

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n.76-2020/I

I LIMITI STATUTARI E LEGALI ALLA POSSIBILITÀ PER GLI ENTI DEL PRIMO LIBRO DI OPERARE TRASFORMAZIONI, FUSIONI O SCISSIONI

di Federico Magliulo

(Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 23/04/2020)

Abstract

Con il decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, emanato in attuazione della delega conferita al Governo con la legge 6 giugno 2016 n. 106, in vigore dal 3 agosto 2017, è stato approvato il Codice del Terzo settore.

In occasione della riforma organica del Terzo settore il legislatore, che pure a tale proposito non è intervenuto direttamente sul codice civile, ha tuttavia opportunamente provveduto anche ad inserire in quest'ultimo il nuovo art. 42-bis c.c., recante una specifica disciplina della fusione e scissione degli enti del Primo Libro, a prescindere dalla loro qualificabilità in termini di "Enti del Terzo settore", come definiti dall'art. 4 del D.lgs. 117/2017.

La nuova norma conferma innanzitutto l'ammissibilità della fusione e della scissione fra enti del Primo Libro, che nel precedente sistema era stata affermata in via interpretativa, soprattutto con riferimento alla fusione, dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Ciononostante la possibilità per gli enti del libro di porre in essere operazioni di trasformazione, fusione e scissione non è priva di limiti.

L'art. 42-bis c.c. pone, innanzitutto un limite di carattere statutario, in quanto tale possibilità è condizionata alla circostanza che ciò non sia "espressamente escluso dall'atto costitutivo o dallo statuto".

A tale riguardo, peraltro, si pone il problema di verificare:

- la possibilità di porre in essere operazioni di trasformazione, fusione e scissione da parte degli enti costituiti anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 42-bis c.c.,
- la possibilità di introdurre il divieto di addivenire ad operazioni straordinarie successivamente alla costituzione dell'ente,
- la possibilità di sopprimere il divieto statutario di realizzazione di trasformazioni, fusioni e scissioni, con particolare riferimento all'ipotesi in cui detta soppressione sia operata contestualmente all'operazione straordinaria,
- la sussistenza di limiti alla sopprimibilità del menzionato divieto.

Dal sistema positivo sono, inoltre, desumibili taluni limiti alle operazioni in esame di fonte legale, laddove dette operazioni determinino la perdita della qualifica di ente del Terzo settore o di impresa sociale.

Sommario: 1. Il principio della possibilità per gli enti del Primo Libro di effettuare reciproche trasformazioni, fusioni e scissioni - 2. I limiti statuari quali eccezioni al principio della libertà alla possibilità per gli enti del Primo Libro di operare trasformazioni, fusioni o scissioni - 3. Gli enti costituiti anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 42-bis c.c. - 4. L'introduzione del divieto di addivenire ad operazioni straordinarie successivamente alla costituzione dell'ente - 5. La possibilità di sopprimere il divieto statutario di realizzazione di trasformazioni, fusioni e scissioni - 6. Ammissibilità della soppressione del divieto contestualmente all'operazione straordinaria - 7. I limiti alla sopprimibilità del divieto - 8. I limiti legali - 8.1 I limiti alle operazioni straordinarie che determinino la perdita della qualifica di impresa sociale: cenni e rinvio - 8.2. I limiti alle operazioni straordinarie che determinino la perdita della qualifica di ente del terzo settore.

1. IL PRINCIPIO DELLA POSSIBILITÀ PER GLI ENTI DEL PRIMO LIBRO DI EFFETTUARE RECIPROCHE TRASFORMAZIONI, FUSIONI E SCISSIONI

Con il decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, emanato in attuazione della delega conferita al Governo con la legge 6 giugno 2016 n. 106, in vigore dal 3 agosto 2017, è stato approvato il Codice del Terzo settore ("Codice").

In occasione della riforma organica del Terzo settore il legislatore, che pure a tale proposito non è intervenuto direttamente sul codice civile¹, ha tuttavia opportunamente provveduto anche ad inserire in quest'ultimo una specifica disciplina della trasformazione, fusione e scissione degli enti del Primo Libro, a prescindere dalla loro qualificabilità in termini di "Enti del Terzo settore", come definiti dall'art. 4 del D.lgs. 117/2017.

Si tratta del nuovo art. 42-bis c.c., secondo cui "Se non è espressamente escluso dall'atto costitutivo o dallo statuto, le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni di cui al presente titolo possono operare reciproche trasformazioni, fusioni o scissioni.

