sostanziali e pubblicitari nella trasformazione eterogenea tra enti del Libro primo e società di capitali*: "In caso di trasformazione eterogenea di associazione riconosciuta in società per azioni, va disposta la cancellazione immediata dell'associazione dal registro delle persone giuridiche senza necessità di previa liquidazione".

<sup>22</sup> E' noto che uno dei profili di interesse del dibattito – ormai superato – sulla natura giuridica della trasformazione di società è stato quello relativo al trattamento fiscale di tale operazione, e segnatamente all'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa o proporzionale. E' noto infatti che tale imposta si applica in misura proporzionale sulla costituzione di società ed in misura fissa sulle modifiche dello statuto. Risulta pertanto comprensibile che il Fisco abbia per molti anni sostenuto la tesi secondo cui la trasformazione di società fosse equiparabile alla costituzione di nuova società, con conseguente applicazione dell'imposta di registro in misura proporzionale sui conferimenti (tesi questa avversata dalla dottrina e dalla giurisprudenza predominanti). Sul punto v. SCIALOJA, *Natura giuridica della trasformazione di società* in *Saggi di vario diritto*, Roma, 1928, vol. II, p. 45. v. anche gli ampi riferimenti giurisprudenziali a p. 53 ss.

d'azienda non si può parlare di patrimonio autonomo<sup>23</sup> in senso tecnico); e che – anche alla luce di una serie di leggi speciali che si erano succedute nel tempo<sup>24</sup> – erano giunti a considerare la trasformazione non solo e non tanto una vicenda modificativa del contratto di società, consistente nel passaggio da un tipo di società (lucrativa) ad un altro, ma anche e soprattutto uno strumento finalizzato a modificare le forme di gestione dell'impresa assicurando la continuità della stessa e l'integrità dell'apparato produttivo<sup>25</sup>.

In quest'ottica, il principio di continuità sarebbe da ascrivere non tanto al soggetto giuridico – che, come si desume dal riferimento alla comunione d'azienda, può anche mancare – quanto all'esercizio dell'impresa<sup>26</sup> (che può anche prescindere dalla titolarità dell'azienda, come avviene nell'ipotesi in cui la società conceda in af-

---

<sup>23</sup> Infatti nella comunione di azienda non vi è un autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche attive e passive distinto dalle persone dei contitolari, per cui non può esservi un patrimonio separato in capo alla stessa.

<sup>24</sup> Senza alcuna pretesa di completezza, si ricorda la legge 23 marzo 1981 n. 91, relativa alla trasformazione delle associazioni sportive operanti nel settore calcistico in società per azioni; la legge 30 luglio 1990 n. 218 (c.d. legge Amato) ed il d. lgs. 20 novembre 1990 n. 356, relativa alla privatizzazione degli enti creditizi pubblici; il d. lgs. 481/1992 art. 41, seguito dal T.U.B. artt. 31 e 36, in tema di trasformazione delle banche popolari e delle banche di credito cooperativo; la legge 29 gennaio 1992 n. 35, relativa alla trasformazione degli enti pubblici economici; la legge 8 agosto 1992 n. 359 relativa alla trasformazione delle aziende autonome statali; la legge 8 giugno 1990 n. 142 art. 60, relativa alla trasformazione dei consorzi tra enti locali; il d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 115, relativo alla trasformazione delle aziende municipali.

<sup>25</sup> Sul punto v. CABRAS, *Le trasformazioni in Trattato delle società per azioni* diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 7\*\*\*, Torino, 1997, p. 72; SARALE, *Trasformazione e continuità dell'impresa*, Milano, 1996, p. 260.

<sup>26</sup> ANGELICI, *Società, persona e impresa in Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007, p. 342; STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, p. 216; PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 81 ss.; LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto societario in Rivista di diritto societario*, 2008, p. 231; DE STASIO, *op. cit.*, p. 206; CETRA, *Le trasformazioni "omogenee" ed "eterogenee" in Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2007, vol. 4, p. 139; TANTINI, *La trasformazione di comunione d'azienda in società, le inquietudini del giurista e la "magia" delle parole in Contratto e impresa*, 2008, p. 816.

fitto l'azienda sociale e successivamente si trasformi in comunione d'azienda<sup>27</sup>).

A tal proposito, è importante rilevare che la nuova disciplina della trasformazione – ed in particolare della trasformazione eterogenea – si inserisce in un contesto normativo più ampio, ispirato ad un generale “*favor diuturnitatis*”<sup>28</sup>, tra i cui indici ricordiamo: 1) la possibilità di non determinare la durata delle s.p.a. e delle s.r.l. (artt. 2328, comma 1, n. 13 e 2473 comma 2, cod. civ.); 2) la drastica riduzione dei casi di nullità delle s.p.a. (art. 2332 cod. civ.)<sup>29</sup>; 3) il riconoscimento della revocabilità a maggioranza dello stato di liquidazione

---

<sup>27</sup> ANGELICI, *op. cit.*, p. 342: “Ciò significa che il criterio valutativo sulla cui base tale continuità può essere (ed è) disposta non è rappresentato dalla posizione dei soggetti o dal loro rapporto con beni e situazioni giuridiche soggettive, bensì appunto dall'impresa: è essa che continua, in tal modo giustificandosi la regola dell'art. 2498 c.c., pur modificandosi la posizione rispetto ad essa sia dei soggetti sia dei beni”. *Contra* FERRI JR., *op. cit.* p. 2501, secondo cui il principio di continuità non opera nell'ipotesi di trasformazione in comunione d'azienda, essendo quest'ultima un'entità “priva di soggettività giuridica, che non rappresenta, dunque, una forma di organizzazione della imputazione, bensì, seppure in forme embrionali, dell'attività”. In una posizione intermedia MALTONI-TRADII, *La trasformazione eterogenea da società di capitali in comunione d'azienda e viceversa in Notariato*, 2004, p. 150, secondo cui “l'unico elemento di continuità “deve essere allora necessariamente identificato nell'azienda, quale complesso di beni funzionalmente orientato allo svolgimento di un'attività, anche meramente potenziale, di impresa”. Dello stesso parere sembrerebbe GUERRERA, *Trasformazioni “atipiche” e “trasformazioni eterogenee”*, relazione al Convegno su “La riforma del diritto societario: un primo bilancio” (Monteporzio Catone - Roma - 9 e 10 aprile 2010), organizzato dall'Associazione Gian Franco Campobasso, per gentile concessione dell'Autore, secondo il quale nella trasformazione eterogenea di e in comunione di azienda ci si trova “dinanzi ad un peculiare fenomeno di ‘incorporazione’ del compendio aziendale, cioè del coacervo di situazioni giuridiche attive e passive che compongono oggettivamente quel ‘patrimonio’ o che comunque afferiscono ad esso (quand'anche non attualmente e non direttamente esercitato), il quale viene considerato, ai fini della disciplina della vicenda riorganizzativa, in maniera del tutto autonoma rispetto ai suoi titolari”. Così anche PLASMATI, *La trasformazione “da” e “in” impresa individuale o mera titolarità d'azienda in Rivista del notariato*, 2008, p. 99, secondo il quale la trasformazione in comunione di azienda può costituire il mezzo per consentire una cessazione temporanea dell'attività di impresa (conseguente ad es. ad un decremento della richiesta di prodotti o di servizi da parte del mercato) e per salvaguardare il bene-azienda, con la prospettiva di riavviare l'attività di impresa una volta mutata la situazione di mercato.

<sup>28</sup> L'espressione è di MARASÀ, *Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi, cit.*, p. 321.

<sup>29</sup> Sebbene infatti l'art. 2332 cod. civ. sia posto principalmente a tutela della sicurezza dei traffici e della certezza dei rapporti giuridici, non si può negare che la norma persegue anche la funzione di preservare l'integrità dell'organizzazione societaria e degli apparati produttivi.

(art. 2487 *ter* cod. civ.); 4) l'estensione all'invalidità della trasformazione delle soluzioni già adottate dal legislatore sugli effetti dell'invalidità della fusione e della scissione (art. 2500 *bis* cod. civ.)<sup>30</sup>

Tale *favor* risponde ad un interesse di carattere generale alla conservazione degli apparati produttivi ed alla salvaguardia dei posti di lavoro, interesse di cui il legislatore si è fatto portatore sia in occasione della riforma del diritto societario, sia in altre occasioni (si pensi ad es. alla riforma del diritto fallimentare<sup>31</sup> o alla legge sul patto di famiglia<sup>32</sup>).

Appare pertanto da condividere l'opinione, recepita dalla dottrina prevalente, per cui il filo conduttore dell'istituto della trasformazione eterogenea consiste nell'idoneità degli enti indicati negli artt. 2500 *septies* e *octies* cod. civ. a svolgere – anche in via indiretta – un'attività di impresa.

In questo dato, nell'ottica della ricerca che qui si propone, troverebbe giustificazione l'estensione della sfera di operatività dell'istituto della trasformazione alle ipotesi in cui l'ente oggetto di trasformazione o risultante dalla trasformazione sia una società di

---

<sup>30</sup> Sul punto può ribadirsi quanto detto alla nota precedente.

<sup>31</sup> Si pensi, ad es., alla modifica dell'art. 1 della Legge Fallimentare, che esclude dal fallimento tutti gli imprenditori (comprese le società commerciali) che dimostrino di non avere superato i limiti dimensionali ivi indicati (vale a dire, di non avere avuto, nel triennio anteriore al deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività di impresa se di durata inferiore, un attivo patrimoniale superiore a trecentomila euro in ciascun esercizio; di non avere realizzato ricavi lordi per un ammontare annuo superiore a duecentomila euro; di non avere avuto un'esposizione debitoria superiore a cinquecentomila euro); all'art 105, in base al quale il giudice delegato può disporre la liquidazione di singoli beni solo nell'ipotesi in cui non sia possibile la cessione unitaria dell'azienda o “di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuali in blocco”; alle maggioranze, più ridotte rispetto alla normativa precedente, previste dagli artt. 128 e 178 della Legge Fallimentare, per l'approvazione del concordato fallimentare e del concordato preventivo.

<sup>32</sup> Istituto, come è noto, creato con l'intento di rendere più razionale ed efficiente il trasferimento delle piccole e medie imprese alla morte dell'imprenditore.

persone, anche alla luce di quel *favor* cui si è fatto cenno in precedenza.

Tale ricostruzione è stata criticata da una parte della dottrina, la quale, pur riconoscendo che la trasformazione assolve normalmente alla funzione di favorire l'adattamento delle strutture organizzative alle esigenze operative che si pongono nel corso della vita dell'ente, nega che questa possa considerarsi la *ratio* comune delle ipotesi indicate nelle norme sopra citate<sup>33</sup>.

Ciò in quanto, tra le fattispecie menzionate negli artt. 2500 *septies* e *octies* cod. civ. vi sono, da un lato, le associazioni e le fondazioni, dall'altro, le comunioni d'azienda; quanto alla trasformazione di società in associazione o fondazione, l'Autore rileva che, nonostante sia ormai acquisita la legittimità dello svolgimento di un'attività di impresa da parte di tali enti, ciò "non elide la fisiologica inidoneità" degli stessi "a costituire la cornice organizzativa di attività prive del carattere dell'economicità"<sup>34</sup> per cui tale trasformazione può essere indipendente dalla preesistenza o dalla permanenza di un'attività di impresa<sup>35</sup>; quanto alla trasformazione in comunione d'azienda, l'Autore nega che tale operazione possa trovare giustificazione nell'esigenza di preservare la continuità dell'impresa e l'integrità degli apparati produttivi, in quanto la comunione d'azienda costituisce una situazione di contitolarità statica, caratterizzata dalla mancanza dell'esercizio di un'attività di impresa da parte dei comunisti<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> PALMIERI, *Autonomia e tipicità nella nuova trasformazione* in *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2007, vol. 4, p. 114

<sup>34</sup> PALMIERI, *op. cit.*, p. 112.

<sup>35</sup> PALMIERI, *op. cit.*, p. 112.

<sup>36</sup> PALMIERI, *op. cit.*, p. 113.

L'assunto potrebbe trovare ulteriore conferma nella trasformabilità del consorzio con attività interna (al quale si attribuisce comunemente una funzione anticoncorrenziale) in società (e viceversa) qualora si accogliesse l'opinione che considera ammissibile tale operazione<sup>37 38</sup>.

Tali obiezioni, seppur fondate, non appaiono tuttavia insuperabili.

In primo luogo, se su un piano strettamente teorico è esatto affermare che per le associazioni e per le fondazioni (e il discorso si può estendere anche ai consorzi) la trasformazione può prescindere dall'esercizio di un'impresa (per le trasformazioni eterogenee evolutive) o dal mantenimento del vincolo di destinazione all'esercizio dell'impresa collettiva (per le trasformazioni eterogenee involutive), ciò non esclude che la normativa sulla trasformazione eterogenea sia stata predisposta dal legislatore con la finalità precipua di "preservare la continuità dell'impresa durante l'adeguamento delle regole di produzione dell'azione alle attuali esigenze operative"<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Ciò in quanto gli artt. 2500 *septies* e *octies* cod. civ. fanno genericamente riferimento ai "consorzi". Sul punto v., tra gli altri, ROSAPEPE, *Consorzi, società consortili e trasformazione eterogenea*, cit., p. 3663; MALTONI, *I limiti all'autonomia privata nelle trasformazioni eterogenee* in *Rivista del notariato*, 2003, I, p. 1391; PINARDI, *La trasformazione*, Milano, 2005 p. 236; SARALE, *Comm. sub art. 2500 septies cod. civ.* in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, e da G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 2287.

<sup>38</sup> A tal proposito, si rileva, sia pure incidentalmente, che il regime pubblicitario cui è assoggettata la trasformazione eterogenea renderebbe inefficace un'operazione avente come punto di partenza un consorzio con attività interna. Difatti, come si vedrà meglio nell'ultimo paragrafo del presente capitolo e nel secondo paragrafo del capitolo seguente, la trasformazione eterogenea è soggetta all'opposizione dei creditori, rimedio che porta alla responsabilizzazione del ceto creditorio, gravandolo di un onere di attenzione e di monitoraggio della complessiva situazione dell'ente debitore. Il che presuppone, che i creditori stessi siano messi nelle condizioni di effettuare tale monitoraggio, e quindi che l'ente che si trasforma sia soggetto ad una forma di pubblicità. Pertanto, sebbene la legge taccia sul punto, è da ritenersi non consentita la trasformazione eterogenea di consorzio con attività interna.

<sup>39</sup> CETRA, *Le trasformazioni "omogenee" ed "eterogenee"*, cit., p. 145.

Ciò in quanto, a ben vedere, l'esigenza di preservare la continuità dei rapporti giuridici e di evitare di ricorrere alla sequenza scioglimento-liquidazione-estinzione-ricostituzione si manifesta soprattutto nell'ipotesi in cui l'ente trasformando abbia compiuto rilevanti investimenti e in capo allo stesso vi sia una molteplicità di rapporti giuridici, vale a dire qualora l'ente svolga un'attività d'impresa<sup>40</sup>.

Qualora infatti si volesse effettuare un passaggio da un'associazione o una fondazione, non esercente attività di impresa, o da un consorzio con attività interna, in una società lucrativa, potrebbe essere più produttivo sciogliere l'ente di partenza e costituire *ex novo* una società tra i partecipanti, ovvero, alla luce delle modifiche apportate dalla riforma alla disciplina della società unipersonale, costituire una società avente come unico socio l'associazione o la fondazione (o il consorzio con attività interna, qualora lo si consideri un soggetto di diritto); qualora si volesse compiere l'operazione inversa, non si comprenderebbe l'esigenza di salvaguardare la continuità dei rapporti giuridici, e quindi di evitare lo scioglimento e la liquidazione della società e la costituzione di un nuovo ente.

Appare quindi corretto affermare che la funzione principale della trasformazione eterogenea è quella di consentire l'adeguamento della struttura organizzativa dell'impresa collettiva alle esigenze operative che possono sorgere nel corso della vita della stessa<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> CETRA, *Le trasformazioni "omogenee" ed "eterogenee"*, cit., p. 143..

<sup>41</sup> CETRA, *Le trasformazioni "omogenee" ed "eterogenee"*, cit., p. 143.

Il che trova conferma anche nella disciplina tributaristica dell'istituto, ove si consideri che in base all'art. 171 T.U.I.R. la neutralità fiscale dell'operazione è legata alla permanenza dell'attività di impresa<sup>42</sup>, e precisamente: a) nell'ipotesi di trasformazione di società soggetta ad IRES ad ente non commerciale "i beni della società si considerano realizzati in base al valore normale, salvo che non siano confluiti nell'azienda o nel complesso aziendale dell'ente stesso"; b) nell'ipotesi di trasformazione di società soggetta ad IRES in comunione d'azienda si applicano le regole previste dall'art 67, comma 1, lett. h T.U.I.R. per la concessione di usufrutto e per l'affitto dell'unica azienda da parte dell'imprenditore, per cui questi ultimi "non si considerano fatti nell'esercizio dell'impresa", "ma in caso di successiva vendita totale o parziale le plusvalenze realizzate concorrono a formare il reddito complessivo come redditi diversi"; c) la trasformazione di ente non commerciale in società soggetta ad IRES "si considera conferimento limitatamente ai beni diversi da quelli già compresi nell'azienda o complesso aziendale dell'ente stesso".

Va anche rilevato che la trasformazione di associazione non esercente un'attività di impresa appare di difficile attuazione per una ragione di carattere sistematico.

Difatti, dal combinato disposto degli artt. 2500 *octies* cod. civ. e 223 *octies* disp. att. cod. civ. si ricava che la trasformazione è preclusa

---

<sup>42</sup> Va rilevato con la Circolare n. 54/E del 19 Giugno 2002 (in *Notariato*, 2002, p. 526, con nota di NIGRO A., *Nuovi orientamenti fiscali in tema di "trasformazione" di società di persone in impresa individuale*) l'Agenzia delle Entrate aveva già preso posizione sulla neutralità fiscale di questo tipo di trasformazione, affermando che "si è dell'avviso che lo scioglimento della società di persone a causa della mancata ricostituzione della pluralità dei soci non dia luogo ad alcuna emersione di plusvalenza imponibile in relazione ai beni oggetto dell'attività di impresa a condizione che il socio superstite continui l'attività sotto forma di ditta individuale e mantenga inalterati i valori dei beni".

alle associazioni<sup>43</sup> costituite posteriormente al 1° gennaio 2004 che abbiano beneficiato di contributi da parte dello stato o di altri enti pubblici (anche sotto forma di agevolazioni fiscali) o di liberalità (di qualsiasi tipo) da parte di terzi<sup>44</sup>, ed è consentita alle associazioni<sup>45</sup> costituite anteriormente a tale data, qualora provvedano a restituire le risorse di cui hanno beneficiato a chi le ha sotto qualunque forma

---

<sup>43</sup> Sulla possibilità di applicare analogicamente tale divieto alle fondazioni v. tra gli altri FUSARO, *Trasformazioni eterogenee, fusioni eterogenee ed altre interferenze della riforma del diritto societario sul "terzo settore"* in *Contratto e impresa*, 2004, p. 299; ID., *Le trasformazioni eterogenee: un'apertura delle frontiere tra società lucrative ed enti non profit* in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, II, p. 76; MALTONI, *I limiti all'autonomia privata nelle trasformazioni eterogenee*, cit., p. 1402; ID., *La trasformazione eterogenea di fondazioni in società di capitali* in *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit* a cura di A. Zoppini e M. Maltoni, Padova, 2007, p. 38; FRANCHI, *Commento sub art. 2500 octies cod. civ. in Trasformazione – Fusione – Scissione* a cura di L. A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2006, p. 345

<sup>44</sup> Dal combinato disposto degli artt. 2500 octies cod. civ. e 223 octies disp. att. cod. civ. si ricava infatti che le associazioni costituite posteriormente al 2004, per il solo fatto avere ricevuto contributi pubblici o oblazioni dal pubblico non possono porre in essere una trasformazione eterogenea in società, mentre quelli costituite in data anteriore possono trasformarsi previa restituzione delle somme ricevute, o previa devoluzione delle stessa ad altri enti che svolgono un'attività simile. Secondo gli Autori che si sono occupati dell'argomento il Legislatore ha compiuto la scelta, da un lato, di evitare di ingenerare sfiducia nel pubblico in ordine alla correttezza e alla trasparenza della gestione dei fondi, e, dall'altro, di evitare di penalizzare le associazioni costituite prima dell'entrata in vigore della riforma. In tal senso FUSARO, *Trasformazioni eterogenee, fusioni eterogenee ed altre interferenze della riforma del diritto societario sul "terzo settore"*, cit., p. 299; MALTONI in MALTONI-TASSINARI, *La trasformazione delle società*, Milano, 2005, p. 321; GUGLIELMO, *La trasformazione eterogenea da associazioni a società di capitali* in *Rivista del notariato*, 2007, p. 841 ss.; CARDUCCI ARTENISIO, *Associazioni e fondazioni come forme organizzative di impresa: frammenti di disciplina in tema di trasformazione eterogenea e prospettive di riforma* in *Vita notarile*, 2005, p. 1192; TRADII, *Trasformazione eterogenea in cui intervengono enti non profit: trasformazione da associazione in società di capitali e viceversa* in *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit* a cura di A. Zoppini e M. Maltoni, Padova, 2007, p. 61 (la quale fa giustamente notare che anche un'eventuale etero destinazione delle risorse accumulate non priverebbe l'associazione dell'avviamento acquisito) Va tuttavia rilevato che una parte della dottrina, nonostante il tenore letterale della norma, ritiene che anche le associazioni e le fondazioni costituite posteriormente al 2004 possano porre in essere una trasformazione eterogenea in società qualora provvedano a riversare allo stato le somme che hanno ricevuto ad es. beneficiando di agevolazioni fiscali, o a devolvere ad enti che perseguono finalità simili. In tal senso ZOPPINI e TASSINARI, *Sulla trasformazione eterogenea delle associazioni sportive* in *Contratto e impresa*, 2006, p. 915, secondo i quali lo scopo delle disposizioni in oggetto non è quello di favorire le associazioni costituite anteriormente al 2004, ma di scongiurare interpretazioni restrittive che ammettessero la trasformazione eterogenea appannaggio delle associazioni costituite posteriormente al 2004.

<sup>45</sup> Tale norma si applica anche alle fondazioni.

conferite<sup>46</sup> (ad es. versando allo Stato le somme che precedentemente l'ente aveva risparmiato avvalendosi di norme fiscali di favore) o a devolverle ad altri enti che perseguano finalità simili.

Il che, di fatto, costituisce un ostacolo rilevante alla trasformazione di associazioni che non dispongono di risorse proprie o acquisite come corrispettivo di contratti di produzione o di scambio di beni o di servizi, vale a dire di enti che non svolgono attività di impresa, che difficilmente sopravvivono in assenza di tali elargizioni.

Difatti, le associazioni costituite posteriormente al 2004 non potranno porre in essere una trasformazione in società, mentre quelle costituite anteriormente a tale data potranno essere trasformate previa restituzione o devoluzione delle risorse acquisite tramite contributi pubblici o liberalità di terzi; ciò implica che tali associazioni non possono porre in essere un'operazione di trasformazione eterogenea se non dispongono di risorse proprie<sup>47</sup>.

Per quanto attiene alla trasformazione eterogenea di e in comunione d'azienda, deve senz'altro affermarsi che si tratta di una fattispecie peculiare rispetto alle altre.

Difatti, come si è detto, la comunione d'azienda, rispetto agli altri enti indicati negli artt. 2500 *septies* e *octies* cod. civ., presenta due particolarità, consistenti nell'assenza di un ente distinto dalle persone dei comunisti e nella mancanza dell'esercizio diretto dell'attività

---

<sup>46</sup> Infatti, per tali enti l'art. 223 *octies* disp. att. cod. civ. consente la trasformazione "soltanto quando non comporta distrazione, dalle finalità originarie, di fondi o valori creati con contributi di terzi o in virtù di particolari regimi fiscali di agevolazione". Orbene, ove si consideri che la distrazione di tali risorse presuppone la persistenza delle stesse nel patrimonio dell'ente al momento della trasformazione, appare chiaro che le associazioni e le fondazioni costituite anteriormente al 2004<sup>46</sup> possono essere trasformate in società qualora provvedano alla restituzione o alla devoluzione delle stesse.

<sup>47</sup> Sul punto v. GUERRERA, *Trasformazioni "atipiche" e "trasformazioni eterogenee"*, cit; CARDUCCI ARTENISIO, *op. cit.*, p. 1122;

di impresa da parte degli stessi (giacché in caso contrario si è in presenza non di comunione di azienda, ma di società<sup>48</sup>).

Il che, secondo l'opinione prima esposta, comporta che non può esservi continuità né sul piano del soggetto giuridico, né sul piano dell'attività di impresa.

Tuttavia tale opinione, a parere di chi scrive, pecca nel dare per scontato che si tratti sempre e comunque di una situazione di contitolarità statica.

In primo luogo, all'interno della figura della comunione d'azienda si può ricomprendere l'azienda coniugale di cui all'art. 177 lett. d) cod. civ., se si accoglie l'opinione, prevalente in dottrina, secondo cui l'azienda coniugale costituisce non una società di fatto tra i coniugi<sup>49</sup>, ma una vera e propria forma di impresa collettiva diversa dalla società<sup>50</sup> (che ricorre qualora l'impresa sia gestita dai coniugi, e

---

<sup>48</sup> Sul punto v. la dottrina e la giurisprudenza citata alla nota 11.

<sup>49</sup> Secondo tale opinione (teoria c.d. binaria), le discipline della comunione legale e della società trovano entrambe applicazione, in quanto regolano due differenti aspetti della medesima fattispecie; in particolare, l'art. 177 lett. d) cod. civ. disciplina l'aspetto della proprietà dell'azienda, mentre l'esercizio dell'impresa comune trova la sua disciplina nelle norme regolanti la società di fatto. Di questa opinione, tra gli altri, AULETTA G., *Impresa e azienda coniugale in Banca, borsa, titoli di credito*, 1984, I, p. 425; CORSI, *Azienda coniugale, comunione legale e società in Giurisprudenza commerciale*, 1975, I, p. 615; COSTI, *Impresa familiare, azienda coniugale e "rapporti con i terzi" nel nuovo diritto di famiglia*, ivi, 1976, I, p. 11; BUSNELLI, *Impresa familiare e azienda gestita da entrambi i coniugi in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1976, p. 1397; INZITARI, *Impresa e società nella comunione legale familiare in Il regime patrimoniale della famiglia a dieci anni dalla riforma*, Milano, 1988, p. 132; FINOCCHIARO A. e M., *La riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1984, p. 473; DE RUBERTIS, *Comunione legale di azienda e società di fatto in Vita notarile*, 1979, p. 94. In giurisprudenza v. Trib. Roma 16 settembre 1999 in *Famiglia e diritto*, 2000, p. 183, con nota di SCHLESINGER, *Sull'azienda coniugale*.

<sup>50</sup> Tale tesi (c.d. teoria unitaria) secondo la quale le norme sulla comunione legale regolano sia l'aspetto statico della proprietà dell'azienda si basa sul dettato degli artt. 181, 182 e 191 cod. civ.. Tra coloro che seguono questo orientamento v. COLUSSI, *Azienda coniugale e disciplina dell'impresa in Rivista di diritto civile*, 1976, I, p. 609; MAGAZZÙ, *Le aziende gestite da entrambi i coniugi in L'impresa nel nuovo diritto di famiglia*, Napoli, 1977, p. 47; PAVONE LA ROSA, *Comunione legale e partecipazioni sociali in Vita notarile*, 1979, p. 49; MARASA, *Impresa coniugale, azienda coniugale e società in Giurisprudenza commerciale*, 1988, I, p.619; OPPO, *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa in Rivista di diritto civile*, 1977, I, p. 369; MARCHETTI, *Comunione e società in Il regime patrimoniale della famiglia a dieci anni dalla riforma*, Milano, 1988, p. 160.

solo da essi, e tra gli stessi viga il regime di comunione legale); la circostanza che l'intenzione del legislatore non fosse precipuamente quella di regolare il passaggio dall'azienda coniugale alla società<sup>51</sup> non vale di per sé ad escludere che la disciplina della trasformazione eterogenea di comunione d'azienda possa essere applicata anche a questa ipotesi; ove pertanto si accolga l'opinione, prevalente anch'essa in dottrina, secondo cui la disciplina della comunione d'azienda è una disciplina non obbligatoria<sup>52</sup> ma residuale, e che pertanto due coniugi in regime di comunione legale possono costituire una società per la gestione dell'impresa comune<sup>53</sup> (vale a dire che possono costituirla da soli, senza che intervengano terze persone, e senza che sia necessario preliminarmente adottare il regime della separazione dei beni, o, in alternativa, stipulare una comunione convenzionale ex art. 291 cod. civ. con estromissione dell'azienda dalla comunione), sarà da ritenersi ammissibile la trasformazione eterogenea di azienda coniugale in società.

Ma aldilà di questa specifica ipotesi, il fatto che nella comunione d'azienda i contitolari non svolgano alcuna attività di impresa

---

<sup>51</sup> PALMIERI, *op. cit.*, p. 116, nota 48.

<sup>52</sup> Tra gli Autori che considerano inderogabile la disciplina dell'azienda coniugale v. MAGAZZÙ, *op. cit.*, p. 809; OPPO, *op. cit.*, p. 389; MARASA, *op. ult. cit.*, p. 15; TANZI, *Azioni e diritto di famiglia in Trattato delle società per azioni* diretto da G. Colombo e G. B. Portale, Torino, 1991, vol. 2, p. 531; SALANITRO, *Comunione legale di azienda e società di fatto in Il notaro*, 1978, p. 37; SERRA, *Azienda coniugale e società in Studium iuris*, 2001, p. 861; ROSAPEPE, *Impresa coniugale, società tra coniugi in regime di comunione legale, acquisto di partecipazioni sociali in Rivista del notariato*, 1981, p. 225; ALBERGO, *Società fra coniugi in regime di comunione dei beni in Vita notarile*, 1992, p. VI.

<sup>53</sup> Tra gli Autori che sostengono tale tesi v. PAVONE LA ROSA, *op. ult. cit.*, p. 51; FERRI, *Impresa coniugale e impresa familiare nel nuovo diritto in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1976, I, p. 2 ss.; ABBADESSA, *Comunione legale e costituzione di società in Vita notarile*, 1979, p. 66; VIGNERI, *Comunione legale e costituzione di società tra coniugi, ivi*, 1979, p. 110; ARMANNI, *Partecipazione di in società di coniugi in regime di comunione, ivi*, 1976, p. 594; COSTI, *op. cit.*, p. 618; DETTI, *Impresa e azienda nella comunione legale dei coniugi e impresa familiare in Rivista del notariato*, 1975, p. 780; A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, p. 473.

non significa che l'azienda debba necessariamente essere inattiva, in quanto può verificarsi una dissociazione tra la titolarità dell'azienda e lo svolgimento dell'attività di impresa, come avviene ad es. nell'usufrutto o nell'affitto d'azienda; va anzi rilevato che le ipotesi di comunione d'azienda che trovano maggiore riscontro nella pratica presentano proprio questa caratteristica, mentre i casi di vera e propria contitolarità statica di azienda sono marginali e presentano generalmente il carattere della transitorietà (si pensi ad es. alla comunione ereditaria d'azienda in quel lasso di tempo che va dall'accettazione dell'eredità alla successiva vendita o affitto dell'azienda<sup>54</sup>).

La trasformazione eterogenea in e di comunione d'azienda appare quindi essere uno strumento cui si può ricorrere essenzialmente qualora si voglia, a seconda dei casi, dissociare la proprietà dell'azienda dalla gestione dell'impresa (ad es. qualora la trasformazione sia preceduta o seguita a breve distanza di tempo da un affitto di azienda<sup>55</sup>) o ricongiungere i due aspetti (ad es. quando, alla sca-

---

<sup>54</sup> E' evidente infatti che tale lasso di tempo debba essere contenuto se si vuole preservare l'integrità ed il valore del complesso aziendale. Ciò anche in considerazione del fatto che le possibilità per i coeredi di esercitare una gestione 'conservativa' dell'azienda in attesa della vendita o dell'affitto – senza correre il rischio che tale gestione dia luogo alla riqualificazione della comunione in società di fatto – sono particolarmente ristretti., in quanto occorre: a) che i chiamati accettino l'eredità con beneficio di inventario; b) che non conferiscano beni propri nell'azienda (ciò in quanto l'accettazione con il beneficio d'inventario impedisce la confusione tra il patrimonio personale degli eredi e l'eredità beneficiata); c) che non compiano atti eccedenti l'ordinaria amministrazione senza l'autorizzazione del Tribunale. Sul punto v. FOSCHINI, *Accettazione dell'eredità con beneficio di inventario e destinazione, da parte dei coeredi, dell'azienda ereditata all'esercizio di un'impresa commerciale* in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1964, II, p. 389 ss.; BOCCHINI, *Beneficio d'inventario ed esercizio dell'impresa* in *Giustizia civile*, 1967, I, p. 812 ss.

<sup>55</sup> Non a caso AULETTA G., *Affitto di azienda sociale. Trasformazione di società in comunione* (nota a Trib. Caltanissetta 12 luglio 1947) in *Foro italiano*, 1948, I, c. 354, afferma che la cessione di affitto dell'unica azienda sociale comporta la trasformazione della società in comunione.

denza di un contratto di affitto di azienda, i comunisti decidono di gestirla direttamente)<sup>56</sup>.

Appare pertanto condivisibile l'opinione per la quale il principio di continuità si applica anche a questa ipotesi di trasformazione eterogenea, sebbene sul piano sostanziale si tratti di un atto traslativo, e seppure non vi sia coincidenza tra chi è titolare dell'azienda e chi esercita l'impresa, in quanto vi è continuità sul piano dell'attività di impresa in sé considerata<sup>57</sup>.

Ritengo anzi che questa sia l'unica chiave di lettura per dare un senso alla figura della trasformazione eterogenea di e in comunione d'azienda, e per distinguerla, a seconda dei casi, da una costituzione di società con conferimento unanime di azienda o da uno scioglimento con assegnazione dei beni ai soci; è infatti da ritenersi che, se il legislatore ha ritenuto di introdurre questa figura di trasformazione eterogenea, ha inteso rendere applicabili ad essa proprio le regole della trasformazione anziché quelle del trasferimento d'azienda<sup>58 59</sup>.

---

<sup>56</sup> PISANI MASSAMORMILE, *op. ult. cit.*, p. 88

<sup>57</sup> Di questa opinione ANGELICI, *op. cit.*, p. 342, il quale afferma che il principio di continuità deve essere riferito all'attività di impresa in sé considerata, a prescindere dalla posizione rispetto alla stessa dei soggetti". Della stessa opinione LIBERTINI, *op. cit.*, p. 231; TANTINI, *op. cit.*, p. 816; CETRA, *Le trasformazioni "omogenee" ed "eterogenee"*, cit, p. 139; PISANI MASSAMORMILE, *op. ult. cit.*, p. 81.

<sup>58</sup> Una conferma di ciò può ricavarsi anche dai recenti orientamenti fiscali in tema di imposta di registro. Infatti con la risoluzione del 3 aprile 2006 n. 47/E (in *Il fisco*, n. 17/2006, fasc. n. 2, p. 2611), l'Agenzia delle Entrate, ha stabilito che la continuazione dell'attività imprenditoriale in forma individuale da parte del socio superstite, pur non costituendo trasformazione in senso tecnico (in ragione dell'alterità soggettiva tra società e persona fisica), si configura come trasformazione in senso generico, e non come trasferimento d'azienda, e pertanto a tale operazione si applica l'imposta di registro in misura fissa. Sul punto v. l'ampia nota di commento di MONTESANO, *Per il Fisco, la "trasformazione" di società di persone in impresa individuale sconta l'imposta di registro in misura fissa* in *Il fisco*, n. 24/2006, fasc. n. 1, pp. 3716. Per l'accoglimento di tale soluzione prima della risoluzione sopra citata v. per tutti, , *"Trasformazione" di società di persone in ditta individuale* (Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 3/2005/T, approvato dalla Commissione studi tributari il 24 giugno 2005) in *Corriere Tributario*, pp. 3265.

Il che manifesta la sua rilevanza sia con riguardo al regime dei crediti e dei debiti, sia con riguardo al regime dei contratti di impresa, mentre non pone problemi l'applicazione del divieto di concorrenza di cui all'art. 2557 cod. civ. (cui si attribuisce comunemente portata generale<sup>60</sup>).

Per quanto riguarda il regime dei crediti e dei debiti, è da ritenersi che il principio di continuità di cui all'art. 2498 cod. civ. escluda l'applicabilità degli artt. 2559 e 2560 cod. civ. alla trasformazione eterogenea di società in comunione di azienda.

Va anche rilevato che le disposizioni sopra citate non potrebbero trovare applicazione nell'ipotesi di trasformazione eterogenea di società in comunione di azienda, in quanto ove si consideri che a seguito dell'operazione la società che si è trasformata non è più in vita.

Con riferimento al regime dei debiti va aggiunto che ai creditori della società o dei comunisti – compresi i creditori personali dei comunisti<sup>61</sup> – viene attribuito il rimedio dell'opposizione (rimedio che, nell'ipotesi di trasformazione di società in comunione di azienda

---

<sup>59</sup> Di diverso avviso PAVONE LA ROSA, *Ammissibilità della trasformazione eterogenea di una comunione di azienda in società di capitali*, cit., p. 7 ss., secondo cui la disciplina del trasferimento di azienda si applica anche alla trasformazione eterogenea di comunione d'azienda in società di capitali

<sup>60</sup> In realtà il problema dell'applicabilità del divieto di concorrenza alla trasformazione eterogenea di comunione d'azienda in società non ha una grande rilevanza pratica, in quanto i comunisti, come abbiamo già detto, non rivestono la qualifica di imprenditori; per la trasformazione di società in comunione d'azienda il problema non si pone nemmeno, in quanto l'operazione conduce all'estinzione della società, per cui manca il soggetto che dovrebbe essere tutelato dal divieto di concorrenza.

<sup>61</sup> In tal senso SARALE, *Comm. sub art. 2500 novies cod. civ.* in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, e da G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 2305; FRANCH, *Commento sub art. 2500 novies cod. civ.* in *Trasformazione – Fusione – Scissione* a cura di L. A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2006, p. 2305; RICCIARDIELLO, *Trasformazione di impresa individuale e rapporti passivi* in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, II, p. 1157 ss.

può servire a rappresentare i profili di lesività derivanti dalla confusione dei patrimoni che si verifica a seguito dell'operazione), e, nell'ipotesi di trasformazione di comunione di azienda in società di capitali, i comunisti non sono liberati dalle obbligazioni pregresse senza il consenso dei creditori<sup>62</sup>.

Per quanto riguarda il regime dei contratti, a parere di chi scrive, il principio di continuità dei rapporti giuridici rende inapplicabile l'art. 2558, comma, con particolare riferimento al 2° cod. civ.<sup>63</sup>, che attribuisce al terzo contraente il diritto di recedere qualora vi sia una giusta causa; pertanto, la tutela del terzo andrà probabilmente ravvisata nell'opposizione dei creditori, ove si ritenga che l'art. 2500 *novies* cod. civ., a differenza dell'art. 2560 cod. civ., sia applicabile non solo alle posizioni creditorie "pure", ma anche ai rapporti contrattuali non interamente eseguiti da entrambe le parti, in capo alle quali si assommano una pluralità di debiti e di crediti<sup>64</sup>.

### **3) L'ammissibilità delle trasformazioni eterogenee di e in società di persone: i termini del problema**

L'applicazione delle disposizioni sulla trasformazione eterogenea alle società di persone troverebbe quindi la sua giustificazione nella nuova natura della trasformazione, che, come si è avuto modo

---

<sup>62</sup> SARALE, *Comm. sub art. 2500 septies cod. civ. cit.*, p. 2282: "Non sembra dubbio che mancando ogni forma di autonomia patrimoniale tutti i partecipanti rispondano in solido, ai sensi degli artt. 1104 e 1115, delle obbligazioni contratte per la conservazione e il godimento della cosa comune. Ma si tratta di obbligazione contratte non tanto per l'esercizio dell'impresa – se fosse così si tratterebbe di società di fatto – quanto appunto per la conservazione della funzionalità dell'azienda"

<sup>63</sup> Di questo avviso GUERRERA, *Trasformazioni "atipiche" e "trasformazioni eterogenee"*, *cit.*; *Contra*, PAVONE LA ROSA, *Ammissibilità della trasformazione di una comunione di azienda in società di capitali, cit.*, p. 8.

<sup>64</sup> Per un'analisi approfondita della tutela delle posizioni creditorie "pure" e di quelle inserite nei contratti nel trasferimento d'azienda v. MINNECI, *Trasferimento d'azienda e regime dei debiti*, Milano, 2007.

di vedere, consiste essenzialmente in un procedimento finalizzato a consentire l'adeguamento della forma giuridica e della disciplina organizzativa dell'impresa alle esigenze operative che si pongono nel corso della vita della stessa e l'integrità degli apparati produttivi, evitando così di interrompere l'attività in esercizio e di affrontare i costi ed i tempi necessari allo scioglimento ed alla ricostituzione dell'ente.

Il fatto che sia rintracciabile una *ratio* comune tra le ipotesi di trasformazione eterogenea previste dalla legge, tuttavia, non esaurisce il problema dell'ammissibilità delle operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone.

Infatti, il silenzio del legislatore su queste ipotesi può essere interpretato sia come lacuna normativa, suscettibile di essere colmata dall'intervento dell'interprete, sia come indice di una volontà legislativa di limitare l'operatività della trasformazione eterogenea alle operazioni aventi come punto di partenza o come punto di arrivo una società di capitali.

La circostanza che la legge delega autorizzasse esclusivamente modifiche relative alla disciplina delle società di capitali non appare decisiva: se infatti parte della dottrina ritiene che la mancata presa di posizione del legislatore sull'ammissibilità delle operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone – mancata presa di posizione dovuta proprio ai limiti della delega – non preclude all'interprete di applicare in via analogica la disciplina della trasformazione eterogenea ai casi non espressamente previsti<sup>65</sup>, altra parte

---

<sup>65</sup> DE ANGELIS, *La trasformazione nella riforma del diritto societario* in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2003, p. 384; MARASA', *Le trasformazioni eterogenee*, cit., p. 81; DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2003, p. 448; MISEROCCHI, *La trasformazione in AA. VV., Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003, p. 365; STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.* p. 221; In tal senso anche la Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, massima n. 20

della dottrina sostiene che il silenzio del legislatore delegante sia invece da considerarsi come indice di una volontà legislativa di limitare l'operatività dell'istituto della trasformazione eterogenea alle operazioni il cui punto di partenza o di arrivo sia una società di capitali<sup>66</sup>.

Qualora si accogliesse tale opinione, le operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone sarebbero da considerarsi vietate; in particolare, qualora si ponesse l'esigenza operativa di trasformare una società di persone in uno degli enti indicati negli artt. 2500 *septies* e *octies* cod. civ. – o viceversa – l'operazione dovrebbe essere preceduta da una trasformazione in società di capitali, con un evidente pregiudizio per l'esigenza di economia degli atti negoziali<sup>67</sup>.

---

del 18 marzo 2004, *cit.*, p. 1085: “La tecnica legislativa consapevolmente seguita dal Legislatore va coordinata con il riconoscimento, pure presente nella Relazione, della trasformazione come istituto di carattere generale anche al di fuori del campo societario. La indicazione tassativa degli enti che possono trasformarsi in società di capitali sembra quindi lasciare libero l'interprete di valutare se altri ‘enti’ non menzionati possano essere assimilati a quelli espressamente menzionati. D'altra parte l'aver previsto la trasformazione eterogenea solo per le società di capitali non può impedire all'interprete di ammetterla anche per le società di persone: la dottrina ha già avuto occasione di osservare che non sussiste alcuna plausibile ragione per una tale limitazione e che anzi un tale tipo di trasformazione e che anzi un tale tipo di trasformazione eterogenea in molti casi costituisce un ‘minus’ rispetto a quanto previsto dal Legislatore: si pensi ad esempio al caso di ‘trasformazione’ di una comunione d'azienda in società di persone. Il silenzio del Legislatore va spiegato con i limiti della delega e non può essere interpretato come una esclusione della possibilità di applicare l'istituto della trasformazione ad ipotesi similari. Una attenta rilettura della Relazione conferma l'esattezza della ricostruzione qui proposta: il Legislatore sia nella trasformazione omogenea sia in quella eterogenea si è limitato a disciplinare le fattispecie a suo giudizio più significative lasciando all'interprete il compito di regolamentare le altre ipotesi”.

<sup>66</sup> In tal senso, PALMIERI, *op. cit.*, p. 110: il quale afferma che la circostanza che il legislatore si sia dovuto attenere ai limiti della delega induce a ritenere che la volontà del legislatore fosse quella di regolare in maniera esaustiva l'istituto della trasformazione eterogenea, ed, in particolare, di precluderne l'utilizzo alle società di persone.

<sup>67</sup> LUPETTI, *Trasformazioni eterogenee da e in società di persone in Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2005, p. 846, osserva che: “Ogni presunto divieto alle trasformazioni da e in società di persone potrebbe facilmente essere eluso mediante la preventiva trasformazione in società di capitali e la successiva trasformazione da società di capitali ad una delle strutture organizzative previste dall'art. 2500-*octies* c.c.”. Dello stesso parere LIBONATI, *Introduzione in Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2006, p. XXXI; MALTONI, *I limiti all'autonomia privata nelle trasformazioni eterogenee*,

E' quindi necessario verificare se sia lecito porre in essere un'operazione diretta di trasformazione eterogenea di e in società di persone, senza una preventiva trasformazione – omogenea o eterogenea a seconda dei casi – in società di capitali.

Occorre a tal fine svolgere un'indagine, che miri a verificare: a) se vi sia nel nostro ordinamento un principio di tipicità delle ipotesi di trasformazione; b) in caso di risposta negativa al precedente quesito, se vi siano ostacoli di carattere sistematico all'ammissibilità delle trasformazioni eterogenee di e in società di persone; c) se, qualora tali ostacoli non sussistano, vi siano limiti derivanti dall'esigenza di tutela degli interessi coinvolti nell'operazione.

#### **4) Inesistenza di un principio di tipicità delle ipotesi di trasformazione**

Abbiamo già avuto modo di vedere che il legislatore della riforma ha dettato una disciplina dell'istituto della trasformazione molto più analitica di quella previgente, ed in particolare ha predisposto un elenco dettagliato di enti suscettibili di trasformazione in società di capitali (o che possono risultare da una trasformazione eterogenea di società di capitali).

---

*cit.*, 2003, I, p. 1394. A chi scrive, tuttavia, tale rilievo non sembra corretto, in quanto, nell'ipotesi considerata dall'Autore, non viene eluso alcun divieto, ma vengono poste in essere due operazioni perfettamente legittime, la cui ammissibilità non viene posta in dubbio neppure dalla dottrina che nega l'ammissibilità delle operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone (sul punto v. PALMIERI, *op. cit.*, p. 116). Il punto sta nel verificare – come si tenterà di fare nelle pagine seguenti – se per trasformare una società di persone in uno degli enti indicati negli artt. 2500 *septies* e *octies* cod. civ. (o viceversa) sia davvero necessario porre in essere un'operazione intermedia, consistente nella trasformazione dell'ente di partenza in società di capitali, o se invece sia possibile saltare tale passaggio, applicando analogicamente alle operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone gli artt. 2500 *septies*, *octies* e *novies* cod. civ.

D'altro canto, il legislatore tace – oltretutto sulle trasformazioni eterogenee di e in società di persone<sup>68</sup> – su di una serie di ipotesi di grande rilevanza pratica, che anteriormente alla riforma del 2003 erano state ripetutamente esaminate – con esiti contrastanti – dalla dottrina e dalla giurisprudenza in sede di omologazione, come la trasformazione di consorzio in società consortile (e viceversa)<sup>69</sup>, di associazione (riconosciuta e non) in società cooperativa<sup>70</sup> (e viceversa)<sup>71</sup> e di società (di capitali e di persone) con unico socio in impresa individuale<sup>72</sup> (e viceversa).

Inoltre, con riferimento alle fattispecie espressamente previste dal legislatore, va rilevato che non vi è una perfetta corrispondenza biunivoca tra le ipotesi di trasformazione eterogenea involutiva ed

---

<sup>68</sup> Per l'ammissibilità della trasformazione di associazione non riconosciuta in società in nome collettivo v. Trib. Roma 18 gennaio 2001 in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2002, II, p. 458, con nota di MALINCONICO, *Diritto della responsabilità del notaio in tema di società*.

<sup>69</sup> App. Venezia 24 maggio 1999 in *Foro padano*, 2000, I, c. 27, con nota di MARTINA, *Trasformazione di associazione non riconosciuta in società cooperativa e di consorzio in società consortile*.

<sup>70</sup> In senso positivo Trib. Udine 20 luglio 1988 in *Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale*, 1988, p. 1184, con nota di PAOLUCCI, *Associazione non riconosciuta trasformata in cooperativa*; App. Roma 6 giugno 1992 in *Rivista del notariato*, 1993, II, p. 383. In senso contrario Trib. Napoli 9 aprile 1992 in *Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale*, 1992, p. 1547.

<sup>71</sup> In senso positivo Trib. Udine 31 marzo 1995 in *Giurisprudenza commerciale*, 1995, II, p. 521. In senso contrario Trib. Roma 16 marzo 1994 in *Rivista del notariato*, 1995, p. 695. V. anche le opposte decisioni del Trib. Torino 12 novembre 1996 e dell'App. Torino 25 marzo 1997 in *Giurisprudenza commerciale*, 1998, II, p. 815 con nota di SANTAGATA *Trasformazione di società cooperativa in associazione non riconosciuta e fondi mutualistici*.

<sup>72</sup> Dell'opinione favorevole SALVATORE, *Le assegnazioni di beni ai soci in Contratto e impresa*, 1999, p. 879. In giurisprudenza v. Cass. 16 marzo 1996 in *Notariato*, 1996, p. 530, con nota di GRADASSI, *"Trasformazione" di società di persone in impresa individuale*; Trib. Roma 22 ottobre 1993 (decr.) in *Giurisprudenza commerciale*, 1994, II, p. 264 con nota di BOERO, *Sulla "trasformazione" di società di persone in impresa individuale*; Trib. Torino, 10 febbraio 1994 (decr.) in *Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 1994, p. 673. Trib. S. M. Capua Vetere 16 maggio 2002 (decr.) in *ivi*, 2002, p. 1403, con nota di SILVETTI, *Scioglimento, trasformazione e liquidazione di società personale in impresa individuale nei sei mesi ex art. 2272, n. 4, c.c.* In senso contrario MACCARRONE, *Estinzione della società di persone e continuazione dell'attività imprenditoriale da parte del socio superstite* in *Rivista del notariato*, 1996, I, p. 849.

evolutiva, in quanto, da un lato, l'art. 2500 *septies* cod. civ. prevede la trasformazione di associazione riconosciuta in società di capitali, dall'altro, l'art. 2500 *octies* cod. civ. prevede la trasformazione di società di capitali in associazione non riconosciuta; lo stesso vale per le società cooperative, in quanto l'art. 2545 *decies* cod. civ. disciplina la trasformazione delle stesse in società (di capitali e di persone) ed in consorzio, mentre l'art. 2500 *octies* cod. civ. indica unicamente le società di capitali quali enti suscettibili di trasformazione in società cooperative.

Occorre pertanto verificare se il silenzio del legislatore sulle fattispecie viste in precedenza costituisca una lacuna normativa suscettibile di essere colmata dall'intervento degli interpreti, o se invece la mancata previsione di tali ipotesi valga a precludere l'ammissibilità delle stesse.

Se, infatti, una parte consistente della dottrina ritiene che l'ampliamento degli enti suscettibili di trasformazione indichi la volontà del legislatore di lasciare ampi spazi all'autonomia privata, in modo tale da consentire agli operatori economici l'adeguamento della forma giuridica e della disciplina organizzativa dell'impresa alle esigenze operative che si pongono nel corso della vita della stessa, e di favorirne, a seconda dei casi, la crescita (in caso di trasformazione eterogenea progressiva) o il ridimensionamento (in caso di trasformazione eterogenea regressiva) senza dover ricorrere alla sequenza scioglimento-liquidazione-estinzione-ricostituzione<sup>73</sup>, altri Autori ri-

---

<sup>73</sup> Di questa opinione CETRA, *op. cit.*, p. 139: "Sebbene il dato normativo riformato abbia significativamente ampliato le ipotesi di trasformazione (artt. 2500 *ter*, 2500 *sexies*, 2500 *septies*, 2500 *octies*, e 2545 *decies* c.c.), non può escludersi *a priori* la possibilità di estendere, in tutto o in parte, la relativa disciplina a fattispecie ulteriori. Sicché, anche nel nuovo contesto, può considerarsi non superato, ma solo ridimensionato, il tradizionale problema del grado di tipicità delle ipotesi di trasformazione espressamente nominate dal legislatore".

tengono che la previsione di un dettagliato elenco di ipotesi risponda ad un preciso intento legislativo di disciplinare l'istituto della trasformazione in maniera esaustiva, privilegiando l'esigenza di certezza del diritto<sup>74</sup>.

A favore di quest'ultima opinione potrebbe deporre proprio la mancanza di corrispondenza biunivoca delle fattispecie di trasformazione eterogenea di e in società di capitali, e di trasformazione eterogenea di e in società cooperativa, cui si è fatto cenno in precedenza.

Infatti, la circostanza che il legislatore abbia cura di specificare che l'associazione riconosciuta e l'associazione non riconosciuta possono essere, rispettivamente, punto di partenza e di arrivo di

---

V. anche MARASÀ, *Le trasformazioni eterogenee*, cit., p. 585; DI SABATO, *op. cit.*, p. 447; DE ANGELIS, *Trasformazioni eterogenee: sottintesi e reticenze della legge di riforma*, cit., p. 1220; ID., *La trasformazione nella riforma del diritto societario* in *Le società*, 2003, fasc. 2bis, p. 383; GUERRERA, *La nuova disciplina delle trasformazioni: profili generali* in *Vita notarile*, 2004, p. 130; CABRAS, *Sulla trasformabilità dei consorzi in fondazione*, *ivi*, 2006, p. 1138; GENOVESE, *La trasformazione eterogenea*, in *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni su alcuni contenuti di disciplina. Atti del Convegno (Università Magna Grecia di Catanzaro)*, a cura di A. Genovese, Torino, 2004, p. 57;; PISANI MASSAMORMILE, *op. cit.*, p. 109; ID., *Trasformazione da e in società di avvocati* in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2005, I, p.215; MISEROCCHI, *op. cit.*, p. 365; IANNIELLO, *S.r.l. e nuova disciplina delle trasformazioni* in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata* a cura di V. Santoro, Milano, 2003, p. 294; ID., *I nuovi confini della trasformazione eterogenea* in *Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2005, p. 577; PLASMATI, *op. cit.*, p. 106; D'AGOSTINO, *La trasformazione eterogenea*, in *Rivista del notariato*, 2008, p. 367; MARGIOTTA, *Le trasformazioni eterogenee nella riforma del diritto societario*, *ivi*, 2006, p. 977; ID., *La trasformazione della società in impresa individuale* in *Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2005, p. 976; BELLEZZA, *Trasformazioni eterogenee atipiche di enti non profit* in *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit* a cura di A. Zoppini e M. Maltoni, Padova, 2007, p. 156.

<sup>74</sup> Di questa opinione PALMIERI, *op. cit.*, p. 104, secondo cui "la scelta operata dal legislatore del 2003 di delineare una disciplina organica e dettagliata sconsiglia di recepire acriticamente le soluzioni elaborate, con fatica, nel sistema previgente", con particolare riferimento al carattere non tassativo dei casi previsti dalla legge. Della stessa opinione CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, 2 – Diritto delle società* a cura di M. Campobasso, Torino, 2006, p. 622; CORVESE, *op. ult. cit.*, p. 58; BUONOCORE, *Le modificazioni dell'impresa societaria* in *La riforma del diritto societario* a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, p. 211. In giurisprudenza v. Trib. Mantova 28 marzo 2006 (decr.) in *Vita notarile*, 2006, p. 1434; in *Giurisprudenza commerciale*, 2007, II p. 1132 con nota di BENESPERI, *Trasformazione eterogenea: da società di persone in impresa individuale?*; in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2006, p. 399 con nota di FERRARA E., *Trasformazione eterogenea da società in nome collettivo unipersonale in impresa individuale*.

un'operazione di trasformazione eterogenea in e di società di capitali, e, soprattutto, che il legislatore accordi, per la trasformazione eterogenea di società cooperativa, una maggiore libertà operativa rispetto a quella prevista per la trasformazione eterogenea in società cooperativa, potrebbe essere considerata indice di una volontà legislativa di regolare l'istituto della trasformazione eterogenea in maniera esaustiva, e, di conseguenza, potrebbe costituire un ostacolo sistematico all'estensione della sfera di operatività della trasformazione eterogenea alle ipotesi non espressamente previste.

In quest'ottica, pertanto, qualora si volesse porre in essere una trasformazione eterogenea, avente come punto di partenza e come punto di arrivo un ente diverso da una società di capitali – fatta eccezione per la trasformazione di società cooperativa in società di persone e consorzio – occorrerebbe effettuare due operazioni di trasformazione consecutive.

Vi sono tuttavia diverse ragioni che fanno propendere per l'inesistenza di un principio generale di tipicità delle ipotesi di trasformazione eterogenea.

In primo luogo, è agevole osservare che la riforma ha dettato una disciplina più dettagliata di quella previgente anche per le trasformazioni omogenee, ed in particolare ha introdotto una disciplina apposita per la trasformazione omogenea regressiva (art. 2500 *sexies* cod. civ.), e tuttavia seguita a tacere sulle trasformazioni omogenee tra società di persone e tra società di capitali.

Seguendo l'ordine di idee sopra esposto, ciò condurrebbe a negare l'ammissibilità di tali operazioni; il che appare singolare, non sussistendo alcuna ragione plausibile che richieda di scindere

l'operazione in una trasformazione progressiva e una trasformazione regressiva.

In secondo luogo, non sembra vi siano ostacoli di carattere generale ad ammettere che enti diversi da quelli previsti agli artt. 2500 *septies* e *octies* cod. civ. possano essere termine di riferimento di una trasformazione eterogenea di o in società di capitali (si pensi ad es. al GEIE, la cui natura giuridica viene da gran parte della dottrina assimilata a quella del consorzio<sup>75</sup>).

Inoltre, alla luce di una riforma volta a fornire maggiori possibilità operative all'autonomia privata, non sembrerebbe congruo negare la legittimità di operazioni che parte della dottrina e la giurisprudenza ante riforma erano giunte ad ammettere, sia pure con una serie di cautele<sup>76</sup>.

In particolare, appare paradossale negare la legittimità di alcune figure di trasformazione eterogenea, come quella di consorzio in società consortile (e viceversa), di associazione in società cooperativa (e viceversa), e di consorzio e società consortile in società coope-

---

<sup>75</sup> Come ammette anche PALMIERI, *Autonomia e tipicità nella nuova trasformazione*, cit., p. 129.

<sup>76</sup> Ad es. secondo MARASA, *Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi* in *Rivista di diritto civile*, 1994, p. 321 ss., la trasformazione di consorzio in società consortile – sia di tipo ordinario sia di tipo cooperativo – poteva considerarsi ammissibile in quanto non lesiva degli interessi dei creditori del consorzio. Ciò in quanto per entrambi gli enti vige la regola che esclude la responsabilità personale dei consorziati per le obbligazioni comuni, ma alle società consortili, a differenza dei consorzi, si applicano le regole sul capitale stabilite per le società di capitali. Per le stesse ragioni, non poteva invece considerarsi ammissibile l'operazione inversa. Allo stesso modo, secondo l'Autore, poteva considerarsi ammissibile la trasformazione di associazione in società cooperativa l'operazione darebbe luogo ad un ente cui si applica la disciplina del capitale prevista per le società di capitali, cui si accompagnerebbe la responsabilità personale e solidale dei rappresentanti ex art. 38 per le obbligazioni anteriori alla trasformazione, nell'ipotesi di trasformazione di associazione non riconosciuta, ma non l'operazione inversa, in quanto “con il passaggio al regime dell'associazione non riconosciuta verrebbero meno le garanzie apprestate dalla disciplina societaria senza essere compensate dall'assunzione di un regime di responsabilità illimitata degli associati” (p. 323). Per la stessa ragione, a parere dell'Autore doveva considerarsi inammissibile l'operazione, inversa a quella consentita dalla Legge 23 marzo 1981 n. 1991, di trasformazione di società sportiva in associazione non riconosciuta.

rativa<sup>77</sup>, in quanto in tali ipotesi il cambiamento delle regole di organizzazione e di formazione dell'agire dell'ente non influisce sugli scopi dell'ente, o vi incide in una misura più limitata di quanto accade nelle ipotesi espressamente previste negli artt. 2500 *septies* e *octies* cod. civ.

Ciò è evidente per la trasformazione di consorzio in società consortile (e viceversa), in quanto lo scopo perseguito da entrambi gli enti interessati all'operazione è quello di disciplinare o svolgere determinate fasi delle imprese dei partecipanti.

Quanto alla trasformazione di consorzio o di società consortile in società cooperativa, anche qualora non si volesse accogliere l'opinione che considera superata la distinzione tradizionale tra mutualità consortile (che consiste nella cooperazione interaziendale, volta a ridurre i costi delle imprese dei partecipanti) e mutualità cooperativa (finalizzata a soddisfare i bisogni vitali dei soci)<sup>78</sup>, si dovrebbe comunque ammettere che l'incidenza di tale trasformazione sullo

---

<sup>77</sup> Abbiamo già visto che è invece prevista la trasformazione di società cooperativa in consorzio, mentre la legittimità della trasformazione di società cooperativa in società consortile può desumersi dalla previsione della trasformazione di società cooperativa in società – ove si consideri la società consortile una società con scopi consortili – o della trasformazione di società cooperativa in consorzio – ove si aderisca all'opinione che considera la società consortile un consorzio avente forma di società.

<sup>78</sup> È noto che la distinzione tradizionale tra mutualità consortile (finalizzata al aumento dell'efficienza e della redditività delle imprese dei partecipanti) e mutualità cooperativa (volta a porre i soci al riparo dalle speculazioni del mercato), è stata messa in crisi sia dalla prassi operativa, che conosce società cooperative costituite da soggetti imprenditori (anche di grandi dimensioni), sia dalla legislazione speciale, che prevede consorzi in forma di società cooperativa. Basti pensare all'art. 21 Legge 12 agosto 1977 n. 645 (c.d. legge sulla riconversione industriale) ed all'art. 1 Legge 21 maggio 1981 n. 240 in tema di provvidenze a favore dei consorzi tra piccole e medie imprese. A completare il quadro, è intervenuto l'art. 2538 4° comma n.t. cod. civ., che riconosce definitivamente l'ammissibilità della costituzione di società consortile sotto forma di cooperativa. Tra gli Autori che considerano superata tale distinzione v., tra gli altri, BORGIOLO, *Consorzi e società consortili* in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo continuato da L. Mengoni, vol. XLI, t. 3, Milano, 1985, p. 152; BIN, *La piccola impresa industriale*, Bologna, 1983, p. 232. Dell'opinione opposta, tra gli altri, SPOLIDORO, *Le società consortili*, Milano, 1984, p. 99; MOSCO, *I consorzi tra imprenditori*, Milano, 1988, p. 290; SARALE, *Consorzi e società consortili* in COTTINO-SARALE-WEIGMANN, *Società di persone e consorzi Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. 3, Padova, 2004, p. 470.

scopo dell'ente sarebbe sensibilmente inferiore rispetto a quella che si avrebbe a seguito di una trasformazione eterogenea in società lucrativa, soprattutto ove si consideri che la riforma, con l'introduzione dell'art. 2538 4° comma cod. civ.<sup>79</sup>, ha risolto in senso positivo la questione dell'ammissibilità di una società cooperativa consortile<sup>80</sup>.

Per quanto attiene alla trasformazione di associazione in società cooperativa (e viceversa), un'obiezione fondata sull'assenza di un'attività di impresa nella prima, e sull'incompatibilità tra lo scopo altruistico-ideale, tipico dell'associazione, e quello mutualistico, consistente nel "fornire beni o servizi od occasioni di lavoro direttamente i membri dell'organizzazione a condizioni più vantaggiose di quelle che otterrebbero dal mercato"<sup>81</sup>, tipico della società cooperativa, sarebbe da considerarsi obsoleta.

E' noto infatti che l'attuale realtà economica conosce associazioni in cui all'attività istituzionale, di carattere altruistico-ideale, si affianca un'attività di impresa, i cui profitti vengono integralmente destinati al perseguimento degli scopi istituzionali dell'ente (basti pensare, ad es., alle associazioni culturali, politiche o religiose che curano la pubblicazione e la vendita di libri e di riviste, che organizzano spettacoli o manifestazioni teatrali cui si accede mediante

---

<sup>79</sup> Il cui testo recita: "Nelle cooperative in cui i soci realizzano lo scopo mutualistico attraverso l'integrazione delle rispettive imprese o di talune fasi di esse, l'atto costitutivo può prevedere che il diritto di voto sia attribuito in ragione della partecipazione allo scambio mutualistico".

<sup>80</sup> GUERRERA, *Sulla trasformazione di società consortile per azioni in liquidazione in società cooperativa per azioni* in *Vita notarile*, 2010, p. 3 ss., oltre a ritenere ammissibile l'operazione, nega che si sia in presenza di una trasformazione eterogenea in senso tecnico, e pertanto considera inapplicabile la relativa disciplina

<sup>81</sup> Così il § 1025 della *Relazione al codice civile*.

l'acquisto di un biglietto, che gestiscono istituti scolastici, che svolgono attività alberghiera, ecc.)<sup>82</sup>.

Inoltre, sovente vengono costituite associazioni per il perseguimento di finalità che, pur non presentando i connotati del lucro soggettivo, non appaiono neppure classificabili come altruistico-ideali, in quanto sono rivolte al soddisfacimento di interessi personali degli associati<sup>83</sup>; in particolare, tali enti "gestiscono in forma imprenditoriale la produzione di beni o servizi (spesso in via esclusiva) a favore dei propri associati, i quali conseguentemente percepiscono, tramite l'acquisto, direttamente dal sodalizio, dei beni o dei servizi offerti, un vantaggio patrimoniale *sub specie* di risparmio di spesa"<sup>84</sup> – vantaggio che in molti casi è commisurato per clausola statutaria alla quantità dei contributi versati dall'associato<sup>85</sup> – assumendo così l'attività i caratteri della mutualità<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> Non mancano inoltre ipotesi previste dalla legge di associazioni (e fondazioni) esercenti un'attività di impresa. Senza alcuna pretesa di completezza basti ricordare: le fondazioni lirico sinfoniche che gestiscono teatri (d. lgs. 29 giugno 1996, n. 367); le fondazioni deputate alla gestione, alla conservazione, alla valorizzazione ed alla promozione dei beni e delle attività culturali (d. lgs. 20 ottobre 1998 n. 368 e successivo d. m. 27 novembre 2001 n. 491); le associazioni di promozione sociale (legge 27 dicembre 2000 n. 383); le organizzazioni non governative (legge 26 febbraio 1987 n. 49).

<sup>83</sup> Così come vi sono fondazioni costituite per il perseguimento di una finalità in sé altruistica, ma nell'ottica di favorire – più o meno indirettamente – un interesse imprenditoriale proprio del fondatore.

<sup>84</sup> CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003., p. 24

<sup>85</sup> VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Milano, 1977, p. 182 ritiene che una clausola statutaria che commisuri il diritto di fruire dei servizi offerti dall'associazione alla entità dei contributi versati "comporta un'alterazione della funzione tipica del negozio e induce il sospetto che dietro lo schema dell'associazione si nasconda una società atipica". L'A. tuttavia, ammette che l'applicazione del principio di uguaglianza sia derogabile in tutte le ipotesi in cui la sua rigorosa applicazione comporti delle difficoltà applicative o si presti ad abusi da parte degli associati.

<sup>86</sup> Sulla difficoltà di distinzione tra società cooperativa e associazione con scopo "mutualistico" v. CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, cit., p. 24: "In tutti questi casi, sono invero evidenti le difficoltà cui andrebbe incontro ogni tentativo di tracciare un discrimine e di stabilire una prevalenza fra l'interesse (o il risultato) ideale e l'interesse (o il risultato) economico perseguito (o percepiti) dai partecipanti. Nella prospettiva di oggettivizzare la distinzione causale tra gli enti associativi tramite l'adozione di un criterio basato sull'imputazione del risultato convenzionalmente programmato, si può ritenere che le asso-

Tra i casi maggiormente ricorrenti nella realtà, possiamo ricordare: le associazioni di categoria; i clubs sportivi che offrono ai propri associati l'utilizzo di impianti ed attrezzature ginniche; i c.d. automobil clubs, che svolgono servizi di assistenza e soccorso stradale; le associazioni di proprietari di immobili per la valorizzazione del territorio; i circoli culturali che gestiscono biblioteche o sale cinematografiche, ecc.<sup>87</sup>

Da queste promesse, la dottrina più moderna ha ricavato che dello scopo delle associazioni non sia possibile dare una definizione in positivo, ma unicamente in negativo, ritenendosi che tali enti possano essere costituiti per perseguire qualunque scopo lecito, purchè diverso dallo scopo di lucro soggettivo<sup>88</sup> (e quindi possono perseguire anche uno scopo *lato sensu* mutualistico).

Inoltre, a chi scrive non sembra condivisibile l'opinione che nega l'estendibilità alla trasformazione di società unipersonale in impresa individuale o in titolarità di azienda (e viceversa) della soluzione adottata dal legislatore per la trasformazione di e in comunione di azienda sulla sola base della mancanza dell'elemento della plurali-

---

ciazioni si caratterizzino per il fatto che il risultato è imputato al gruppo e percepito dai singoli associati per specifica iniziativa di ciascuno di essi (ossia in funzione dell'intensità con cui ognuno fruisce dei beni e dei servizi messi a disposizione)."

<sup>87</sup> Non mancano inoltre ipotesi legislativamente riconosciute di associazioni e fondazioni volte al perseguimento di interessi propri degli associati e del fondatore: si pensi ad es. alle associazioni tra azionisti per la raccolta delle deleghe di voto (art. 141 comma 1, lett. b, d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58); alle associazioni costituite per la gestione dei fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione (legge 31 gennaio 1992, n. 59); alle fondazioni di famiglia (art. 28, comma 3 cod. civ.); alle associazioni ed alle fondazioni deputate alla gestione di un fondo pensione (art. 4, comma 1 d. lgs. 21 aprile 1993 n. 124)

<sup>88</sup> CETRA, *L'impresa collettiva non societaria*, cit., p. 21, con ulteriori riferimenti alla nota 40. Contra SPADA, *Diritto commerciale, I, Parte generale*, Padova, 2009, p. 98, il quale afferma "è proprio l'esercizio di un'attività preordinata al conseguimento del risultato preidentificato nell'atto che fonda la formazione" di ogni ente, compresa l'associazione e la fondazione.

tà dei soci o dei contitolari dell'azienda<sup>89</sup>; tale elemento non può infatti essere assunto come linea di demarcazione tra le due ipotesi, in quanto non si comprende in che modo possa influire sulla natura dell'operazione e sulla valutazione degli interessi coinvolti nell'operazione.

Va anche rilevato che la trasformazione di e in impresa individuale potrebbe comportare effetti meno dirompenti rispetto alla trasformazione di e in comunione d'azienda, ove si consideri che, pur cambiando la titolarità dell'azienda, la gestione diretta dell'impresa – a seconda dei casi – da parte del titolare o dell'unico socio non verrebbe meno.

E' anche opportuno evidenziare che l'accoglimento della tesi negatrice condurrebbe a ritenere preclusa in ogni caso la trasformazione di società di persone con unico socio – anteriormente al decorso del termine semestrale di cui all'art. 2273 n. 4 cod. civ. – in impresa individuale, in quanto una preventiva trasformazione in s.r.l. o s.p.a. unipersonale in questo caso non consentirebbe di effettuare una successiva operazione di trasformazione in impresa individuale<sup>90</sup>; il

---

<sup>89</sup> Così GUERRERA, *Trasformazioni "atipiche" e "trasformazioni eterogenee"*, cit.; PLASMATI, *op. cit.*, p. 110; PERRINO A., *Effetti della trasformazione di società di persone con unico socio superstita in impresa individuale in Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2007, p. 166 ss.

<sup>90</sup> Sul piano teorico, il problema potrebbe porsi anche con riferimento all'operazione inversa di trasformazione di impresa individuale in società di persone. Infatti, se è vero che le società di persone possono essere unipersonali solo nella fase dinamica e non nella fase costitutiva, va rilevato che la trasformazione rimane pur sempre una vicenda modificativa, e non costitutiva, dell'ente. Si potrebbe quindi ipotizzare una trasformazione in società di persone unipersonale, sia pure come situazione temporanea (considerando che, decorso il c.d. termine di grazia di cui all'art. 2272 n. 4 cod. civ., sarebbe necessario ricostituire la pluralità di soci o, in alternativa, trasformare la società in s.p.a. o in s.r.l., onde evitare lo scioglimento), il che potrebbe ad es. accadere qualora si volesse trasformare un'impresa familiare (che sul piano della configurazione esterna della fattispecie è considerata dall'opinione maggioritaria un'impresa individuale) in società di persone, attribuendo così ai partecipanti la qualità di soci (v. sul punto PLASMATI, *op. cit.*, p. 116, che però ritiene che l'impresa familiare si possa trasformare esclusivamente in società di capitali, in quanto al momento della trasformazione la società è unipersonale, mentre il sub ingresso dei familiari

che, nell'impossibilità di ricostituire la pluralità di soci, comporterebbe la necessità, al fine di scongiurare la liquidazione<sup>91</sup>, di effettuare un trasferimento d'azienda dalla società al socio unico – trasferimento che, se effettuato a titolo oneroso, comporterebbe un esborso immediato per il socio, e, se effettuato a titolo gratuito, sarebbe soggetto a revocatoria – conseguenza questa che appare eccessivamente penalizzante per il socio, alla luce dell'esigenza di tutela dell'integrità degli apparati produttivi cui la riforma nel suo complesso si ispira.

L'asserito principio di tassatività delle ipotesi di trasformazione eterogenea appare poi difficilmente sostenibile per una ragione di carattere sistematico.

Infatti, nell'ambito delle norme regolanti la trasformazione eterogenea si riscontra un divieto espresso di trasformazione, riguardante le associazioni riconosciute “che abbiano ricevuto contributi pubblici oppure liberalità e oblazioni dal pubblico”<sup>92</sup> (art. 2500 *octies* cod. civ.); divieto che, come abbiamo già avuto modo di vedere<sup>93</sup>, è posto a tutela dell'interesse generale a che non vengano utilizzate a

---

avviene in un momento logico successivo). Non sembra, tuttavia, che si tratti di un'ipotesi che trovi grande riscontro nella realtà.

<sup>91</sup> A tal proposito UNGARI TRASATTI, *Gli effetti della cancellazione dal registro delle imprese delle società di persone e la continuazione in forma individuale del socio superstite* in *Rivista del notariato*, 2005, p. 814 ss., ritiene ineluttabile la fase della liquidazione in caso di mancata ricostituzione della pluralità dei soci prima del decorso del c. d. termine di grazia, e di conseguenza considera inammissibile la trasformazione di società di persone con unico socio in impresa individuale. L'Autore, tuttavia, ritiene che sia possibile che il socio dichiarerà di non volere ricostituire la pluralità dei soci e assegni a se stesso i beni sociali, sottoponendo tale assegnazione alla condizione sospensiva dell'estinzione della società. Dello stesso Autore v. *Profili civili e fiscali della continuazione dell'impresa in forma individuale da parte dell'unico socio superstite di società di persone* in *Rivista del notariato*, 2009, p. 160 ss.

<sup>92</sup> Sulla possibilità di applicare analogicamente tale divieto alle fondazioni v. gli Autori indicati alla nota 43.

<sup>93</sup> v. p. 11.

fini speculativi risorse acquisite dall'associazione per il perseguimento di un fine di natura altruistico-ideale.

Si tratta dell'unico divieto "assoluto"<sup>94</sup> di trasformazione, in quanto, in altre ipotesi in cui si pone la necessità di tutelare lo stesso interesse, il legislatore prevede un divieto "relativo" di trasformazione, e precisamente: le cooperative a mutualità prevalente in base agli artt. 2545 *decies* e *undecies* cod. civ. possono porre in essere una trasformazione previa perdita della qualifica di cooperativa a mutualità prevalente<sup>95</sup> e devoluzione ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione del "valore effettivo del patrimonio, dedotti il capitale versato e rivalutato e i dividendi non distribuiti, eventualmente aumentato fino a concorrenza dell'ammontare minimo del capitale della nuova società, esistenti alla data della trasformazione"<sup>96</sup>; per gli enti (associazioni e fondazioni) costituiti fino al 1 gennaio 2004, come si è detto<sup>97</sup>, l'art. 223 *octies* disp. att. cod. civ. consente la trasformazione "soltanto quando non comporta distrazione, dalle finalità originarie, di fondi o valori creati con contributi di terzi o in virtù di particolari regimi fiscali di agevolazione", per cui gli stessi possono essere trasformati in società previa restituzione delle risorse di cui hanno beneficiato a chi le ha sotto qualunque forma conferite o previa devoluzione delle stesse ad altri enti che perseguano finalità simili.

---

<sup>94</sup> Sull'assolutezza di tale divieto v. gli Autori citati nella nota 43.

<sup>95</sup> In tema v. SALVINI, *Acquisto e perdita della qualifica di cooperativa a mutualità prevalente* in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, I, p. 247 ss.

<sup>96</sup> Sul problema della possibilità di porre in essere contestualmente entrambe le operazioni v. quanto indicato alla nota 17.

<sup>97</sup> v. p. 20

Ciò comporta che l'impianto normativo della trasformazione eterogenea è tale da consentire all'autonomia privata ampi margini di manovra, e, quando intende negare la legittimità di una determinata operazione, la nega espressamente<sup>98</sup>; sta quindi all'interprete verificare l'ammissibilità delle operazioni non espressamente previste dalla legge.

Anche la mancanza di una corrispondenza biunivoca tra le ipotesi di trasformazione eterogenea di e in società di capitali e di e in società cooperativa è agevolmente spiegabile, ove si consideri che: il riferimento dell'art. 2500 *septies* cod. civ. all'associazione riconosciuta, come si vedrà meglio in seguito<sup>99</sup>, trova la sua giustificazione nell'esigenza che l'ente trasformando sia sottoposto ad una forma di pubblicità<sup>100</sup>, e forse anche nell'opportunità di sottoporre le delibere modificative dello statuto al controllo dell'autorità amministrativa<sup>101</sup>, controllo da esercitarsi anche sull'eventuale ricezione, da parte delle associazioni, di elargizioni di ogni genere<sup>102</sup> (controllo che il notaio

---

<sup>98</sup> Di questa opinione LIBERTINI, *op. cit.*, p. 232.

<sup>99</sup> All'ultimo paragrafo del presente Capitolo ed al 2° paragrafo del Capitolo seguente.

<sup>100</sup> Se è vero, infatti, che l'opposizione dei creditori porta alla responsabilizzazione del ceto creditorio, gravandolo di un onere di attenzione e di monitoraggio della complessiva situazione dell'ente debitore, ciò, a parere di chi scrive, implica che l'ente oggetto della trasformazione debba essere soggetto ad una forma di pubblicità. Orbene, se ci si può aspettare che il creditore di un'associazione riconosciuta effettui dei controlli periodici sul Registro delle Persone Giuridiche per verificare se l'ente suo debitore sia in procinto di trasformarsi, non sarebbe altrettanto congruo chiedere ai creditori di un'associazione non riconosciuta di controllare il Registro delle Imprese per verificare se l'associazione sia stata trasformata in società. Si è già detto in precedenza (v. nota 38), che, per la stessa ragione, è da ritenersi che non sia consentita la trasformazione eterogenea di consorzio con attività interna. Anche l'obiezione secondo la quale la comunione di azienda non è sottoposta ad alcuna forma di pubblicità (MALTONI in MALTONI-TASSINARI, *op. cit.*, p. 315) non appare decisiva, in quanto a tale mancanza supplisce l'iscrizione obbligatoria delle persone fisiche che in concreto assumono la qualità di imprenditori (ad es. coniugi coimprenditori, usufruttuario o affittuario dell'azienda, ecc.).

<sup>101</sup> D.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361 art. 2, comma 1.

<sup>102</sup> Non è invece accoglibile la tesi (sostenuta da GALGANO, *Diritto commerciale. 2. Le società*, Bologna, 2003, p. 490, secondo cui la limitazione si giustifica in ragione del fatto che

rogante, con tutta evidenza, non avrebbe gli strumenti tecnici per effettuare); il riferimento dell'art. 2500 *octies* cod. civ. all'associazione non riconosciuta è dovuto al fatto che l'eventuale successivo riconoscimento non può dipendere unicamente dalla volontà dei soci, ma è legato ad una valutazione discrezionale della Pubblica Amministrazione<sup>103</sup>, e che l'onere di attenzione imposto ai creditori dal rimedio dell'opposizione deve essere valutato con riferimento all'ente che si trasforma (la società) non all'ente risultante dalla trasformazione (l'associazione); la circostanza che l'art. 2545 *decies* cod. civ. menzioni anche le società di persone e i consorzi è legata all'esigenza del legislatore di predisporre per la trasformazione di società cooperativa una regolamentazione più dettagliata rispetto a quella prevista per la trasformazione eterogenea in generale (esigenza questa, come si vedrà nel paragrafo successivo, legata agli obblighi di devoluzione cui è sottoposta la società cooperativa in caso di trasformazione, ed alla possibilità che, a seguito della stessa devoluzione, la società non abbia un capitale di ammontare almeno pari a quello previsto dalla legge per la trasformazione in società a responsabilità limitata) e alla conseguente scelta di tecnica legislativa di collocare tale disciplina all'interno della sezione dedicata alle modifiche dell'atto costitutivo di società cooperativa, anziché all'interno del capo della trasformazione, della fusione e della scissione.

---

le associazioni riconosciute “offrono la garanzia di un'accertata consistenza patrimoniale”, in quanto tale garanzia sarebbe comunque offerta dalla perizia giurata, prevista dall'art. 2500 *ter* per le trasformazioni progressive in società di capitali, la cui applicazione alle trasformazioni eterogenee è pacifica.

<sup>103</sup> Ciò non sembra escludere tuttavia che una delibera di trasformazione eterogenea di società in associazione possa essere sottoposta alla condizione sospensiva dell'avvenuto riconoscimento (di questo parere GUGLIELMO, *op. cit.*, p. 855)

Si può pertanto convenire con l'opinione secondo la quale il legislatore, nel regolamentare la trasformazione eterogenea, si è limitato a disciplinare le fattispecie dallo stesso ritenute più significative, lasciando all'interprete il compito di valutare l'applicabilità di tale disciplina ad altre ipotesi<sup>104</sup>.

### **5) Assenza di ostacoli di carattere sistematico alla ammissibilità di operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone**

#### *5.1) Inesistenza di limiti derivanti dal (supposto) legame tra l'istituto della trasformazione eterogenea ed il fenomeno della c. d. neutralizzazione della causa negli enti associativi*

Occorre adesso verificare se, posto che non vi è un principio generale di tipicità delle ipotesi di trasformazione, vi siano delle ragioni di carattere sistematico che impediscono l'estensione della sfera di operatività della trasformazione eterogenea alle società di persone.

Una dottrina<sup>105</sup> considera inammissibile la trasformazione eterogenea di e in società di persone sulla base del nesso che vi sarebbe tra tale istituto e la c.d. neutralizzazione della causa negli enti associativi<sup>106</sup>.

La neutralizzazione<sup>107</sup> consiste nel progressivo venir meno del legame di corrispondenza biunivoca tra struttura e funzione di ogni ente – legame che, secondo la concezione originaria del legislatore del 1942, doveva essere presente sia al momento della costituzione,

---

<sup>104</sup> Consiglio Notarile di Milano, massima n. 20 del 18 marzo 2004, *cit.*

<sup>105</sup> CORVESE, *La trasformazione eterogenea in società di capitali*, *cit.*, p. 49

<sup>106</sup> CORVESE, *op. ult. cit.*, p. 49

<sup>107</sup> Per la quale si fa riferimento allo studio di SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali* in *Rivista di diritto civile*, 1972, II, p. 151 ss.

sia nel corso della vita dello stesso – dovuto sia ad una diffusa prassi operativa, volta ad impiegare gli schemi giuridici per finalità radicalmente diverse da quelle alle quali gli stessi erano stati originariamente destinati, sia ad una serie di importanti interventi del legislatore; il che ha condotto parte della dottrina alla conclusione che gli stessi enti potessero essere costituiti per il perseguimento di qualsiasi scopo lecito.

Tale fenomeno ha coinvolto sia le società di capitali, sia le società cooperative, sia gli enti non lucrativi indicati negli artt. 2500 *septies* e *octies* cod. civ., mentre, secondo gli Autori che si sono occupati dell'argomento<sup>108</sup>, le società di persone ne sarebbero rimaste sostanzialmente estranee.

In quest'ottica, la trasformazione eterogenea può avere come termine di riferimento esclusivamente una società di capitali, in quanto ente utilizzabile per qualsiasi scopo lecito, al pari degli enti trasformabili in (o che possono risultare da una trasformazione di) società di capitali; non una società di persone, in quanto ente vincolato allo scopo di lucro soggettivo.

La trasformazione eterogenea sarebbe quindi uno strumento utilizzabile per modificare le strutture giuridiche di tali enti, lasciando inalterata la funzione degli stessi.

Al fine di illustrare meglio tale tesi è necessario esporre sommariamente i termini del dibattito sul decoloramento progressivo della causa negli enti associativi.

Per quanto attiene alle associazioni e alle fondazioni, si fa rinvio a quanto esposto in precedenza.

---

<sup>108</sup> V. per tutti SANTINI, *op. cit.*, p. 171.

Per quanto concerne i consorzi, può solo rilevarsi che la nozione codicistica di consorzio, come organizzazione costituita da più imprenditori al fine di disciplinare e svolgere determinate fasi delle imprese dei partecipanti<sup>109</sup>, non è comprensiva delle tante fattispecie presenti nella realtà economica, che conosce consorzi cui partecipano anche soggetti non imprenditori – in particolar modo enti pubblici, territoriali e non, la cui partecipazione è finalizzata a favorire la crescita delle piccole e medie imprese e lo sviluppo economico del territorio – e persino consorzi costituiti esclusivamente da soggetti non imprenditori, o comunque costituiti per il soddisfacimento di bisogni comuni non attinenti all’esercizio dell’impresa dei partecipanti<sup>110</sup>.

Per quanto riguarda le società cooperative, è noto che la natura e la portata dello scopo mutualistico sono da tempo al centro di un nutrito dibattito dottrinale.

Abbiamo già avuto modo di vedere che, secondo la concezione del legislatore del 1942, lo scopo mutualistico consiste essenzialmente nel “fornire beni o servizi od occasioni di lavoro direttamente ai membri della organizzazione a condizioni più vantaggiose di quelle che otterrebbero dal mercato”<sup>111</sup>.

I soci, pertanto, mirano ad ottenere un vero e proprio vantaggio patrimoniale, vantaggio che consiste non nella remunerazione del capitale investito – come avviene nelle c. d. società lucrative – ma in un risparmio di spesa – nelle cooperative di consumo – ovvero in

---

<sup>109</sup> Si prescinde in questa sede dal c.d. consorzio con attività interna, vale a dire dal consorzio con funzione anticoncorrenziale.

<sup>110</sup> Spesso la giurisprudenza ha proceduto ad una riqualificazione di tali tipi di consorzi, rinvenendo in essi la natura di associazioni non riconosciute. v. Trib. Bologna 10 aprile 2001 in *Contratti*, 2001, p. 1005; Trib. Napoli 14 maggio 1998 in *Notariato*, 1999, p. 350; Trib. Roma 21 febbraio 2004, *ivi*, 1995, p. 291.

<sup>111</sup> Così il § 1025 della *Relazione al codice civile*.

una più elevata retribuzione per i beni ceduti o per i servizi prestati alla società – nelle cooperative di produzione e lavoro.

E' universalmente noto che tale vantaggio deriva non direttamente dal contratto di società, ma da distinti rapporti giuridici, intercorrenti tra il socio e la società – i c. d. rapporti mutualistici – e che lo stesso vantaggio è commisurato non all'ammontare del conferimento, bensì alla quantità di rapporti mutualistici posti in essere tra il socio e la società.

E' risaputo, tuttavia, che, nella maggioranza dei casi, le società cooperative non agiscono solo con i soci, ma pongono in essere anche operazioni con soggetti terzi ai quali forniscono le stesse prestazioni che costituiscono l'oggetto della gestione di servizio a favore dei soci<sup>112</sup> (art. 2521, 2° comma, cod. civ.); ed è pacifico che tali operazioni siano da considerarsi oggettivamente lucrative, in quanto finalizzate al conseguimento di utili.

Ciò pone due ordini di problemi relativi: 1) al rapporto di proporzionalità che deve esservi tra operazioni poste in essere con i soci e con i terzi perché la società cooperativa possa essere effettivamente considerata tale; 2) alla destinazione finale degli utili prodotti dalla cooperativa; profili entrambi sui quali, come è noto, il legislatore della riforma è intervenuto con il preciso intento di rendere mag-

---

<sup>112</sup> E' noto che la considerazione della c.d. mutualità sociale – vale a dire quella forma di mutualità che tende a garantire non solo ai soci, ma anche a terzi, condizioni economiche più vantaggiose rispetto a quelle ordinariamente praticate sul mercato, svolgendo in tal modo una funzione di calmieramento dei prezzi a favore delle classi meno abbienti – come una semplice evoluzione del concetto di mutualità, è stata criticata dalla gran parte degli studiosi del diritto della cooperazione, i quali rilevano che le società cooperative che cercano di attrarre la clientela offrendo condizioni vantaggiose in realtà non si comportano diversamente dagli altri imprenditori, e quindi delle società lucrative. Sul punto v. per tutti BELVISO, *op. cit.*, p. 657.

giormente competitivo l'investimento nelle cooperative e di incentivare la raccolta di capitale di rischio da parte di tali società.

Quanto al primo problema, è risaputo che anteriormente alla riforma, la migliore dottrina, pur ammettendo che le società cooperative operassero anche con i terzi, riteneva che, perché permanesse il connotato della mutualità, tali operazioni dovessero costituire solo una parte marginale, o comunque minoritaria, dell'insieme delle operazioni compiute dalla società.

La riforma, come è noto, pur mantenendo una considerazione unitaria dello scopo mutualistico<sup>113</sup> come un dato che connota tutte le società cooperative<sup>114</sup>, opera una sorta di graduazione dello stesso scopo mutualistico, introducendo una distinzione tra cooperative a mutualità prevalente e cooperative a mutualità non prevalente, distinzione che corrisponde a quella, presente nella legge delega, tra le cooperative costituzionalmente riconosciute e le cooperative diverse<sup>115</sup>.

Da questo dato sembrerebbe potersi dedurre che le cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente possono avere con i terzi un'operatività maggiore che con i soci, il che, con tutta evidenza,

---

<sup>113</sup> Anteriormente all'emanazione del d. lgs. 6/2003 alcuni Autori avevano paventato a seguito della riforma vi sarebbe stata "non più una, ma due definizioni di scopo mutualistico", CUSA, *Riforma del diritto societario e scopo mutualistico* in ASSOCIAZIONE DISIANO PRELITE, *Verso un nuovo diritto societario*, Milano, 2002, p. 213.

<sup>114</sup> L'art. 2511, comma 1, cod. civ. recita testualmente: "Le cooperative sono società a capitale variabile con scopo mutualistico"

<sup>115</sup> Nella *Relazione* al d. lgs. 6/2003 in *La riforma delle società. Appendice*, a cura di M. Sandulli, V. Santoro e B. Sassani, Torino 2003, p. 183, si legge che "la funzione sociale (realizzata attraverso lo strumento della mutualità) è un requisito dell'intero fenomeno, e ciò vale con riferimento alla distinzione tra cooperazione costituzionalmente riconosciuta e cooperazione diversa da quella costituzionalmente riconosciuta. Anche le cooperative diverse da quelle costituzionalmente riconosciute, se conformi alle regole e al modello legale, posseggono (anzi debbono possedere) una funzione sociale, un valore intrinseco, una meritevolezza particolare, che le distingue dalle imprese ordinarie lucrative".

rende difficile cogliere appieno l'essenza dello scopo mutualistico in tali cooperative<sup>116</sup>.

Abbiamo già avuto modo di vedere che l'attività con i terzi può essere oggettivamente lucrativa, in quanto dal compimento di operazioni con i terzi la cooperativa può ricavare degli utili<sup>117</sup>; la questione si sposta adesso alla destinazione finale degli utili derivanti da tali operazioni.

E' risaputo che, a seguito della riforma, la distribuzione degli utili ai soci è consentita anche nelle cooperative a mutualità prevalente, sia pure nei limiti indicati dall'art. 2514 cod. civ.; nelle cooperative a mutualità non prevalente sembrerebbe addirittura non incontrare limiti sostanziali<sup>118</sup>, il che, unitamente alla possibilità, per le società cooperative per azioni, di emettere strumenti finanziari "secondo la disciplina prevista per le società per azioni"<sup>119</sup>, comporta il rischio che una cooperativa possa in concreto distribuire più utili che ristorni<sup>120</sup>, assumendo in tal modo i caratteri di una società lucrativa.

---

<sup>116</sup> Da questo punto di vista il connotato della mutualità sembra ridursi al diritto del socio ad essere preferito, a parità di condizioni, ai terzi negli scambi con la società.

<sup>117</sup> Il che è un dato ormai da tempo accettato dal legislatore, ove si consideri che l'art. 27-*quinquies* della legge Basevi (introdotto dalla legge 72/1983) consente che una società cooperativa sia socio, anche di controllo, di una società per azioni o di una società a responsabilità limitata, e quindi possa anche conseguire degli utili.

<sup>118</sup> Oltre a quelli stabiliti dagli artt. 2545 *quater* – in base al quale il trenta per cento degli utili annuali deve essere destinato al fondo di riserva legale – e *quinquies* cod. civ. – che richiede che il rapporto tra il patrimonio netto e complessivo indebitamento della società sia superiore al quarto (vincolo quest'ultimo che, peraltro, non si applica ai possessori di strumenti finanziari).

<sup>119</sup> Art. 2526 cod. civ. Già anteriormente alla riforma la legge 59/1992 aveva previsto nuove forme di raccolta del capitale di rischio introducendo le figure dei soci sovventori (art. 4) e delle azioni di partecipazione cooperativa (art. 5)

<sup>120</sup> BONFANTE, *Commento sub art. 2511 cod. civ. in Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, e da G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 2377

Ed è proprio nell'ottica della (presunta) neutralizzazione dello scopo nelle cooperative a mutualità non prevalente<sup>121</sup> che, secondo la tesi che qui si espone, si spiega la limitazione della possibilità di trasformazione a questa categoria di cooperative<sup>122</sup>, in relazione alle quali sembra che l'intento del legislatore sembra sia stato non quello di definire i caratteri della mutualità per tali cooperative, ma unicamente quello di assicurare alla c. d. mutualità di sistema<sup>123</sup> le risorse che la cooperativa ha accumulato avvalendosi di norme agevolative<sup>124</sup>.

Tuttavia, è con particolare riguardo alle società di capitali che il dibattito sulla neutralità delle forme associative ha trovato particolare sviluppo.

Secondo la concezione originaria del legislatore del 1942, tali società dovevano costituire il mezzo per esercitare in forma associata un'attività di impresa<sup>125</sup>, al fine di ricavare degli utili; si richiedeva, pertanto, sia il requisito del lucro oggettivo (l'esercizio di un'attività con il metodo economico), sia il requisito del lucro soggettivo (lo scopo di dividere gli utili).

---

<sup>121</sup> Sul punto v. SALAMONE, *Cooperative sociali e impresa mutualistica* in *Rivista delle società*, 2007, p. 500 ss.; ID., *Le banche popolari ovvero: "la mutualità che visse due volte" (evoluzione, diritto vigente, tipologia sociale tra "forma" e "sostanza" di società cooperativa)* in *Banca borsa e titoli di credito*, 2004, p. 594 ss.

<sup>122</sup> CORVESE, *op. ult. cit.*, p. 124; BONFANTE, *Commento all'art. 2511 cod. civ. cit.*, p. 2382.

<sup>123</sup> In tal senso SANTORO, *Le Banche di Credito Cooperativo: trasformazione, fusione eterogenea e contribuzione ai fondi mutualistici* in *Le banche cooperative ed il nuovo diritto societario*, Atti del Convegno di Studio della Banca di Credito Cooperativo di Cambiano, Firenze, 2004, p. 85; CORVESE, *op. ult. cit.*, p. 122.

<sup>124</sup> Il che, di regola, presuppone che la società sia sorta come cooperativa a mutualità prevalente, abbia beneficiato delle norme fiscali di favore e sia passata in un secondo momento alla condizione di cooperativa a mutualità non prevalente.

<sup>125</sup> E' forse superfluo ricordare che la società unipersonale è stata introdotta solo molto più tardi nel nostro ordinamento (nel 1993 con riferimento alla s.r.l. e nel 2003 con riferimento alla s.p.a.).

Tali società sono caratterizzate – di regola – dal regime di responsabilità limitata a quanto conferito; regime che – nell’ottica del legislatore del 1942 – trova la sua giustificazione nell’intento di incoraggiare l’iniziativa economica, senza il timore di dovere rispondere delle obbligazioni derivanti dall’attività d’impresa con il proprio patrimonio; a tale regime fa da contraltare la disciplina particolarmente rigida delle regole di formazione dell’agire di tali società, con particolare riguardo alle norme sul capitale sociale e sul bilancio.

E’ risaputo, tuttavia, che gli schemi giuridici delle società di capitali vengono sovente impiegati per il perseguimento di scopi radicalmente diversi, con particolare riferimento alle società immobiliari di godimento, alle società il cui statuto prevede l’eterodestinazione degli utili, alle società per azioni in mano pubblica<sup>126</sup>.

Le società immobiliari di godimento sono quelle società che acquistano la proprietà di beni immobili non allo scopo di impiegarli in un’attività di impresa<sup>127</sup>, ma al fine di concederli in locazione a terzi<sup>128</sup> – o anche ai soci – “senza neppure apprestare servizi collaterali alla concessione in godimento dell’immobile”<sup>129</sup>; è noto che tali società vengono sovente costituite allo scopo di beneficiare del regime di responsabilità limitata nello svolgere l’attività di godimento degli

---

<sup>126</sup> Sul punto v. SANTINI, *op. cit.*, p. 153.

<sup>127</sup> Va rilevato che, nella maggior parte dei casi, nelle società immobiliari di godimento, l’oggetto sociale indicato nello statuto consiste non nella compera e successiva locazione a terzi di beni immobili, ma in un’attività di impresa vera e propria, che però di fatto non viene esercitata. Per un’ampia e particolareggiata analisi delle società dichiaratamente senza scopo di lucro e delle società in fatto senza scopo di lucro v. MARASA’, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984, p. 165 ss.

<sup>128</sup> MARASA’, *op. ult. cit.*, Milano, p. 615.

<sup>129</sup> MARASA’, *op. ult. cit.*, p. 615.

immobili e, soprattutto, per soggiacere ad un regime fiscale più favorevole<sup>130</sup>.

Le seconde sono società che svolgono un'attività di impresa, condotta secondo criteri di economicità, ma che per una espressa previsione statutaria, o in forza di un accordo di natura parasociale, destinano gli utili prodotti a fini altruistici<sup>131</sup>.

Con l'espressione "società per azioni in mano pubblica" gli studiosi del fenomeno della neutralizzazione della causa fanno riferimento a quelle società per azioni che, in ragione della partecipazione totalitaria o maggioritaria dello Stato o di altri enti pubblici, operano con criteri puramente erogativi – vale a dire con criteri che non consentono neppure di raggiungere il pareggio tra costi e ricavi<sup>132</sup> – disattendendo di fatto il criterio dell'economicità di gestione<sup>133</sup>.

A ciò si aggiunga che vi sono numerose ipotesi, previste dal legislatore, di società di capitali costituite per finalità diverse dallo scopo di lucro soggettivo: basti pensare ad es. alle società consortili (art. 2615 *ter* cod. civ. introdotto dalla legge 30 aprile 1976 n. 374)<sup>134</sup>; alle società sportive professionistiche<sup>135</sup> (legge 23 marzo 1981 n. 91)<sup>136</sup>

---

<sup>130</sup> In tema MARTUCCI, *Le società di godimento nel diritto italiano d'oggi* in *Rivista di diritto civile*, 2009, 4, p. 465, con ulteriori riferimenti in nota; ID., *Il godimento collettivo di beni in forma societaria nell'esperienza europeo-continentale*, *ivi*, 2009, 3, p. 312.

<sup>131</sup> In dette società difetta pertanto il requisito del lucro soggettivo, ma non quello del lucro oggettivo.

<sup>132</sup> Venendo meno, in tal modo, oltre al requisito del lucro soggettivo, anche quello del lucro oggettivo.

<sup>133</sup> In molti casi, al momento della costituzione, il capitale di dette società è totalmente o prevalentemente detenuto da soggetti privati, per cui le stesse operano inizialmente secondo il criterio dell'economicità di gestione; solo in un secondo tempo la partecipazione pubblica diventa maggioritaria o totalitaria, e dette società iniziano ad operare secondo criteri erogativi, generando perdite che vengono ripianate attraverso il gettito fiscale.

<sup>134</sup> Per le cooperative consortili vale lo stesso ragionamento. Sul punto v. la nota 70.

<sup>135</sup> Per tali società – che devono adottare la forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata – la legge inizialmente vietava qualsiasi distribuzione di utili ai soci; attualmente, l'art. 10, comma 3 legge 23 marzo 1981 n. 91 (introdotto dalla legge 18 no-

e dilettantistiche<sup>137</sup> (legge 27 dicembre 2002 n. 289)<sup>138</sup>; alle società costituite per la gestione dei fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione (legge 31 gennaio 1992, n. 59); alle società di gestione dei mercati regolamentati di strumenti finanziari (art. 61 T.U.F.); alle società di gestione accentrata di strumenti finanziari (art. 80 T.U.F.).

Completa il quadro il d. lgs. 24 marzo 2006 n. 255, in forza del quale “possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutte le organizzazioni private, ivi compresi gli enti di cui al Libro V del codice civile, che esercitano in via stabile e principale un’attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi, diretta a realizzare finalità di interesse generale e che hanno i requisiti di cui agli articoli 2, 3 e 4”; il che significa che lo stesso scopo può essere assunto da più enti privati di diversa natura<sup>139</sup> – come si

---

vembre 1996 n. 586), dispone che l’atto costitutivo di dette società “deve prevedere che una quota parte degli utili, non inferiore al 10 per cento, sia destinata a scuole giovanili di addestramento e formazione tecnico-sportiva”.

<sup>136</sup> E’ noto che l’art. 10 di detta legge prevede la trasformazione delle associazioni (non riconosciute) in società di capitali. A seguito della riforma, è stato posto il problema se l’art. 2500 *octies* cod. civ. – nella parte in cui disciplina la trasformazione delle associazioni riconosciute in società di capitali – abbia comportato l’abrogazione tacita dell’art. 10, comma 3 legge 23 marzo 1981 n. 91, e pertanto la trasformazione di associazioni non riconosciute sportive in società di capitali sia da considerarsi vietate. Sul punto si sono pronunciati in senso negativo ZOPPINI e TASSINARI, *Sulla trasformazione eterogenea delle associazioni sportive, cit.*, p. 912.

<sup>137</sup> Per le quali è vietata qualsiasi distribuzione di utili ai soci.

<sup>138</sup> L’art. 90, comma 18 di detto decreto legislativo dispone la trasformazione di dette associazioni in società di capitali. Sul problema del perdurare del vigore di tale norma a seguito dell’introduzione dell’art. 2500 *octies* cod. civ. v. quanto riportato nella nota precedente.

<sup>139</sup> Oltretutto, con riferimento alle società lucrative in generale ed alle società di persone in particolare, il decreto riporta una serie di previsioni che stridono fortemente con la natura di tali enti, rendendo di difficile applicazione la norma di chiusura di cui all’art. 8, comma 1, che fa salvo “quanto specificamente previsto per ogni tipo di ente dalle norme legali e statutarie e compatibilmente con la sua natura”. Ci si riferisce, in particolare: al divieto di distribuzione degli utili ai soci (art. 3, comma 2); all’obbligo, in caso di scioglimento dell’ente, di devolvere il patrimonio residuo ad organizzazioni non lucrative di utilità sociale, associazioni, comitati, fondazioni ed enti ecclesiastici, secondo quanto previsto dallo statuto (art. 13, comma 3); alla limitazione della responsabilità dei soci verso i terzi per le obbligazioni assunte dall’impresa sociale anche nelle società di persone.

desume dall'ampiezza della espressione "organizzazioni private" – tra i quali rientrano quelli indicati negli artt. 2500 *octies* e *novies* cod. civ.

Dal complesso di queste norme, parte della dottrina<sup>140</sup> ha ritenuto di poter ricavare un più generale principio di neutralità delle società di capitali, per cui tali società sarebbero delle semplici strutture organizzative, prive di qualsivoglia connotazione funzionale, e pertanto legittimamente utilizzabili dall'autonomia privata per il perseguimento di qualunque scopo lecito (lucrativo, mutualistico, altruistico-ideale, ecc.)

Ciò anche in considerazione dell'impossibilità di riqualificare una società di capitali non informata al lucro soggettivo, visto il rilievo reale dell'iscrizione nel Registro delle Imprese; e del principio di tassatività delle cause di nullità della società, sancito dall'art. 2232, comma 1, cod. civ., che non annovera la mancanza dello scopo di lucro tra le cause di nullità<sup>141</sup>; e che, a seguito della riforma del 2003, non indica più tra le cause di nullità la mancanza dell'atto costitutivo, cui, come è noto, parte della dottrina<sup>142</sup> ricollegava l'assenza del lucro soggettivo.

Le stesse considerazioni non possono essere riproposte, secondo la stessa dottrina, per le società di persone, per le quali sareb-

---

<sup>140</sup> SANTINI, *op. cit.*, p. 151; ROSSI, *S.rl. unipersonale e "tramonto dello scopo lucrativo"* in *Giurisprudenza commerciale*, 1997, I, p. 139 ss.; DI SABATO, *Società in generale. Società di persone* in *Trattato del Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 2004, p. 45; CORVESE, *op. ult. cit.*, p. 1; CARRABBA, *Scopo di lucro e autonomia privata: la funzione delle strutture organizzative*, Napoli, 1994, p. 65.

<sup>141</sup> Il problema si pone soprattutto quando lo scopo di lucro non venga di fatto perseguito; qualora invece l'assenza del lucro soggettivo sia prevista dallo statuto – ad es. attraverso una clausola che vieti qualunque distribuzione degli utili ai soci – il problema è agevolmente risolvibile attraverso il meccanismo della sostituzione automatica di tali clausole con le norme di legge ex art. 1419, comma 2, cod. civ.

<sup>142</sup> MARASA', *op. ult. cit.*, p. 576.

be da considerarsi inderogabile il precetto, insito nell'art. 2247 cod. civ., che richiede, ai fini della validità della società, non solo il requisito del lucro oggettivo, ma anche l'ulteriore requisito del lucro soggettivo<sup>143</sup>.

Ciò sia in ragione del fatto che l'iscrizione nel Registro delle Imprese dell'atto costitutivo di una società di persone non ha rilievo reale – per cui sarebbe possibile ad es. riqualificare come associazione una società in nome collettivo i cui patti sociali prevedessero l'eterodestinazione degli utili – sia in considerazione del fatto che per le società di persone non vale il principio di tassatività delle cause di nullità<sup>144</sup>, sia in ragione della particolare struttura normativa delle società di persone, che, specialmente in considerazione del regime di responsabilità personale e illimitata dei soci<sup>145</sup>, non si presta ad un utilizzo non imprenditoriale e non lucrativo.

In quest'ottica, secondo la tesi qui esposta<sup>146</sup>, l'istituto della trasformazione eterogenea è strettamente correlato alla neutralità funzionale degli enti indicati negli artt. 2500 *septies*, 2500 *octies* e 2545 *decies* cod. civ.; infatti, essendo tali enti suscettibili di essere utilizzati per il perseguimento di qualunque scopo lecito, la trasformazione eterogenea costituirebbe lo strumento, concesso dal legislatore all'autonomia privata, per modificare a proprio piacimento le strutture giuridiche degli stessi senza però alterarne il profilo funzionale.

---

<sup>143</sup> SANTINI, *op. cit.*, p. 171.

<sup>144</sup> Per le società di persone, pertanto, trova applicazione il principio generale, dettato dall'art. 1418 cod. civ., per cui tutte le clausole statutarie poste in violazione di norme imperative costituiscono causa di nullità della società.

<sup>145</sup> SANTINI, *op. cit.*, p. 171.

<sup>146</sup> CORVESE, *op. ult. cit.*, p. 49.

In altri termini, i soggetti privati, ponendo in essere un'operazione di trasformazione eterogenea – progressiva o regressiva – potrebbero legittimamente continuare a perseguire lo stesso scopo, mutualistico, consortile, altruistico-ideale o anche di mero godimento, nonostante l'avvenuto mutamento dello schema giuridico di riferimento.

In questo ordine di idee, la preclusione della trasformazione eterogenea alle società di persone troverebbe quindi la sua spiegazione nella circostanza che le stesse – a differenza delle società di capitali – sono vincolate al perseguimento dello scopo di lucro soggettivo.

La tesi qui esposta, a parere di chi scrive, si espone ad alcuni rilievi critici.

In primo luogo, è tutt'altro che pacifico che la neutralità dello scopo delle società di capitali sia realmente assurta a principio generale del diritto societario; infatti, secondo la dottrina maggioritaria, la presenza nell'ordinamento di leggi speciali, pur numerose, che consentono – e talvolta impongono – la costituzione di società di capitali senza scopo di lucro (soggettivo) non esclude che, nelle ipotesi non espressamente previste dal legislatore, tale scopo debba considerarsi necessario, e non possa essere derogato statutariamente<sup>147</sup>, né disatteso di fatto, sebbene i rimedi contro l'utilizzo anomalo delle società di capitali presenti nell'ordinamento – ad es. la nullità per mancanza di

---

<sup>147</sup> Qualora ciò avvenisse, ciò comporterebbe la nullità parziale dello statuto ex art. 1419 cod. civ. comma 2, con conseguente disapplicazione della clausola statutaria non lucrativa. In tal senso SCIUTO, *La "mancanza dell'atto costitutivo" di società per azioni*, Padova, 2000, pp. 156 ss.; ID., *La nullità della società in Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2007, vol. 1, p. 428; ID., *Art. 2332 – La nullità della società in Commentario Romano al nuovo diritto delle società* diretto da F. D'Alessandro, Vol. II, t. I, p. 90, Padova, 2010.

atto costitutivo<sup>148</sup>, l'azione di simulazione della società<sup>149</sup>, l'azione sociale di responsabilità<sup>150</sup>, l'azione di responsabilità dei creditori socia-

---

<sup>148</sup> Tale tesi (sostenuta tra gli altri da MARASA, *Le società senza scopo di lucro*, cit., p. 468 ss.; ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975, p. 265; SPOLIDORO, *Le società consortili*, cit., p. 85 ss.), che ricomprendeva l'ipotesi della mancanza dello scopo di lucro all'interno della mancanza dell'atto costitutivo, era difficilmente sostenibile prima della riforma, in quanto estendeva la sfera di operatività dell'art. 2332 cod. civ. – il cui testo faceva riferimento all'inesistenza materiale di un documento – ad un vizio di carattere funzionale della società; ed è ormai preclusa a seguito della riforma, che ha eliminato tale causa di nullità dalla norma sopracitata.

<sup>149</sup> Tale rimedio viene generalmente proposto per le società il cui oggetto sociale consiste in un'attività di impresa, e che svolgono di fatto attività di mero godimento (giacché le società con oggetto sociale dichiarato di mero godimento sono generalmente considerate nulle per illiceità dell'oggetto sociale; illiceità che in questo caso non si riferisce all'attività in sé, che è perfettamente lecita, ma allo svolgimento della stessa da parte di un ente vincolato allo scopo di lucro oggettivo e soggettivo). Per l'applicabilità della simulazione alle società tra gli altri, MARASA, *Comunione di godimento in forma di società per azioni, simulazione e nullità* in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1989, II, p. 170 ss.; STOLFI, *Rilievi in tema di società fittizie*, ivi, 1976, I, p. 329; DI CHIO, *Simulazione del contratto costitutivo di società di capitali* in *Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 1992, p. 1095. In giurisprudenza v. Cass. 1 dicembre 1987, n. 8939 in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1989, II, p. 159; in *Giustizia civile*, 1989, II, p. 1200, con nota di D'ALESSANDRO, *Contratto sociale simulato e "superamento" della personalità giuridica in una sentenza della Corte Suprema*; in *Giurisprudenza commerciale*, 1988, I, p. 495, con nota di IOZZELLI, *S.p.a. simulata e comunione dissimulata*; Cass. 20 giugno 1983 n. 4231 in *Massimario giustizia civile*, 1983, p. 1504; Cass. 13 dicembre 1993 n. 12260 e Cass. 20 marzo 1997 n. 2465 in *Giurisprudenza commerciale*, 1998, II, p. 443, con nota di CIAN, *Società di mero godimento tra azione in simulazione e Durchgriff*; Trib. Catania 3 maggio 2005 in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2006, II, p. 653, con nota di MACRÌ, *Ancora in tema di simulazione di società*; Trib. Catania 19/4/1999 in *Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 1999, p. 1225 con nota di LEOCATA, *Società di persone, incapacità, simulazione e trasformazione in società di capitali*. Del parere opposto, tra gli altri ABBADESSA, *Nullità della società per mancanza dell'atto costitutivo (art. 2332, n. 1 cod. civ.)* in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1974, II, p. 172; CAMPOBASSO, *La costituzione della società per azioni* in *Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2003, p. 291; PALMIERI, *Simulazione e nuova disciplina della nullità delle s.p.a.* in *Giurisprudenza commerciale*, 1991, II, p. 61 ss.; SCIUTO, *La "mancanza dell'atto costitutivo"*, cit., p. 241; SANTA MARIA, *Società e simulazione, società e comunione di godimento* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, p. 205 ss. Com'è noto, le difficoltà che si incontrano nel trasporre l'istituto della simulazione all'ambito societario stanno nel fatto che "mentre la disciplina della simulazione, come gran parte di quella dei contratti in generale, è modellata sullo schema dei rapporti di scambio, nei fenomeni associativi, invece, il contratto assume un rilievo organizzativo, strumentale allo svolgimento di un'attività" (PALMIERI, *op. ult. cit.*, p. 62). La disciplina della simulazione appare poi inconciliabile con quella della nullità della società per azioni. In particolare, il principio in base al quale l'atto simulato non ha effetto tra le parti (art. 1414 cod. civ.) contrasta nettamente con il disposto dell'art. 2332 cod. civ., in base al quale la nullità della società non libera i soci dagli obblighi di conferimento fino a quando non sono soddisfatti i creditori sociali. Non sembra poi possibile, nel caso di specie, l'applicazione degli artt. 1415 e 1416 cod. civ., in quanto, in base all'art. 2332 cod. civ.: da un lato, gli aventi causa della società restano vincolati ai contratti stipulati con la stessa, ed i creditori sociali conservano la garanzia del solo patrimonio sociale, in quanto la dichiarazione di nullità della

li<sup>151</sup>, il controllo giudiziario sulla gestione<sup>152</sup>, lo scioglimento della società per impossibilità di funzionamento o per sopravvenuta impos-

---

società per azioni non rende i soci illimitatamente responsabili; dall'altro, le pretese dei creditori dei soci restano sempre postergate rispetto a quelle dei creditori sociali, e non si vede come si possa riconoscere ai terzi pregiudicati dalla simulazione di far valere la situazione reale. Va infine considerato che la trasposizione dell'istituto della simulazione al campo societario diventa particolarmente problematica nelle ipotesi in cui la mancanza dello scopo di lucro non sia originaria, ma sia sopravvenuta (come avviene ad es. per quelle società per azioni in mano pubblica il cui capitale, al momento della costituzione, è totalmente o prevalentemente detenuto da soggetti privati, e successivamente viene acquisito, in tutto o in parte, dallo Stato o da altri enti pubblici; per cui tali società, che nella fase iniziale si attengono al criterio dell'economicità di gestione, nella fase successiva iniziano ad operare secondo criteri erogativi, generando perdite che vengono ripianate attraverso il gettito fiscale).

<sup>150</sup> Si può infatti ammettere che il mancato perseguimento dello scopo di lucro costituisca un'inadempienza degli amministratori ai doveri di diligenza imposti loro dalla legge, e che di tale inadempienza gli stessi possano essere chiamati a rispondere. Il rimedio in esame appare inefficace almeno nell'ipotesi in cui la deviazione dallo scopo di lucro sia frutto del consenso di tutti i soci, come normalmente avviene nelle società immobiliari di godimento. Tuttavia, anche nel caso in cui tale condizione non si realizzi, va ricordato che l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità deve essere deliberato dall'assemblea ordinaria della società; il che dimostra la scarsa efficacia di tale rimedio, ove si consideri che gli amministratori sono espressione della stessa maggioranza che dovrebbe autorizzare l'esercizio dell'azione di responsabilità (lo stesso si può dire della possibilità per il collegio sindacale, introdotta dalla legge 262/2005, di autorizzare l'esercizio di tale azione a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti). E' vero che la riforma del diritto societario ha introdotto, con il nuovo art. 2393 *bis* cod. civ., l'azione sociale di responsabilità da parte degli azionisti di minoranza, al fine di superare l'eventuale inerzia dei soci di comando. Tuttavia, tale azione, sebbene si possa senz'altro considerare più efficace dell'azione sociale di responsabilità di cui all'art. 2392 cod. civ., non appare del tutto idonea a reprimere il fenomeno delle deviazioni dallo scopo di lucro, considerata la difficoltà, riscontrata nella pratica, di raggiungere le percentuali richieste dalla legge (l'azione può infatti essere esercitata, nelle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, dai soci che rappresentano il venti per cento del capitale sociale, o la diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore ad un terzo, e nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio dai soci che rappresentano un quarantesimo del capitale sociale, o la percentuale più bassa prevista dallo statuto). Resta ovviamente salva la possibilità, per il singolo socio, di agire in giudizio per il risarcimento del danno ex art. 2394 cod. civ.

<sup>151</sup> E' noto che, a seguito della riforma del diritto societario, per le società a responsabilità limitata non è più prevista l'azione di responsabilità che i creditori sociali possono esperire nei confronti degli amministratori della società "per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale" qualora il patrimonio sociale risulti insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti (art. 2394 cod. civ.); per cui, per tali società, l'unico rimedio azionabile da parte dei creditori sociali consiste nell'azione surrogatoria ordinaria, con tutte le conseguenze che ne derivano (in particolare sul piano delle eccezioni opponibili da parte degli amministratori, della decorrenza della prescrizione e soprattutto dell'individuazione del beneficiario dell'eventuale risarcimento del danno, che spetterà alla società, anziché ai creditori sociali, che ne trarranno un beneficio solo indiretto). Inoltre, è stato giustamente rilevato (CARRABBA, *op. cit.*, p. 53), che la mancanza del lucro soggettivo – almeno nell'ipotesi in cui la stessa si concretizzi nell'eterodestinazione degli utili – non è di per sé pregiudizievole per i creditori sociali, per i quali è indifferente la circostanza che gli utili vengano distribuiti tra i soci o vengano destinati al raggiungimento di finalità ideali.

sibilità di conseguimento dell'oggetto sociale<sup>153</sup>, – non si siano rivelati del tutto adeguati a reprimere il fenomeno.

In altri termini, la lucratività delle società di capitali rimarrebbe pur sempre un principio generale del diritto societario<sup>154</sup>.

Non possono quindi considerarsi legittimi il mero godimento in forma di società (non sussistendo elementi che fanno propendere per l'abrogazione tacita dell'art. 2247 cod. civ.<sup>155</sup>), l'eterodestinazione

---

<sup>152</sup> E' ampiamente noto che, a seguito della riforma del diritto societario, il controllo giudiziario sulla gestione, di cui all'art. 2409 cod. civ., risulti sostanzialmente "privatizzato", ove si consideri che: a) per le società per azioni il procedimento è esperibile dal P.M. solo per le società che fanno ricorso al capitale di rischio (per cui, nelle società che non vi fanno ricorso, il rimedio è azionabile solo dai soci che rappresentano il dieci per cento del capitale sociale, oltretutto dal collegio sindacale o dal corrispondente organo di controllo per i sistemi alternativi); b) per le società a responsabilità limitata addirittura tale rimedio non è più previsto. Risulta pertanto evidente l'inadeguatezza di tale strumento, stante che solo in pochi casi lo stesso azionabile sia da parte della parte privata – considerando che difficilmente si può raggiungere la percentuale del dieci per cento (che si riduce al cinque per cento per le società che fanno ricorso al capitale di rischio) stabilita dall'art. 2409 cod. civ., e che difficilmente l'iniziativa sarà assunta dall'organo di controllo, che nella maggior parte dei casi è espressione della stessa maggioranza che elegge gli amministratori il cui operato si vorrebbe sottoporre a controllo – sia dalla parte pubblica – visto che l'interesse pubblico alla regolarità della gestione, di cui è portatore il P.M. (oltre alla Consob per le società quotate nei mercati regolamentati), trova tutela solo nell'ipotesi in cui la società faccia ricorso al capitale di rischio.

<sup>153</sup> Sul piano teorico sarebbe forse ammissibile lo scioglimento per impossibilità di funzionamento o – a seconda delle opinioni – per sopravvenuta impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale per le società senza scopo di lucro. Va tuttavia considerato che, secondo la giurisprudenza predominante, tale causa di scioglimento ha luogo unicamente nell'ipotesi in cui l'impossibilità di funzionamento o di conseguimento dell'oggetto sociale non sia temporanea, ma sia tale da assumere il carattere dell'irreversibilità e dell'assolutezza. Il che non avviene nelle società che non perseguono lo scopo di lucro soggettivo, in quanto l'assenza di tale scopo può venir meno in qualsiasi momento. Con riferimento alle società di godimento v. da ultimo Trib. Lecco 19 febbraio 2007 (decr.), in *Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2008, p. 1027, con nota di FICOCELLI, *Sopravvenuta impossibilità dell'oggetto sociale. Società di comodo, simulazione o nullità*.

<sup>154</sup> Di questa opinione, tra gli altri, da MARASA', *Le società senza scopo di lucro, cit.*, pp. 411 ss.; ID., *Le trasformazioni eterogenee, cit.*, p. 592; SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 87, nota 127; IBBA, *Le società legali*, Torino, 1992, p. 367 ss. ed in part. 374; SPADA-SCIUTO, *Il tipo della società per azioni* in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 1, Torino, 2004, p. 96 ss.

<sup>155</sup> Per l'illiceità della società di mero godimento PAVONE LA ROSA, *Brevi note in tema di rapporti tra comunione e società* in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, p. 398 ss.; CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 35; GALGANO, *Diritto commerciale, cit.*, p. 8; GHIONNI, *Società di mero godimento tra teoria generale e nuovo diritto societario* in *Rivista delle società*, 2008, p. 1315. In giurisprudenza v. le sentenze citate alla nota 137. Dell'opinione opposta IUDICA, *Società di comodo* in *Quadrimestre*, 1988, p. 159 ss.

– per clausola statutaria o di fatto – degli utili (essendo le società vincolate allo scopo di lucro soggettivo) e la gestione in perdita da parte delle società in mano pubblica (essendo le stesse tenute, al pari delle altre società, al rispetto dei criteri di economicità).

Dall'accoglimento di tale opinione conseguirebbe che alla trasformazione eterogenea non si potrebbe legittimamente far ricorso per modificare la struttura giuridica di un ente lasciandone intatta la funzione<sup>156</sup>.

Infatti, da un lato, come abbiamo già avuto modo di vedere, l'autonomia dei privati nel modellare lo scopo degli enti non lucrativi indicati agli artt. 2500 *septies* e *octies* cod. civ., per quanto sia ampia, non è illimitata, in quanto incontra il limite della distribuzione degli utili; distribuzione che – sia nel corso della vita dell'ente sia in seguito allo scioglimento – è del tutto preclusa nelle associazioni, nelle fondazioni e, secondo alcuni<sup>157</sup>, anche nei consorzi e nelle società consortili, e soggetta a vincoli e condizioni nelle società cooperative; per cui, l'ente risultante da una trasformazione eterogenea involutiva da società di capitali non potrebbe continuare a perseguire lo scopo di lucro soggettivo<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> Di questa opinione PALMIERI, *Autonomia e tipicità nella nuova trasformazione*, cit., p. 121 secondo cui “l'introduzione degli artt. 2500 *septies* e *octies* c.c., lungi dal determinare uno sbiadimento causale del modello societario in funzione della fungibilità degli schemi organizzativi, ha arricchito tale modello di nuove significative potenzialità, allargando l'orizzonte entro il quale, nelle società di capitali, il principio di autonomia può esprimersi”. Dello stesso parere MARASA', *Le trasformazioni eterogenee*, cit., 592; PISANI MASSAMOR-MILE, *Trasformazione e circolazione dei modelli organizzativi*, cit., p. 130; BONFANTE, *Amplia libertà di utilizzo della trasformazione* in *Diritto e pratica delle società*, 6 febbraio 2004, n. 2, p. 55; DE STASIO, *op. cit.*, p. 201.

<sup>157</sup> Per una ricognizione delle opinioni in materia v. SARALE, *Consorzi e società consortili*, cit.

<sup>158</sup> Per la trasformazione eterogenea di società di capitali in comunione d'azienda, va aggiunto che, qualora, a seguito della trasformazione, i comunisti continuassero ad esercitare direttamente l'impresa, saremmo in presenza non di una comunione d'azienda, ma di una società irregolare. Risulta pertanto evidente che una tale trasformazione debba essere carat-

Dall'altro lato, se per le società di capitali, al di fuori dei casi previsti dalla legge, lo scopo di lucro è imprescindibile, è evidente che anche la trasformazione eterogenea evolutiva non può essere neutra sul piano della causa<sup>159</sup>.

Una conferma di ciò si può, a mio giudizio, rinvenire nella lettera degli artt. 2500 *septies* e *octies* cod. civ. che qualificano espressamente come "trasformazione" il passaggio da società consortile a società lucrativa e viceversa.

Non sembra infatti condivisibile l'opinione che equipara il mutamento dello scopo (da lucrativo a consortile o viceversa) al mutamento dell'oggetto sociale, per cui vi sarebbe trasformazione eterogenea in senso proprio solo nell'ipotesi in cui il cambiamento dello scopo fosse accompagnato dal cambiamento del tipo<sup>160</sup>, perché accogliendo questa interpretazione le norme sopra citate sarebbero, in questa parte, del tutto ridondanti (non si comprenderebbe infatti la necessità di dettare una disciplina apposita per un'operazione che si

---

terizzata dal passaggio da una gestione "dinamica" ad una gestione "statica" dell'azienda (il che avviene, ad es., nel caso in cui la trasformazione venga immediatamente preceduta o seguita da un affitto dell'unica azienda sociale).

<sup>159</sup> Le stesse considerazioni valgono per la figura della trasformazione di comunione d'azienda in società di capitali. Infatti, ove si consideri che, da un lato, la comunione d'azienda consiste in una mera situazione dominicale, caratterizzata di regola dalla mancanza di un esercizio diretto dell'impresa da parte dei contitolari dell'azienda (ad es. attraverso un affitto di azienda), e, dall'altro lato, le società di mero godimento sono da considerarsi inammissibili, e che il disposto dell'art. 2248 cod. civ., per cui "la comunione costituita o mantenuta al solo scopo di godimento di una o più cose è regolata dalle norme del titolo VII del libro III" vale anche per le società di capitali, è evidente che una tale trasformazione – comunque la si voglia considerare – non potrà essere neutra, in quanto dovrà comportare il passaggio da una fase "statica" ad una fase "dinamica" della gestione dell'azienda. Di quest'avviso anche PISANI MASSAMORMILE, *op. ult. cit.*, p. 88, il quale afferma che "la trasformazione da e in comunione d'azienda può tradursi in un obiettivo di chiarezza, di trasparenza, anche nell'ottica della pubblicità..., quando si tratta di passare da momenti in cui la proprietà si trova associata alla gestione, a momenti in cui invece vuole da questa dissociarsi o riassociarsi (così poi determinando il trascorrere dell'attività di produzione a quella di godimento e viceversa)".

<sup>160</sup> STAGNO D'ALCONTRES, *op. cit.*, p. 219; MARASA', *Le trasformazioni eterogenee, cit.*, 596; CORVESE, *Mutamento dello scopo sociale e trasformazione eterogenea: due diverse fattispecie, cit.*, p. 2890

sostanzierebbe in una trasformazione omogenea ed in un cambiamento dell'oggetto sociale); appare invece evidente che il legislatore considera trasformazione eterogenea a tutti gli effetti anche il mero cambiamento dello scopo sociale<sup>161</sup>, con tutto ciò che ne consegue in tema di tutela degli interessi dei soci e dei creditori sociali<sup>162</sup>.

L'equivoco nasce dalla lettera dell'art. 2615 *ter* cod. civ., ai sensi del quale "le società previste nei capi terzo e quarto del titolo quinto possono assumere come oggetto gli scopi indicati nell'art. 2602 cod. civ."; la formula legislativa, come è stato da più parti rilevato, non è tecnicamente ineccepibile<sup>163</sup>, in quanto accosta l'oggetto della società allo scopo della stessa, rendendo difficile distinguere il piano dell'attività svolta dalla società dal piano della funzione.

Secondo la dottrina prevalente, la funzione di integrazione interaziendale caratterizza la società consortile non sul piano dell'oggetto sociale, bensì sul piano della causa<sup>164</sup>, in quanto vale ad escludere lo scopo di lucro soggettivo, o – per gli Autori che ritengo-

---

<sup>161</sup> SPADA, *Dalla trasformazione della società alle trasformazioni di enti ed oltre*, cit., p. 3884; ROSAPEPE, *ConSORZI, società consortili e trasformazione eterogenea*, cit., p. 3655; DI RIENZO, *op. cit.*, p. 222.

<sup>162</sup> Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, massima n. 20 del 18 marzo 2004 in *Rivista del notariato* 2004, III, p. 1083: "La trasformazione di società consortili in società non consortili e viceversa deve in ogni caso considerarsi trasformazione eterogenea con applicazione della relativa disciplina". "Gli artt. 2500-*septies* e *octies* espressamente ricomprendono nell'ambito della trasformazione eterogenea la trasformazione di società consortili (di qualunque tipo) in società di capitali e la trasformazione di società di capitali in società consortili (di qualunque tipo). La disposizione dimostra l'intenzione del Legislatore di dare un particolare rilievo al cambio dello scopo da consortile in lucrativo e da lucrativo in consortile ed impedisce all'interprete di qualificare tale deliberazione come semplice modifica dell'oggetto. Quindi anche in tutti i casi di mutamento dell'oggetto da consortile in non consortile e viceversa dovranno applicarsi le disposizioni dettate dal Legislatore per la trasformazione eterogenea".

<sup>163</sup> Per tutti v. SPOLIDORO, *Le società consortili*, cit., p. 69.

<sup>164</sup> SPOLIDORO, *Le società consortili*, cit., p. 69; BORGIOLO, *ConSORZI e società consortili*, cit., p. 69; SARALE, *ConSORZI e società consortili*, cit., p. 446 ss. Di diverso avviso MARTORANO, *ConSORZI e forme societarie* in *Rivista delle società*, 1982, p.1155, secondo cui la funzione di integrazione interaziendale "caratterizza sotto il profilo dell'oggetto la società consortile, che rimarrà, poi, una società lucrativa o mutualistica a seconda del tipo prescelto".

no ammissibile una mutualità c.d. spuria anche per i consorzi e per le società consortili – ad affiancare allo stesso lo scopo consortile.

Non vi è invece concordia di opinioni sull'identificazione dell'oggetto sociale della società consortile; probabilmente, ciò deriva dal fatto che le società consortili, al pari dei consorzi – e a differenza delle società lucrative – non perseguono un interesse proprio, e distinguibile da quello dei soci-consorziati; la loro funzione è infatti quella di accrescere l'efficienza e la redditività delle imprese dei medesimi.

L'oggetto sociale va quindi identificato probabilmente non nell'integrazione interaziendale, ma nel complesso delle attività economiche svolte dai soci-consorziati.

Può quindi ribadirsi che la trasformazione eterogenea di società consortile in società lucrativa deve considerarsi tale anche qualora il tipo sociale rimanga immutato.

L'inesistenza di un legame tra l'istituto della trasformazione eterogenea e la neutralizzazione della causa trova una conferma anche nella previsione della trasformazione di società cooperativa in società di persone; operazione che, alla luce di quanto sopra esposto, non può essere considerata neutra sul piano della causa, in quanto comporta il passaggio da un ente caratterizzato dallo scopo mutualistico, al quale lo scopo lucrativo può, in posizione subordinata o meno<sup>165</sup>, accompagnarsi, ad un ente necessariamente informato allo scopo di lucro

---

<sup>165</sup> Va rilevato che, nonostante il codice disciplini distintamente la figura della cooperativa a mutualità prevalente e della cooperativa a mutualità non prevalente, non è pacifico che quest'ultima possa disattendere sistematicamente il criterio della gestione prevalente a favore dei soci. Infatti, una dottrina ritiene che: "Nella disciplina delle società cooperative la stretta osservanza della prevalenza è posta esclusivamente quale condizione indispensabile ai fini dell'ottenimento delle agevolazioni fiscali; il che non esclude del pari la precettività

Tuttavia, anche a voler ammettere che, alla luce del diritto vigente, la neutralità dello scopo delle società di capitali costituisca realmente un principio generale, e che proprio in tale principio l'istituto della trasformazione eterogenea trovi la sua ragione d'essere, la tesi in esame, a parere di chi scrive, pecca nel dare per scontato che le società di persone siano rimaste del tutto estranee al fenomeno della neutralizzazione della causa.

Vi sono infatti almeno due dati normativi che testimoniano il contrario: 1) l'art. 2615 *ter* cod. civ., in base al quale le società consortili possono essere costituite anche sotto forma di società di persone; 2) il d. lgs. 24 marzo 2006 n. 255, che consente, come si desume dal riferimento a "gli enti di cui al Libro V del codice civile" consente anche alle società di persone di assumere la qualifica di impresa sociale<sup>166</sup>.

E' pertanto evidente che l'asserita neutralità dello scopo non vale ad escludere l'applicazione in via analogica delle norme sulla trasformazione eterogenea ad operazioni aventi come punto di partenza o di arrivo una società di persone.

---

di una regola di conduzione della gestione seppure tendenzialmente, ma necessariamente, impostata verso una prevalenza della conclusione di scambi mutualistici con i propri associati piuttosto che con i terzi" (DI RIENZO, *op. cit.*, p. 213 ss.).

<sup>166</sup> Del resto, le deroghe apportate alla disciplina generale delle società di persone sono ancora più estese rispetto a quelle previste per le società di capitali, in quanto il d. lgs. 255/2006 prevede, oltre al divieto di distribuzione degli utili ai soci e l'obbligo di devolvere, a seguito dello scioglimento, il patrimonio residuo ad altri enti che perseguono finalità analoghe, anche la limitazione della responsabilità a quanto conferito.

*5.2) Inesistenza di limiti derivanti dall'esigenza di tutela dell'integrità del capitale della società o dell'ente che effettua la trasformazione*

L'ammissibilità delle operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone potrebbe essere negata sotto un altro punto di vista.

E' possibile ipotizzare che la limitazione della sfera di operatività della trasformazione eterogenea alle società di capitali trovi la sua giustificazione nel più generale *favor* per le stesse; *favor* che sarebbe possibile riscontrare non solo nella disposizione regolante la trasformazione eterogenea evolutiva, ma anche nella norma che disciplina la trasformazione eterogenea involutiva, in quanto consente ad esse – e solo ad esse – di modificare la propria struttura organizzativa qualora esigenze sopravvenute lo richiedano<sup>167</sup>.

In particolare, l'inammissibilità di un'operazione diretta di trasformazione eterogenea di e in società di persone troverebbe la sua giustificazione nella necessità di applicare all'operazione le disposizioni poste a tutela del capitale dagli artt. 2343 e 2500 *ter* cod. civ.

La *ratio* della necessità del doppio passaggio starebbe quindi nell'opportunità di determinare il capitale della società di capitali risultante dalla prima trasformazione secondo quanto previsto nelle norme sopra citate; il che avverrebbe non solo nell'ipotesi di trasformazione eterogenea di società di persone, ma anche nell'ipotesi inversa, essendo pacifico che l'art. 2500 *ter* cod. civ. trovi applicazione anche nelle ipotesi di trasformazione eterogenea in società di capitali.

---

<sup>167</sup> In tal senso PALMIERI, *Autonomia e tipicità nella nuova trasformazione*, cit., p. 116

Vero è che un'operazione di trasformazione eterogenea in e di società di persone avrebbe come conseguenza la responsabilità personale e illimitata dei soci (o di alcuni di essi), nel primo caso, e la permanenza della stessa, nel secondo caso; tuttavia è possibile ipotizzare che il legislatore non consideri sufficiente tale responsabilità, e che ritenga necessario che un'operazione di trasformazione eterogenea di e in società di persone venga svolta nel rispetto delle norme a tutela del capitale poste dagli artt. 2343 e 2500 *ter* cod. civ..

Vi sono tuttavia diversi elementi che inducono a non considerare valida questa ipotesi.

In primo luogo, va rilevato che l'art. 2500 *sexies* cod. civ., nel disciplinare la trasformazione regressiva di società di capitali in società di persone non prende in considerazione l'esigenza di preservare l'integrità del capitale.

La norma, infatti, tutela unicamente gli interessi dei soci, disponendo che, perché la trasformazione abbia luogo, occorre che prestino il consenso tutti i soci che, a seguito della stessa, assumono responsabilità illimitata, e facendo obbligo agli amministratori di predisporre una relazione "che illustri le motivazioni e gli effetti della trasformazione" (adempimento quest'ultimo posto unicamente nell'interesse dei soci, i quali possono unanimemente rinunciarvi, come dimostra il prosieguo della disposizione<sup>168</sup>).

Nulla dispone invece la norma sopra citata in merito alla tutela dell'integrità del capitale; il che dimostra che il legislatore conside-

---

<sup>168</sup> La norma dispone infatti che: "Copia della relazione deve restare depositata presso la sede sociale durante i trenta giorni che precedono l'assemblea convocata per deliberare la trasformazione: i soci hanno diritto di prenderne visione e di ottenerne gratuitamente copia." Da ciò si deduce che l'adempimento è posto unicamente a tutela dell'interesse dei soci ad essere informati sulle ragioni e sui contenuti dell'operazione, e che gli stessi possono unanimemente rinunciarvi.

ra insussistente tale esigenza, e ritiene sufficiente il conseguimento della responsabilità illimitata dei soci (o di parte di essi).

Se ciò vale per la trasformazione regressiva di società di capitali in società di persone, non si comprende perché lo stesso non debba valere per la trasformazione eterogenea di e in società di persone.

Occorre poi considerare che l'art. 2500 *ter* cod. civ. non trova applicazione in tutte le ipotesi di trasformazione eterogenea previste dalla legge.

Mi riferisco alla trasformazione di società consortile di capitali in società di capitali lucrativa, alla trasformazione di società consortile di capitali in società cooperativa, alla trasformazione di società di capitali in società consortile (di persone e di capitali); ciò in quanto, come si è già visto in precedenza, le società consortili di capitali e le società cooperative sono rette – sia pure nei limiti della compatibilità – dalla stesse regole di struttura delle società di capitali lucrative, per cui l'esigenza di tutela del capitale, cui è preordinata la relazione di stima, è già stata soddisfatta anteriormente alla trasformazione; per la trasformazione di società di capitali lucrativa in società consortile di persone, può ripetersi quanto già detto in relazione alla trasformazione omogenea regressiva.

Per la stessa ragione, sembrerebbe eccessivo negare, in nome della tutela dell'integrità del capitale, l'ammissibilità di un'operazione diretta di trasformazione di società di persone lucrativa in società di persone consortile (e viceversa), ove si consideri che entrambe sono rette dalle stesse regole di struttura.

Per converso, il riconoscimento dell'ammissibilità delle operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone non equivarrebbe a negare l'applicazione dell'art. 2500 *ter* cod. civ. in tutte le ipotesi.

Infatti, per la stessa ragione vista pocanzi, l'applicazione di quest'ultima norma dovrebbe ammettersi nell'ipotesi di trasformazione di società di persone in società consortili di capitali ed in società cooperative<sup>169</sup>.

In queste ipotesi, richiedere una preventiva trasformazione progressiva in società di capitali sarebbe ultroneo, potendo considerarsi sufficiente che, in sede di trasformazione eterogenea, vengano rispettate le regole procedurali di cui agli artt. 2343 e 2500 *ter* cod. civ.

Vi è infine un argomento di carattere sistematico, che dimostra che l'inammissibilità della trasformazione eterogenea di e in società di persone non si può sostenere sulla base delle esigenze di tutela del capitale.

Abbiamo già avuto modo di vedere che il codice civile prevede espressamente un solo caso di trasformazione eterogenea non avente come termine di riferimento una società di capitali, vale a dire la trasformazione di società cooperativa in società di persone e in consorzio (art. 2545 *decies*, 1° comma, cod. civ.).

---

<sup>169</sup> Con riferimento alla trasformazione di società di persone in società cooperativa v. RUOTOLO, *Trasformazione di s.a.s. in cooperativa in Consiglio Notarile del Notariato. Studi e Materiali*, 2008, p. 848; ID., *Trasformazione di s.a.s. in cooperativa*, *ivi*, 2009, p. 830. Una soluzione più articolata (con riferimento alla trasformazione di associazione in società cooperativa) viene proposta da ZOPPINI, *Trasformazione eterogenea di associazione riconosciuta in società cooperativa (con particolare riguardo alla verbalizzazione delle assemblee separate e alla perizia di stima del patrimonio)* in *Rivista del notariato*, 2006, p. 629.

Si è anche detto che, in molti casi, la trasformazione di società cooperativa pone in capo alla stessa un obbligo di devoluzione di parte del patrimonio in favore dei fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione (art. 2545 *undecies*, 1° comma, cod. civ.)

Ciò implica che la trasformazione di società cooperativa, a differenza di tutte le altre ipotesi di trasformazione previste dal codice civile, non possa considerarsi neutra sul piano patrimoniale, in quanto il patrimonio dell'ente risultante dalla trasformazione sarà necessariamente inferiore al patrimonio della società cooperativa ante-trasformazione.

Il che, come è stato rilevato, accade nella maggior parte dei casi, in quanto è assai raro che una società cooperativa mantenga il carattere della mutualità non prevalente dal momento della costituzione al momento della trasformazione<sup>170</sup>.

Orbene, se il legislatore consente il compimento di un'operazione di trasformazione eterogenea in società di persone che, nella maggioranza dei casi, provoca un consistente depauperamento patrimoniale, non è sostenibile che lo stesso legislatore intenda vietare il compimento di operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone in tutti gli altri casi, allo scopo di evitare il

---

<sup>170</sup> A tal proposito, PACIELLO, *La trasformazione delle cooperative*, cit., p. 472, rileva che il fine perseguito dal legislatore sia non tanto quello di disciplinare la trasformazione di società cooperativa a mutualità non prevalente (essendo improbabile che una società cooperativa che non ha mai beneficiato di agevolazioni fiscali abbia riserve indivisibili), quanto quello di regolare la trasformazione di società cooperativa a mutualità prevalente, predisponendo un meccanismo – già visto in precedenza – finalizzato a congelare le risorse che la società ha accumulato beneficiando di normative fiscali di favore, al momento della perdita del requisito della mutualità prevalente, e a devolvere tali risorse alla c.d. mutualità di sistema, al momento della trasformazione.

verificarsi di un pregiudizio patrimoniale che non sarebbe conseguenza diretta dell'operazione, ma sarebbe solo eventuale.

Che tale preoccupazione da parte del legislatore non sussista è dimostrato anche dai lavori preparatori, dai quali si evince che la scelta di ammettere espressamente la trasformazione di società cooperativa in società di persone ed in consorzi è legata proprio alla considerazione che, a seguito della devoluzione ai fondi mutualistici, la società potrebbe non disporre di un capitale sufficiente a consentirne la trasformazione in società di capitali<sup>171</sup>; si è voluto cioè evitare che una società cooperativa si trovasse nell'impossibilità di trasformarsi per l'assenza di un capitale almeno pari al minimo legale.

Da questo punto di vista, può affermarsi che il legislatore ha privilegiato la libertà della società cooperativa di trasformarsi rispetto all'esigenza di tutela dell'integrità del capitale, ritenendo sufficiente la responsabilità solidale e illimitata dei soci per le obbligazioni sociali (considerazione questa valida solo per la trasformazione in società di persone, dal momento che i membri del consorzio rispondono personalmente solo per le obbligazioni assunte per loro conto).

Si può quindi affermare che la mancata menzione delle altre operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone deriva essenzialmente dal fatto che tali operazioni non presentano gli stessi problemi applicativi che pone la trasformazione di società cooperativa.

Pertanto, come abbiamo già avuto modo di vedere nel precedente paragrafo, dalla mancata menzione di tali ipotesi di trasforma-

---

<sup>171</sup> *La riforma del diritto societario. Lavori preparatori, testi e materiali* a cura di M. VIETTI, F. AULETTA, G. LO CASCIO, U. TOMBARI, A. ZOPPINI, p. 1386.

zione eterogenea non può dedursi automaticamente l'inammissibilità delle stesse.

**6) Il problema dell'ammissibilità della trasformazione eterogenea di e in società di persone alla luce degli interessi coinvolti nell'operazione**

Occorre adesso verificare se, posto che non vi sono ostacoli di carattere sistematico all'estensione della normativa sulla trasformazione eterogenea alle operazioni aventi come termine di riferimento una società di persone, tali operazioni siano ammissibili alla luce degli interessi coinvolti nelle stesse

E' infatti agevole constatare che le operazioni di trasformazione eterogenea – al pari delle altre operazioni straordinarie – in quanto modificano radicalmente la struttura dell'ente trasformato, possono incidere in misura significativa su di una congerie di interessi che afferiscono sia ai componenti dell'ente, sia ai creditori dello stesso e, più in generale, ai terzi che con l'ente concludono negozi giuridici, oltre che, in alcuni casi, su interessi che possono definirsi "generali"<sup>172</sup>.

Si è già fatto cenno alla soluzione adottata dal legislatore della riforma ai fini del bilanciamento degli interessi dei soci – o più in generale dei componenti – di maggioranza, da una parte, e dei dissenzienti e dei creditori collettivi.

Da un lato, ai fini della validità della trasformazione, viene richiesta una maggioranza qualificata – al di fuori dell'ipotesi della

---

<sup>172</sup> Si pensi all'interesse a che gli enti non lucrativi non utilizzino a scopo di lucro soggetti risorse acquisiti attraverso contributi di terzi (interesse tutelato dagli artt. 2500 *octies* cod. civ. e 223 *octies* disp. att. cod. civ.), o all'interesse a che le cooperative non impieghino a fini speculativi risorse accumulate avvalendosi di normative fiscali di favore finalizzate al potenziamento della c.d. mutualità di sistema (interesse tutelato dall'art. 2545 *undecies* cod. civ.).

trasformazione di comunione d'azienda in società<sup>173</sup> e viceversa<sup>174</sup>, per la quale è prevista l'unanimità dei consensi – che cambia a seconda della natura dell'ente trasformando, fatto salvo il diritto di recesso per i dissenzienti; dall'altro, ai fini dell'efficacia della trasformazione, è previsto il rimedio dell'opposizione<sup>175</sup>, mediante il quale gli stessi possono rappresentare all'autorità giudiziaria gli eventuali profili di lesività della trasformazione<sup>176</sup>, ed il differimento dell'efficacia della trasformazione a sessanta giorni dall'espletamento delle formalità pubblicitarie previste<sup>177</sup> (salvo che, anteriormente a tale data, risulti il consenso dei creditori o il pagamento integrale dei creditori dissenzienti<sup>178</sup>).

---

<sup>173</sup> Ciò in quanto la comunione d'azienda, come abbiamo già avuto modo di vedere, non differisce dalla comunione ordinaria.

<sup>174</sup> Il che si desume dal principio, ricavabile dall'art. 2500 *sexies* cod. civ., in base al quale la trasformazione richiede il consenso di tutti coloro che, a seguito della stessa, assumono la responsabilità illimitata.

<sup>175</sup> Rimedio che, come si vedrà meglio in seguito, non sostituisce quello del consenso dei creditori sociali ai fini della liberazione dei soci dalla responsabilità personale e illimitata per le obbligazioni sociali anteriori alla trasformazione.

<sup>176</sup> E' importante rilevare che tale rimedio si applica anche nei casi in cui, secondo l'*id quod plerumque accidit*, l'operazione non può considerarsi lesiva dei creditori collettivi. Basti pensare alla trasformazione di comunione d'azienda in società di capitali, in cui, alle tutele derivanti dalla disciplina particolarmente rigorosa delle società di capitali in tema di bilancio, capitale sociale ecc., si accompagna quella derivante dal perdurare della responsabilità dei soci (ex comunisti), per le obbligazioni collettive anteriori alla trasformazione.

<sup>177</sup> Giustamente SILVESTRO, *Procedimento e pubblicità nelle trasformazioni eterogenee in Vita notarile*, 2006, p. 1602, con riferimento alla trasformazione eterogenea di e in associazione e fondazione, fa notare che il termine dovrebbe decorrere non dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari, ma da quello relativo al deposito della delibera di trasformazione presso il Registro delle Imprese o da quello relativo alla cancellazione dell'ente dal Registro delle Persone Giuridiche, in quanto solo tale adempimento consente ai creditori di avere conoscenza della trasformazione.

<sup>178</sup> Non sembra invece che possa applicarsi estensivamente il disposto dell'art. 2503 cod. civ., che, con riferimento alla fusione, consente, oltre al pagamento integrale dei creditori dissenzienti, anche il deposito delle somme corrispondenti presso un istituto di credito. Ciò in quanto il deposito non può considerarsi una forma di tutela integralmente equiparabile al pagamento, ove si consideri che i creditori potrebbero trovarsi nell'impossibilità di recuperare le somme loro spettanti qualora la banca fosse soggetta a liquidazione coatta amministrativa. Pertanto, in questa ipotesi sarà competenza del Tribunale valutare in concreto l'idoneità di tale garanzia a salvaguardare gli interessi dei creditori oppositori. Lo stesso vale ovviamente per l'altro rimedio previsto dall'art. 2503 cod. civ., consistente

Il sistema disegnato dal legislatore della riforma, pertanto, nel consentire il mutamento delle strutture giuridiche degli enti, prevede un sistema di tutela per i creditori che, da un lato, sacrifica l'esigenza di celerità dell'operatività della trasformazione, rimandandone l'efficacia ad un momento successivo, ma che, dall'altro, pone a carico degli stessi creditori un onere di attenzione e di attivazione significativo.

Proprio in questo punto, secondo una dottrina<sup>179</sup>, si concentrano le difficoltà nell'applicare in via analogica la disciplina della trasformazione eterogenea alle operazioni in cui l'ente trasformato o risultante dalla trasformazione sia una società di persone.

Difatti, se non sembra che le esigenze di tutela dei componenti della società o dell'ente che si trasforma creino problemi di legittimità dell'operazione, ma solo di disciplina<sup>180</sup> (ove infatti non dovessero ritenersi applicabili le maggioranze previste dagli artt. 2500 *septies* e *octies* cod. civ., l'unica conseguenza sarebbe quella di considerare necessaria l'unanimità dei consensi<sup>181</sup>), tale affermazione è stata oggetto di contestazione da parte di alcuni Autori con riferimento alle esigenze di tutela degli interessi dei creditori collettivi.

Se infatti una parte della dottrina che, a seguito della riforma, si è espressa in senso favorevole all'applicazione analogica della

---

nell'asseverazione, da parte di una società di revisione, della superfluità di ulteriori garanzie per i creditori sociali. Sul punto v. FRANCH, *Commento sub art. 2500 novies cod. civ.*, cit., p. 424.

<sup>179</sup> PALMIERI, *Autonomia e tipicità nella nuova trasformazione*, cit., p. 116 ss.

<sup>180</sup> Dell'opinione contraria PALMIERI, *op.ult. cit.*, p. 116, secondo cui "la scelta di riservare alle società di capitali la possibilità di operare trasformazioni eterogenee c.d. regressive garantisce che il procedimento sia assistito dalle particolari cautele che caratterizzano la disciplina di tali società nell'interesse dei soci e dei terzi, sia sul piano dei controlli (anche di legalità), sia sul piano delle responsabilità degli organi"

<sup>181</sup> Il punto sarà oggetto di trattazione nel prossimo capitolo.

normativa sulla trasformazione eterogenea alle società di persone, ritiene che la posizione dei creditori trovi una tutela adeguata proprio nell'opposizione di cui all'art. 2500 *novies* cod. civ.<sup>182</sup> (oltreché nella permanenza della responsabilità personale e illimitata dei soci per le obbligazioni sociali anteriori alla trasformazioni, con riferimento alla trasformazione eterogenea da società di persone), una dottrina nega che tale rimedio possa essere applicato *de plano* alle società di persone.

Ciò in quanto l'istituto dell'opposizione – il cui ambito di operatività è stato consistentemente ampliato dal legislatore della riforma<sup>183</sup> – come è stato brillantemente dimostrato dall'Autore che ha maggiormente approfondito l'argomento<sup>184</sup>, non è uno strumento finalizzato alla difesa degli interessi dei creditori sociali – come viene comunemente affermato – ma, al contrario, un mezzo posto a tutela dell'interesse della società a compiere una determinata operazione giuridico-economica<sup>185</sup>, volta a modificare radicalmente il proprio assetto organizzativo, e suscettibile di incidere in misura rilevante sugli interessi dei creditori sociali (alla stessa stregua di quanto avviene, *mutatis mutandis*, con il consenso alla [liberazione dei soci illimitata-

---

<sup>182</sup> MALTONI, *I limiti all'autonomia privata nelle trasformazioni eterogenee*, cit., p. 1388; LUPETTI, *op. cit.*, p. 843; ROSAPEPE, *Consorti, società consortili e trasformazione eterogenea*, cit. p. 3667; GENOVESE, *op. cit.*, p. 3674

<sup>183</sup> Alle ipotesi già disciplinate anteriormente alla riforma (proroga di società di persone, riduzione volontaria del capitale nelle società di persone e di capitali e fusione) si sono aggiunte – oltre alla trasformazione eterogenea – la scissione, la creazione di patrimoni destinati ad uno specifico affare, la revoca dello stato di liquidazione. Per un'analisi complessiva dell'istituto v. PINARDI, *Le opposizioni dei creditori nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006.

<sup>184</sup> CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, 1978.

<sup>185</sup> Si veda a tal proposito l'ampia e particolareggiata analisi dell'evoluzione storica dell'istituto condotta da CABRAS, *op. ult. cit.*, pp. 23 ss.

mente responsabili a seguito della] trasformazione<sup>186</sup> e con l'assemblea degli obbligazionisti<sup>187</sup>).

E' evidente che l'opposizione dei creditori non è un rimedio equivalente agli strumenti di tutela previsti dal diritto civile generale, che non ammette, in linea generale, modifiche della sfera giuridica dei creditori senza il loro consenso<sup>188</sup>.

Là dove invece l'opposizione è prevista dalla legge, l'intervento dei creditori "può aversi e rappresentare un ostacolo per la società a queste condizioni: che il creditore abbia effettiva conoscenza dell'operazione deliberata; che esprima un giudizio sfavorevole sulla stessa rispetto ai propri interessi; che osservi il termine e la forma previsti per l'opposizione; ed infine che non sia tacitato dalla società"<sup>189</sup>.

La tesi che qui si espone rileva inoltre che l'istituto dell'opposizione dei creditori, così nella trasformazione eterogenea come nelle altre ipotesi in cui è previsto dal codice civile, è strettamente connesso al particolare sistema pubblicitario al quale sono sot-

---

<sup>186</sup> E' evidente, infatti, che la regola del silenzio-assenso ex art. 2500-*quinquies* 2° comma cod. civ. sia una forma di tutela regressiva che, da un lato, sacrifica l'interesse dei creditori sociali a mantenere la garanzia costituita dalla responsabilità personale e illimitata dei soci (il che appare ancora più evidente ove si consideri che, secondo la dottrina prevalente, i creditori sociali non possono liberare alcuni soci mantenendo la responsabilità personale e illimitata di altri, ma possono unicamente esprimere un consenso o un dissenso alla trasformazione, dal quale dipenderà il mantenimento o meno della responsabilità personale e illimitata di tutti i soci), e, dall'altro, rende più agevole la trasformazione delle società di persone in società di capitali.

<sup>187</sup> E' evidente, infatti, la regola di cui all'art. 2415 3° comma cod. civ., che consente di modificare le condizioni del prestito a maggioranza, costituisce una deroga ai principi generali del diritto civile, che per modificare le condizioni di un contratto di mutuo richiedono il consenso di tutti i mutuanti.

<sup>188</sup> PALMIERI, *op. ult. cit.*, p. 120.

<sup>189</sup> CABRAS, *op. ult. cit.*, p. 148, che prosegue: "La necessaria compresenza di tutte queste condizioni rende di difficile attuazione nella pratica l'istituto dell'opposizione, soprattutto per la tendenza legislativa, presente nel nostro come in altri ordinamenti, al superamento, della comunicazione personale della deliberazione ai creditori."

toposte le società di capitali, consistente nell'iscrizione nel Registro delle Imprese; tale iscrizione, essendo – a differenza di quella prevista per le società di persone – obbligatoria e costitutiva, giustifica la deroga che il legislatore opera ai principi generali di diritto comune, gravando i creditori sociali di un onere di attenzione e di informazione significativo, onere che invece non trova fondamento nelle ipotesi in cui – come avviene per le società di persone – l'iscrizione nel Registro delle Imprese sia facoltativa e dichiarativa.

Vi è poi un ulteriore ostacolo, consistente nella difficoltà di applicare alle trasformazioni eterogenee di e in società di persone la disciplina dell'invalidità della trasformazione (art. 2500 *bis* cod. civ.), in base alla quale i soggetti danneggiati dalla trasformazione possono avvalersi esclusivamente di rimedi a carattere obbligatorio; a parere dell'Autore, tale soluzione normativa trova la sua giustificazione nell'ambito di un quadro normativo sulla trasformazione nel quale, a monte o a valle di ogni operazione, si colloca una società di capitali<sup>190</sup>.

Ciò in quanto la sostituzione dei rimedi di carattere reale con rimedi a carattere obbligatorio è un fenomeno tipico dell'ordinamento delle società di capitali, caratterizzato dall'attribuzione dei controlli di legalità in capo al notaio rogante<sup>191</sup>, e dal carattere obbligatorio e costitutivo dell'iscrizione nel Registro

---

<sup>190</sup> PALMIERI, *op. ult. cit.*, p. 120 “Si tratta di soluzioni normative proprie dell'ordinamento societario in cui sono sorte e si sono sviluppate, che si giustificano in contesti ove prevalgono esigenze di tutela legate allo svolgimento di attività di impresa. Non a caso il loro funzionamento presuppone un efficiente sistema di pubblicità quale quello fondato sull'iscrizione nel registro delle imprese.”

<sup>191</sup> E' forse superfluo ricordare che nelle società di persone il controllo notarile è meramente eventuale, dato che i patti sociali possono non essere redatti per iscritto, e comunque – qualora la società intenda ottenere l'iscrizione nel Registro delle Imprese – non è necessario che l'atto costitutivo rivesta la forma dell'atto pubblico, essendo sufficiente la scrittura privata autenticata.

delle Imprese dell'atto costitutivo della società e delle modifiche statutarie della stessa.

Riassumendo, secondo la tesi che qui si espone, la mancanza di adeguate garanzie procedurali nella disciplina delle società di persone a tutela degli interessi coinvolti e la necessità di non comprimere la sfera giuridica dei creditori sociali senza il loro consenso, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, da un lato, e l'efficienza del sistema di pubblicità delle società di capitali, dall'altro, comporta che "la trasformazione eterogenea sia appannaggio esclusivo delle società di capitali o degli enti che intendano assumere veste di società di capitali"<sup>192</sup>.

In quest'ottica, si giustifica la necessità – da molti considerata invece irrazionale<sup>193</sup> – per le società di persone che intendano trasformarsi in uno degli enti indicati negli artt. 2500 *septies* e *octies* cod. civ. – o viceversa – di effettuare una preventiva operazione di trasformazione in società di capitali; si avrebbe infatti una sequenza di due operazioni di trasformazione (a seconda dei casi, una trasformazione eterogenea evolutiva ed una trasformazione omogenea involutiva, o una trasformazione omogenea evolutiva ed una trasformazione eterogenea involutiva), ciascuna soggetta alla disciplina appositamente dettata dal legislatore.

Nonostante la serietà e la validità di tali argomenti, la tesi sopra esposta, a chi scrive, non appare accoglibile.

Si può infatti convenire sulla necessità di valutare con attenzione l'applicabilità delle norme disciplinanti le trasformazioni ete-

---

<sup>192</sup> PALMIERI, *op. ult. cit.*, p. 121.

<sup>193</sup> Sul punto v. gli Autori citati alla nota 65.

rogenee tipiche ad operazioni diverse da quelle previste dalla legge, ed in particolare di verificare se i meccanismi posti dal legislatore a tutela degli interessi coinvolti nell'operazione siano effettivamente estensibili alle trasformazioni eterogenee di e in società di persone.

Tuttavia, tale rilievo non può condurre ad affermare l'illegittimità di tali operazioni.

Non sembra infatti che dalla (supposta<sup>194</sup>) inapplicabilità delle norme regolanti una determinata fattispecie ad un'altra non espressamente prevista dalla legge si possa desumere l'inammissibilità di quest'ultima.

L'illegittimità di un'operazione atipica può derivare o da un espresso divieto<sup>195</sup> o dalla presenza di ostacoli di carattere sistematico – ostacoli che, come si è cercato di dimostrare in precedenza, non sussistono per le trasformazioni eterogenee di e in società di persone – non dalla difficoltà di applicare alla stessa la disciplina prevista dal legislatore per un'altra operazione.

Pertanto, qualora si pervenisse a ritenere inapplicabili le norme regolanti la trasformazione eterogenea alle operazioni oggetto della nostra analisi, ciò dovrebbe condurre non a ritenere inammissibili queste ultime, ma a ricercare nell'ordinamento la disciplina alle stesse applicabile.

Riassumendo, si può affermare che le operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone non pongono problemi di ammissibilità, ma unicamente di disciplina.

---

<sup>194</sup> All'analisi della disciplina applicabile alle operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone è dedicato il secondo capitolo.

<sup>195</sup> Come avviene per le associazioni che hanno ricevuto contributi pubblici, liberalità o oblazioni dal pubblico (art. 2500 *octies* cod. civ.). Sul punto v. però quanto indicato alla nota 43.

Il che non è una novità, ove si consideri che vi sono delle ipotesi di trasformazioni omogenee, non previste dall'ordinamento, la cui ammissibilità non è mai stata seriamente posta in dubbio (con l'eccezione, anteriormente alla riforma, della trasformazione di e in società semplice<sup>196</sup>), ma che hanno posto, e continuano a porre, problemi di disciplina, spesso rilevanti (alcuni dei quali radicalmente nuovi).

Ci riferisce alle trasformazioni tra società di persone ed alle trasformazioni tra società di capitali (oltreché alle trasformazioni regressive<sup>197</sup>, i cui problemi di disciplina sono stati affrontati ed, almeno in parte<sup>198</sup>, risolti dal legislatore della riforma).

---

<sup>196</sup> E' noto infatti che una parte della dottrina dubitava dell'ammissibilità della trasformazione di e in società di persone, sia in quanto non era menzionata dall'art. 2498 cod. civ., sia in quanto non era soggetta alla stessa pubblicità legale delle società commerciali (v. tra gli altri SCARDULLA, *op. cit.*, p. 275; FERRI, *Le società, cit.*, p. 897). Obiezioni queste respinte dalla dottrina prevalente, e da considerarsi ormai precluse, in quanto la società semplice è soggetta allo stesso regime di pubblicità dichiarativa delle altre società di persone, sia in quanto gli artt. 2500 *ter* e *sexies* cod. civ. fanno genericamente riferimento alle società di persone.

<sup>197</sup> Tra gli studiosi che si sono occupati del problema anteriormente alla riforma v. tra gli altri PATRIARCA, *Trasformazione regressiva e principio di maggioranza*, Padova, 1988; SERRA, *La trasformazione e la fusione della società, cit.*, p. 309; CABRAS, *Le trasformazioni, cit.*, p. 144; TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società, cit.*, p. 209; CAGNASSO, *La trasformazione delle società in Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990, p. 308.

<sup>198</sup> Il problema nasce dalla formulazione dell'art. 2500-*sexies* 1° comma cod. civ., che, da un lato, stabilisce che la deliberazione di trasformazione regressiva in società di persone è adottata con le maggioranze previste per le modifiche dello statuto, dall'altro richiede il consenso dei soci che a seguito della trasformazione assumono la responsabilità illimitata. La difficoltà sta nel conciliare il principio maggioritario – al quale si coniuga il diritto di recesso per i soci assenti, dissenzienti o astenuti – con la regola che richiede il consenso individuale di tutti i soci a diventare illimitatamente responsabili (e quindi della totalità dei soci, qualora la società risultante dalla trasformazione sia una s.n.c.). Quindi, se da un lato si ribadisce la regola maggioritaria, ed il diritto di *exit* per i soci non consenzienti, dall'altro sembra che si detti la regola dell'unanimità per una parte delle trasformazioni regressive. Secondo un'opinione che ha trovato seguito in dottrina, una delibera di trasformazione adottata con le maggioranze previste per le modifiche dello statuto, ma senza il consenso di tutti i soci destinati ad assumere la responsabilità illimitata a seguito della trasformazione, è da considerarsi valida ma inefficace fino al momento in cui non venga prestato il consenso (che, secondo tale opinione, può essere prestato anche in sede extra-assembleare), ragion per cui non opera il diritto di recesso (che presuppone una delibera efficace). Pertanto, nell'ipotesi di una delibera di trasformazione in s.n.c. adottata a maggioranza, i soci potranno tentare di convincere il socio a prestare successivamente il consenso alla trasformazione

Si pensi, per le trasformazioni tra società di persone, al problema della applicabilità in via analogica della regola della maggioranza per quote di partecipazione agli utili<sup>199</sup>, o al problema della forma del consenso dei creditori per la liberazione dalla responsabilità illimitata a seguito della trasformazione<sup>200</sup>; alla trasformazione in s.p.a. di s.r.l. con socio d'opera<sup>201</sup> o con quote non liberate il cui versamento è garantito da una fideiussione bancaria o da una polizza

---

o, in alternativa, revocare la delibera ed adottare una nuova delibera di trasformazione in s.a.s., in cui il socio che non ha prestato il consenso rivesta il ruolo di accomandante (e potrà eventualmente esercitare il diritto di recesso). Sul punto v., tra gli altri, GUERRERA, *La trasformazione di società di capitali in società di persone in Rivista del notariato*, 2007, p. 827 ed in part. p. 831 ss.

<sup>199</sup> E' noto che, a seguito della riforma del diritto societario, per la trasformazione di società di persone in società di capitali non è più richiesta l'unanimità dei consensi, come prevede l'art. 2252 cod. civ. per le modifiche del contratto sociale, ma la maggioranza, determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili (art. 2500 *ter* cod. civ.). Ci si è chiesti se tale disposizione può trovare applicazione in via analogica per le trasformazioni tra società di persone, o se per tali operazioni riprenda vigore il principio generale dettato dall'art. 2252 cod. civ. Il problema si pone in realtà per le trasformazioni in s.a.s. o in società semplice con soci non illimitatamente responsabili, giacché per la trasformazione in s.n.c. o in società semplice con tutti i soci illimitatamente responsabili varrebbe comunque la regola dettata dall'art. 2500 *sexies*, 1° comma, in forza del quale "è comunque richiesto il consenso dei soci che con la trasformazione assumono responsabilità illimitata"). Non si tratta di un problema di poco momento, in quanto la maggioranza dei soci potrebbe avvalersi della regola di maggioranza per estromettere un socio dall'amministrazione della società, relegandolo al ruolo di accomandante. Parte della dottrina si è espressa in senso favorevole all'applicazione in via analogica dell'art. 2500 *ter* cod. civ., in quanto la trasformazione implica in questo caso un minore impatto sulle regole di funzionamento di società e sul ruolo e sulle responsabilità dei soci (v. PINARDI, *La trasformazione*, cit., p. 86). La maggior parte degli Autori tuttavia respinge tale tesi, in quanto l'introduzione della regola maggioritaria è stata inserita dal legislatore con l'intento di favorire l'adozione dei modelli societari capitalistici, finalizzata alla crescita dimensionale delle imprese. L'applicazione analogica non sarebbe quindi consentita per mancanza dell'identità di *ratio*. Di questo avviso, tra gli altri, FERRI JR, *op. cit.*, p. 2501; CAGNASSO, *Comm. sub art. 2500 ter-2500 quinquies cod. civ* in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, e da G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 2256

<sup>200</sup> Per questo problema dovrebbe valere lo stesso discorso svolto nella nota precedente. Se infatti la regola del silenzio-assenso è stata posta per favorire il passaggio agli schemi capitalistici, non sembra la stessa regola si possa applicare alla trasformazione di s.n.c. o di società semplice con soci tutti illimitatamente responsabili in s.a.s. o in società semplice con soci non illimitatamente responsabili, considerato che in questa ipotesi il sacrificio dell'interesse dei creditori sociali non trova la stessa giustificazione.

<sup>201</sup> Il problema si pone ovviamente qualora la prestazione lavorativa cui il socio si è impegnato non sia stata integralmente prestata. In tal caso, sarà necessario ridefinire preliminarmente l'oggetto di conferimento del socio, ovvero ridurre il capitale annullando la partecipazione spettante al socio d'opera (per la parte corrispondente alle prestazioni lavorative non prestate, ovvero incanalare tali prestazioni in prestazioni accessorie o in strumenti finanziari).

assicurativa<sup>202</sup>, o di s.r.l. i cui patti sociali riconoscano ad alcuni soci “particolari diritti riguardanti l’amministrazione della società e la distribuzione di utili” ex art. 2468 comma 3 cod. civ.<sup>203</sup>, o ancora al problema della necessità, per la trasformazione di s.r.l. in s.p.a., della relazione di stima prevista dall’art. 2500 *ter* cod. civ. per le trasformazioni progressive di società di persone in società di capitali<sup>204</sup>; alla trasformazione di s.p.a. o di s.a.p.a. in s.r.l. che abbia emesso obbligazioni o strumenti finanziari<sup>205</sup>, o che abbia costituito patrimoni de-

---

<sup>202</sup> In tal caso si dovrà provvedere preliminarmente a versare l’importo dovuto nelle casse sociali o all’escussione della polizza assicurativa o della fideiussione bancaria.

<sup>203</sup> Poiché infatti il riconoscimento di tali diritti a singoli costituisce una specificità della s.r.l., occorrerà preliminarmente sopprimere tali diritti – con il consenso di tutti i soci – o, in alternativa, cristallizzare tali diritti in categorie speciali di azioni o in strumenti finanziari.

<sup>204</sup> E’ noto che, se l’art. 2476 cod. civ. prevede per le s.r.l. la relazione di stima per i conferimenti in natura, non è tuttavia necessario che la stessa venga redatta da un esperto di nomina giudiziale, e inoltre non è prevista la revisione della stima. Si pone pertanto il problema se le esigenze di tutela dell’integrità del capitale, di cui sono espressione gli artt. 2343 e 2500-*ter* cod. civ. impongano l’applicazione in via analogica di quest’ultima norma alla trasformazione di s.r.l. in s.p.a. L’opinione prevalente è in senso negativo, in quanto l’art. 2500-*ter* cod. civ. viene considerata una norma eccezionale e di stretta interpretazione. Sul punto v. MALTONI in MALTONI-TASSINARI, *La trasformazione delle società*, cit., 163; MOSCA, *Commento sub art. 2500 ter cod. civ. in Trasformazione – Fusione – Scissione* a cura di L. A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società* a cura di P. G. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2006, p. 136; TRAPANI, *La trasformazione omogenea tra s.r.l. e s.p.a.* in *Notariato*, 2004, p. 500.

<sup>205</sup> Tale problema (sul quale v. tra gli altri ABRIANI, *Prestito obbligazionario e limiti “impliciti” alla trasformazione delle società* in *Giurisprudenza commerciale*, 1996, I, pp. 760 ss. ) continua a porsi – oltretutto per la trasformazione in società di persone – anche per la trasformazione in s.r.l., nonostante l’introduzione dell’art. 2483 cod. civ. Tale disposizione consente alle s.r.l. l’emissione di “titoli di debito”, che però “possono essere sottoscritti solo da investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali” i quali, in caso di successiva circolazione dei titoli, rispondono della solvenza società nei confronti degli acquirenti che non siano investitori professionali ovvero soci della società stessa”. Rimane pertanto il divieto per le s.r.l. di emettere obbligazioni, divieto che “esprime, a difesa di interessi generali inerenti all’accesso al mercato del risparmio, una valutazione vincolante la liceità del prestito solo per le società su base azionaria, e, quindi, stabilisce una situazione di incompatibilità con il prestito stesso, tanto nel suo momento genetico, quanto nei suoi successivi sviluppi, fino al soddisfacimento dei portatori dei titoli” (Cass. 14 febbraio 1995 n. 1574 in *Notariato*, 1995, p. 345, con nota di SPOLIDORO, *Divieto di trasformazione societaria in pendenza del prestito obbligazionario*; in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, c. 1660; in *Giustizia civile*, 1995, I, p. 696; in *Corriere giuridico*, 1995, p. 696, con nota di FRUMIGLI, *Non può chiedersi la conversione in quota di s.r.l. delle obbligazioni emesse da s.p.a. a seguito della sua trasformazione*). Pertanto, nel silenzio della legge, qualora si volesse trasformare una s.p.a. in s.r.l. in pendenza di un prestito obbligazionario, occorrerebbe preliminarmente estinguere il debito o novare il prestito obbligazio-

stinati ad uno specifico affare<sup>206</sup>, alla trasformazione di s.p.a. o in s.a.p.a. in s.r.l. in pendenza di un procedimento ex art. 2409 cod. civ.<sup>207</sup>

---

nario in mutuo ordinario, con conseguente riconsegna dei titoli alla società (Trib. Milano, *Massime in tema di omologazione in Rivista delle società*, 1995, p. 1189). Il che richiederebbe la prestazione del consenso da parte di tutti gli obbligazionisti, in quanto, secondo l'opinione maggioritaria, la regola dettata dall'art. 2415, comma 1, lett. 2), che attribuisce all'assemblea degli obbligazionisti la competenza a deliberare sulla modifica delle condizioni del prestito, non si applica alla trasformazione del prestito obbligazionario in prestito ordinario (per il rimborso anticipato del prestito occorre invece la deliberazione dell'assemblea degli obbligazionisti, a meno che la società non si sia riservata nel bando di emissione la facoltà di procedere al rimborso anticipato). Qualora le obbligazioni siano convertibili, secondo l'opinione preferibile, va riconosciuto ai titolari il diritto alla conversione anticipata, secondo il meccanismo previsto dall'art. 2420 *bis* cod. civ. (che verrebbe applicato al caso di specie in via analogica. Tra gli autori che invece considerano tale norma eccezionale e di stretta interpretazione v. DOMENICHINI, *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Milano, 1993, p. 228). Per gli strumenti finanziari equiparati alle obbligazioni ex art. 2411 comma 3 cod. civ. dovrebbe valere lo stesso ragionamento, mentre agli strumenti finanziari che "conferiscono diritti amministrativi" dovrebbe applicarsi l'art. 2376 cod. civ., in forza del quale l'assemblea speciale degli appartenenti alla categoria interessata è chiamata ad approvare "le deliberazioni dell'assemblea che pregiudichino i diritti di una di esse" (sul punto v. MOSCA, *Commento sub art. 2500-sexies cod. civ. in Trasformazione – Fusione – Scissione* a cura di L. A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società* a cura di P. G. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2006, p. 247). Non sembra invece che comporti particolari problemi la trasformazione di s.r.l. che abbia emesso titoli di debito in s.p.a., potendo le obbligazioni presentare gli stessi caratteri di titoli di debito.

<sup>206</sup> Si tratta di un'ipotesi problematica, in quanto la separazione patrimoniale che si crea a seguito della costituzione di patrimoni destinati ai creditori della società "non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato, né, salvo per la parte spettante alla società, sui frutti o sui proventi da esso derivanti" (art. 2447-*quinquies*, comma 1, cod. civ.), mentre i creditori "particolari" del patrimonio non possono soddisfarsi sul patrimonio sociale (salvo che la delibera di costituzione disponga diversamente, e salve le ipotesi della responsabilità per le obbligazioni da fatto illecito e per le obbligazioni nascenti da atti compiuti in relazione allo specifico affare che non rechino espressa menzione del vincolo di destinazione). La trasformazione in s.r.l. potrebbe comportare un pregiudizio per i creditori "particolari", che a seguito della trasformazione dovrebbero subire la concorrenza dei creditori sociali, qualora il patrimonio destinato fosse in utile ed il patrimonio sociale residuo fosse in perdita (ovviamente vale anche il reciproco). Pertanto, secondo l'opinione preferibile, la trasformazione in s.r.l. di s.p.a. con patrimoni destinati ad uno specifico affare richiede la prestazione del consenso da parte di tutti i creditori sociali, "generali" e "particolari".

<sup>207</sup> E' noto che, con la riforma del 2003, le s.r.l. non sono più soggette al controllo giudiziario sulla gestione ex art. 2409 cod. civ. Si pone pertanto il problema se una s.p.a. sottoposta al controllo giudiziario sulla gestione possa trasformarsi in s.r.l., e, in caso di risposta affermativa, se, a seguito della trasformazione, il procedimento possa proseguire o debba arrestarsi.

## CAPITOLO II

# PROFILI DI DISCIPLINA DELLE TRASFORMAZIONI ETEROGENEE DI SOCIETA' DI PERSONE E IN SO- CIETA' DI PERSONE

### 1) L'oggetto dell'analisi

Risolto in senso positivo il problema dell'ammissibilità delle operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone, occorre adesso verificare quale sia la disciplina applicabile a tali operazioni.

In primo luogo, occorre affrontare il problema della tutela dei creditori sociali (o dell'ente oggetto della trasformazione della società); in particolare, si dovrà verificare se – ferma restando la permanenza della responsabilità personale e illimitata dei soci in assenza del consenso dei creditori sociali alla loro liberazione nella trasformazione eterogenea di società di persone – il rimedio dell'opposizione dei creditori, previsto dall'art. 2500 *novies* cod. civ., sia applicabile anche alle operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone, o se invece la tutela dei creditori debba essere affidata ad altri mezzi.

In secondo luogo, occorre affrontare il problema della tutela dei soci (o dei partecipanti all'ente trasformando); in particolare, si dovrà verificare se le trasformazioni eterogenee di e in società di persone debbano essere decise all'unanimità o se invece trovino applicazione le maggioranze indicate negli artt. 2500 *septies* e *octies* cod. civ.; in quest'ultima ipotesi si dovrà porre attenzione ai problemi applicativi posti dal diritto di recesso, in particolare nelle associazioni.

Inoltre, ove si ritenga non necessario il raggiungimento del consenso unanime dei soci o dei componenti dell'ente che si trasforma, occorre individuare le regole procedurali da seguire per porre in essere l'operazione

Infine, si dovrà appurare se la disciplina dell'invalidità della trasformazione trovi applicazione anche nelle ipotesi in cui il termine di riferimento di un'operazione di trasformazione eterogenea sia una società di persone.

## **2) L'applicabilità dell'opposizione dei creditori alle trasformazioni eterogenee di e in società di persone**

Abbiamo già avuto modo di vedere<sup>208</sup> che l'applicazione dell'opposizione dei creditori di cui all'art 2500 *novies* cod. civ. alle operazioni di trasformazione eterogenea aventi come punto di partenza o di arrivo una società di persone presenta dei profili di criticità.

Ciò in quanto l'opposizione, nelle ipotesi in cui è prevista dalla legge, pone in capo ai creditori un onere di attenzione e di attivazione significativo, onere che non trova riscontro nel diritto comune; il che comporta la necessità di verificare se le ipotesi di opposizione siano tassative o se sia possibile applicare tale rimedio ad ipotesi non previste dalla legge.

Inoltre, quasi tutte le ipotesi di opposizione dei creditori previste dalla legge hanno come termine di riferimento almeno una società di capitali.

---

<sup>208</sup> CAPITOLO I, § 6.

Abbiamo già avuto modo di vedere che, secondo una dottrina<sup>209</sup>, ciò non è casuale, in quanto il rimedio dell'opposizione dei creditori trova la sua collocazione naturale all'interno del sistema pubblicitario delle società di capitali.

Ciò in quanto per tali società l'iscrizione nel Registro delle Imprese è obbligatoria e costitutiva, trovando così giustificazione la deroga che il legislatore opera ai principi di diritto comune, ponendo in capo ai creditori l'onere di monitorare la situazione complessiva della società o dell'ente loro debitore.

La difficoltà di estendere l'applicazione dell'opposizione dei creditori alle società di persone sta proprio nel carattere facoltativo e dichiarativo dell'iscrizione nel Registro delle Imprese.

Infatti, come abbiamo già avuto modo di vedere, l'applicazione dell'art. 2500 *novies* cod. civ. presuppone che l'ente oggetto della trasformazione sia assoggettato ad una forma di pubblicità; sarebbe problematico, pertanto, applicare la norma sopra citata alla trasformazione eterogenea di società di persone irregolare<sup>210</sup> mentre, da questo punto di vista, non porrebbe problemi l'operazione inversa<sup>211</sup>.

Per tale operazione, tuttavia, il carattere dichiarativo dell'iscrizione nel Registro delle Imprese potrebbe costituire un osta-

---

<sup>209</sup> PALMIERI, *Autonomia e tipicità nella nuova trasformazione*, cit., p. 120

<sup>210</sup> Come anche alla trasformazione eterogenea di consorzio con attività interna e di comunione di azienda con i coimprenditori non iscritti nel Registro delle Imprese, mentre abbiamo già avuto modo di vedere (v. p. 43), è probabilmente da considerarsi inammissibile la trasformazione eterogenea di associazione non riconosciuta, in ragione dell'esigenza di controllo, da parte dell'Autorità Amministrativa competente, sull'eventuale percezione da parte dell'associazione, di contributi pubblici, liberalità o oblazioni dal pubblico.

<sup>211</sup> Si è già detto (v. p. 44) infatti che non è necessario che l'ente risultante dalla trasformazione sia soggetto ad una forma di pubblicità, come dimostra la previsione della trasformazione in associazione non riconosciuta (art. 2500 *octies* cod. civ.).

colo all'applicazione dell'art. 2500 *novies* cod. civ, qualora si ritenesse che l'art. 2500 cod. civ. 2° comma, che assoggetta l'atto di trasformazione alla pubblicità prevista "per il tipo adottato" faccia riferimento solo alla pubblicità obbligatoriamente prevista dalla legge per la costituzione dell'ente, e non anche ad una forma di pubblicità prevista dalla legge come facoltativa non per la costituzione di un ente, ma per l'applicazione di una disciplina diversa da quella che si applica in mancanza di pubblicità (lo stesso si potrebbe affermare, in relazione alla trasformazione eterogenea di società di persone, con riferimento alla pubblicità prevista "per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione").

Qualora si accogliesse l'opinione che nega l'applicabilità dell'opposizione dei creditori alle trasformazioni eterogenee di e in società di persone, la conseguenza sarebbe quella di assoggettare tali operazioni al consenso di tutti i creditori della società o dell'ente oggetto della trasformazione (fatta salva ovviamente l'ipotesi del loro pagamento integrale).

Ciò in base al principio civilistico generale – desumibile, tra gli altri, dall'art. 1406 cod. civ., in tema di cessione del contratto, dall'art. 1268 cod. civ., in tema di delegazione di debito, dall'art. 1272 cod. civ. in tema di espromissione, dall'art. 1273 cod. civ. in tema di accollo – per cui l'autonomia privata non può, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, incidere sulla sfera giuridica di soggetti terzi senza il loro consenso.

A tal proposito, è importante rilevare che, anteriormente alla riforma, una parte della dottrina, pur spingendosi ad ammettere l'estensione della sfera di operatività della trasformazione al di fuori

dell'ambito strettamente societario, affermava che in tali casi la trasformazione, per essere efficace, richiedesse il consenso di tutti i creditori<sup>212</sup>, salvo alcune ipotesi in cui l'operazione potesse ragionevolmente considerarsi non lesiva degli interessi di questi ultimi<sup>213</sup>.

Ciò proprio in ragione della mancanza di una regolamentazione normativa del conflitto di interessi tra i soci di maggioranza e i creditori sociali.

L'alternativa che si pone è quindi tra l'applicazione dell'opposizione alle trasformazioni eterogenee di e in società di persone e la subordinazione dell'efficacia delle stesse al consenso dei creditori sociali.

Il che trova una conferma anche nell'art. 2500 *novies* cod. civ., che prevede il consenso dei creditori come rimedio sostitutivo dell'opposizione.

Alla luce di quanto esposto, appare opportuno affrontare il problema esaminando distintamente il caso della trasformazione eterogenea di e in società di persone regolare e della trasformazione eterogenea di e in società di persone irregolare.

Per quanto attiene alle operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone regolare, occorre preliminarmente verificare se sussista nel nostro ordinamento un principio di tassatività delle ipotesi di opposizione dei creditori; ciò in quanto, qualora si ritenesse sussistente tale principio, non si potrebbe non considerare inapplicabile l'art. 2500 *novies* cod. civ. a queste ipotesi.

---

<sup>212</sup> MARASA, *Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi*, cit., p. 328

<sup>213</sup> Sul punto v. nota 76

Il principio di tassatività delle ipotesi di opposizione dei creditori era stato affermato prima della riforma da una dottrina<sup>214</sup>, la quale, muovendo dall'esatta affermazione che la finalità dell'opposizione non è quella di tutelare i creditori sociali, bensì quella di consentire alla società di compiere determinate operazioni incidenti in maniera rilevante sull'assetto organizzativo della società senza che sia necessaria la prestazione del consenso da parte di tutti gli stessi creditori, perveniva alla conclusione per cui l'opposizione dei creditori altro non fosse che uno strumento finalizzato a consentire ai creditori sociali di esprimere un dissenso preventivo al compimento di una determinata operazione, in modo da eliminare la necessità di richiedere agli stessi la prestazione di un consenso successivo<sup>215</sup>.

Ciò in quanto le ipotesi in cui è prevista l'opposizione dei creditori – che prima della riforma erano solo la riduzione di capitale di società di persone (art. 2306 cod. civ.) e di capitali (art. 2455 v. t. cod. civ.) e la fusione (art. 2503 v. t. cod. civ.)<sup>216</sup> – consistono in operazioni che incidono consistentemente sull'organizzazione della società.

E' evidente che sottoporre l'efficacia della riduzione di capitale e della fusione al consenso successivo di tutti i creditori sociali avrebbe comportato il rischio di rendere di fatto impossibile portare a compimento tali operazioni in presenza di una moltitudine di creditori, ovvero di doverle considerare inopponibili ai creditori che non lo avessero prestato<sup>217</sup>; ed è per tale ragione che il legislatore ha pre-

---

<sup>214</sup> CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, cit., p. 70.

<sup>215</sup> CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, cit., p. 125.

<sup>216</sup> Si prescinde in questa sede dall'opposizione alla proroga della società, strumento previsto dall'art. 2307 cod. civ. a tutela degli interessi non dei creditori sociali, bensì dei creditori particolari del socio.

<sup>217</sup> CABRAS, *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, cit., p. 125.

ferito porre in essere un rimedio preventivo, atto ad assicurare l'efficacia *erga omnes* dell'operazione nei confronti di tutti una volta decorso il termine previsto (non a caso, per la trasformazione omogenea progressiva è prevista non l'opposizione, ma il consenso, seppur presunto, dei creditori sociali, in quanto in questa ipotesi si può configurare – sia pure in senso atecnico – una sorta di inefficacia relativa della trasformazione, consistente nella permanenza della responsabilità personale e illimitata dei soci nei confronti dei creditori non consenzienti).

In particolare, secondo la tesi che qui si espone, l'opposizione non sarebbe legata alla sussistenza di un pregiudizio attuale o potenziale per i creditori, i quali – a differenza di quanto sostiene la dottrina prevalente – non sarebbero tenuti a motivare il loro dissenso al compimento dell'operazione, in perfetta coerenza con il principio di diritto comune di cui si è detto.

La tesi trova un conforto nel vecchio testo dell'art. 2445 cod. civ., ai sensi del quale – alla stessa stregua di quanto tuttora dispone l'art. 2306 cod. civ. per la riduzione di capitale di società di persone – “il tribunale, nonostante l'opposizione, può disporre che l'esecuzione abbia luogo, previa prestazione da parte della società di un'idonea garanzia”.

Dall'esame della lettera della norma sembrerebbe potersi desumere che il compito del giudice, in sede di opposizione, non sia quello pronunciarsi sulla fondatezza della stessa, e quindi di indagare sulla ricorrenza o meno di un pregiudizio o di un pericolo di pregiudizio per i creditori sociali; bensì quello di stabilire l'entità e la qualità della garanzia che deve essere prestata.

In altri termini, il giudice non potrebbe autorizzare l'esecuzione di una riduzione di capitale o di una fusione senza la prestazione di una idonea garanzia, sul presupposto dell'insussistenza di un rischio per le ragioni creditorie.

In sintesi, l'opposizione è inscindibilmente connessa alla garanzia (la cui idoneità va valutata non con riferimento alla massa dei debiti della società, ma ai debiti contratti con gli opposenti); quest'ultima si sostituisce eccezionalmente al consenso del creditore nell'ipotesi in cui è prevista.

Ed è proprio da questo carattere di eccezionalità che trarrebbe origine il principio di tassatività delle ipotesi di opposizione dei creditori; se infatti tra il consenso dei creditori e la garanzia di cui all'art. 2445 cod. civ. sussiste un rapporto di regola-eccezione, ciò comporta che là dove non sia previsto il rimedio dell'opposizione dei creditori, e correlativamente la garanzia a favore degli stessi, non si può prescindere dal loro consenso.

Occorre adesso verificare la validità di tali osservazioni alla luce della riforma.

Anche a seguito dell'ampliamento dei casi legislativamente previsti di opposizione dei creditori<sup>218</sup>, rimane sicuramente valida la considerazione per cui tale istituto trova applicazione esclusivamente in ipotesi in cui la società o l'ente compia operazioni che incidono sul proprio assetto organizzativo.

Allo stesso modo appare incontestabile che la funzione dell'opposizione sia essenzialmente quella di consentire alla società o all'ente di porre in essere una determinata operazione senza che sia

---

<sup>218</sup> Che sono, oltre alla trasformazione eterogenea, la scissione, la costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare e la revoca dello stato di liquidazione.

necessario richiedere a tutti i creditori la prestazione del consenso, e senza correre il rischio di dovere considerare tale operazione inopponibile ai creditori non consenzienti, con tutti i problemi applicativi che ne conseguirebbero (è ad es. difficilmente concepibile che una società per azioni possa considerarsi tale nei confronti di alcuni creditori e associazione nei confronti di altri).

Quanto al problema della necessità di dimostrare la sussistenza di un profilo di pregiudizio attuale o potenziale per i creditori collettivi, la riforma sul punto ha apportato un'innovazione di grande rilevanza.

Infatti, da un esame congiunto degli artt. 2306 e 2445 cod. civ., risulta che mentre la prima disposizione – che, al pari di tutte le altre norme disciplinanti le società di persone, non è stata oggetto di modifiche da parte del legislatore della riforma – stabilisce che il tribunale, in presenza di opposizione dei creditori sociali, può disporre che l'esecuzione della riduzione del capitale di società di persone abbia luogo “previa prestazione di un'idonea garanzia”, in base alla seconda – cui fanno rinvio gli artt. 2447 *quater*, 2487 *ter*, 2500 *novies*, 2503, 2506 *ter* cod. civ., rispettivamente in tema di costituzione di patrimoni destinati ad uno specifico affare, revoca dello stato di liquidazione, trasformazione eterogenea, fusione e scissione – il tribunale può disporre che la riduzione del capitale di società di capitali abbia luogo “quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori sociali oppure la società abbia prestato idonea garanzia”.

Pertanto, la tesi dell'irrilevanza della sussistenza o meno di un profilo di rischio per le ragioni creditorie, sostenibile sulla base

dell'art. 2445 v. t. cod. civ., è invece da considerarsi preclusa alla luce del nuovo testo della disposizione sopra citata.

Infatti, dall'analisi della lettera della norma si evince chiaramente che: 1) l'oggetto dell'esame del giudice in sede di opposizione è proprio la sussistenza o meno di un pregiudizio attuale o potenziale per i creditori sociali; 2) il giudice, qualora ritenga insussistente tale pregiudizio, può autorizzare l'operazione anche senza disporre una garanzia.

In particolare, i profili di lesività che i creditori possono far valere in sede di opposizione non possono consistere esclusivamente nella minore affidabilità della struttura organizzativa risultante dall'operazione rispetto a quella preesistente; occorre invece che i creditori dimostrino l'esistenza di un pregiudizio attuale o potenziale ulteriore, fondato su circostanze specifiche<sup>219</sup>.

Non è sufficiente, ad es., che i creditori sociali asseriscano che la riduzione di capitale rende meno certo il soddisfacimento delle loro ragioni, in quanto ciò equivarrebbe ad affermare che la riduzione di capitale non può essere attuata senza il consenso dei creditori sociali; occorre invece che gli stessi dimostrino l'esistenza di circostanze di fatto ulteriori, idonee a rendere l'operazione pregiudizievole<sup>220</sup>.

Ciò trova conferma anche nella disciplina della trasformazione eterogenea.

---

<sup>219</sup> MARASA', *Le trasformazioni eterogenee*, cit., p. 591; MALTONI in MALTONI-TASSINARI, *La trasformazione delle società*, cit., p. 210; FRANCH, *Commento sub art. 2500 novies cod. civ.*, in *Trasformazione – Fusione – Scissione*, cit., p. 406.

<sup>220</sup> Ad es. la presenza nel patrimonio sociale di beni non suscettibili di esecuzione forzata, o l'iscrizione in bilancio di poste di attivo c. d. ideale, come i ratei e i risconti attivi, l'avviamento, ecc.

Infatti, l'art. 2500 *novies* cod. civ. assoggetta all'opposizione dei creditori non solo le ipotesi di trasformazione eterogenea involutiva, ma anche quelle di trasformazione eterogenea evolutiva.

E' evidente, difatti, che le prime, secondo l'*id quod plerumque accidit*, possono considerarsi *ipso facto* pregiudizievoli per i creditori, in quanto comportano il passaggio dalla disciplina delle società di capitali in tema di bilancio, di formazione del capitale, ecc., ad una disciplina meno rigorosa, ed in alcuni casi inesistente, mentre l'esatto opposto avviene nelle seconde (ove alla maggior rigore delle regole di formazione dell'agire si accompagnano le ulteriori tutele rappresentate dalle regole procedurali di cui agli artt. 2343 e 2500 *ter* cod. civ.<sup>221</sup> e dalla permanenza della responsabilità personale dei soci per le obbligazioni pregresse, ove esistente, come avviene ad es. nella trasformazione di comunione di azienda).

Pertanto, qualora l'intento del legislatore fosse stato quello di impedire il compimento di operazioni intrinsecamente dannose senza il consenso dei creditori sociali, sarebbe stato più coerente assoggettare le trasformazioni eterogenee involutive al consenso degli stessi creditori, e di converso non sottoporre ad alcun vincolo le trasformazioni eterogenee evolutive.

Il legislatore della riforma invece non ha preso posizione sulla intrinseca dannosità delle singole operazioni di trasformazione eterogenea, sottoponendole tutte alla stessa disciplina; per cui la società o l'ente è libero di porre in essere le operazioni indicate negli artt. 2500 *septies* e *octies* cod. civ., ferma restando la possibilità per i credi-

---

<sup>221</sup> Regole che, come si è visto in precedenza (p. 68), non trovano applicazione nelle ipotesi di trasformazione di società consortile di capitali in società di capitali lucrativa, trasformazione di società consortile di capitali in società cooperativa e trasformazione di società di capitali in società consortile (di persone e di capitali).

tori sociali di rappresentare al giudice i profili specifici di lesività dell'operazione.

Pertanto, alla luce della riforma, non sembra più sostenibile la tesi che ravvisa il fondamento dell'opposizione dei creditori nell'intangibilità della sfera giuridico-economica degli stessi senza il loro consenso.

Al contrario, appare evidente che l'intento della riforma sia stato quello di ampliare le possibilità operative della società (o dell'ente) e correlativamente di escludere qualunque ingerenza immotivata e ingiustificata dei creditori sociali sulle vicende organizzative della società.

In tal modo, viene meno l'argomento principale a sostegno della tesi della tassatività delle ipotesi di opposizione dei creditori sociali.

Ciò in quanto abbiamo avuto modo di constatare che: 1) l'opposizione è un istituto che trova applicazione esclusivamente con riferimento ad operazioni che incidono sull'assetto organizzativo della società (o dell'ente); 2) tali operazioni non possono non essere efficaci *erga omnes*; 3) non sussiste un generale potere di veto dei creditori sul compimento di tali operazioni; 4) questi ultimi possono far valere, in sede di opposizione, un pregiudizio attuale o potenziale derivante dall'operazione; 5) tale pregiudizio non può consistere nella generica minore affidabilità della struttura risultante dall'operazione rispetto a quella preesistente, ma deve essere basato su circostanze specifiche.

Da queste premesse, a parere di chi scrive, si può ricavare un principio generale, in base al quale la società (o l'ente) ha la massima

libertà operativa di porre in essere operazioni incidenti sul proprio assetto organizzativo, con il solo vincolo del rispetto degli interessi dei creditori (oltreché ovviamente degli interessi dei soci o dei componenti dell'ente e degli interessi generali eventualmente coinvolti).

Sembra pertanto si possa affermare che l'opposizione dei creditori possa trovare applicazione anche con riferimento a fattispecie diverse da quelle espressamente previste dal legislatore, purché presentino le caratteristiche prima indicate.

Tornano utili a tal proposito le considerazioni fatte dal Consiglio Notarile di Milano in tema di trasformazioni eterogenee atipiche<sup>222</sup>, per cui il legislatore della riforma, nel disciplinare l'istituto dell'opposizione dei creditori, ha preso in considerazione solo le ipotesi (a suo giudizio) più significative, lasciando libero l'interprete di estenderne la sfera di operatività anche a casi non espressamente previsti.

Posta l'inesistenza di un principio di tipicità delle ipotesi di opposizione, occorre adesso vagliarne l'applicabilità alle operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone.

Abbiamo già osservato che l'applicazione dell'opposizione alla trasformazione eterogenea di società di persone presenta un profilo di criticità, che sta nel carattere facoltativo della pubblicità delle società di persone.

Infatti, come abbiamo già avuto modo di vedere, secondo una dottrina, l'istituto dell'opposizione dei creditori trova la sua collocazione naturale nell'ambito delle società di capitali; ciò in quanto solo il carattere obbligatorio dell'iscrizione nel Registro delle Imprese per

---

<sup>222</sup> Consiglio Notarile di Milano, massima n. 20 del 18 marzo 2004, *cit.*

tali società giustifica l'onere di attenzione posto in capo ai creditori sociali.

Tale opinione è tuttavia smentita dall'art. 2306 cod. civ., che assoggetta all'opposizione dei creditori la riduzione del capitale di società di persone; il che dimostra la compatibilità dell'opposizione con il carattere facoltativo dell'iscrizione nel Registro delle Imprese delle società di persone.

E' pacifico che la riduzione del capitale di società di persone è soggetta all'opposizione dei creditori solo nell'ipotesi in cui la società sia iscritta nel Registro delle Imprese, in quanto i soci di società di persone regolare godono del *beneficium excussionis* di cui all'art. 2304 cod. civ., per cui la riduzione del capitale incide sull'ammontare delle risorse sulle quali i creditori sociali possono in via primaria soddisfarsi<sup>223</sup>.

Per le società irregolari il problema non si pone, in quanto, sia anteriormente sia posteriormente alla riduzione del capitale, i creditori sociali possono chiedere il pagamento dei debiti sociali direttamente ai soci, i quali, per richiedere la preventiva escussione del patrimonio sociale, hanno l'onere di indicare i beni sociali sui quali i creditori possono agevolmente soddisfarsi<sup>224</sup> (art. 2268 cod. civ.).

La riduzione di capitale di società irregolare è pertanto immediatamente eseguibile, mancando l'esigenza di conciliare il mantenimento del *beneficium excussionis* con l'interesse dei creditori a che

---

<sup>223</sup> BUONOCORE, *Società in nome collettivo* in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995, p. 388

<sup>224</sup> BUONOCORE, *Società in nome collettivo, cit.*, p. 388

risorse adeguate siano stabilmente vincolate alla destinazione ad attività di impresa<sup>225</sup>.

Da questo punto di vista, quindi, nulla esclude l'applicabilità dell'opposizione alla trasformazione eterogenea di società di persone.

Si potrebbe tuttavia obiettare che l'art. 2306 cod. civ., a differenza dell'art. 2445 cod. civ., non attribuisce al giudice il potere di valutare la fondatezza dell'opposizione, ma unicamente quello di disporre che la società presti idonea garanzia al fine di dar luogo alla riduzione del capitale.

Qualora si ritenesse che, in sede di opposizione dei creditori alla riduzione del capitale di società di persone, il giudice non abbia il potere di valutare la ricorrenza di un profilo di pregiudizio dell'operazione, si dovrebbe affermare che le società di persone regolari non possono porre in essere un'operazione di riduzione del capitale in assenza del consenso dei creditori sociali o senza prestare una garanzia; e probabilmente si dovrebbe pervenire alla stessa conclusione anche alla trasformazione eterogenea di società di persone.

A tale obiezione sarebbe tuttavia agevole replicare che la mancata modifica dell'art. 2306 cod. civ. è legata alla circostanza che, come più volte si è detto, la riforma ha avuto ad oggetto esclusivamente la disciplina delle società di capitali e delle società cooperative, come stabilito dalla legge di delega.

Non sarebbe tuttavia congruo interpretare la disposizione sulla sola base della lettera della stessa, senza tener conto del più ampio contesto normativo in cui la stessa è inserita, e della funzione

---

<sup>225</sup> Sul punto v. BUONOCORE, *Società in nome collettivo, cit.*, p. 388

dell'istituto dell'opposizione dei creditori quale risulta dalla riforma nel suo complesso.

Inoltre, non sembra che vi siano ragioni valide per assoggettare la riduzione del capitale di società di persone ad una disciplina meno favorevole di quella prevista per la riduzione del capitale di società di capitali, ove si consideri che: 1) la disciplina del capitale delle prime è molto meno rigorosa e dettagliata di quella dettata per le seconde; 2) alla responsabilità della società di persone per le obbligazioni sociali si accompagna la responsabilità personale e illimitata dei soci o di alcuni di essi (la capienza del cui patrimonio deve essere evidentemente presa in considerazione dal giudice nel valutare la rischiosità dell'operazione).

Vi è poi un ulteriore argomento che dimostra l'inaccettabilità di una soluzione interpretativa che negasse l'applicabilità dell'opposizione dei creditori alla trasformazione eterogenea di società di persone, e che richiedesse la prestazione del consenso da parte di tutti i creditori sociali.

A seguito di tale operazione permarrebbe la responsabilità personale e illimitata dei soci (o di alcuni di essi) per le obbligazioni sociali pregresse, in assenza del consenso dei creditori sociali alla loro liberazione; consenso che è da ritenersi debba essere espresso, in quanto il meccanismo del consenso presunto, previsto dall'art. 2500 *quinquies* 2° comma cod. civ. per la trasformazione omogenea progressiva, è legato ad una volontà legislativa di agevolare il passaggio alle forme societarie più evolute, e pertanto è da considerarsi inapplicabile al di fuori delle ipotesi per le quali è previsto.

Orbene, considerando che la liberazione dei soci è subordinata al consenso dei creditori sociali, sarebbe incongruo condizionare a tale consenso l'operazione nel suo complesso.

Infatti, ove si consideri che chi concede credito ad una società di persone tiene conto non tanto della disciplina del capitale della stessa – disciplina che, come si è detto più volte, è molto più scarna di quella disposta per le società di capitali – quanto della garanzia consistente nella responsabilità personale dei soci per le obbligazioni sociali, e che tale responsabilità non viene meno a seguito della trasformazione eterogenea in mancanza di una precisa manifestazione di volontà dei creditori sociali, non si comprenderebbe la ragione di sottoporre la trasformazione eterogenea di società di persone ad un primo consenso a che la stessa acquisti efficacia, e ad un successivo consenso alla liberazione dei soci.

Appare invece più coerente un sistema caratterizzato dalla combinazione del rimedio dell'opposizione dei creditori sociali di cui all'art. 2500 *novies* cod. civ. con quello del consenso degli stessi alla liberazione dei soci dalla responsabilità personale per le obbligazioni pregresse, come avviene, *mutatis mutandis*, nella trasformazione eterogenea di s.a.p.a., in cui, nonostante il decorso del termine per l'esperimento dell'opposizione – o il rigetto della stessa – gli ex soci accomandatari mantengono la responsabilità per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui rivestivano tale carica, in assenza di tale consenso.

In tal modo, i creditori potranno, in un primo momento, esperire opposizione alla trasformazione, al fine di rappresentare al giudice i profili di specifici lesività dell'operazione.

In particolare, i creditori opposenti dovranno dimostrare che, nonostante la permanenza della responsabilità personale dei soci, dalla trasformazione deriverebbe un pregiudizio concreto, reale o potenziale.

In un secondo momento – vale a dire decorso il termine per l’esperimento dell’opposizione, o a seguito del rigetto della stessa – i creditori sociali potranno comunque fare affidamento sulla responsabilità dei soci per le obbligazioni contratte anteriormente alla trasformazione, qualora non prestino il consenso alla loro liberazione.

Del resto, che le due tutele possano e talvolta debbano coesistere è ormai un dato acquisito, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale 20 febbraio 1985 n. 47<sup>226</sup> in tema di fusione eterogenea<sup>227</sup>, sentenza le cui indicazioni, come è noto, sono state perfettamente recepite dal nuovo testo dell’art. 2504 *bis* 5° comma cod. civ.

In particolare, ai fini della liberazione dei soci dalla responsabilità per le obbligazioni sociali, il consenso dei creditori non può consistere in un generico consenso alla trasformazione – come è in-

---

<sup>226</sup> “E’ illegittimo, per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., l’art. 2503 c.c., anche nel testo novellato dall’art. 10, d.lgs. 16 gennaio 1991, n. 22 (di attuazione delle direttive comunitarie n. 78/855 e n. 82/891 in materia di fusione e di scissione) nella parte in cui non prevede che la liberazione dei soci illimitatamente responsabili per le obbligazioni anteriori alla fusione consegua esclusivamente al consenso espresso o presunto, nei modi e nel termine di cui all’art. 2499 c.c., dei creditori della società di persone partecipante alla fusione”. La sentenza è pubblicata in *Giurisprudenza commerciale*, 1996, II, p. 5, con nota di COLUCCI, *La tutela dei creditori sociali nella fusione eterogenea*; in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, c. 305 con nota di SARALE, *L’opposizione dei creditori nella fusione eterogenea: la Corte Costituzionale riformula l’art. 2503*; in *Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 1996, p. 1406, con nota di RIZZINI BISSINELLI, *Liberazione dei soci illimitatamente responsabili nella fusione eterogenea*; in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1996, II, p. 311, con nota di BERTOLOTI, *Responsabilità dei soci, tutela dei creditori e limiti di operatività nella fusione eterogenea*; in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1995, II, p. 525, con nota di RAGUSA MAGGIORE, *La fusione eterogenea e il registro delle imprese. L’ipotesi particolare e quella generale*; in *Foro italiano*, 1995, I, c. 1763

<sup>227</sup> Là dove per fusione eterogenea si intende la fusione tra società di tipo diverso, non tra società ed enti non societari.

vece previsto dall'art. 2500 *ter* cod. civ. per la trasformazione omogenea progressiva – ma deve concretizzarsi in una manifestazione di volontà dalla quale si evinca chiaramente l'intento degli stessi di rinunciare alla garanzia consistente nella responsabilità personale dei soci.

Qualora i creditori sociali si limitassero a manifestare il loro consenso alla trasformazione eterogenea, tale consenso, in base all'art. 2500 *novies* cod. civ., renderebbe immediatamente efficace l'operazione, ma non libererebbe i soci dalla responsabilità per le obbligazioni pregresse.

Si può pertanto concludere che la trasformazione eterogenea di società di persone è soggetta all'opposizione dei creditori, opposizione cui si accompagna la permanenza della responsabilità personale dei soci per le obbligazioni sociali pregresse, in assenza del consenso dei creditori sociali alla loro liberazione.

Abbiamo già avuto modo di vedere che il carattere facoltativo dell'iscrizione nel Registro delle Imprese non costituirebbe in ogni caso un problema per l'applicazione dell'opposizione dei creditori alla trasformazione eterogenea in società di persone, sia in quanto, l'art. 2500 *novies* cod. civ. prevede ipotesi di trasformazione eterogenea in enti soggetti a forme facoltative di pubblicità, sia in quanto, l'onere di attenzione imposto ai creditori deve essere valutato tenendo conto della situazione dell'ente trasformando, non dell'ente risultante dalla trasformazione<sup>228</sup>.

Tuttavia, si è già detto che potrebbe costituire un ostacolo il carattere dichiarativo di tale iscrizione, qualora si ritenesse che l'art.

---

<sup>228</sup> v. p. 44

2500 cod. civ., che assoggetta la trasformazione alla pubblicità prevista “per il tipo adottato”, si riferisca esclusivamente ad una forma di pubblicità costitutiva, vale a dire ad una pubblicità prevista dalla legge come necessaria per la costituzione di un ente (e lo stesso si potrebbe affermare con riguardo alla trasformazione eterogenea di società di persone per il riferimento operato dall’art. 2500 cod. civ. alla pubblicità prevista “per la cessazione dell’ente che effettua la trasformazione”).

Tale obiezione non sarebbe tuttavia meritevole di accoglimento, considerando che l’art. 2500 *novies* cod. civ. prevede alcune figure di trasformazione eterogenea in enti non soggetti a pubblicità costitutiva (si pensi all’associazione, al consorzio e alla comunione d’azienda).

Sul versante opposto, nell’ipotesi di trasformazione eterogenea in società di persone si potrebbe ritenere insussistente un’esigenza di tutela dei creditori dell’ente che si trasforma tale da assoggettare l’operazione all’opposizione.

Sarebbe possibile cioè ritenere sufficiente l’estensione della responsabilità dei soci (o di alcuni di essi) alle obbligazioni anteriori alla trasformazione.

Ciò in quanto l’art. 2500 *sexies* cod. civ., non predispone alcuna tutela per i creditori sociali nell’ipotesi di trasformazione omogenea di società di capitali in società di persone.

Infatti, il 2° comma, che pone in capo agli amministratori l’obbligo di predisporre una relazione “che illustri le motivazioni e gli effetti della trasformazione” e di depositarne copia presso la sede sociale, il 3° comma, che attribuisce a ciascun socio il diritto “ad una

partecipazione proporzionale al valore della sua quota o delle sue azioni” e, soprattutto, il 1° comma, ult. cap., che subordina l’efficacia della trasformazione al consenso dei soci destinati ad assumere responsabilità personale e illimitata, sono tutti evidentemente finalizzati a tutelare un interesse proprio dei soci.

La norma non prevede invece meccanismi di tutela degli interessi dei creditori sociali, in quanto considera la sopravvenuta responsabilità personale dei soci (o di alcuni di essi) anche per le obbligazioni sociali pregresse un rimedio sufficiente a controbilanciare il venir meno delle regole di formazione dell’agire delle società di capitali.

Se ciò è previsto per la trasformazione omogenea in società di persone, ci si potrebbe chiedere se lo stesso ragionamento non possa *a fortiori* essere valido anche per la trasformazione eterogenea in società di persone, in considerazione del fatto che, di norma, gli enti non societari indicati negli artt. 2500 *septies* e *octies* cod. civ., si rivolgono ad una fascia di mercato più ristretta rispetto alle società di capitali, e, conseguentemente, hanno un’esposizione debitoria inferiore.

Tuttavia, a parere di chi scrive, anche la trasformazione eterogenea in società di persone è soggetta all’opposizione dei creditori.

Ciò in quanto, come abbiamo già avuto modo di vedere, il legislatore della riforma ha previsto l’applicazione dell’opposizione dei creditori anche alle trasformazioni eterogenee in società di capitali, che, in base all’*id quod plerumque accidit*, non potrebbero considerarsi rischiose, attribuendo al giudice il compito di valutare in con-

creto la sussistenza di un pregiudizio attuale o potenziale per i creditori.

Va anche rilevato che, qualora l'operazione venisse scomposta in una trasformazione eterogenea in società di capitali ed in una successiva trasformazione omogenea in società di persone, la prima trasformazione sarebbe soggetta all'opposizione.

Una conferma di ciò si riscontra anche nell'ipotesi – prevista dalla legge – di trasformazione di società cooperativa in società di persone.

Va infatti rilevato che: in primo luogo, tale operazione, in quanto prevista dalla legge, è soggetta alle norme della trasformazione in generale e della trasformazione eterogenea in particolare, e pertanto alla stessa si applica l'art. 2500 *novies* cod. civ.; in secondo luogo, la trasformazione delle società cooperative, come si è già avuto modo di constatare<sup>229</sup>, contiene in sé un profilo di rischio, consistente nell'eventualità che la stessa comporti un notevole depauperamento patrimoniale, conseguente alla devoluzione ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione di cui all'art. 2545 *undecies* cod. civ.; è evidente che la sopravvenuta responsabilità personale dei soci (o di alcuni di essi) potrebbe non essere un correttivo sufficiente a tale depauperamento patrimoniale, qualora gli stessi soci non disponessero di un patrimonio personale adeguato (le stesse considerazioni potrebbero valere per la trasformazione di associazione o di fondazione nelle ipotesi previste dall'art. 223 *octies* cod. civ.<sup>230</sup>).

---

<sup>229</sup> v. p. 69.

<sup>230</sup> Abbiamo già avuto modo di vedere (v. p. 42) che, in base alla norma sopracitata, le associazioni e le fondazioni, costituite anteriormente al 2004, che abbiano conseguito risorse

Un'altra obiezione che si potrebbe muovere consiste nelle particolarità dell'ipotesi di trasformazione di comunione d'azienda in società.

Si è già detto<sup>231</sup> che la comunione d'azienda consiste in una situazione dominicale dissociata dall'esercizio di un'attività di impresa, e che qualora i comunisti passassero da una fase di mero godimento del bene-azienda ad una fase di gestione diretta dell'impresa (ad es. a seguito dello scioglimento di un contratto di affitto di azienda), gli stessi darebbero vita ad una società irregolare, che potrebbe essere regolarizzata in un secondo momento.

Orbene, è evidente che in quest'ultima ipotesi i creditori sociali non sarebbero chiamati a svolgere alcun ruolo, per cui potrebbe sembrare insensato assoggettare la trasformazione di comunione d'azienda in società di persone all'opposizione dei creditori, considerato che lo stesso risultato potrebbe essere conseguito ponendo in essere un'operazione sostanzialmente identica, non soggetta all'opposizione.

Tuttavia, anche tale obiezione viene meno, se si tiene conto delle considerazioni fatte in precedenza sul rapporto tra la costituzione di società con conferimento unanime d'azienda e la trasformazione eterogenea di comunione d'azienda in società<sup>232</sup>.

Infatti, sebbene in entrambi i casi si sia in presenza di un'operazione sostanzialmente traslativa, la trasformazione di co-

---

attraverso "contributi di terzi" o "in virtù di particolari regimi fiscali di agevolazione", possono essere oggetto di trasformazione eterogenea in società, purché restituiscano tali risorse a chi le ha conferite o le devolvano ad altri enti che perseguano finalità simili. E' quindi evidente che anche in questa ipotesi si verifica un depauperamento patrimoniale, e che la sopravvenuta responsabilità personale dei soci (o di alcuni di essi) potrebbe non essere un correttivo adeguato a controbilanciare tale diminuzione patrimoniale.

<sup>231</sup> v. p. 22.

<sup>232</sup> v. p. 25.

munione d'azienda in società è soggetta non alla disciplina del trasferimento d'azienda, bensì a quella della trasformazione, e quindi anche all'opposizione dei creditori.

Rimane da esaminare l'ipotesi della trasformazione eterogenea di società irregolare.

E' evidente che in questo caso, in assenza di una preventiva iscrizione della società nel Registro delle Imprese, non si può considerare applicabile il disposto dell'art. 2500 *novies* cod. civ. (abbiamo già avuto modo di vedere che, da questo punto di vista, non pone invece problemi la trasformazione eterogenea in società irregolare).

Al riguardo, si possono prospettare le seguenti soluzioni: 1) efficacia immediata della trasformazione; 2) efficacia della trasformazione in presenza del consenso di tutti i creditori sociali; 3) inefficacia della trasformazione in assenza di una preventiva regolarizzazione della società.

La soluzione dell'efficacia immediata della trasformazione eterogenea di società non iscritta nel Registro delle Imprese costituirebbe la trasposizione della soluzione interpretativa raggiunta in tema di riduzione del capitale di società irregolare.

Tale soluzione appare tuttavia insoddisfacente, in quanto non sembra esservi identità di *ratio*.

Infatti, come si è già detto, nella riduzione di capitale di società irregolare, alla mancanza di iscrizione nel Registro delle Imprese della società e della decisione di riduzione fa da contraltare l'assenza del *beneficium excussionis* per i soci illimitatamente responsabili, mentre nella trasformazione di società irregolare non appare rintracciabi-

le un correttivo alla mancanza di pubblicità, tale da giustificare la soluzione dell'efficacia immediata della trasformazione.

La seconda delle soluzioni prospettate potrebbe apparire convincente, in quanto, se l'iscrizione della società nel Registro delle Imprese costituisce la ragione giustificativa della disapplicazione del principio generale di diritto civile in forza del quale nessuno può subire modifiche della propria sfera giuridica senza il proprio consenso, l'assenza di tale iscrizione dovrebbe avere come conseguenza la riapplicazione di tale principio.

Potrebbe infatti sembrare eccessivo negare l'ammissibilità della trasformazione eterogenea di società irregolare, considerando che la società potrebbe essere priva di situazioni debitorie, e che, in presenza di debiti, i creditori potrebbero prestare il loro consenso alla trasformazione.

In secondo luogo, a differenza di quanto si è già detto con riferimento alla trasformazione di associazione in società<sup>233</sup>, non sembrerebbe sussistere un interesse di carattere generale, che trascenda quello dei creditori sociali, a che la trasformazione di società non iscritta nel Registro delle Imprese sia preceduta dalla regolarizzazione.

La soluzione prospettata non sembra tuttavia quella più idonea a garantire le esigenze di certezza dei rapporti giuridici che l'art. 2500 *novies* cod. civ. intende tutelare.

---

<sup>233</sup> Infatti, si è già detto (p. 43) che il riferimento esclusivo all'associazione riconosciuta di cui all'art. 2500 *octies* cod. civ. trova giustificazione non solo nella circostanza che la mancanza di pubblicità renderebbe impossibile l'applicazione dell'art. 2500 *novies* cod. civ., ma anche nell'opportunità di sottoporre la delibera di trasformazione al controllo dell'autorità amministrativa, controllo che deve avere ad oggetto anche la ricezione, da parte dell'associazione, di elargizioni di ogni genere, elargizioni che renderebbero vietata la trasformazione.

Difatti, se è vero che la mancata opposizione dei creditori entro il termine previsto dalla norma dall'iscrizione della delibera nel Registro delle Imprese e la prestazione del consenso da parte dei creditori non integralmente soddisfatti conducono entrambi al perfezionamento dell'efficacia della trasformazione, è pur vero che la disposizione in oggetto sembra disegnare uno schema in cui: a) vi è una delibera è destinata ad acquisire efficacia *erga omnes* una volta decorso inutilmente il termine dalla stessa previsto; b) che può diventare efficace anteriormente a tale termine in presenza del consenso di tutti i creditori sociali o del pagamento dei creditori non consenzienti; c) che diventa efficace nonostante l'esperimento dell'opposizione da parte dei creditori se il giudice ritiene infondato il pericolo di pregiudizio prospettato dai creditori o se viene prestata idonea garanzia.

La prestazione del consenso dei creditori sembra quindi presupporre che la delibera di trasformazione eterogenea sia comunque suscettibile di acquisire efficacia anche prescindendo dal consenso stesso.

Il che appare evidente ove si consideri l'eventualità dell'adozione di una delibera di trasformazione eterogenea di società di persone irregolare, e della successiva iscrizione della stessa nel Registro delle Imprese in assenza del consenso di tutti i creditori sociali.

In tal caso saremmo in presenza di una delibera inefficace, stante la mancanza del consenso dei creditori sociali, e non suscettibile di diventare efficace altrimenti, mancando i presupposti per l'applicazione dell'art. 2500 *novies* cod. civ. nella parte in cui attribui-

sce efficacia alla trasformazione eterogenea in assenza dell'opposizione dei creditori.

La delibera non potrebbe acquisire efficacia neppure in sede contenziosa, in quanto sembra da escludere sia la possibilità per i soci di adire l'Autorità Giudiziaria in caso di mancata prestazione del consenso da parte dei creditori sociali, sia la possibilità per il giudice di dichiarare efficace la trasformazione.

Vero è che al problema si potrebbe porre rimedio provvedendo al pagamento delle somme dovute ai creditori non consenzienti, ma anche questo rimedio non sarebbe risolutivo in presenza di crediti contestati, di crediti sottoposti a condizione, di crediti scaturenti da contratti da cui derivano una pluralità di situazioni debitorie e creditorie, ecc.

Al problema non si potrebbe porre rimedio neppure con il deposito presso una banca delle somme dovute ai creditori non consenzienti, come previsto dall'art. 2503 comma 1 cod. civ. in tema di opposizione dei creditori alla fusione, in quanto tale norma non viene considerata in questa parte applicabile analogicamente alla trasformazione eterogenea<sup>234</sup>.

---

<sup>234</sup> Ciò in quanto il deposito delle somme non è equiparabile al pagamento delle somme dovute ai creditori, ove si consideri che la banca potrebbe essere assoggettata a liquidazione coatta amministrativa. Il deposito, inoltre, non potrebbe valere neanche come "idonea garanzia" ex art. 2500 *novies* cod. civ., dato che, come si è già detto, i soci non hanno la possibilità di adire l'Autorità Giudiziaria in caso di mancata prestazione del consenso da parte dei creditori sociali, per cui mancherebbe il presupposto in base al quale il giudice potrebbe fissare la garanzia. Di questa opinione FRANCH, *Commento sub art. 2500 novies cod. civ.*, cit., p. 423.

La soluzione preferibile appare pertanto quella dell'inefficacia della trasformazione di società di persone in assenza di preventiva iscrizione della stessa nel Registro delle Imprese<sup>235</sup>.

Si può tuttavia ritenere che, nell'ipotesi di regolarizzazione della società successiva alla trasformazione, la stessa potrebbe acquistare efficacia qualora venisse iscritta nel Registro delle Imprese.

Ciò in quanto il meccanismo dell'opposizione richiede che i creditori sociali siano messi in condizione di sapere dell'avvenuta trasformazione, ma prescinde dalla circostanza che gli stessi siano effettivamente a conoscenza dell'operazione, per cui per i creditori è da considerarsi irrilevante il fatto che la regolarizzazione sia posteriore alla delibera di trasformazione.

In particolare, per i creditori anteriori alla regolarizzazione della società è da considerarsi indifferente la circostanza che l'iscrizione nel Registro delle Imprese, successiva all'iscrizione della società, abbia ad oggetto la stessa delibera, adottata anteriormente alla regolarizzazione, ovvero una delibera di trasformazione adottata successivamente alla stessa, previa revoca della delibera adottata in precedenza.

Difatti, in entrambe le ipotesi, l'iscrizione della società nel Registro delle Imprese rende operante il meccanismo dell'opposizione – meccanismo che, come si è detto più volte, opera nei confronti di tutti i creditori, compresi quelli anteriori alla regolarizzazione – per cui, una volta decorso il termine previsto per l'esperimento

---

<sup>235</sup> Tale conclusione può essere estesa anche alla trasformazione eterogenea di consorzio con attività interna e di comunione di azienda con i coimprenditori non iscritti nel Registro delle Imprese, oltretutto, ovviamente, per la trasformazione eterogenea di associazione non riconosciuta, per la quale valgono anche le considerazioni già fatte in precedenza sulla particolare *ratio* del divieto (v. p. 43).

dell'opposizione – o qualora si verifichi una delle altre condizioni previste dall'art. 2500 *novies* cod. civ. – la trasformazione acquisterà efficacia.

### **3) La tutela dei soci e dei componenti dell'ente. Maggioranze e procedimento deliberativo**

Occorre adesso soffermarsi sulla tutela dei soci e dei componenti dell'ente trasformando nelle operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone.

In particolare, si deve verificare se per adottare tali delibere sia necessaria l'unanimità dei consensi o se siano sufficienti le maggioranze stabilite dagli artt. 2500 *septies* e *octies* cod. civ. per le trasformazioni eterogenee tipiche, e, in quest'ultima ipotesi, se ai soci e ai componenti dell'ente che non abbiano acconsentito all'operazione, spetti il diritto di recesso.

In secondo luogo, qualora si ritenga non necessario il consenso unanime dei soci o dei componenti dell'ente, occorre individuare le regole disciplinanti il procedimento di adozione della delibera di trasformazione eterogenea di e in società di persone.

#### ***3.1) Le maggioranze richieste per l'assunzione della delibera***

Quanto al primo problema, ritengo sia utile esaminare distintamente le trasformazioni eterogenee di società di persone e le trasformazioni eterogenee in società di persone.

Per quanto attiene alle ipotesi di trasformazione eterogenea di società di persone, il problema nasce dal fatto che la funzione dell'art. 2500 *septies* cod. civ. consiste nello stabilire per le trasformazioni eterogenee maggioranze più elevate rispetto a quelle previste

per le trasformazioni omogenee e, più in generale, per le modifiche dello statuto delle società di capitali.

Ciò in quanto, secondo la valutazione del legislatore, le trasformazioni eterogenee incidono sulla struttura e sulle finalità della società in misura più rilevante di altre modifiche statutarie, per cui è apparso più congruo richiedere per tali operazioni il consenso di soci rappresentanti una porzione di capitale più elevata rispetto a quella prevista per le modifiche dello statuto in generale, e per le trasformazioni omogenee in particolare.

Orbene, se questa è la logica su cui si basa l'art. 2500 *septies* cod. civ., è evidente la difficoltà di trasporre lo stesso principio alle trasformazioni eterogenee di società di persone, considerando che per le modifiche dei patti sociali delle stesse vige il principio unanimistico (art. 2252 cod. civ.) sia pure con la rilevante eccezione, introdotta dalla riforma, della trasformazione progressiva in società di capitali (art. 2500 *ter* cod. civ.).

Occorre quindi verificare se tali operazioni debbano considerarsi soggette alle maggioranze indicate nell'art. 2500 *septies* 3° comma cod. civ. per le trasformazioni eterogenee di società di capitali, o se invece in queste ipotesi trovi applicazione l'art. 2252 cod. civ.

Per risolvere tale problema occorre preliminarmente verificare se la deroga che l'art. 2500 *ter* cod. civ. al principio unanimistico debba considerarsi eccezionale, e pertanto non suscettibile di applicazione analogica, o se invece sia l'espressione di un principio generale, in base al quale qualunque trasformazione di società di persone, in assenza di una contraria previsione statutaria, può essere adottata a maggioranza.

Il problema è stato posto dalla dottrina con riferimento alla trasformazione di società in nome collettivo in società in accomandita semplice.

Ci si è chiesti, infatti, se tale decisione sia adottabile con la maggioranza indicata nell'art. 2500 *ter* cod. civ., senza il consenso dei soci destinati ad assumere la qualità di accomandanti.

L'applicabilità della norma sopra citata alla trasformazione di società in nome collettivo in società in accomandita semplice è stata da taluno sostenuta sulla base della considerazione che l'impatto dell'operazione sullo schema organizzativo della società sarebbe sensibilmente inferiore rispetto a quello che conseguirebbe ad una trasformazione in società di capitali; pertanto, in quest'ottica, il quorum previsto dall'art. 2500 *ter* cod. civ. per la trasformazione di società di persone in società di capitali dovrebbe, *a fortiori*, trovare applicazione anche alla trasformazione di società in nome collettivo in società in accomandita semplice<sup>236</sup>.

Qualora si accogliesse tale opinione, sarebbe possibile sostenere l'applicabilità alle operazioni di trasformazione eterogenea di società di persone sopra elencate dei quorum indicati nell'art. 2500 *septies* cod. civ., considerando che in alcune di tali ipotesi l'incidenza della trasformazione sull'assetto organizzativo della società sarebbe inferiore a quello derivante dalle operazioni di trasformazione eterogenea regressiva previste dalla legge (si pensi ad es. alla trasformazione in associazione).

A sostegno di tale opinione si potrebbe ulteriormente addurre che, qualora l'operazione venisse scomposta in una preventiva tra-

---

<sup>236</sup> Di questa opinione PINARDI, *La trasformazione*, cit., p. 86.

sformazione omogenea in società di capitali ed in una successiva trasformazione eterogenea di società di capitali, le due operazioni sarebbero soggette alle maggioranze previste dalla legge per ciascuna di esse<sup>237</sup>; di conseguenza, la decisione di trasformazione eterogenea di società di persone dovrebbe essere adottabile con la più elevata delle maggioranze previste per le operazioni di cui sopra, vale a dire quella prevista per la trasformazione eterogenea di società di capitali.

Si potrebbe inoltre sostenere che i soci non consenzienti troverebbero adeguata tutela nel diritto di recesso, di cui all'art. 2500 *ter* cod. civ.

Appare tuttavia preferibile l'opinione, sostenuta dalla dottrina maggioritaria, secondo tutte le trasformazioni di società di persone diverse da quelle disciplinate dall'art. 2500 *ter* cod. civ. sono regolate dall'art. 2252 cod. civ., e pertanto richiedono il consenso unanime dei soci<sup>238</sup>.

Ciò in quanto la deroga apportata dal legislatore al principio unanimitario di cui all'art. 2252 cod. civ. risponde ad una *ratio* specifica, che consiste nella volontà del legislatore di favorire la crescita delle imprese, rendendo più agevole la transizione dal modello delle società di persone a quello delle società di capitali (modello che, come è noto, è quello che maggiormente si addice alle realtà economiche medio-grandi)<sup>239</sup>.

---

<sup>237</sup> In tal senso PINARDI, *La trasformazione*, cit., p.325

<sup>238</sup> Di questa opinione, tra gli altri FERRI JR, *op. cit.*, p. 2501; CAGNASSO, *Comm. sub art. 2500ter-2500quinquies cod. civ. cit.*, p. 2258; PISANI, *Il principio di maggioranza nella nuova disciplina della trasformazione di società di persone in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2005, p. 371; MOSCA, *Commento all'art. 2500-ter cod. civ., cit.*, p. 136; DONATO, *La trasformazione: delle società di persone, delle società di capitali, l'atto e la sua pubblicità. La trasformazione eterogenea*. in AA. VV., *La riforma delle società. Aspetti applicativi* a cura di A. Bortoluzzi, Torino, 2004, p. 523.

<sup>239</sup> Sul punto v. gli Autori citati alla nota precedente.

Se questa è la ragione che giustifica la deroga all'art. 2252 cod. civ. e lo spostamento della tutela dei soci al diritto di recesso, è evidente che tale ragione non sussiste per la trasformazione di società in nome collettivo in società in accomandita semplice né per la trasformazione eterogenea di società di persone.

Va anzi rilevato che l'art. 2500 *sexies* 2° comma cod. civ. prevede per la trasformazione di società di capitali in società di persone – ed è pacifico che la norma trovi applicazione anche alla trasformazione eterogenea di società di capitali – l'obbligo per gli amministratori di predisporre una relazione “che illustri le motivazioni e gli effetti” dell'operazione, manifestando così un implicito disfavore per la stessa.

Orbene, ove si consideri che la trasformazione di società in nome collettivo in società in accomandita semplice si può idealmente scindere in una preventiva operazione di trasformazione di società di nome collettivo in società di capitali e in una successiva operazione di trasformazione di società di capitali in società in accomandita semplice – e lo stesso vale per la trasformazione eterogenea di società di persone – difficilmente si può ritenere che il *favor* per la trasformazione progressiva di società di persone valga anche per la trasformazione di società in nome collettivo in società in accomandita semplice e per la trasformazione eterogenea di società di persone.

Infine, è stato giustamente rilevato che, qualora si accogliesse l'opinione che ritiene applicabile l'art. 2500 *ter* cod. civ. alla trasformazione di società in nome collettivo in società in accomandita semplice sulla base della minore incidenza della stessa sull'assetto della società rispetto alla trasformazione in società di capitali, sarebbe in-

coerente non considerare applicabile la norma sopracitata a tutte le modifiche dei patti sociali aventi una rilevanza inferiore rispetto alla trasformazione (si pensi ad es. al mutamento della ragione sociale o della sede della società), pervenendo in tal modo ad un'abrogazione tacita dell'art. 2252 cod. civ. che non sembra giustificata alla luce della riforma<sup>240</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, è da ritenersi che alle operazioni di trasformazione di società di persone diverse da quelle disciplinate dall'art. 2500 *ter* cod. civ. – e pertanto anche alle trasformazioni eterogenee – trovi applicazione il disposto dell'art. 2252 cod. civ.<sup>241</sup>.

Ci si può chiedere a questo punto se è possibile inserire nei patti sociali una clausola che, in deroga all'art. 2252 cod. civ., stabilisca la possibilità di assumere una delibera di trasformazione eterogenea a maggioranza.

Il dubbio potrebbe sorgere dal fatto che, come si è già detto, le maggioranze stabilite dall'art. 2500 *septies* cod. civ. sono più elevate di quelle stabilite per le modifiche dell'atto costitutivo in generale, e non sarebbe valida una clausola che per tali operazioni prevedesse maggioranze più ridotte di quelle stabilite dalla legge.

Nell'ipotesi di trasformazione eterogenea di società di persone, invece, stante che per la stessa vige il principio unanimistico di cui all'art. 2252 cod. civ. – principio che, come si è cercato di dimostrare, vale anche per la trasformazione eterogenea – una clausola dei patti sociali che prevedesse l'effettuabilità a maggioranza di tale ope-

---

<sup>240</sup> MOSCA, *Commento all'art. 2500 ter cod. civ.*, cit., p. 137.

<sup>241</sup> Di questa opinione LUPETTI, *op. cit.*, p. 844.

razione condurrebbe inevitabilmente al risultato che per le società di capitali si è voluto precludere.

A parere di chi scrive, tuttavia, il problema non ha ragione di porsi, in quanto, le società di persone, a differenza delle società di capitali, non hanno un'organizzazione rigidamente definita dal legislatore, e le regole di organizzazione e di formazione dell'agire sociale, salvo quanto disposto espressamente dalla legge, sono appannaggio dei soci contraenti<sup>242</sup>.

Del resto, l'opinione, sostenuta da una parte della dottrina<sup>243</sup>, che riteneva che le clausole statutarie di deroga al principio unanimistico di cui all'art. 2252 cod. civ. non avessero efficacia per le delibere comportanti modifiche all'assetto fondamentale della società (ad es. il tipo o l'oggetto sociale), non ha trovato seguito in dottrina, ed è da considerarsi preclusa alla luce della riforma che assoggetta al principio maggioritario operazioni che incidono in maniera profonda sulla struttura della società, come la trasformazione progressiva in società di capitali, la fusione e la scissione<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> LIBERTINI, *op. cit.*, p. 208 ss., a proposito del dibattito su concezione contrattualistica e concezione istituzionalistica della società, afferma che la prima si attaglia meglio alle società di persone, in quanto queste sono idonee a gestire attività scarsamente organizzate e nascenti dalla collaborazione, anche di puro fatto, tra individui legati tra loro di conoscenze, e per le stesse non vi sono regole di organizzazione rigide; la seconda invece è quella più congrua per le società per azioni, che sono normalmente destinate alla gestione di attività economiche stabilmente organizzate, e che sono caratterizzate da una definizione rigida della struttura e delle regole di formazione dell'agire; in una posizione intermedia si collocano le società a responsabilità limitata, che sono un modello di società di capitali contrassegnato da regole rigide, ma che può ricevere una connotazione personalistica, per cui entrambe le concezioni sono astrattamente idonee a ricostruire la disciplina della società a responsabilità limitata.

<sup>243</sup> FERRI, *Le società, cit.*, p. 153.

<sup>244</sup> Appare invece condivisibile l'opinione secondo cui tale clausola non avrebbe efficacia per le modifiche statutarie per le delibere incidenti sui diritti e sugli obblighi dei soci (si pensi ad es. ad una delibera che imponga ai soci conferimenti aggiuntivi o che riduca la quota di utili spettanti al socio). L'opinione appare avvalorata anche dall'art. 2468, comma 4 cod. civ., che richiede l'unanimità dei consensi per la modifica dei diritti particolari dei soci, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo. In tema v. FIGÀ-TALAMANCA – SPA-

Si può pertanto considerare ammissibile una clausola statutaria che preveda la possibilità di assumere una delibera di trasformazione eterogenea a maggioranza, in deroga all'art. 2252 cod. civ.

Ci si può chiedere tuttavia se, in presenza di tale clausola, rimanga valida la regola che vuole la prestazione del consenso, ai fini dell'efficacia della trasformazione<sup>245</sup>, da parte di quei soci che, a seguito dell'operazione, rispondono delle obbligazioni dell'ente risultante dalla stessa.

A parere di chi scrive, l'inserimento di tale clausola nei patti sociali indica soltanto la volontà dei soci di equiparare il regime della trasformazione eterogenea a quello previsto dal codice civile per le società di capitali.

Pertanto, dalla previsione statutaria dell'effettuabilità a maggioranza di un'operazione di trasformazione eterogenea sarebbe eccessivo desumere l'intento dei soci di derogare, oltretutto all'art. 2252 cod. civ., anche all'art. 2500 *sexies* cod. civ., nella parte in cui stabilisce la necessità del consenso di coloro che sono destinati ad assumere la responsabilità delle obbligazioni dell'ente risultante dalla trasformazione.

---

DA, *Profili contrattuali delle società di persone: forma, formalità e modificazioni* in *Rivista di diritto privato*, 2009, fasc. 4, p. 64; PISANI, *Società di persone "a struttura corporativa"*, Torino, 2000, p. 153; ID., *Le modifiche del contratto di società di persone tra vecchi e nuovi problemi* in *Notariato*, 2008, p. 690; PISCHETOLA, *Unanimità e maggioranza nelle decisioni dei soci nelle società di persone. Disciplina codicistica e possibili deroghe nei patti sociali* in *Rivista del notariato*, 2008, p. 1340. In giurisprudenza v. Cass. 12 giugno 1996 n. 5416 in *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, 1, p. 1182, con nota di COTTINO.

<sup>245</sup> Il punto sarà oggetto di analisi nel prossimo paragrafo.

E' invece da ritenersi che, qualora si voglia derogare a quest'ultima norma, occorre una specifica previsione statutaria in tal senso<sup>246</sup>.

Pertanto, la trasformazione di società di persone lucrativa in comunione di azienda o in società di persone consortile<sup>247</sup> deve essere adottata con il consenso unanime dei soci anche in presenza di una clausola che consenta la trasformazione eterogenea a maggioranza<sup>248</sup>.

Problema diverso è se una clausola che preveda genericamente la modificabilità a maggioranza dei patti sociali<sup>249</sup> deve considerarsi efficace anche per le operazioni di trasformazione eterogenea.

La risposta al quesito appare tutt'altro che scontata, in quanto la trasformazione eterogenea incide sull'assetto societario in maniera più profonda rispetto ad altre modifiche statutarie, in generale, ed alla trasformazione omogenea, in particolare.

---

<sup>246</sup> E' quindi evidente che occorre prestare una particolare attenzione nel formulare tale clausola.

<sup>247</sup> A parere di chi scrive, ciò vale anche nell'ipotesi in cui sia la società oggetto della trasformazione, sia la società risultante dalla trasformazione abbiano la forma di società in nome collettivo. Infatti, se è vero che il regime della responsabilità dei soci a seguito della trasformazione rimane immutato, è vero anche che il cambiamento dello scopo sociale non può considerarsi irrilevante per i soci stessi. E' pertanto da ritenersi che anche la trasformazione di società in nome collettivo lucrativa in società in nome collettivo consortile (e viceversa) richieda il consenso unanime dei soci.

<sup>248</sup> Non invece le operazioni di trasformazione eterogenea in associazione non riconosciuta o in consorzio, in quanto la responsabilità cui si riferisce l'art. 2500 *sexies* cod. civ. è quella che i soci assumono in ragione della loro qualità di soci di s.n.c. o di soci accomandatari di s.a.s., non quella prevista dall'art. 38 cod. civ. per coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione, né quella prevista dall'art. 2614 cod. civ. per il versamento dei contributi dei consorziati. Discorso diverso vale per la trasformazione di società in accomandita semplice in comunione d'azienda, in quanto i comunisti sono istituzionalmente responsabili per le obbligazioni contratte per la conservazione e il godimento della cosa comune, ai sensi degli art. 1104 e 1115 cod. civ. E' quindi da ritenersi che la delibera di trasformazione eterogenea di società in accomandita semplice in comunione di azienda debba essere adottata con il consenso di tutti i soci, compresi i soci accomandanti

<sup>249</sup> Sulla liceità di tali clausole non sembrano sussistere dubbi, non avendo trovato seguito in dottrina l'opinione che le considera nulle per indeterminatezza del contratto ex art. 1349 cod. civ.

In particolare, a seguito dell'operazione, come si è visto in precedenza<sup>250</sup>, il diritto dei soci alla distribuzione degli utili in alcuni casi verrebbe meno, e in altri casi sarebbe soggetto a limiti e condizioni.

A parere di chi scrive, per risolvere il problema occorre, in primo luogo, distinguere tra le società di persone costituite anteriormente alla riforma del diritto societario e quelle costituite posteriormente.

In secondo luogo, all'interno delle società costituite anteriormente alla riforma, bisogna distinguere tra l'ipotesi in cui la clausola di modificabilità a maggioranza dei patti sociali preesista all'entrata in vigore della riforma dall'ipotesi in cui tale clausola sia stata introdotta successivamente.

Nell'ipotesi di preesistenza sia della società, sia della clausola di maggioranza, appare preferibile ritenere che quest'ultima non si applichi alla trasformazione eterogenea.

E' infatti da ritenersi che tale clausola faccia riferimento alle modifiche statutarie consentite dalla legge al momento della costituzione della società o dell'inserimento della clausola stessa, se posteriore.

Orbene, ove si consideri che la congerie di modifiche statutarie espressamente previste dalla legge prima della riforma incontrava il limite dello scopo di lucro – oggettivo e soggettivo – sembrerebbe incongruo applicare tale clausola anche alle operazioni di trasformazione eterogenea.

---

<sup>250</sup> p. 61.

Un discorso diverso vale invece sia per le società di persone costituite posteriormente all'entrata in vigore della riforma, sia per le società costituite anteriormente alla stessa, i cui patti sociali prevedano la modificabilità a maggioranza dello statuto in forza di una clausola inserita successivamente.

A tal proposito, occorre considerare, in primo luogo, che l'interpretazione di tale clausola deve tener conto del quadro normativo esistente al momento del suo inserimento, all'interno del quale si collocano le operazioni di trasformazione eterogenea, che sono espressamente previste per le società di capitali e – come si è cercato di dimostrare nel primo capitolo – sono da considerarsi ammissibili per le società di persone.

In secondo luogo, non si può non tener conto del fatto che il legislatore della riforma, pur tenendo fermo il principio unanimistico di cui all'art. 2252 cod. civ., lo ha disapplicato proprio per quelle operazioni che più delle altre sono idonee a incidere sull'assetto della società, come la trasformazione progressiva in società di capitali, la fusione e la scissione.

Pertanto, in base all'assetto normativo risultante dalla riforma, le modifiche statutarie più rilevanti, in assenza di pattuizione contraria, possono essere adottate a maggioranza; per le altre rimane in vigore il principio unanimistico, ma ai soci è data la possibilità di assoggettarle allo stesso regime previsto dalla legge per la trasformazione progressiva di società di capitali, per la fusione e per la scissione.

Alla luce di tali osservazioni, può ritenersi che una clausola che preveda generalmente la modificabilità a maggioranza dei patti

sociali<sup>251</sup> trovi applicazione a tutte le modifiche statutarie, comprese quelle non espressamente previste dalla legge, e quindi anche alle delibere di trasformazione eterogenea<sup>252</sup>.

Per quanto attiene alle operazioni di trasformazione eterogenea in società di persone, occorre preliminarmente evidenziare che vi sono delle ipotesi in cui il problema trova soluzione nella lettera della legge.

Ci si riferisce innanzitutto alla trasformazione di società cooperativa in società di persone, in quanto la fattispecie è regolamentata dall'art. 2545 *decies* cod. civ.; trovano pertanto applicazione le maggioranze previste dalla norma sopra citata, ferma restando l'essenzialità del consenso dei soci destinati ad assumere la responsabilità personale per le obbligazioni sociali a seguito della trasformazione.

Allo stesso modo, non sembra si possa dubitare che alla trasformazione di comunione d'azienda in società di persone trovi applicazione il principio unanimistico posto dall'art. 2500 *octies* cod. civ.

Va inoltre rilevato che il problema dell'unanimità dei consensi non si pone nell'ipotesi di trasformazione di fondazione in società di

---

<sup>251</sup> E' da ritenersi che, in assenza di diverse indicazioni, la maggioranza debba essere determinata non per teste, ma per quote di partecipazione agli utili, come previsto dall'art. 2500 *ter* cod. civ. per la trasformazione progressiva in società di capitali. E' noto che, prima della riforma, in assenza di una regola generale applicabile a tutte le delibere di società di persone, gran parte della dottrina operava una distinzione tra decisioni di carattere organizzativo e decisioni di carattere gestorio, e riteneva che per le prime (ad es. l'esclusione del socio) la maggioranza dovesse essere determinata per teste, mentre per le seconde (es. la cessione della quota dell'accomandante) dovesse essere determinata per quote di partecipazione al capitale. Alla luce della norma sopra citata, l'opinione appare adesso difficilmente sostenibile per le modifiche statutarie in generale, ed è da considerarsi preclusa per la trasformazione eterogenea in particolare. In tal senso PISANI, *Le modifiche del contratto di società di persone, cit.*, p. 688.

<sup>252</sup> Appare tuttavia opportuno prestare una particolare attenzione nella formulazione della clausola di maggioranza, specificando se si vuole estendere o meno la deroga al principio unanimistico di cui all'art. 2252 cod. civ. alla trasformazione eterogenea. In tal senso LUPETTI, *op. cit.*, p. 844.

persone, in quanto si tratta di un ente privo di un substrato associativo<sup>253</sup>.

Il problema della tutela dei soci e dei componenti dell'ente trasformando si pone pertanto nelle ipotesi di trasformazione di associazione, consorzio, società consortile in società di persone lucrativa.

Per quanto attiene alla trasformazione del consorzio in società di persone, le stesse considerazioni svolte con riguardo alle trasformazioni eterogenee di società di persone inducono a ritenere inapplicabile l'art 2500 *octies* cod. civ. alla fattispecie.

Infatti, se, come sembra a chi scrive, la deroga che la norma sopracitata apporta all'art. 2607 1° comma cod. civ.<sup>254</sup> trova la sua *ratio* nella volontà del legislatore di favorire la crescita dimensionale delle imprese, rendendo più agevole la transizione dal modello del consorzio ai modelli delle società di capitali, appare inevitabile concludere che la trasformazione di consorzio in società di persone, in assenza di una previsione contraria, richiede il consenso unanime dei consorziati.

Lo stesso si può affermare relativamente alla trasformazione di società di persone consortile in società di persone lucrativa, sia alla luce delle considerazioni fatte con riferimento alla trasformazione eterogenea di società di persone e di consorzio, sia in base al rinvio operato dall'art. 2500 *octies* 2° comma cod. civ. alla maggioranza ri-

---

<sup>253</sup> Infatti la trasformazione della fondazione è un procedimento che ha inizio con una proposta dell'organo competente della fondazione, e che si conclude con una deliberazione dell'autorità governativa, deliberazione che ha ad oggetto anche l'assegnazione delle azioni o delle quote della società risultante dalla trasformazione.

<sup>254</sup> In forza del quale "il contratto, se non è diversamente convenuto, non può essere modificato senza il consenso di tutti i consorziati".

chiesta dalla legge o dall'atto costitutivo per lo scioglimento anticipato<sup>255</sup>.

Non sembra invece che si possa affermare altrettanto per la trasformazione di società consortile di capitali e di associazione in società di persone.

Infatti, nel codice civile non si riscontra nessuna norma che, per tali enti, richieda il consenso unanime dei componenti per le modifiche statutarie, in generale, e per la trasformazione, in particolare.

Per quanto attiene alle società consortili di capitali, vengono in rilievo l'art. 2615 *ter* cod. civ., che fa rinvio alle norme disciplinanti il tipo adottato (e quindi anche alle norme sulle modifiche statutarie e sulla trasformazione), e l'art. 2500 *octies* 2° comma cod. civ., che richiede per la trasformazione eterogenea la maggioranza richiesta dalla legge per lo scioglimento anticipato.

Per quanto riguarda l'associazione, vengono in rilievo l'art. 21 cod. civ., che per la modifica dell'atto costitutivo e dello statuto richiede la presenza di almeno tre quarti degli associati e il voto favorevole della maggioranza dei presenti, e per lo scioglimento dell'associazione il voto favorevole di almeno tre quarti degli associati, disposizione quest'ultima cui fa rinvio l'art. 2500 *octies* 2° comma cod. civ. in tema di trasformazione eterogenea in società di capitali.

Non essendovi una norma generale, che per la trasformazione di società di capitali consortile e di associazione richiede il consenso unanime dei componenti, sembra pertanto doversi concludere che la trasformazione di tali enti in società di persone può essere adottata

---

<sup>255</sup> Infatti, in base all'art. 2272 n. 3) cod. civ. è richiesto il consenso di tutti i soci per lo scioglimento anticipato di società di persone.

con le maggioranze richieste dalla legge per lo scioglimento anticipato, ferma restando la necessità della prestazione del consenso da parte dei soci destinati ad assumere la responsabilità personale per le obbligazioni sociali a seguito della trasformazione perché questa acquisti efficacia.

La tutela dei soci-consorzati e degli associati non consenzienti va pertanto riscontrata nel diritto di recesso.

Il che, se non crea particolari problemi per la trasformazione di società consortile di capitali, per la quale trovano applicazione le norme disciplinanti il tipo adottato, comporta un problema applicativo di grande rilevanza per la trasformazione di associazione, che sorge dal conflitto tra l'art. 24 cod. civ. e le norme disciplinanti il diritto di recesso nelle società<sup>256</sup>.

Il problema riguarda non tanto la sussistenza del diritto di recesso nell'eventualità che l'associato abbia assunto l'obbligo di fare parte dell'associazione per un tempo determinato (ove si consideri che la trasformazione dell'associazione in società configura una giusta causa di recesso<sup>257</sup>), né le regole procedurali cui l'esercizio del diritto è soggetto (in quanto, qualora si ritenesse applicabile l'art. 24 c. 2<sup>258</sup> alla trasformazione eterogenea, il recesso nella maggior parte dei casi acquisterebbe efficacia successivamente alla trasformazione

---

<sup>256</sup> Problema che è stato oggetto di attenzione da parte della dottrina con riguardo anche alle ipotesi di trasformazione di associazione in società di capitali.

<sup>257</sup> E' infatti pacifico che l'impegno dell'associato di far parte della società per un tempo determinato non impedisce all'associato di recedere dall'associazione qualora l'associazione deliberi una modifica a maggioranza dello scopo dell'associazione, e quindi, *a fortiori*, nell'ipotesi di trasformazione dell'associazione in società lucrativa (sul punto v., per tutti, GALGANO, *Delle persone giuridiche in Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2006, p. 364.

<sup>258</sup> In forza del quale la dichiarazione di recesso deve essere comunicata per iscritto agli amministratori e ha effetto con lo scadere dell'anno in corso, purchè sia fatta almeno tre mesi prima.

stessa<sup>259</sup>), quanto la spettanza del diritto alla liquidazione della quota di partecipazione.

Qualora infatti si ritenesse applicabile alla trasformazione di associazione in società l'art. 24 4° comma, gli associati receduti non potrebbero far valere nessun diritto patrimoniale nei confronti della società.

Appare tuttavia preferibile l'opinione, sostenuta dalla dottrina maggioritaria, che nega l'applicabilità della norma sopracitata alla fattispecie.

Ciò in quanto il disposto dell'art. 24 4° comma cod. civ. è coerente con la concezione che il legislatore del '42 aveva dell'associazione come ente deputato al perseguimento esclusivamente di fini altruistico-ideali, mentre non appare applicabile alle associazioni costituite per il soddisfacimento di interessi patrimonialmente valutabili degli associati<sup>260</sup>, e pertanto, *a fortiori*, non può trovare applicazione con riferimento alla trasformazione di associazione in società.

### **3.2) Il procedimento deliberativo**

La circostanza che le operazioni oggetto della nostra analisi possono essere adottate a maggioranza comporta la necessità di in-

---

<sup>259</sup> Infatti, la dichiarazione dell'associato di voler recedere non impedirebbe il prodursi degli effetti della trasformazione nei termini previsti dall'art. 2500 *novies* cod. civ., per cui l'associato acquisterebbe comunque la qualità di socio della società risultante dalla trasformazione fino al momento dell'efficacia del recesso.

<sup>260</sup> Infatti, parte della dottrina ritiene che, qualora l'associazione sia costituita non per finalità altruistico-ideali, ma per erogare servizi agli associati, questi ultimi possono ripetere quella parte di contributi corrispondente ai servizi di cui gli stessi non hanno fruito, salvo che l'atto costitutivo disponga diversamente, e fermo restando il principio per cui gli associati non hanno diritto ad una quota dei beni dell'associazione (in tal senso v., tra gli altri, VOLPE PUTZOLU, *I consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi* in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, IV, Padova, 1981, p. 426.

dividuare le regole procedurali della trasformazione eterogenea di società di persone<sup>261</sup>.

E' noto infatti che il codice civile – a differenza di quanto avviene per le società cooperative (art. 2519 cod. civ. per rinvio alla disciplina delle società per azioni e delle società a responsabilità limitata), per le associazioni (art. 20-21 cod. civ.), per i consorzi (art. 2606 cod. civ.) e per le comunioni (art. 1105 cod. civ.)<sup>262</sup> – non detta una disciplina specifica sul procedimento che le delibere di società di persone devono seguire per adottare una delibera, ed in particolare una delibera di trasformazione<sup>263</sup>.

Occorre quindi verificare se per l'adozione di tale delibera debba essere impiegato il metodo collegiale, se possa essere adottato il metodo delle consultazioni scritte o della raccolta dei consensi per iscritto, o se addirittura la delibera di trasformazione possa essere assunta in assenza di qualsiasi formalità, ed in particolare anche all'insaputa di alcuni soci.

E' noto che, secondo l'indirizzo tradizionalmente accolto dalla giurisprudenza, condiviso anche da una parte della dottrina, nelle società di persone vige il principio della libera raccolta del consenso, per cui le decisioni adottabili a maggioranza dei consensi possono

---

<sup>261</sup> Il problema del procedimento deliberativo nelle società di persone ha assunto una particolare importanza a seguito della riforma del diritto societario. Infatti, non essendo più richiesta l'unanimità dei consensi per l'adozione della delibera di trasformazione di società di persone in società di capitali, non è più possibile eludere il problema sulla base della constatazione che la necessità del consenso unanime dei soci rende superflua l'individuazione delle regole procedurali per l'assunzione della stessa.

<sup>262</sup> Si prescinde in questa sede dalla trasformazione eterogenea di fondazione, in quanto quest'ultima ha origine non da una delibera o da una decisione dei componenti – ciò in quanto, come si è già avuto modo di vedere, la fondazione è un organismo privo di substrato associativo – ma da un procedimento che ha inizio con una proposta dell'amministratore o dell'organo competente e che culmina nell'approvazione della stessa da parte dell'autorità governativa.

<sup>263</sup> Il tema è stato trattato approfonditamente da MIRONE, *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Torino, 1998

essere assunte anche senza informare preventivamente tutti i soci, e quindi senza alcuna garanzia per il diritto di partecipazione dei soci dissenzienti.

Secondo tale opinione, il principio della libertà raccolta del consenso varrebbe sia per le decisioni di carattere gestionale, sia per quelle a rilievo organizzativo.

L'assunto viene generalmente sostenuto sulla base della dell'esigenza di rapidità e snellezza nell'assunzione delle decisioni, tipica delle società di persone, esigenza alla quale il legislatore ha prestato un particolare attenzione, prevedendo il regime dell'amministrazione disgiuntiva come modello legale di gestione delle stesse<sup>264</sup>.

Secondo un'altra opinione il principio della libera raccolta del consenso vale solo per le decisioni di carattere amministrativo, per le quali le esigenze di rapidità prevalgono sull'interesse dei soci di essere coinvolti nell'assunzione della decisione<sup>265</sup>; l'adozione di delibere modificative dei patti sociali e, più in generale, di decisioni idonee ad incidere in maniera rilevante sull'assetto organizzativo della società o sulle condizioni di partecipazione al gruppo – come ad es. quella di approvazione del bilancio o quella di esclusione del socio –

---

<sup>264</sup> Di questa opinione, tra gli altri, GALGANO, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960, p. 223 ss.; ID., *Le società in genere. Le società di persone* in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, vol. XXVIII, p. 277 ss., Milano, 1982. FERRI, *Le società, cit.*, p. 249. In giurisprudenza v. Cass. 3 febbraio 1965 n. 173 in *Foro italiano*, 1965, I, p. 793; Trib. Napoli 17 ottobre 1986, in *Giurisprudenza commerciale*, 1988, II, p. 654, con nota di RUBINO DE RITIS, *Osservazioni a Trib. Napoli 13 ottobre 1986 in tema di amministrazione di società di persone*; App. Napoli 14 febbraio 1989 in *Diritto e giurisprudenza*, 1991, p. 688, con nota di GUARACINO, *Su un preteso obbligo di collaborazione del socio e sul metodo collegiale per la sua esclusione dalla società*.

<sup>265</sup> Decisione che, come si desume chiaramente dal dettato dell'art. 2257 cod. civ., può essere assunta anche all'insaputa di alcuni soci.

richiede invece l'utilizzo del metodo collegiale<sup>266</sup>, in quanto per tali decisioni l'esigenza di ponderatezza e l'interesse dei soci a prendere parte al confronto deve ritenersi prevalente rispetto all'esigenza di velocità di assunzione della decisione<sup>267</sup> (oltretutto ovviamente all'interesse di alcuni soci di evitare il coinvolgimento di altri).

Il che sembrerebbe confermato anche dalla riforma del 2003 che, se da un lato ha reso legittimo l'utilizzo di metodi alternativi a quello collegiale nelle società a responsabilità limitata, dall'altro ne ha ribadito la centralità<sup>268</sup>, e, soprattutto, ne ha disposto l'inderogabilità per le modificazioni dell'atto costitutivo e per altre decisioni a rilievo organizzativo<sup>269</sup>.

In quest'ottica, pertanto, le delibere di trasformazione eterogenea di società di persone dovrebbero essere adottate utilizzando il metodo collegiale, sia pure in una forma elementare<sup>270</sup> (preventiva informazione di tutti i soci, riunione, discussione e contestuale votazione).

---

<sup>266</sup> Di questa opinione, tra gli altri, VENDITTI, *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955, p. 37 ss.; SERRA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, 1980, p. 77 ss. ed in part. 148 ss., il quale, tuttavia, ritiene che i patti sociali possono stabilire un procedimento deliberativo diverso da quello collegiale, purché consenta la partecipazione di tutti i soci all'assunzione della decisione, fermo restando che nel silenzio dei patti sociali deve essere adottato il metodo collegiale. In giurisprudenza v. App. Milano 23 ottobre 1970 in *Giurisprudenza italiana*, 1971, I, 2, 914, con nota adesiva di GRIPPO.

<sup>267</sup> Per queste ragioni dovrebbe considerarsi illegittima anche un'eventuale clausola dei patti sociali che per le decisioni che esulano dall'ambito gestionale prevedesse la possibilità di raccogliere i consensi senza garantire il rispetto del diritto di partecipazione dei soci. In tal senso MIRONE, *op. cit.*, p. 190.

<sup>268</sup> Infatti, in base all'art. 2479 4° comma cod. civ., in mancanza di una diversa previsione dell'atto costitutivo tutte le decisioni dei soci devono essere adottate impiegando il metodo collegiale.

<sup>269</sup> L'art. 2479 4° comma cod. civ. prevede infatti l'impiego del metodo collegiale, oltretutto per le modificazioni dell'atto costitutivo, per la decisione di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci e per la riduzione di capitale per perdite nell'ipotesi di cui all'art. 2482 *bis* 4° comma cod. civ.

<sup>270</sup> RISO L., *Trasformazione decisa a maggioranza dai soci accomandanti, iscrizione dell'atto di trasformazione nel registro delle imprese* in *Vita Notarile*, 2007, p. 1107 ss.

Appare tuttavia preferibile l'opinione, espressa da alcuni Autori, per cui anche le decisioni a rilievo organizzativo possono essere adottate senza l'utilizzo del metodo collegiale, ma nel rispetto del diritto di partecipazione dei soci<sup>271</sup>.

Ciò in quanto l'esigenza di speditezza nell'assunzione delle delibere merita tutela anche con riferimento alle decisioni a rilievo organizzativo, ove si consideri che le società di persone sono frequentemente caratterizzate da una compagine sociale ristretta e composta da soci legati tra loro da rapporti personali, per cui l'utilizzo del metodo collegiale potrebbe costituire un formalismo privo di utilità.

Ciò non esclude che l'impiego di metodi diversi da quello collegiale non può condurre all'adozione di decisioni di questo tipo all'insaputa di alcuni soci, per cui, come è stato giustamente rilevato, i soci di minoranza hanno il diritto di essere consultati anche nell'ipotesi in cui sia stata già raggiunta la maggioranza dei consensi, e il procedimento deliberativo può considerarsi concluso solo dopo che l'ultimo socio sia stato messo nelle condizioni di esprimere il proprio parere sull'operazione.

E' quindi da ritenersi che le delibere di trasformazione eterogenea di società di persone possono essere adottate anche impiegando

---

<sup>271</sup> MIRONE, *op. cit.*, p. 190; ID., *Le decisioni dei soci nella s.r.l.: profili procedurali in Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadesse e G. B. Portale, Torino, 2007, vol. 4, p. 514; PISANI, *Le modifiche del contratto di società di persone*, *cit.*, p. 693; REGOLI, *L'organizzazione delle società di persone in Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2004, p. 50; PISCHETOLA, *op. cit.*, p. 1344; SALVATI, *L'ammissibilità del metodo assembleare nelle società di persone in Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, p. 402 ss.; CODAZZI, *Note in tema di collegialità e di invalidità delle delibere assembleari nelle società personali in Giurisprudenza commerciale*, 2002, I, p. 144 ss.

do il metodo delle consultazioni scritte o della raccolta dei consensi per iscritto.

#### **4) Gli effetti dell'invalidità della trasformazione eterogenea di e in società di persone**

Il problema che si vuole in questa sede affrontare è quello relativo all'applicabilità dell'art. 2500 *bis* cod. civ. alle operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone.

Come è noto, tale disposizione ha esteso alla trasformazione la stessa soluzione normativa adottata dal legislatore con il d. lgs. 16 gennaio 1991 n. 22 per l'invalidità della fusione, consistente nel precludere la pronuncia dell'invalidità dell'atto una volta eseguiti gli adempimenti pubblicitari previsti dalla legge<sup>272</sup>, e nel sostituire alla

---

<sup>272</sup> Tale soluzione è accolta favorevolmente dalla maggior parte della dottrina, in quanto garantisce la tutela dell'affidamento dei terzi sulla natura giuridica dell'ente risultante dalla trasformazione, e, di conseguenza, sulle norme allo stesso applicabili (DE ANGELIS, *La trasformazione nella riforma del diritto societario*, cit., p. 387; MONTAGNANI, *Commento sub art 2500 bis cod. civ.* in *La riforma delle società* a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Milano, 2003, p. 365; SANTOSUOSSO, *Commento sub. art. 2500 bis cod. civ.* in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, p. 1913; SALAFIA, *La trasformazione delle società nella riforma* in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2004, p. 1064; MALTONI in MALTONI-TASSINARI, *La trasformazione delle società*, cit., p. 40). Non sono mancate tuttavia critiche da parte di alcuni Autori. Si è rilevato infatti che la trasformazione, a differenza della fusione, non comporta la concentrazione in capo ad un unico soggetto di patrimoni facenti capo fino a quel momento di soggetti distinti, per cui la trasformazione non presenta le stesse esigenze di stabilità della fusione (VAIRA, *Comm. sub art. 2500bis cod. civ.* in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, e da G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 2237; BELLO, *Appunti in tema di trasformazione riformata* in *Rivista del notariato*, 2004, p. 941). È stato inoltre affermato che sarebbe stato preferibile estendere alla trasformazione la soluzione adottata dall'art- 2379 *ter* cod. civ. in tema di nullità di deliberazioni assembleari aventi ad oggetto l'aumento di capitale, la riduzione di capitale e l'emissione di un prestito obbligazionario, in quanto la trasformazione, a differenza della fusione, non è un procedimento, per cui non c'è distinzione tra delibera di trasformazione e atto di trasformazione (VAIRA, *op. cit.*, p. 2239). Inoltre, è stato da più parti rilevato il lasso di tempo che intercorre tra l'adozione della delibera di trasformazione e l'iscrizione della stessa nel Registro delle Imprese, nella maggior parte dei casi è così breve da rendere sostanzialmente impraticabile qualsiasi rimedio di natura cautelare (sul punto v., tra gli altri, GUERRERA, *La nuova disciplina delle trasformazioni: profili generali*, cit., p. 745; VAIRA, *op. cit.*, p. 2240; BUFFA DI PERRERO, *Commento sub art. 2500 bis cod. civ.* in *Trasformazione – Fusione – Scissione* a cura di L. A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2006, p. 95). Infatti, l'atto di fusione – al di fuori dei casi previsti dall'art. 2503 cod. civ. – può essere

stessa il rimedio del risarcimento del danno in capo ai soggetti danneggiati dall'operazione<sup>273</sup>, ponendo fine ai dubbi interpretativi che si erano posti anteriormente alla riforma<sup>274</sup>.

---

stipulato solo dopo che siano trascorsi sessanta giorni dall'iscrizione nel Registro delle Imprese dall'ultima deliberazione o decisione di approvazione del progetto di fusione, per cui, nell'intervallo di tempo che intercorre tra l'iscrizione nel Registro delle Imprese delle deliberazioni o delle decisioni di approvazione del progetto di fusione e l'iscrizione dell'atto di fusione – iscrizione questa che deve essere stipulata entro trenta giorni dalla stipulazione dell'atto – gli interessati possono impugnare tali deliberazioni o decisioni per farne pronunciare l'invalidità; nella trasformazione, invece, non vi è distinzione tra delibera o decisione e atto di trasformazione, e dato che la trasformazione acquista efficacia con l'iscrizione nel Registro delle Imprese – salvo il differimento del termine di efficacia per la trasformazione eterogenea – iscrizione che deve essere richiesta entro il termine di trenta giorni dall'adozione della delibera o della decisione, è evidente che, ottenere la pronuncia di invalidità, ed eventualmente un provvedimento cautelare, i legittimati dovranno agire prima dell'iscrizione della delibera o della decisione.

<sup>273</sup> Secondo una recente pronuncia del Tribunale di Torino 30 giugno 2008 in *Rivista del diritto societario*, 2009, p. 591, con nota critica di REVIGLIONE, *La regola dell'intangibilità dell'atto di trasformazione ed il suo ambito di applicazione*, "l'intangibilità degli effetti dell'atto di trasformazione sancita dall'art. 2500-bis si estende alle delibere invalide che risultino prodromiche alla trasformazione o comunque a questa collegate" (nel caso di specie si trattava di una delibera di assemblea di s.r.l. con la quale i soci approvavano il bilancio e disponevano l'azzeramento del capitale ed il successivo aumento, previo abbattimento delle perdite residue).

<sup>274</sup> Secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, il silenzio del legislatore sul punto non poteva che essere inteso come un rinvio al diritto comune. Di conseguenza, in base all'art. 1418 cod. civ., la pronuncia (retroattiva) di invalidità della trasformazione comportava il venir meno della società risultante dalla trasformazione e la reviviscenza della società originaria (in dottrina, tra gli altri, CABRAS, *Le trasformazioni*, cit., p. 234 ss. ed in part. p. 238; ; SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, cit., p. 335; CAGNASSO, *La trasformazione delle società*, cit., p. 155; SCARDULLA, *La trasformazione e la fusione delle società*, cit., p. 215; DE ANGELIS, *La trasformazione delle società*, cit., p. 54.; LEOCATA, *Trasformazione progressiva e sanatoria ex art. 2232 c.c. delle cause di invalidità dell'atto costitutivo* in *Vita Notarile*, 2001, p. 521. In giurisprudenza v. Trib. Santa Maria Capua Vetere 15 aprile 1997 in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 1997, p. 1170 con nota di TERENCE, *Effetti della nullità dell'atto di trasformazione*; Cass. 11 ottobre 1970 n. 1979 in *Massimario Giurisprudenza italiana*, 1970, p. 805; App. Milano 5 dicembre 1967 in *Foro italiano*, 1968, I, p. 795; Trib. Torino 18 dicembre 2000 in *Giurisprudenza italiana*, 2001, I, p. 1673, con nota di IOZZO). Secondo una parte della dottrina ed alcune pronunce giurisprudenziali, (almeno) nell'ipotesi in cui la società risultante dalla trasformazione fosse una società di capitali, la pronuncia di invalidità della trasformazione era da considerarsi preclusa ai sensi dell'art. 2232 cod. civ. (ROMANO-PAVONI, *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milano, 1951, p. 346; PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, 1954, p. 439. In giurisprudenza v. Cass. 10 aprile 1964 n. 829 in *Foro italiano*, 1964, I, p. 932; Trib. Catania 6 dicembre 1962 in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1963, II, p. 192; Trib. Milano 5 luglio 1956, *ivi*, 1956, II, p. 847). Questa tesi è stata criticata dalla maggior parte della dottrina, in base alla considerazione che la trasformazione non è una vicenda estintivo-costitutiva della società, ma una vicenda modificativa di essa, e pertanto all'invalidità della trasformazione non può considerarsi applicabile l'art. 2332 cod. civ. Si è inoltre obiettato che pronuncia di invalidità della trasformazione di società di persone in società di capitali condurrebbe non allo scioglimento e all'estinzione della società (come accade con il meccanismo dell'art. 2332 cod. civ.), ma al

Tuttavia, per la trasformazione eterogenea è da ritenersi che la sanatoria dell'invalidità operi non subito dopo l'esecuzione degli adempimenti pubblicitari prescritti, ma allo scadere del termine previsto dall'art. 2500 *novies* cod. civ. per l'opposizione dei creditori<sup>275</sup>.

Ciò in quanto l'intangibilità di una delibera presuppone che la stessa sia efficace, per cui non sarebbe congruo negare ai legittimati la tutela reale in relazione ad una delibera non ancora produttiva di effetti (anche in considerazione del fatto che, nelle more della scadenza del termine, la delibera potrebbe essere revocata dalla società)<sup>276</sup>.

Occorre adesso verificare se la sanatoria dell'invalidità della trasformazione trovi applicazione anche alle ipotesi non espressamente previste dalla legge<sup>277</sup>, ed in particolare alle trasformazioni eterogenee di e in società di persone.

---

ripristino della struttura organizzativa preesistente alla trasformazione. Infine, secondo un'isolata pronuncia giurisprudenziale, nell'ipotesi in cui la deliberazione di trasformazione fosse stata adottata con il consenso unanime dei soci, la stessa, attraverso il meccanismo della conversione del negozio nullo (art. 1424 cod. civ.) assumeva il valore di atto costitutivo di società (Trib. Roma 13 febbraio 1947 in *Foro italiano*, 1947, I, p. 933) Quest'ultima tesi è stata oggetto di critiche, in quanto la deliberazione di trasformazione è un atto della società, e non può essere considerato un atto personale dei soci, per cui non può trovare applicazione l'istituto della conversione del negozio nullo (sul punto v. FERRI, *Pretesa nullità di una deliberazione di trasformazione da società per azioni in società cooperativa e pretesa conversione della deliberazione nulla in atto costitutivo di una nuova società* in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, III, 2, p. 914 ss.).

<sup>275</sup> Fatte salve ovviamente le ipotesi in cui i creditori abbiano prestato il consenso alla trasformazione o siano stati soddisfatti integralmente.

<sup>276</sup> Sul punto v. GENOVESE, *Le fattispecie tipiche di invalidità* in *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2007, vol. 1, p. 246; IERMANO, *Invalidità delle operazioni straordinarie e principio di stabilità* in *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2007, vol. 4, p. 420.

<sup>277</sup> E' pacifico che la norma trovi applicazione a tutte le ipotesi di trasformazione previste dalla legge. Infatti, sebbene l'art. 2500 1° comma cod. civ. – cui l'art. 2500 *bis* cod. civ. fa rinvio – faccia riferimento esclusivamente alla trasformazione “in società per azioni, in accomandita per azioni o a responsabilità limitata”, ciò non significa che la regola dell'intangibilità dell'atto di trasformazione valga solo per la trasformazione progressiva di società di persone. Tale disposizione, difatti, si limita a prevedere per le trasformazioni progressive la forma dell'atto pubblico (e sarebbe stata superflua un'analogha previsione per la trasformazione regressiva di società di capitali, stante che la stessa deve essere adottata

Al riguardo occorre preliminarmente operare una distinzione tra inefficacia per mancata prestazione del consenso del socio o del componente dell'ente che a seguito della trasformazione assume la responsabilità personale per le obbligazioni collettive, nullità derivante dal mancato rispetto delle regole procedurali che disciplinano la trasformazione e invalidità derivante – a seconda dei casi – dalla mancanza dell'unanimità dei consensi<sup>278</sup> o dal mancato raggiungimento della maggioranza necessaria per la trasformazione<sup>279</sup>.

La prima ipotesi riguarda le operazioni di trasformazione eterogenea in società di persone effettuate senza il consenso di soggetti destinati ad assumere la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali<sup>280</sup>.

Al fine di verificare se la sanatoria dell'invalidità si applica anche a questa ipotesi occorre esaminare brevemente le conclusioni cui

---

mediante delibera di assemblea straordinaria, delibera che richiede la forma dell'atto pubblico). Inoltre, l'art. 2500 2° comma cod. civ. trova applicazione a tutte le ipotesi di trasformazione, sia omogenea sia eterogenea come si desume dal rinvio "alla disciplina prevista per il *tipo* adottato, nonché alla pubblicità richiesta per la cessazione dell'*ente* che effettua la trasformazione". E' quindi da ritenersi che il rinvio che l'art. 2500 *bis* cod. civ. fa all'articolo precedente si riferisca al secondo comma di esso, e non al primo (e neanche al terzo, comma quest'ultimo regolante l'efficacia della trasformazione, e che si applica solo alla trasformazione omogenea). Del resto, una volta affermato il principio dell'intangibilità dell'atto di trasformazione, non si comprenderebbe la *ratio* di un'applicazione restrittiva dello stesso.

<sup>278</sup> Ci si riferisce ai casi di trasformazione eterogenea di società di persone e trasformazione eterogenea di comunione d'azienda e di consorzio e di società di persone consortile in società di persone lucrative.

<sup>279</sup> Ci si riferisce ai casi di trasformazione eterogenea di società cooperativa, società consortile di capitali e associazione in società di persone.

<sup>280</sup> Non invece le operazioni di trasformazione eterogenea in associazione non riconosciuta o in consorzio, in quanto la responsabilità cui si riferisce l'art. 2500 *sexies* cod. civ. è quella che i soci assumono in ragione della loro qualità di soci di s.n.c. o di soci accomandatari di s.a.s., non quella prevista dall'art. 38 cod. civ. per coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione, né quella prevista dall'art. 2614 cod. civ. per il versamento dei contributi dei consorziati. Discorso diverso vale per la trasformazione di società in accomandita semplice in comunione d'azienda, in quanto i comunisti sono istituzionalmente responsabili per le obbligazioni contratte per la conservazione e il godimento della cosa comune, ai sensi degli art. 1104 e 1115 cod. civ. E' quindi da ritenersi che la delibera di trasformazione eterogenea di società in accomandita semplice in comunione di azienda debba essere adottata con il consenso di tutti i soci, compresi i soci accomandanti.

la dottrina è pervenuta sull'interpretazione dell'art. 2500 *sexies* 1° comma cod. civ.

E' noto che la disposizione sopra citata, da un lato, assoggetta la trasformazione di società di capitali in società di persone alle maggioranze previste per le modifiche dello statuto, attribuendo quindi ai soci dissenzienti il diritto di recesso, e dall'altro richiede il consenso dei soci che con la trasformazione assumono la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali.

Il che ovviamente pone il problema di verificare il regime di una delibera di trasformazione in società in nome collettivo assunta senza il consenso unanime dei soci.

Le soluzioni astrattamente prospettabili appaiono essere le seguenti: 1) riqualificazione della delibera di trasformazione in società in nome collettivo in delibera di trasformazione in società in accomandita semplice; 2) invalidità della delibera di trasformazione; 3) inefficacia della delibera di trasformazione.

La soluzione della riqualificazione della delibera di trasformazione non appare sostenibile, in quanto priva di base normativa.

La soluzione dell'invalidità della delibera di trasformazione limiterebbe l'applicazione del principio maggioritario alla trasformazione di società di capitali in società in accomandita semplice – e in società semplice con soci non personalmente responsabili per le obbligazioni sociali – ai quali spetterebbe il diritto di recesso se dissenzienti.

Una delibera di trasformazione di società di capitali in società in nome collettivo – o in società semplice priva di soci non perso-

nalmente responsabili – assunta a maggioranza sarebbe quindi da considerarsi invalidamente adottata.

Tale soluzione non appare convincente, sia in quanto varrebbe a porre nel nulla la portata innovativa del principio posto dall'art. 2500 *sexies* 1° comma cod. civ., sia in quanto non tiene conto del fatto che tale disposizione opera una distinzione tra l'approvazione della delibera di trasformazione e la prestazione del consenso da parte dei soci destinati ad assumere la responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali.

Dalla lettera della norma si può infatti dedurre che una delibera di trasformazione di società di capitali in società di persone può articolarsi in due fasi successive: una prima fase, in cui la delibera viene adottata con le maggioranze richieste dalla legge, ma senza il consenso di (almeno) un socio destinato ad assumere la responsabilità illimitata a seguito della trasformazione; ed una seconda fase, in cui il socio, inizialmente dissenziente, presta il proprio consenso alla trasformazione, rendendola in tal modo efficace<sup>281</sup>.

La tesi preferibile sembra essere quindi quella per cui una delibera di trasformazione di società di capitali in società in nome collettivo assunta a maggioranza, ma senza il consenso di coloro che a seguito della stessa assumono la responsabilità personale per le obbligazioni sociali, deve considerarsi validamente adottata, ma temporaneamente inefficace, nonostante l'iscrizione della stessa nel Registro delle Imprese<sup>282</sup> (alla stessa stregua di quanto avviene nella trasformazione eterogenea).

---

<sup>281</sup> GUERRERA, *La trasformazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 831.

<sup>282</sup> Di diverso avviso GUERRERA, *La trasformazione di società di capitali in società di persone*, cit., p. 832, il quale ritiene non iscrivibile nel Registro delle Imprese una delibera di

In tal modo, i soci che hanno approvato la delibera di trasformazione in società in nome collettivo potranno tentare di convincere il socio dissenziente a prestare il proprio consenso alla trasformazione o, in alternativa, revocare la trasformazione e adottare una nuova delibera di trasformazione in società in accomandita semplice, attribuendo la qualità di accomandante al socio dissenziente (il quale potrà a questo punto esercitare il diritto di recesso).

Orbene, poiché non sembra che sussistano ragioni per negare l'applicazione dello stesso schema logico alla trasformazione eterogenea in società in nome collettivo, si può escludere che la sanatoria della nullità della trasformazione di cui all'art. 2500 *bis* cod. civ. operi in questa ipotesi.

Infatti, ove si consideri che, come si è già detto<sup>283</sup>, l'intangibilità di una delibera presuppone che la stessa sia idonea a produrre effetti, non sarebbe congruo applicare la sanatoria ad una delibera di trasformazione in società in nome collettivo carente di un requisito richiesto dalla legge non ai fini della validità, ma dell'efficacia della stessa, e che potrebbe essere revocata proprio in ragione della negazione del consenso alla trasformazione da parte di un socio destinato ad assumere la responsabilità personale per le obbligazioni sociali<sup>284</sup>.

E' da ritenersi che le stesse considerazioni valgano per l'ipotesi di trasformazione di società di persone in comunione di a-

---

trasformazione regressiva in società di persone anteriormente alla prestazione del consenso da parte di tutti coloro che a seguito della trasformazione sono destinati ad assumere la responsabilità personale per le obbligazioni sociali.

<sup>283</sup> v. p. 134.

<sup>284</sup> E' da ritenersi che la stessa soluzione debba valere anche per la delibera di trasformazione di e in fondazione in assenza dell'autorizzazione dell'autorità governativa competente.

zienda, in quanto i comunisti sono solidalmente responsabili delle obbligazioni contratte per la conservazione e il godimento della cosa comune ai sensi degli artt. 1104 e 1115 cod. civ.

Non sembra invece che si possa affermare altrettanto per la trasformazione eterogenea in associazione non riconosciuta o in consorzio, in quanto la responsabilità cui fa riferimento l'art. 2500 *sexies* cod. civ. non è una responsabilità occasionale, come quella prevista dall'art. 38 cod. civ. per coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione, o come quella prevista dall'art. 2614 cod. civ. per il versamento dei contributi dovuti dai consorziati, ma è una responsabilità istituzionale, che i soci assumono in ragione della loro qualità di soci di società in nome collettivo o di soci accomandatari di società in accomandita semplice.

Occorre adesso esaminare il caso della nullità della trasformazione eterogenea di e in società di persone per il mancato rispetto delle regole procedimentali.

A tal proposito, va preliminarmente rilevato che il problema non ha ragione di porsi nell'eventualità in cui, nonostante il mancato rispetto delle regole legali o statutarie sul procedimento deliberativo – o nonostante la mancata informazione dei soci nell'ipotesi di trasformazione eterogenea di società di persone non regolata statutariamente – i soci o i componenti dell'ente, venuti a conoscenza *aliunde* dell'operazione, prestino ugualmente il consenso al compimento della stessa.

Ciò in quanto la circostanza che alcuni soci o componenti non sono stati informati dell'operazione non ha impedito il formarsi del consenso unanime.

In questo caso non vi è ragione di interrogarsi sull'applicabilità della sanatoria di cui all'art. 2500 *bis* cod. civ., in quanto la partecipazione di tutti i soci alla decisione e del raggiungimento dell'unanimità dei consensi rende valida la trasformazione, alla stessa stregua di quanto accade, *mutatis mutandis*, nell'assemblea totalitaria di società di capitali.

Il problema non ha inoltre ragione di porsi per la trasformazione eterogenea di società cooperativa in società di persone, sia in quanto si tratta di una figura tipica di trasformazione, sia in ragione dell'applicabilità alla società cooperativa della disciplina, a seconda dei casi, della società per azioni o della società a responsabilità limitata.

Per quest'ultima ragione il problema non viene in rilievo neanche nell'ipotesi inversa di trasformazione eterogenea di società di persone in società cooperativa e nell'ipotesi di trasformazione di società di persone lucrativa in società consortile di capitali e viceversa.

Il problema dell'applicabilità dell'art. 2500 *bis* cod. civ. alle trasformazioni eterogenee di e in società di persone assume pertanto rilevanza nelle ipotesi di trasformazione di e in associazione, fondazione, consorzio, società di persone consortile e comunione d'azienda.

Abbiamo già avuto modo di vedere<sup>285</sup> che l'applicabilità della sanatoria dell'invalidità della trasformazione alle operazioni sopra indicate può essere messa in dubbio sulla base del regime pubblicitario cui sono soggetti gli enti interessati dalla trasformazione<sup>286</sup>.

---

<sup>285</sup> v. p. 77.

<sup>286</sup> Di questa opinione PALMIERI, *Autonomia e tipicità nella nuova trasformazione*, cit., p. 120.

E' noto che tali enti sono soggetti ad una pubblicità facoltativa e dichiarativa<sup>287</sup>, fatta eccezione per la fondazione, e la costituzione degli stessi non sempre soggiace al preventivo controllo di legalità del notaio rogante<sup>288</sup>.

Il che indurrebbe a negare l'applicabilità dell'art. 2500 *bis* cod. civ. alle operazioni sopra indicate, qualora si ritenga che la sanatoria dell'invalidità della trasformazione – e, più in generale, la sostituzione dei rimedi a caratteri reale con rimedi a carattere obbligatorio – trova la sua giustificazione nell'ambito di un sistema, quale quello delle società di capitali<sup>289</sup>, caratterizzato dal carattere costitutivo e obbligatorio dell'iscrizione nel Registro delle Imprese dell'atto costitutivo e delle delibere modificative dello stesso, e dalla necessaria attribuzione del controllo di legalità al notaio su tali operazioni.

Qualora si ritenesse di accogliere tale opinione, ne conseguirebbe l'ammissibilità della declaratoria di invalidità della trasformazione, a seguito della quale l'ente risultante dalla trasformazione sarebbe spogliato della veste giuridica acquisita e riacquisterebbe quella preesistente.

Tuttavia, a parere di chi scrive, la tesi che nega l'applicabilità della sanatoria alle trasformazioni eterogenee di e in società di persone non appare condivisibile.

---

<sup>287</sup> Un discorso diverso vale per la comunione d'azienda, che, come si è già avuto modo di vedere, non è soggetta a pubblicità in quanto tale, mentre sono soggette all'obbligo di iscrizione nel Registro delle Imprese le persone fisiche che svolgono l'attività di impresa (vale a dire i coniugi coimprenditori nell'azienda coniugale, l'usufruttuario o l'affittuario di azienda).

<sup>288</sup> E' noto infatti che nelle società di persone tale controllo è meramente eventuale, sia in quanto non la costituzione delle stesse può avvenire anche senza che i patti sociali vengano redatti per iscritto, sia in quanto l'iscrizione della società nel Registro delle Imprese non richiede la costituzione con atto pubblico, essendo sufficiente la scrittura privata autentica.

<sup>289</sup> PALMIERI, *op. ult. cit.*, p. 120.

In primo luogo, quello del carattere facoltativo della pubblicità degli enti interessati dalla trasformazione non è un ostacolo all'applicabilità dell'art. 2500 *bis* cod. civ. all'operazione, in quanto, come si è già detto sia a proposito dell'associazione e del consorzio<sup>290</sup>, sia a proposito delle società di persone<sup>291</sup>, la trasformazione eterogenea presuppone che l'ente trasformando sia sottoposto ad una forma di pubblicità, indipendentemente dal carattere obbligatorio o facoltativo della stessa.

Ciò in quanto l'attivazione del rimedio dell'opposizione dei creditori di cui all'art. 2500 *novies* cod. civ. presuppone che questi ultimi siano messi nelle condizioni di monitorare la situazione complessiva dell'ente loro debitore.

Pertanto, poiché il perfezionamento dell'efficacia della trasformazione avviene nella stessa maniera, indipendentemente dal carattere obbligatorio o facoltativo della pubblicità dell'ente di partenza, e dato che la sanatoria dell'invalidità della trasformazione presuppone che la stessa sia produttiva di effetti<sup>292</sup>, da questo punto di vista nulla osta all'applicazione della stessa una volta decorso il termine per l'esperimento dell'opposizione dei creditori (o qualora si siano verificate le altre condizioni previste dall'articolo 2500 *novies* cod. civ.).

Anche il problema del carattere eventuale del controllo notarile sulla legittimità dell'operazione non ha probabilmente ragione di porsi.

---

<sup>290</sup> v. p. 43.

<sup>291</sup> v. p. 111.

<sup>292</sup> v. p. 134

Infatti, se è vero che per la costituzione dell'ente di partenza non è sempre richiesta la forma dell'atto pubblico, non sembra si possa affermare altrettanto per le operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone.

E' infatti da ritenersi che tali operazioni debbano essere adottate nella forma dell'atto pubblico non solo nell'ipotesi in cui tale forma sia prescritta dalla legge per la costituzione dell'ente trasformando (associazione riconosciuta, fondazione, società cooperativa, società di capitali consortile) o per l'ente risultante dalla trasformazione (associazione non riconosciuta, fondazione, società cooperativa, società di capitali consortile), ma anche nelle rimanenti ipotesi<sup>293</sup>.

Infatti, a chi scrive non sembra che si possa adottare una delibera di trasformazione eterogenea di e in società di persone utilizzando una forma meno rigida rispetto a quella alla quale sarebbe soggetta qualora l'operazione venisse scissa in una preventiva trasformazione – omogenea o eterogenea a seconda dei casi – in società di capitali e in una successiva trasformazione eterogenea di società di capitali.

Va anzi rilevato che, se, come si è detto più volte, le trasformazioni eterogenee atipiche necessitano di una valutazione attenta dell'interprete sia sulla loro ammissibilità in astratto, sia sulla loro legittimità in concreto, non si vede come le stesse possano essere sottratte al controllo notarile, e di conseguenza come possano essere effettuate impiegando una forma diversa da quella dell'atto pubblico.

---

<sup>293</sup> Per l'imprescindibilità del controllo notarile sulle operazioni di fusione aventi come termini di riferimento società di persone ZAMPAGLIONE, *Sulla forma delle decisioni dei soci di società di persone aventi ad oggetto la fusione/scissione tra società di persone e società di capitali* in *Studi e materiali. Consiglio Nazionale del Notariato*, 2007, p. 166, il quale tuttavia considera sufficiente la forma della scrittura privata autenticata.

Il problema del carattere dichiarativo della pubblicità cui sono sottoposti l'ente trasformando e l'ente risultante dalla trasformazione potrebbe costituire un ostacolo all'applicabilità dell'art. 2500 *bis* cod. civ.

Sarebbe infatti possibile sostenere che la sanatoria dell'invalidità della trasformazione trova la sua giustificazione nell'efficacia costitutiva dell'iscrizione nel Registro delle Imprese dell'atto costitutivo della società, delle modifiche statutarie e della cancellazione della stessa.

In quest'ottica, la *ratio* della sanatoria starebbe nella circostanza che per (almeno) uno dei due enti coinvolti nell'operazione l'acquisizione della nuova veste giuridica o la perdita della precedente avviene con effetti *erga omnes* a seguito dell'esecuzione degli adempimenti pubblicitari previsti (*rectius* del verificarsi delle condizioni indicate nell'art. 2500 *novies* cod. civ. dopo l'esecuzione degli adempimenti pubblicitari previsti), mentre un'eventuale declaratoria di nullità di trasformazione comporterebbe la riacquisizione con effetti retroattivi della forma giuridica preesistente alla trasformazione, con tutti i problemi applicativi che ne conseguirebbero.

A sostegno di tale conclusione potrebbe sostenersi che l'art. 2500 *bis* cod. civ. si inserisce nel più generale quadro normativo delle società di capitali, all'interno del quale vi sono diverse disposizioni che, ricorrendo determinate condizioni, precludono la declaratoria di nullità di determinare delibere e sanzionano la loro invalidità con

rimedi di carattere obbligatorio, proprio in ragione della natura della pubblicità cui tali delibere sono soggette<sup>294</sup>.

La sanatoria della nullità della trasformazione non troverebbe quindi applicazione relativamente alle ipotesi di trasformazione eterogenea di società di persone in associazione non riconosciuta, consorzio, società consortile di persone e comunione di azienda (e viceversa).

Ciò in quanto, poiché nessuno degli enti di riferimento è soggetto ad un regime di pubblicità costitutiva, la trasformazione nulla non inciderebbe sulla natura dell'ente, anche dopo l'esecuzione degli adempimenti pubblicitari previsti, per cui non si porrebbe un problema di retroattività della declaratoria di nullità della trasformazione.

A chi scrive, tuttavia, tale conclusione non appare condivisibile.

In primo luogo, si può seriamente dubitare della natura meramente dichiarativa della pubblicità della trasformazione eterogenea di società di persone in associazione, consorzio, società consortile di persone e comunione d'azienda.

Difatti, come non vi è un legame di corrispondenza biunivoca tra la forma richiesta per la costituzione e per la cessazione dell'ente trasformando e dell'ente risultante dalla trasformazione e la forma richiesta per l'atto di trasformazione, così non sussiste tale legame tra la natura della pubblicità della costituzione e della cessazione degli

---

<sup>294</sup> Si fa riferimento all'art. 2379 *ter* cod. civ. in tema di invalidità delle deliberazioni di aumento o di riduzione del capitale e della emissione di obbligazioni; all'art. 2479 *ter* cod. civ. in materia di invalidità delle decisioni dei soci di società a responsabilità limitata; all'art. 2504 *quater* cod. civ. in tema di invalidità della fusione; all'art. 2506 *ter* cod. civ. con riferimento all'invalidità della scissione.

enti coinvolti nella trasformazione e la natura della pubblicità della trasformazione stessa.

Ciò in quanto, come abbiamo già avuto modo di vedere, il perfezionamento dell'efficacia delle trasformazioni eterogenee oggetto della nostra indagine non differisce da quello delle trasformazioni eterogenee tipiche.

In entrambi i casi l'operazione sarà produttiva di effetti *erga omnes* una volta decorso il termine per l'opposizione dei creditori, ovvero al verificarsi delle altre condizioni previste dall'art. 2500 *novies* cod. civ.

Si è detto anzi che il differimento dell'efficacia della trasformazione eterogenea trova la sua *ratio* proprio nell'esigenza di rendere l'operazione efficace *erga omnes*, stante la difficoltà di concepire una trasformazione efficace nei confronti di alcuni e inefficace nei confronti di altri<sup>295</sup>.

Orbene, ciò appare difficilmente compatibile con la natura non costitutiva della pubblicità dell'operazione.

Non si comprenderebbe, infatti, la ragione di rendere la trasformazione efficace *erga omnes*, e di rimandare tale efficacia ad un momento successivo a quello dell'effettuazione della pubblicità, qualora a quest'ultima si volesse attribuire una natura meramente dichiarativa.

E' quindi da ritenersi che la trasformazione eterogenea sia soggetta ad un regime di pubblicità costitutiva anche nell'eventualità in cui nessuno dei due enti coinvolti nell'operazione vi sia autonomamente sottoposto.

---

<sup>295</sup> v. p. 92.

Ciò trova conferma anche nell'art. 2504 *quater* cod. civ., il cui ambito di applicazione comprende tutte le ipotesi di fusione, e quindi anche quelle aventi come termine di riferimento esclusivamente società di persone.

Non sembra infatti possibile sostenere che la sanatoria dell'invalidità della fusione presuppone che almeno una delle società partecipanti alla fusione o la società risultante dalla stessa sia una società di capitali sulla base della natura dichiarativa della pubblicità cui sono sottoposte le società di persone.

Per sostenere tale tesi, occorrerebbe, oltre a dimostrare l'esistenza di un limite all'applicazione dell'art. 2500 *bis* cod. civ. – il che non sarebbe agevole – sostenere che un'operazione di fusione in cui non siano coinvolte società di capitali è sottoposta ad una pubblicità avente natura dichiarativa.

Orbene, ove si consideri che la fusione incide sugli interessi dei creditori sociali in misura ancora più rilevante di quanto avviene nella trasformazione eterogenea, in quanto comporta la concentrazione in capo ad un unico soggetto di beni, debiti, crediti e rapporti giuridici facenti capo a soggetti fino a quel momento distinti, e che il legislatore, al fine di rendere l'operazione efficace *erga omnes*, ne ha posticipato l'attuabilità ad un momento successivo all'iscrizione nel Registro delle Imprese dell'ultima delle delibere di fusione adottate dalle società interessate, non si comprenderebbe la ragione di attribuire natura dichiarativa alla pubblicità relativa ad una operazione di fusione avente come punti di partenza e di arrivo esclusivamente società di persone.

In secondo luogo, anche qualora si negasse la natura costitutiva della pubblicità delle operazioni di trasformazione eterogenea da noi esaminate, ciò non varrebbe ad escludere l'applicabilità alle stesse della sanatoria dell'invalidità di cui all'art. 2500 *bis* cod. civ.

Infatti, se è vero che le norme prima menzionate<sup>296</sup> sono tutte dirette a rendere intangibili determinate delibere soggette ad un regime di pubblicità costitutiva, sarebbe erroneo individuare l'oggetto della tutela di tali disposizioni proprio in tale regime di pubblicità.

Appare infatti generalmente condiviso che il fenomeno della sostituzione dei rimedi a carattere reale con rimedi a carattere obbligatorio, ed in particolare la sanatoria dell'invalidità della trasformazione, trova la sua giustificazione nell'esigenza di assicurare la certezza e la stabilità dell'agire della società e di tutelare l'affidamento dei soci e dei terzi che con la società pongono in essere rapporti giuridici.

Orbene, è evidente che tale esigenza prescinde dalla natura costitutiva o dichiarativa della pubblicità cui è assoggettata l'operazione.

E' chiaro, infatti, che qualora si ammettesse la possibilità di dichiarare la nullità della trasformazione eterogenea di e in società di persone, la società o l'ente riacquisirebbe (*rectius* manterrebbe) la forma giuridica preesistente all'operazione; il che creerebbe un problema di certezza dei rapporti giuridici sia per i soci o per i componenti dell'ente risultante dalla trasformazione, sia per coloro che allo stesso ente hanno concesso crediti.

---

<sup>296</sup> v. nota 294.

In primo luogo, a seguito della declaratoria di invalidità di una trasformazione ad es. di società in nome collettivo in associazione, i soci risponderebbero personalmente e illimitatamente anche per le obbligazioni scaturenti dalle operazioni compiute nell'arco di tempo compreso tra la trasformazione e la sentenza di nullità.

Inoltre, la condizione di non definitività di tale trasformazione porterebbe a considerare inoperante l'art. 10 della legge fallimentare, nella parte in cui preclude la dichiarazione di fallimento per le società decorso un anno dalla cancellazione delle stesse dal Registro delle Imprese<sup>297</sup> – disposizione questa che viene generalmente considerata applicabile alla trasformazione di società di persone in società di capitali<sup>298</sup> – per cui nell'ipotesi di fallimento della società i soci sarebbero soggetti al fallimento in estensione di cui all'art. 147 comma 2 della legge fallimentare.

La declaratoria di nullità di trasformazione eterogenea di società di persone in associazione o in fondazione porrebbe anche il problema della sorte dei contributi e delle obbligazioni eventualmente corrisposti da terzi in seguito all'operazione.

---

<sup>297</sup> Sul punto v. Corte Cost. 12 marzo 1999 n. 66 in *Giurisprudenza Commerciale*, 1999, II, p. 494, la cui massima recita: "E' infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 147, commi 1 e 2, r. d. 16 marzo 1942, n. 267, in riferimento all'art. 3, comma 1 Cost. nel senso che il fallimento dell'ex socio illimitatamente responsabile di società commerciale di persone può essere dichiarato solo entro il termine di un anno dallo scioglimento del rapporto sociale, fissato dagli artt. 10 e 11 r. d. 16 marzo 1942, n. 267. Il principio di certezza impone che l'ammissibilità del fallimento dell'ex socio sia circoscritta entro un limite temporale, che va quantificato analogicamente nel termine annuale stabilito dagli artt. 10 e 11 r. d. 16 marzo 1942, n. 267, per l'imprenditore cessato o defunto."

<sup>298</sup> Cass. 6 febbraio 2002 n. 1593 in *Vita Notarile*, 2002, p. 910; App. Bologna 11 febbraio 2003 in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali* con nota di PATTI, *Fallibilità e responsabilità illimitata dei soci di società personale trasformata: una non necessaria coincidenza*, 2003, p. 1309; Trib. Cassino 21 gennaio 2000 (decr.) in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2000, p. 173, con nota di DI GRAVIO, *Il decorso dell'anno per il fallimento dei soci illimitatamente responsabili di una società di persone trasformata in società di capitali*.

Infatti, la conseguenza sarebbe probabilmente l'obbligo per i soci di restituire quella parte di contributi non ancora utilizzati per lo svolgimento dell'attività istituzionale dell'associazione o della fondazione risultante dalla trasformazione successivamente dichiarata nulla.

Anche nell'ipotesi di nullità di trasformazione eterogenea in società di persone si porrebbero dei problemi per i componenti dell'ente trasformato.

Si pensi ad es. alla trasformazione di associazione in società di persone, a seguito della quale i soci hanno percepito utili; in questo caso, il divieto di distribuzione degli utili nelle associazioni di cui all'art. 24 cod. civ., a seguito della declaratoria di nullità della trasformazione, comporterebbe per gli associati l'obbligo di restituire gli utili indebitamente percepiti.

Le stesse considerazioni potrebbero valere per la trasformazione di consorzio o di società di persone consortile in società di persone lucrativa, qualora si condividesse la tesi che considera inammissibile la distribuzione degli utili ai consorziati e ai soci di società consortili.

Quanto ai terzi, basti pensare che questi potrebbero avere concesso credito all'ente risultante dalla trasformazione in considerazione della forma giuridica assunta da quest'ultimo a seguito dell'operazione.

Il che risulta evidente nell'ipotesi di trasformazione eterogenea in società di persone, in quanto chi concede credito alla stessa tiene conto non solo del patrimonio sociale, ma anche del patrimonio personale dei soci che rispondono personalmente delle obbligazioni

sociali, mentre con la sentenza di nullità della trasformazione verrebbe meno la responsabilità solidale dei soci anche per le obbligazioni contratte nell'arco di tempo compreso tra la trasformazione e la sentenza, stante l'efficacia retroattiva di quest'ultima.

La mancanza di un legame tra le ipotesi di sanatoria di nullità previste dal codice civile e la natura costitutiva della pubblicità prevista per le operazioni in oggetto trova una conferma anche nell'art. 2434 *bis* cod. civ., in tema di invalidità della delibera di approvazione del bilancio.

Tale disposizione, infatti, preclude l'azione di nullità della delibera di approvazione del bilancio a partire non dal deposito presso il Registro delle Imprese di copia dello stesso e degli altri documenti indicati all'art. 2435 cod. civ., bensì dall'approvazione del bilancio dell'esercizio successivo.

Ciò in quanto il legislatore, come si desume dall'art. 2434 *bis* cod. civ. ult. comma, ha inteso evitare di porre in capo agli amministratori l'obbligo di risottoporre all'assemblea la delibera di approvazione del bilancio oggetto dell'impugnativa – e di quelli successivi – ritenendo sufficiente l'adeguamento del contenuto del bilancio dell'esercizio nel corso del quale viene dichiarata l'invalidità alle ragioni di questa.

E' evidente che tale esigenza si presenta a partire dall'approvazione del bilancio relativo all'esercizio successivo, e che prescinde dall'esecuzione degli adempimenti pubblicitari prescritti dal codice civile.

Il che dimostra l'inesistenza di un legame di corrispondenza biunivoca tra le ipotesi di sanatoria di invalidità previste dal diritto

societario e la prescrizione di adempimenti pubblicitari aventi natura costitutiva.

Alla luce di tali considerazioni sembra potersi affermare che la sanatoria di cui all'art. 2500 *bis* cod. civ. trova applicazione non solo alle operazioni di trasformazione espressamente previste dalla legge, ma anche a quelle che, pur non essendo espressamente menzionate dal legislatore, sono da considerarsi ammissibili, e quindi anche alle trasformazioni eterogenee di e in società di persone.

Ciò trova conferma anche nelle conclusioni cui la dottrina più moderna è pervenuta con riferimento al regime dell'invalidità delle deliberazioni di società di persone<sup>299</sup>.

E' noto, infatti, che, secondo l'opinione seguita dagli Autori che si sono occupati di tale problematica, in presenza di vizi procedurali in una delibera di società di persone<sup>300</sup> – ed in particolare

---

<sup>299</sup> PISANI, *Società di persone "a struttura corporativa"*, cit., p. 86 ; ID., *Le modifiche del contratto di società di persone*, cit., p. 694; FIGÀ-TALAMANCA – SPADA, cit., p. 68 (i quali, con riferimento ad una delibera modificativa dei patti sociali assunta senza il consenso di tutti i soci – diversa dalla trasformazione progressiva in società di capitali, dalla fusione e dalla scissione – affermano che i soci dissenzienti hanno il diritto di recesso, ed in particolare che la modifica dello statuto effettuate senza il loro consenso costituisce giusta causa di recesso); MIRONE, *Le decisioni dei soci nella s.r.l.*, cit., p. 515; COTTINO-WEIGMANN, *Le società di persone* in COTTINO-SARALE-WEIGMANN, *Società di persone e consorzi Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. 3, Padova, 2004, p. 470, p. 167; ROMANO-PAVONI, *op. cit.*, p. 333 ss.; COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*, vol. I, t. 2°, p. 94, Padova, 1999; CAGNASSO, *La società semplice* in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, vol. 6, p. 171, Torino, 1998; CODAZZI, *op. cit.*, 147.

<sup>300</sup> In particolare, anteriormente alla riforma la dottrina distingueva tra società di persone conformi al modello legale e società di persone "a struttura corporativa", vale a dire società dotate di un'organizzazione simile a quella prevista dalla legge per le società di capitali, e dotate di una disciplina convenzionale sul procedimento deliberativo, e riteneva applicabile a queste ultime la disciplina posta dagli artt. 2377-2379 cod. civ. (in tal senso PISANI *Società di persone "a struttura corporativa"*, cit., p. 86; COTTINO, *op. ult. cit.*, p. 94; CAGNASSO, *op. ult. cit.*, p. 171; di diverso avviso ROMANO-PAVONI, *op. cit.*, p. 333 ss., il quale ritiene applicabili analogicamente le norme dettate per le società per azioni anche nell'ipotesi in cui i patti sociali tacciono sul procedimento deliberativo, e la delibera sia stata adottata senza che tutti i soci siano stati avvertiti della convocazione dell'assemblea). La dottrina posteriore alla riforma ritiene invece applicabile alle società di persone la disciplina prevista dall'art. 2479 *ter* cod. civ. in tema di invalidità delle decisioni dei soci di società a responsabilità limitata, anche nell'ipotesi in cui i patti sociali tacciono sul procedimento deliberativo. Ciò in quanto il regime previsto dalla disposizione sopra citata trova applicazione sia

in una delibera modificativa dei patti sociali – si applica analogicamente la disciplina dell’invalidità delle delibere delle società di capitali<sup>301</sup>, mentre non vi è spazio per l’applicazione delle norme sull’invalidità negoziale<sup>302</sup>.

Un’ulteriore conferma dell’applicabilità della sanatoria di cui all’art. 2500 *bis* cod. civ. alle delibere di trasformazione eterogenea di e in società di persone invalide per vizi procedimentali, a parere di chi scrive, può riscontrarsi nelle conclusioni cui parte della dottrina e della giurisprudenza sono pervenute in merito agli effetti della nullità dell’atto costitutivo di società di persone.

E’ risaputo, infatti, che, mentre è generalmente condivisa l’opinione che considera inapplicabile l’art. 2332 cod. civ.<sup>303</sup> all’atto costitutivo di società di persone nell’ipotesi in cui la stessa non abbia

---

alle decisioni adottate con il metodo assembleare, sia a quelle assunte con il metodo delle consultazioni scritte o del consenso espresso per iscritto (sul punto v. PISANI, *Le modifiche del contratto di società di persone*, cit., p. 694; MIRONE, *Le decisioni dei soci nella s.r.l.*, cit., p. 515; COTTINO-WEIGMANN, *Le società di persone*, p. 167; ZANARONE, *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma in Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2007, vol. 1, p. 94).

<sup>301</sup> La tesi viene generalmente sostenuta sulla base della disciplina dell’esclusione del socio di società di persone di cui all’art. 2287 cod. civ., che attribuisce al socio escluso un termine di trenta giorni dalla comunicazione per opporsi alla decisione; e dell’art. 2264 2° comma cod. civ., regolante l’impugnativa della determinazione del terzo della parte di ciascun socio nei guadagni e nelle perdite, che attribuisce ai soci che si ritengono lesi un termine di tre mesi dalla comunicazione per l’impugnazione, e preclude quest’ultima al socio che ha volontariamente eseguito la determinazione del terzo. Sul punto v. PISANI, *Società di persone “a struttura corporativa”*, cit., p. 77 ss., ed ulteriori riferimenti bibliografici in nota.

<sup>302</sup> In giurisprudenza, tuttavia si registra la sentenza della Cassazione del 7 giugno 2002 n. 8276 in *Giustizia civile*, 2003, I, p. 1053, con nota critica di BERTOLOTTI, *Assemblea e invalidità delle deliberazioni nelle società di persone*, la cui massima recita: “Nelle società di persone l’invalidità delle deliberazioni assembleari è disciplinata dai principi generali sugli atti negoziali plurisoggettivi, restando esclusa l’applicabilità degli artt. 2377 e 2379 c.c.

<sup>303</sup> In base al quale la dichiarazione di nullità della società: è preclusa nell’ipotesi in cui la causa di essa sia stata eliminata mediante una modifica dell’atto costitutivo; non pregiudica l’efficacia degli atti compiuti in nome della società a seguito dell’iscrizione della stessa nel Registro delle Imprese; non libera i soci dall’obbligo di eseguire i conferimenti dovuti e non dà luogo al diritto alla restituzione dei conferimenti già effettuati.

ancora iniziato l'attività<sup>304</sup>, vi è discordanza di opinioni relativamente all'ipotesi in cui la società sia già operante.

Invero, all'opinione che nega l'applicabilità dell'art. 2332 cod. civ. alle società di persone, considerandola norma eccezionale<sup>305</sup> – opinione che si basa principalmente sul carattere facoltativo e dichiarativo della pubblicità delle società di persone, oltreché sulla mancanza di personalità giuridica delle stesse – si contrappone la tesi secondo cui, qualora alla conclusione del contratto sociale abbia fatto seguito la creazione di una struttura organizzativa in grado di porre in essere operazioni con terzi, e che con terzi abbia operato, la nullità dell'atto costitutivo comporta l'eliminazione della società dal mondo giuridico dal momento della declaratoria di nullità, ma non vale a porre nel nulla l'attività svolta dalla società con i terzi fino al quel momento<sup>306</sup>.

---

<sup>304</sup> Ciò in quanto la società non ha ancora acquisito diritti, assunto obbligazioni e concluso negozi giuridici, per cui l'invalidità dell'atto costitutivo comporta solo la necessità di definire i rapporti tra i contraenti. Quindi, nulla osta all'applicazione dell'art. 1418 cod. civ., per cui la sentenza che accerta la nullità del contratto sociale ha efficacia *ex tunc*, e a seguito della stessa i contraenti avranno diritto alla liberazione dall'obbligo di eseguire i conferimenti promessi ed alla restituzione di quelli già eseguiti.

<sup>305</sup> Tra gli altri v. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese*, cit., p. 203; FERRARA e CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, p. 297; FERRI, *Le società*, cit., p. 106; RAGUSA MAGGIORE, *Trattato delle società. La società in generale. La società di persone*, Padova, 2000, p. 415; GHIDINI, *Le società personali*, Padova, 1972, p. 891.

<sup>306</sup> Tra gli altri v. ASCARELLI, *Contratto plurilaterale; comunione di interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci* in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 345 ss.; CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 73; ANGELICI, *La società nulla*, cit., p. 285 ed in part. p. 381; COTTINO, *Considerazioni sulla disciplina dell'invalidità della società di persone* in *Rivista di diritto civile*, 1963, I, p. 301; AMATUCCI, *Comunione e società*, cit., p. 250; ARENA, *Contributo allo studio dell'invalidità del contratto sociale e della sopravvivenza della società* in *Rivista delle società*, 1970, p. 280 ss.; FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, p. 349 ss.; PALMIERI, *La nullità della società* in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. F. Colombo e G. B. Portale, Torino, 2004, vol. I, p. 490 ss.; ID., *Conferimenti immobiliari ed invalidità nelle società di persone* in *Rivista delle società*, 1992, p. 1405 ed in part. 1435 ss.; BELVISO, *La nullità delle società di persone in Il ruolo attuale delle società di persone e le prospettive di riforma della disciplina codicistica* a cura di F. Di Sabato, Napoli, 1993, p. 92 ss.; SACCÀ, *Impresa individuale e societaria illecita*, 1988, p. 165 ss. ed in part. p. 190 ss.; GENTILE, *Dall'invalidità delle società personali all'invalidità degli enti associativi* in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2004, I, pp. 772 ss.

Quest'ultima tesi, che ha trovato largo seguito in giurisprudenza<sup>307</sup>, appare senz'altro quella preferibile, sia in quanto la disciplina dell'invalidità del contratto è inidonea a regolare gli effetti dell'invalidità del contratto costitutivo di società di persone, sia in quanto trova un supporto normativo nella disciplina dell'invalidità del G.E.I.E.<sup>308</sup> e della società tra avvocati<sup>309</sup>.

Da tali norme sembra potersi dedurre l'esistenza di un principio generale di intangibilità dell'attività economica dalla società o dall'ente nell'ipotesi in cui venga dichiarata l'invalidità dello stesso.

Pertanto, a seguito della dichiarazione di nullità dell'atto costitutivo di società di persone: 1) gli atti posti in essere dalla società rimangono in vita; 2) i soci rimangono obbligati ad eseguire i conferimenti promessi, e non possono pretendere la restituzione di quelli effettuati; 3) permane la responsabilità personale dei soci per le obbligazioni assunte dalla società; 4) si apre il procedimento di liquidazione della società<sup>310</sup>.

In sintesi, anche nelle ipotesi non direttamente regolate dall'art. 2332 cod. civ., l'invalidità del contratto non comporta il ripristino della situazione giuridica preesistente alla conclusione del contratto stesso (*rectius* all'inizio dello svolgimento dell'attività economica da parte della società o dell'ente nascente dal contratto stesso), ma dà luogo all'applicazione di rimedi di diversa natura, tutti

---

<sup>307</sup> Trib. Milano 02/10/1984 in *Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 1985, p. 58; Trib. Monza 26/08/1991 in *Foro italiano*, 1992, I, p. 3146.

<sup>308</sup> Difatti, in base all'art. 8 del D. Lgs. 23/07/1991 n. 240 la sentenza che dichiara la nullità a norma dell'art. 15 Reg. CEE 25/07/1985 n. 2137 nomina uno più liquidatori, determinandone i poteri.

<sup>309</sup> Infatti, l'art. 20 del D. Lgs. 02/02/2001 detta per gli effetti dell'invalidità delle società tra professionisti la stessa disciplina prevista per le società per azioni.

<sup>310</sup> Sarà inoltre possibile evitare la dichiarazione di nullità attraverso la sanatoria di cui all'art. 2332 comma 5 cod. civ.

mirati alla tutela dell'interesse di coloro che hanno compiuto operazioni con la società ed alla salvaguardia dell'esigenza di certezza dei traffici giuridici.

Orbene, a parere di chi scrive, tale ragionamento può essere esteso, *mutatis mutandis*, all'invalidità della trasformazione eterogenea di e in società di persone.

Difatti, se l'esigenza di tutela degli interessi sopra ricordati deve condurre a ritenere inapplicabile, in caso di dichiarazione di nullità del contratto sociale, la disciplina della comunione ordinaria, anche nei casi non direttamente regolati dall'art. 2332 cod. civ., non si vede perché l'invalidità della trasformazione debba dare luogo, sia pure nei casi non espressamente previsti dalla legge, al ripristino della forma giuridica anteriore alla trasformazione.

E' evidente, infatti, che l'interesse di chi pone in essere negozi giuridici con una società o concede credito alla stessa merita la stessa tutela sia nell'ipotesi in cui tali operazioni siano state concluse a seguito di costituzione di società poi dichiarata nulla, sia a seguito di trasformazione eterogenea invalida.

Alla luce di tali considerazioni, si può in conclusione affermare l'applicabilità della sanatoria dell'invalidità della trasformazione di cui all'art. 2500 *bis* cod. civ. alle operazioni di trasformazione eterogenea di e in società di persone.

Le considerazioni fatte in precedenza inducono a ritenere applicabile la sanatoria di cui all'art. 2500 *bis* cod. civ. anche all'ipotesi di delibera di trasformazione eterogenea di e in società di persone adottata senza il consenso unanime dei soci o dei componenti

dell'ente o in assenza della maggioranza dei consensi previsti dalla legge.

E' noto, infatti, che in base al nuovo testo dell'art. 2377 5° comma cod. civ., costituiscono cause di annullabilità l'invalidità di singoli voti o il loro errato conteggio, qualora siano stati determinanti ai fini del raggiungimento della maggioranza richiesta dalla legge per l'adozione della delibera, per cui è da considerarsi preclusa l'opinione che riteneva inesistenti le delibere adottate in assenza di tale requisito, in quanto non ascrivibili alla società, e conseguentemente considerava inapplicabili a tali delibere le sanatorie previste dalla legge<sup>311</sup>.

---

<sup>311</sup> E' noto infatti che, relativamente ai vizi delle deliberazioni assembleari, la giurisprudenza anteriore alla riforma aveva introdotto, accanto alle categorie della nullità e dell'annullabilità, la categoria dell'inesistenza.. In quest'ottica, perché una delibera potesse essere considerata nulla o annullabile, la stessa doveva presentare tutti i requisiti (ritenuti) essenziali per poter essere considerata ascrivibile alla società. Pertanto, in mancanza di tali requisiti, la delibera veniva considerata non adottata, e alla stessa non veniva applicata la disciplina della nullità o dell'annullabilità, con particolare riferimento alle preclusioni all'impugnazione della stessa. Sul punto v. Cass. 13 gennaio 1987 n. 133 in *Giurisprudenza italiana*, 1987, I, 1, p. 1764; Cass. 14 gennaio 1993 n. 403 in *Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 1993, p. 484; Cass. 10 marzo 1999 n. 2053, *ivi*, 1999, p. 947. In particolare, alla categoria dell'inesistenza si è fatto ricorso nelle ipotesi di mancato raggiungimento delle maggioranze richieste dalla legge (Cass. 13 gennaio 1987 n. 133, *cit.*; Trib. Como 2 agosto 1999 in *Giurisprudenza italiana*, 1999, p. 2097; Trib. Pisa 8 gennaio 1997 in *Giurisprudenza Commerciale*, 1998, II, p. 382, Trib. Napoli 7 luglio 1988, *ivi*, 1990, II, p. 355), di difetto assoluto di convocazione (Cass. 22 agosto 2001 n. 11186 in *Foro italiano*, 2002, I, p. 1483; Cass. 15 marzo 1986 n. 1768 in *Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 1986, p. 850) e di mancata verbalizzazione della delibera (Cass. 4 dicembre 1990 n. 11601 in *Giurisprudenza italiana*, 1991, I, 1, p. 1408), vizi, che, come è noto, sono stati qualificati dal legislatore della riforma come mere cause di annullabilità; il che manifesta la chiara volontà del legislatore di escludere la possibilità che si continui a fare ricorso alla categoria dell'inesistenza (intento che viene manifestato anche nella Relazione di accompagnamento al D. Lgs. 6/2003). Va segnalato che, secondo una dottrina (CIAN, *Invaldità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario* in *Rivista delle società*, 2004, p. 759 ss.) anche a seguito della riforma sussistono margini di applicabilità della categoria dell'inesistenza (in particolare l'Autore fa riferimento al caso della delibera falsamente verbalizzata a seguito di riunione mai tenutasi).

## BIBLIOGRAFIA

- ABBADESSA P., *Comunione legale e costituzione di società in Vita notarile*, 1979, p. 65
- ABBADESSA P., *Nullità della società per mancanza dell'atto costitutivo (art. 2332, n. 1 cod. civ.) in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1974, II, p. 172
- ABRIANI N., *Prestito obbligazionario e limiti "impliciti" alla trasformazione delle società in Giurisprudenza commerciale*, 1996, I, pp. 760 ss
- ALBERGO M., *Società fra coniugi in regime di comunione dei beni in Vita notarile*, 1992, p. I
- AMATUCCI A., *Società e comunione*, Napoli, 1971
- ANGELICI C., *La società nulla*, Milano, 1975
- ANGELICI C., *Società, persona e impresa in Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007.
- ASCARELLI T., *Contratto plurilaterale; comunione di interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci in Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955,
- AULETTA G., *Affitto di azienda sociale. Trasformazione di società in comunione in Foro italiano*, 1948, I, c. 351
- AULETTA G., *Impresa e azienda coniugale in Banca borsa titoli di credito*, 1984, I, c. 425
- BASILAVECCHIA M., *"Trasformazione" di società di persone in ditta individuale in Corriere Tributario*, pp. 3265
- BELLEZZA E., *Trasformazioni eterogenee atipiche di enti non profit in La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma*

*del diritto societario e enti non profit* a cura di A. Zoppini e M. Maltoni, Padova, 2007, p. 149

BELLO A., *Appunti in tema di trasformazione riformata* in *Rivista del notariato*, 2004, p. 937

BELVISO U., *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2007, vol. 4, p. 651

BELVISO U., *La nullità delle società di persone in Il ruolo attuale delle società di persone e le prospettive di riforma della disciplina codicistica* a cura di F. Di Sabato, Napoli, 1993

BENESPERI C., *Trasformazione eterogenea: da società di persone in impresa individuale?* in *Giurisprudenza commerciale*, 2007, II p. 1132

BERTOLOTTI G., *Assemblea e invalidità delle deliberazioni nelle società di persone* in *Giustizia civile*, 2003, I, p. 1054

BERTOLOTTI G., *Responsabilità dei soci, tutela dei creditori e limiti di operatività nella fusione eterogenea* in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1996, II, p. 311

BIN M., *La piccola impresa industriale*, Bologna, 1983

BOCCHINI E., *Beneficio d'inventario ed esercizio dell'impresa* in *Giustizia civile*, 1967, I, p. 812

BOERO P., *Sulla "trasformazione" di società di persone in impresa individuale* in *Giurisprudenza commerciale*, II, p. 262

BONAVERA E., *Comunione d'azienda e società di fatto* in *Giurisprudenza commerciale*, 1988, II, p. 381

BONFANTE G., *Ampla libertà di utilizzo della trasformazione* in *Diritto e pratica delle società*, 6 febbraio 2004, n. 2, p. 55

- BONFANTE G., *Commento sub art. 2511 cod. civ.* in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, e da G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 2374
- BONFANTE G., *Cooperative: la riforma trova un compromesso sulla trasformazione* in *Diritto e pratica delle società*, 17 marzo 2003, n. 5, p. 6
- BORGIOLI A., *ConSORZI e società consortili* in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo continuato da L. Mengoni, vol. XLI, t. 3, Milano, 1985
- BRANCA G. , *Della comunione* in *Commentario del codice civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1982
- BUFFA DI PERRERO E., *Comm. sub art. 2500 bis cod. civ.* in *Trasformazione – Fusione – Scissione* a cura di L. A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari Milano, 2006, vol. 10, p. 87
- BUONOCORE V., *Le modificazioni dell'impresa societaria* in *La riforma del diritto societario* a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, p. 211.
- BUONOCORE V., *Le società. Disposizioni generali* in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995
- BUONOCORE V., *Società in nome collettivo* in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1995
- BUSNELLI F., *Impresa familiare e azienda gestita da entrambi i coniugi* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1976, p. 1397
- CABRAS G., *Le opposizioni dei creditori nel diritto delle società*, Milano, 1978
- CABRAS G., *Le trasformazioni* in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 7\*\*\*, Torino, 1997

- CABRAS G., *Sulla trasformabilità dei consorzi in fondazione in Vita notabile*, 2006, p. 1135
- CAGNASSO O., *Comm. sub artt. 2500 ter-2500 quinquies cod. civ. in Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, e da G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna, 2004 p. 2256
- CAGNASSO O., *La società semplice in Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, vol. 6, Torino, 1998
- CAGNASSO O., *La trasformazione delle società in Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990
- CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale, 2 – Diritto delle società* a cura di M. Campobasso, Torino, 2006
- CAMPOBASSO G. F., *La costituzione della società per azioni in Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2003, p. 283
- CARDUCCI ARTENISIO A., *Associazioni e fondazioni come forme organizzative d'impresa: frammenti di disciplina in tema di trasformazione eterogenea e prospettiva di riforma in Vita notabile*, 2005, p. 1106.
- CARNELUTTI F., *Azienda commerciale in comunione in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1915, II, p. 726
- CARRABBA A., *Scopo di lucro e autonomia privata: la funzione delle strutture organizzative*, Napoli, 1994
- CARRARO G., *Trasformazioni eterogenee: note introduttive in Rivista di diritto civile*, 2006, p. 429
- CARRARO G., *Questioni in tema di trasformazione eterogenea e pubblicità in Giurisprudenza italiana*, 2008, I, 1, p. 666

- CARRATO A., *Comunione incidentale ereditaria e società di fatto* in *Vita notarile*, 1999, p. 631
- CETRA A., *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003
- CETRA A., *Le trasformazioni "omogenee" ed "eterogenee"* in *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, 2007, vol. 4, p. 131
- CHIOMENTI F., *La determinazione della quota del socio di una mutua assicuratrice al fine della assegnazione delle azioni nel caso di trasformazione della mutua in società azionaria* in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1999, p. 55
- CIAN M., *Invalidità e inesistenza delle deliberazioni e delle decisioni dei soci nel nuovo diritto societario* in *Rivista delle società*, 2004, p. 759
- CIAN M., *Società di mero godimento tra azione in simulazione e Durchgriff* in *Giurisprudenza commerciale*, 1998, II, p. 443
- CODAZZI E., *Note in tema di collegialità e di invalidità delle delibere assembleari nelle società personali* in *Giurisprudenza commerciale*, 2002, I, p. 144
- COLUCCI F., *La tutela dei creditori sociali nella fusione eterogenea* in *Giurisprudenza commerciale*, 1996, II, p. 9
- COLUSSI V., *Azienda coniugale e disciplina dell'impresa* in *Rivista di diritto civile*, 1976, I, p. 609
- CORSI F., *Azienda coniugale, comunione legale e società* in *Giurisprudenza commerciale*, 1975, I, p. 615
- CORVESE C., *La trasformazione eterogenea in società di capitali*, Milano, 2005

- CORVESE C., *Mutamento dello scopo sociale e trasformazione eterogenea: due diverse fattispecie, un'unica disciplina* in *Foro italiano*, 2006, I, p. 2890
- COSTI R., *Impresa familiare, azienda coniugale e "rapporti con i terzi" nel nuovo diritto di famiglia* in *Giurisprudenza commerciale*, 1976, I, p. 11
- COTTINO G., *Considerazioni sulla disciplina dell'invalidità della società di persone* in *Rivista di diritto civile*, 1963, I, p. 273
- COTTINO G., *Le società. Diritto commerciale*, vol. I, t. 2°, Padova, 1999
- COTTINO G., *Nota a Cass. 12 giugno 1996 n. 5416* in *Giurisprudenza italiana*, 1996, I, 1, c. 1182.
- COTTINO G. – WEIGMANN R., *Le società di persone* in COTTINO G. – SARALE M. – WEIGMANN R. *Società di persone e consorzi* in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. 3, Padova, 2004, p. 3
- D'AGOSTINO S., *La trasformazione eterogenea, ivi*, 2008, p. 349
- D'ALESSANDRO F., *Contratto sociale simulato e "superamento" della personalità giuridica in una sentenza della Corte Suprema Giustizia civile*, 1989, II, p. 1200
- D'ATTORRE G., *Comunione di impresa, società di fatto e trattamento dei creditori* in *Giurisprudenza commerciale*, 2010, II, p. 656
- DE ANGELIS L. *La trasformazione nella riforma del diritto societario* in *Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2003, p. 383
- DE ANGELIS L., *La trasformazione delle società*, Milano, 1988
- DE ANGELIS L., *Trasformazioni eterogenee: sottintesi e reticenze della legge di riforma* in *Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2005, p. 1220

- DE LUCA N., *Trasformazioni eterogenee: l'anomalia della trasformazione delle mutue assicuratrici in società per azioni* in *Vita notarile*, 2000, p. LIII
- DE RUBERTIS G., *Comunione legale di azienda e società di fatto* in *Vita notarile*, 1979, p. 94
- DE STASIO V., *La trasformazione delle cooperative cooperative* in *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2007, vol. 4, p. 189
- DETTI V., *Impresa e azienda nella comunione legale dei coniugi e impresa familiare* in *Rivista del notariato*, 1975, p. 780
- DI CHIO G., *Simulazione del contratto costitutivo di società di capitali in Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 1992, p. 1091
- DI GRAVIO D., *Il decorso dell'anno per il fallimento dei soci illimitatamente responsabili di una società di persone trasformata in società di capitali* in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2000, p. 173
- DI RIENZO M., *Gli effetti della riforma sulla disciplina delle società consortili* in *Rivista delle società*, 2006, p. 205
- DI SABATO F., *Diritto delle società*, Milano, 2003
- DI SABATO F., *Società in generale. Società di persone* in *Trattato del Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 2004
- DOMENICHINI G., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, Milano, 1993
- DONATO A., *La trasformazione: delle società di persone, delle società di capitali, l'atto e la sua pubblicità. La trasformazione eterogenea* in AA. VV., *La riforma delle società. Aspetti applicativi* a cura di A. Bortoluzzi, Torino, 2004, p. 513

- DOSSETTO M *Impresa, società, comunione in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1949, II, p. 353
- FERRARA E., *Trasformazione eterogenea da società in nome collettivo unipersonale in impresa individuale in Rivista di diritto dell'impresa*, 2006, p. 399
- FERRARA G. – CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001
- FERRERO P., *Comunione incidentale d'azienda e società di fatto in Giurisprudenza commerciale*, 1977, II, 246
- FERRI G., *Impresa coniugale e impresa familiare nel nuovo diritto in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1976, I, p. 1
- FERRI G., *Le società in Trattato di diritto civile* diretto da F. Vassalli, vol. X, t. 3, Torino, 1985
- FERRI G., *Pretesa nullità di una deliberazione di trasformazione da società per azioni in società cooperativa e pretesa conversione della deliberazione nulla in atto costitutivo di una nuova società in Scritti giuridici*, Napoli, 1990, III, 2, p. 914
- FERRI JR G., *Le nuove trasformazioni omogenee in Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. 3. t. 3, p. 2497.
- FERRO-LUZZI P., *I contratti associativi*, Milano, 1971
- FICOCELLI G., *Sopravvenuta impossibilità dell'oggetto sociale. Società di comodo, simulazione o nullità*, in *Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2008, p. 1027
- FIGA' TALAMANCA G. – SPADA P., *Profili contrattuali delle società di persone: forma, formalità e modificazioni in Rivista di diritto privato*, 2009, fasc. 4, p. 33
- FINOCCHIARO A. e M., *La riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1984

- FOSCHINI M., *Accettazione dell'eredità con beneficio di inventario e destinazione, da parte dei coeredi, dell'azienda ereditata all'esercizio di un'impresa commerciale* in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1964, II, p. 389
- FRANCH G., *Comm. sub art. 2500 novies cod. civ. in Trasformazione – Fusione – Scissione* a cura di L. A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, vol. 10, p. 399, Milano, 2006
- FRANCH G., *Comm. sub art. 2500 octies cod. civ. in Trasformazione – Fusione – Scissione* a cura di L. A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, vol. 10, p. 329, Milano, 2006
- FRANCH G., *Comm. sub art. 2500 septies cod. civ. in Trasformazione – Fusione – Scissione* a cura di L. A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, vol. 10, p. 257, Milano, 2006
- FRUMIGLI F., *Non può chiedersi la conversione in quota di s.r.l. delle obbligazioni emesse da s.p.a. a seguito della sua trasformazione* in *Corriere giuridico*, 1995, p. 696
- FUSARO A., *Le trasformazioni eterogenee: un'apertura delle frontiere tra società lucrative ed enti non profit?* in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, p. 73
- FUSARO A., *Trasformazioni eterogenee, fusioni eterogenee ed altre interferenze della riforma del diritto societario sul "terzo settore"* in *Contratto e impresa*, 2004, p. 294
- GALGANO F., *Comunione di impresa, società di fatto e conferimento immobiliare* in *Contratto e impresa*, 1988, p. 689

- GALGANO F., *Delle persone giuridiche in Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, 2006
- GALGANO F., *Diritto commerciale. 2. Le società*, Bologna, 2003
- GALGANO F., *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova, 1960
- GALGANO F., *Le società in genere. Le società di persone in Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, vol. XXVIII, Milano, 1982
- GAMBINO A., *La mutualità assicurativa domani: aspetti giuridici in Assicurazioni*, 1990, I, p. 667
- GENOVESE A., *La trasformazione eterogenea*, in *Il nuovo diritto societario. Prime riflessioni su alcuni contenuti di disciplina Atti del Convegno (Università Magna Grecia di Catanzaro)*, a cura di A. Genovese, Torino, 2004, p. 57
- GENOVESE A., *Le fattispecie tipiche di invalidità in Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2007, vol. 1, p. 217
- GENTILE G., *Dall'invalidità delle società personali all'invalidità degli enti associativi in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2004, I, p. 741
- GHIDINI G., *Le società personali*, Padova, 1972
- GHIONNI P., *Società di mero godimento tra teoria generale e nuovo diritto societario in Rivista delle società*, 2008, p. 1315.
- GRADASSI F., *"Trasformazione" di società di persone in impresa individuale in Notariato*, 1996, p. 530
- GRIPPO C., *Nota a App. Milano 23 ottobre 1970 in Giurisprudenza italiana*, 1971, I, 2, c. 914

- GUARRACINO F., *Su un preteso obbligo di collaborazione del socio e sul metodo collegiale per la sua esclusione dalla società* in *Diritto e giurisprudenza*, 1991, p. 688.
- GUERRERA F., *La nuova disciplina della trasformazione: profili generali* in *Vita notarile*, 2004, p. 736.
- GUERRERA F., *La trasformazione di società di capitali in società di persone* in *Rivista del notariato*, 2007, p. 827
- GUERRERA F., *Sulla trasformazione di società consortile per azioni in liquidazione in società cooperativa per azioni* in *Vita notarile*, 2010, p. 3
- GUERRERA F., *Trasformazioni "atipiche" e "trasformazioni eterogenee"*, relazione al Convegno su "La riforma del diritto societario: un primo bilancio" (Monteporzio Catone - Roma - 9 e 10 aprile 2010), organizzato dall'Associazione Gian Franco Campobasso, per gentile concessione dell'Autore
- GUGLIELMO R., *La trasformazione eterogenea da associazioni a società di capitali* in *Rivista del notariato*, 2007, p. 839
- IANNIELLO B., *I nuovi confini della trasformazione eterogenea* in *Le società*, 2005, p. 573
- IANNIELLO B., *S.r.l. e nuova disciplina delle trasformazioni* in *La nuova disciplina della società a responsabilità limitata* a cura di V. Santoro, Milano, 2003, p. 283
- IBBA C., *Le società legali*, Torino, 1992
- IERMANO G., *Invalidità delle operazioni straordinarie e principio di stabilità* in *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2007, vol. 4, p. 395

- INZITARI B., *Impresa e società nella comunione legale familiare in Il regime patrimoniale della famiglia a dieci anni dalla riforma*, Milano, 1988, p. 132
- IOZZELLI E., *S.p.a. simulata e comunione dissimulata in Giurisprudenza commerciale*, 1988, I, p. 495
- IOZZO F., *Nota a Trib. Torino 18 dicembre 2000 in Giurisprudenza italiana*, 2001, I, p. 1673
- IUDICA G., *Società di comodo in Quadrimestre*, 1988, p. 147
- LEOCATA M., *Società di persone, incapacità, simulazione e trasformazione in società di capitali in Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 1999, p. 1225
- LEOCATA M., *Trasformazione progressiva e sanatoria ex art. 2232 c.c. delle cause di invalidità dell'atto costitutivo in Vita Notarile*, 2001, p. 518
- LIBERTINI M., *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto societario in Rivista di diritto societario*, 2008, p. 198
- LIBONATI B., *Introduzione in AA. VV., Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2006, p. XIX
- LUPETTI M., *Trasformazioni eterogenee da e in società di persone in Le società*, 2005, p. 840
- MACCARRONE G., *Estinzione della società di persone e continuazione dell'attività imprenditoriale da parte del socio superstite in Rivista del notariato*, 1996, I, p. 843
- MACRI' E., *Ancora in tema di simulazione di società in Banca, borsa, titoli di credito*, 2006, II, p. 661
- MAGAZZU' A., *Le aziende gestite da entrambi i coniugi in L'impresa nel nuovo diritto di famiglia*, Napoli, 1977, p. 47

- MALINCONICO R., *Diritto della responsabilità del notaio in tema di società* in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2002, II, p. 458
- MALTONI M., *I limiti all'autonomia privata nelle trasformazioni eterogenee* in *Rivista del notariato*, 2003, p. 1381
- MALTONI M., *La trasformazione eterogenea di fondazioni in società di capitali* in *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit* a cura di A. Zoppini e M. Maltoni, Padova, 2007, p. 25
- MALTONI M. – TASSINARI F., *La trasformazione delle società*, Milano, 2005
- MALTONI M. – TRADII E., *La trasformazione eterogenea da società di capitali in comunione di azienda e viceversa* in *Notariato*, 2004, p. 148
- MARASA' G., *Comunione di godimento in forma di società per azioni, simulazione e nullità* in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1989, II, p. 166
- MARASA' G., *Impresa coniugale, azienda coniugale e società* in *Giurisprudenza commerciale*, 1988, I, p.619
- MARASA' G., *Le società* in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, 2000
- MARASA' G., *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984
- MARASA' G., *Le trasformazioni eterogenee* in *Rivista del notariato*, 2003, p. 585
- MARASA' G., *Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi* in *Rivista di diritto civile*, 1994, p. 311
- MARCHETTI P. G., *Comunione e società* in *Il regime patrimoniale della famiglia a dieci anni dalla riforma*, Milano, 1988, p. 160

- MARGIOTTA G., *La trasformazione della società in impresa individuale in Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2005, p. 976
- MARGIOTTA G., *Le trasformazioni eterogenee nella riforma del diritto societario in Rivista del notariato*, 2006, p. 977
- MARTINA G., *Trasformazione di associazione non riconosciuta in società cooperativa e di consorzio in società consortile in Foro padano*, 2000, I, p. 29
- MARTORANO F., *ConSORZI e forme societarie in Rivista delle società*, 1982, p.1151
- MARTORANO F., *Trasformazione di cooperativa ad unanimità in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1954, p. 852
- MARTUCCI K., *Il godimento collettivo di beni in forma societaria nell'esperienza europeo-continentale*, in *Rivista di diritto civile*, 2009, 3, p. 312
- MARTUCCI K., *Le società di godimento nel diritto italiano d'oggi in Rivista di diritto civile*, 2009, 4, p. 465
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957
- MINNECI U., *Trasferimento d'azienda e regime dei debiti*, Milano, 2007.
- MIRONE A., *Il procedimento deliberativo nelle società di persone*, Torino, 1998
- MIRONE A., *Le decisioni dei soci nella s.r.l.: profili procedurali in Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2007, vol. 4, p. 475
- MISEROCCHI L., *La trasformazione in AA. VV., Il nuovo ordinamento delle società. Lezioni sulla riforma e modelli statutarî*, p. 349, Milano, 2003

- MONTAGNANI C., *Commento sub art 2500 bis cod. civ. in La riforma delle società* a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Milano, 2003, p. 365
- MONTESANO A., *Per il Fisco, la "trasformazione" di società di persone in impresa individuale sconta l'imposta di registro in misura fissa* in *Il fisco*, n. 24/2006, fasc. n. 1, pp. 3716
- MORANDI P., *Comunione ereditaria d'azienda e società* in *Giurisprudenza italiana*, I, 1, p. 956
- MOSCA C., *Comm. sub art. 2500 ter cod. civ. in Trasformazione – Fusione – Scissione* a cura di L. A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società* a cura di P. G. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2006, vol. 10, p. 111
- MOSCA C., *Commento sub art. 2500 sexies cod. civ. in Trasformazione – Fusione – Scissione* a cura di L. A. Bianchi, in *Commentario alla riforma delle società* a cura di P. G. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2006, vol. 10, p. 213
- MOSCO G., *I consorzi tra imprenditori*, Milano, 1988
- NIGRO A., *Nuovi orientamenti fiscali in tema di "trasformazione" di società di persone in impresa individuale* in *Notariato*, 2002, p. 526
- OPPO G., *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa* in *Rivista di diritto civile*, 1977, I, p. 369
- PACIELLO A., *Contributo allo studio della trasformazione e della fusione eterogenea*, Napoli, 1991
- PACIELLO A., *La trasformazione delle società cooperative* in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, I, p. 467
- PALMIERI G., *Autonomia e tipicità nella nuova trasformazione* in *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campo-*

basso diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, vol. 4, p. 101

PALMIERI G., *Conferimenti immobiliari ed invalidità nelle società di persone* in *Rivista delle società*, 1992, p. 1405

PALMIERI G., *La nullità della società* in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.F. Colombo e G. B. Portale, Torino, 2004, vol. I, p. 451 ss

PALMIERI G., *Simulazione e nuova disciplina della nullità delle s.p.a. in Giurisprudenza commerciale*, 1991, II, p. 61 ss

PAOLUCCI F., *Nota a Trib. Udine 20 luglio 1988* in *Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale*, 1988, p. 1184

PARISELLA A., *Profili sostanziali e pubblicitari nella trasformazione eterogenea tra enti del Libro primo e società di capitali* in *Rivista del diritto generale delle obbligazioni*, 2008, II, p. 177

PATRIARCA S., *Trasformazione regressiva e principio di maggioranza*, Padova, 1988

PATTI A., *Fallibilità e responsabilità illimitata dei soci di società personale trasformata: una non necessaria coincidenza*, 2003, p. 1309

PAVONE LA ROSA A., *Ammissibilità della trasformazione di una comunione di azienda in società di capitali: una questione ancora aperta* in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, I, p. 5

PAVONE LA ROSA A., *Brevi note in tema di rapporti tra comunione e società* in *Giurisprudenza commerciale*, i, 2009, p. 398

PAVONE LA ROSA A., *Comunione d'azienda e società di capitali: ammissibilità di una trasformazione?* in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, I, p. 147

PAVONE LA ROSA A., *Comunione legale e partecipazioni sociali* in *Vita notarile*, 1979, p. 49

- PAVONE LA ROSA A., *Il registro delle imprese*, 1954
- PERRINO A., *Effetti della trasformazione di società di persone con unico socio superstite in impresa individuale in Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2007, p. 166
- PESCATORE S., *Attività e comunione nelle strutture societarie*, Milano, 1974
- PINARDI M., *La trasformazione*, Milano, 2005
- PINARDI M., *Le opposizioni dei creditori nel nuovo diritto societario*, Milano, 2006.
- PISANI L., *Società di persone "a struttura corporativa"*, Torino, 2000
- PISANI L., *Il principio di maggioranza nella nuova disciplina della trasformazione di società di persone in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2005, p. 371
- PISANI L., *Le modifiche del contratto di società di persone tra vecchi e nuovi problemi in Notariato*, 2008, p.682
- PISANI MASSAMORMILE A., *Trasformazione da e in società di avvocati in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2005, I, p. 189
- PISANI MASSAMORMILE A., *Trasformazione e circolazione dei modelli organizzativi in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2008, I, p. 65
- PISCHETOLA A., *Unanimità e maggioranza nelle decisioni dei soci nelle società di persone. Disciplina codicistica e possibili deroghe nei patti sociali in Rivista del notariato*, 2008, p 1339
- PITTALIS M., *Comunione di godimento società di fatto in Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 1989, p. 817

- PLASMATI G., *La trasformazione "da" e "in" impresa individuale o mera titolarità d'azienda* in *Rivista del notariato*, 2008, p.97
- PUGLIELLI E. – ATLANTE N., *Trasformazione di società consortile per azioni in s.p.a. in s.p.a. e inesistenza dell'obbligo di produrre la perizia estimativa* in *Notariato*, 2008, p. 281
- RAGUSA MAGGIORE G., *La fusione eterogenea e il registro delle imprese. L'ipotesi particolare e quella generale* in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1995, II, p. 525
- RAGUSA MAGGIORE G., *Successione nella titolarità dell'azienda, comunione incidentale e società di fatto* in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1984, II, p. 419
- RAGUSA MAGGIORE G., *Trattato delle società. La società in generale. La società di persone*, Padova, 2000
- REGOLI D., *L'organizzazione delle società di persone* in AA. VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2004, p. 33
- REVIGLIONO P., *La regola dell'intangibilità dell'atto di trasformazione ed il suo ambito di applicazione* in *Rivista del diritto societario*, 2009, p. 591
- RICCIARDIELLO E., *Trasformazione di impresa individuale e rapporti passivi* in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, II, p. 1151
- RICCIUTO V., *Sul bene "azienda" e sul passaggio dalla comunione di godimento alla società* in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1985, II, p. 363
- RISO L., *Trasformazione decisa a maggioranza dai soci accomandanti, iscrizione dell'atto di trasformazione nel registro delle imprese* in *Vita Notarile*, 2007, p. 1106
- RIZZINI BISSINELLI S., *Liberazione dei soci illimitatamente responsabili nella fusione eterogenea* in *Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 1996, p. 1406

- ROMANO-PAVONI G., *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milano, 1951
- ROSAPEPE R., *Ancora a proposito della distinzione tra società e impresa in Giurisprudenza commerciale*, 1981, II, p. 71
- ROSAPEPE R., *Consorti, società consortili e trasformazione eterogenea in Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. 3, t. 3, p. 3655, Milano, 2005
- ROSAPEPE R., *Impresa coniugale, società tra coniugi in regime di comunione legale, acquisto di partecipazioni sociali in Rivista del notariato*, 1981, p. 225
- ROSSI A., *S.r.l. unipersonale e "tramonto dello scopo lucrativo" in Giurisprudenza commerciale*, 1997, I, p. 115
- RUBINO DE RITIS M., *Osservazioni a Trib. Napoli 13 ottobre 1986 in tema di amministrazione di società di persone in Giurisprudenza commerciale*, 1988, II, p. 654
- RUOTOLO A., *Trasformazione di s.a.s. in cooperativa in Consiglio Notarile del Notariato. Studi e Materiali*, 2008, p. 846
- RUOTOLO A., *Trasformazione di società semplice in cooperativa in Consiglio Notarile del Notariato. Studi e Materiali*, 2009, p. 830
- SACCA' E., *Impresa individuale e societaria illecita*, Milano, 1988
- SALAFIA V., *La trasformazione delle società nella riforma in Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2004, p. 64
- SALAMONE L., *Cooperative sociali e impresa mutualistica in Rivista delle società*, 2007, p. 500
- SALAMONE L., *Le banche popolari ovvero: "la mutualità che visse due volte" (evoluzione, diritto vigente, tipologia sociale tra "forma" e "sostanza" di società cooperativa) in Banca borsa e titoli di credito*, 2004, p. 594

- SALANITRO N., *Comunione legale di azienda e società di fatto* in *Il notaio*, 1978, p. 37
- SALVATI G., *L'ammissibilità del metodo assembleare nelle società di persone* in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, p. 386
- SALVINI L., *Acquisto e perdita della qualifica di cooperativa a mutualità prevalente* in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, I, p. 247
- SALVATORE L., *Le assegnazioni di beni ai soci* in *Contratto e impresa*, 1999, p. 879
- SANTA MARIA L., *Società e simulazione, società e comunione di godimento* in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, p. 205
- SANTAGATA R., *Trasformazione delle cooperative e devoluzione del patrimonio (appunti sull'art. 2545 undecies)* in *Studi per Franco Di Sabato*, Napoli, 2009, vol. 4, t. , p. 325
- SANTAGATA R., *Trasformazione di società cooperativa in associazione non riconosciuta e fondi mutualistici* in *Giurisprudenza commerciale*, 1998, II, p. 815
- SANTINI G., *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali* in *Rivista di diritto civile*, 1972, II, p. 151 ss
- SANTORO V., *Le Banche di Credito Cooperativo: trasformazione, fusione eterogenea e contribuzione ai fondi mutualistici* in *Le banche cooperative ed il nuovo diritto societario*, Atti del Convegno di Studio della Banca di Credito Cooperativo di Cambiano, Firenze, 2004
- SANTOSUOSSO D., *Comm. artt. 2500 bis cod. civ.* in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, p. 913
- SARALE M., *Comm. sub art. 2500 novies cod. civ.* in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, e da G.

- Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 2301.
- SARALE M., *Comm. sub art. 2500 octies cod. civ.* in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, e da G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 2289.
- SARALE M., *Comm. sub art. 2500 septies cod. civ.* in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, e da G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 2273,
- SARALE M., *Consorti e società consortili* in COTTINO G. – SARALE M. – WEIGMANN R. *Società di persone e consorzi* in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottino, vol. 3, Padova, 2004, p. 407
- SARALE M., *L'opposizione dei creditori nella fusione eterogenea: la Corte Costituzionale riformula l'art. 2503* in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, p. 305
- SARALE M., *Trasformazione e continuità dell'impresa*, Milano, 1996
- SCARDULLA F., *La trasformazione e la fusione delle società* in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Mes-sineo, continuato da L. Mengoni, p. 302, Milano, 1989
- SCHLESINGER P., *Sull'azienda coniugale* in *Famiglia e diritto*, 2000, p. 183
- SCIALOJA M., *Natura giuridica della trasformazione di società* in *Saggi di vario diritto*, Roma, 1928, vol. II, p. 45
- SCIUTO M., *Art. 2332 – La nullità della società* in *Commentario Romano al nuovo diritto delle società* diretto da F. D'Alessandro, Padova, 2010, vol. II, t. 1, p. 73
- SCIUTO M., *La "mancanza dell'atto costitutivo" di società per azioni*, Padova, 2000

- SCIUTO M., *La nullità della società* in *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2007, vol. 1, p. 413
- SERRA A., *Azienda coniugale e società* in *Studium iuris*, 2001, p. 861
- SERRA A., *La trasformazione e la fusione della società* in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, vol. 17, t. 3, p. 301, Torino, 1985
- SERRA A., *Le società cooperative nella disciplina della trasformazione* in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. 3, t. 3, p. 3863, Milano, 2005
- SERRA A., *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, 1980
- SILVESTRO P., *Procedimento e pubblicità nelle trasformazioni eterogenee* in *Vita notarile*, 2006, p. 1599
- SILVETTI M., *Scioglimento, trasformazione e liquidazione di società personale in impresa individuale nei sei mesi ex art. 2272, n. 4, c. c.* in *Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 1994, p. 1406
- SIMONETTO E., *Delle società. Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero ed operanti all'estero* in *Commento al codice civile* a cura di Scialoja e Branca, artt. 2498-2510, Bologna-Roma, 1984
- SPADA P. – SCIUTO M., *Il tipo della società per azioni* in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 1, Torino, 2004, p. 3 ss.
- SPADA P., *Dalla trasformazione delle società alle trasformazioni degli enti ed oltre* in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. 3, t. 3, p. 3879, Milano, 2005
- SPADA P., *Diritto commerciale, I, Parte generale*, Padova, 2009

- SPADA P., *La tipicità delle società*, Padova, 1974
- SPADA P., *Note sull'argomentazione giuridica in tema di impresa in Giustizia civile*, 1980, I, p. 2256.
- SPOLIDORO M. S., *Divieto di trasformazione societaria in pendenza del prestito obbligazionario in Notariato*, 1995, p. 345
- SPOLIDORO M. S., *Le società consortili*, Milano, 1984
- STAGNO D'ALCONTRES A., *La trasformazione delle società dopo la "Riforma Vietti" in La riforma delle società di capitali. Atti delle giornate di studio su: la riforma del diritto societario (10-31 Maggio 2003) a cura di N. Di Cagno*, p. 216, Bari, 2004
- STOLFI G., *Rilievi in tema di società fittizie*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1976, I, p. 315
- TANTINI G., *La trasformazione di comunione d'azienda in società, le inquietudini del giurista e la "magia" delle parole in Contratto e impresa*, 2008, p. 811
- TANTINI G., *Trasformazione e fusione delle società in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, vol. VIII, Padova, 1985
- TANZI M., *Godimento del bene produttivo e impresa*, Milano, 1998
- TANZI M., *Azioni e diritto di famiglia in Trattato delle società per azioni* diretto da G. Colombo e G. B. Portale, Torino, 1991, vol. 2, p. 531
- TERENGGHI M., *Effetti della nullità dell'atto di trasformazione in Le società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 1997, p. 1170
- TRADII E., *Trasformazione eterogenea in cui intervengono enti non profit: trasformazione da associazione in società di capitali e viceversa in La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni*.

*Riforma del diritto societario e enti non profit a cura di A. Zoppini e M. Maltoni, Padova, 2007, p. 55*

TRAPANI G., *La trasformazione omogenea tra s.r.l. e s.p.a. in Notariato*, 2004, p. 498

TRIMARCHI G., *Brevi considerazioni sul problema della trasformazione di società cooperativa in società lucrativa contestuale alla perdita della mutualità prevalente in Notariato*, 2006, p. 353

UNGARI TRASATTI C., *Gli effetti della cancellazione dal registro delle imprese delle società di persone e la continuazione dell'impresa in forma individuale del socio superstite in Rivista del notariato*, 2005, p. 814

UNGARI TRASATTI C., *Profili civili e fiscali della continuazione dell'impresa in forma individuale da parte dell'unico socio superstite di società di persone in Rivista del notariato*, 2009, p. 160

VAIRA M., *Comm. sub art. 2500 bis cod. civ. in Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G. Cottino, e da G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna, 2004, p. 2236

VENDITTI A., *Collegialità e maggioranza nelle società di persone*, Napoli, 1955

VIGNERI G., *Comunione legale e costituzione di società tra coniugi*, in *Vita notarile*, 1979, p. 96

VOLPE PUTZOLU G., *I consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, IV, Padova, 1981

VOLPE PUTZOLU G., *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Milano, 1977

WEIGMANN R., *Luci ed ombre del nuovo diritto azionario in Le società. Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2005, p. 270

ZAMPAGLIONE L., *Sulla forma delle decisioni dei soci di società di persone aventi ad oggetto la fusione/scissione tra società di persone e società di capitali in Studi e materiali. Consiglio Nazionale del Notariato*, 2007, p. 156

ZANARONE G., *Il ruolo del tipo societario dopo la riforma in Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso* diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, Torino, 2007, vol. 1, p. 55

ZOPPINI A., *Trasformazione eterogenea di associazione riconosciuta in società cooperativa (con particolare riguardo alla verbalizzazione delle assemblee separate e alla perizia di stima del patrimonio)* in *Rivista del notariato*, 2006, p. 627

ZOPPINI A. – TASSINARI F., *Sulla trasformazione eterogenea delle associazioni sportive* in *Contratto e impresa*, 2006, p. 909