La trasformazione produce gli effetti di cui all'articolo 2498. L'organo di amministrazione deve predisporre una relazione relativa alla situazione patrimoniale dell'ente in via di trasformazione contenente l'elenco dei creditori, aggiornata a non più di centoventi giorni precedenti la delibera di trasformazione, nonché la relazione di cui all'articolo 2500-sexies, secondo comma. Si applicano inoltre gli articoli 2499, 2500, 2500-bis, 2500-ter, secondo comma, 2500-quinquies e 2500-nonies, in quanto compatibili.

Alle fusioni e alle scissioni si applicano, rispettivamente, le disposizioni di cui alle sezioni II e III del capo X, titolo V, libro V, in quanto compatibili.

Gli atti relativi alle trasformazioni, alle fusioni e alle scissioni per i quali il libro V prevede l'iscrizione nel Registro delle imprese sono iscritti nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero, nel caso di enti del Terzo settore, nel Registro unico nazionale del Terzo settore".

¹ A tale riguardo il Codice si è limitato a disporre, all'art. 3 secondo comma, che "Per quanto non previsto dal presente Codice, agli enti del Terzo settore si applicano, in quanto compatibili, le norme del Codice civile e le relative disposizioni di attuazione".

Il nuovo art. 42-*bis* c.c. colma indubbiamente un vuoto legislativo, in quanto in origine il codice civile si limitava a dettare una disciplina organica della trasformazione, fusione e scissione solo con riferimento agli enti societari e non anche in relazione agli enti del Primo Libro.

2. I LIMITI STATUTARI QUALI ECCEZIONI AL PRINCIPIO DELLA LIBERTÀ ALLA POSSIBILITÀ PER GLI ENTI DEL PRIMO LIBRO DI OPERARE TRASFORMAZIONI, FUSIONI O SCISSIONI

Tuttavia la possibilità per le associazioni riconosciute e non riconosciute e per le fondazioni di operare trasformazioni, fusioni o scissioni è condizionata dalla legge alla circostanza che ciò non sia *“espressamente escluso dall’atto costitutivo o dallo statuto”*.

Se ne deve dedurre che, nel silenzio dell’atto costitutivo e dello statuto, l’ente può in linea di principio, e salvo quanto si vedrà per le fondazioni, attuare siffatte operazioni².

Ed invero solo l’inserimento di un’espressa disposizione statutaria di divieto può precludere *a priori* siffatta possibilità.

In altri termini nel sistema positivo il divieto statutario si pone come una vera eccezione alla regola generale che consente alle associazioni, riconosciute e non, ed alle fondazioni di effettuare reciproche trasformazioni, fusioni e scissioni.

3. GLI ENTI COSTITUITI ANTERIORMENTE ALL’ENTRATA IN VIGORE DELL’ART. 42-BIS C.C.

A tale riguardo ci si può chiedere se la possibilità per gli enti del Primo Libro di operare trasformazioni, fusioni o scissioni sussista anche per le associazioni e per le fondazioni costituite anteriormente all’entrata in vigore dell’art. 42-*bis* c.c.

Potrebbe, infatti, essere da taluno sostenuto che agli enti costituiti anteriormente a tale data non possa essere applicata la nuova norma, in ragione del principio dell’irretroattività delle leggi di cui all’art. 11 delle disp. prel. c.c., stante la mancanza di una specifica disposizione transitoria, come è stato in passato sostenuto in relazione alla trasformazione di associazioni in società introdotta all’art. 2500-*octies* c.c. dalla riforma del diritto societario³.

² F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, in *Riv. Not.*, 2018, 40; S. D’ANGELO, *Le operazioni straordinarie degli Enti del Terzo Settore*, reperibile sul sito www.uneba.org, 3.

³ *“L’art. 2500 octies, comma 2, c.c., consente alle associazioni di deliberare la loro trasformazione in società di capitali con le maggioranze richieste dalla legge o dall’atto costitutivo per lo scioglimento anticipato.*

Il successivo comma 3, del medesimo art. 2500 octies c.c., aggiunge che la trasformazione di associazioni in società di capitali può essere esclusa dall’atto costitutivo.

Dal combinato disposto di dette norme deriva che non è possibile deliberare a maggioranza la trasformazione di una associazione costituita anteriormente alla riforma del diritto societario, nel caso in cui non risulti che sia intervenuta la decisione unanime degli associati di non introdurre nello statuto il divieto di trasformazione.

Diversamente vi sarebbe una illegittima disparità di trattamento tra gli associati delle associazioni costituite successivamente alla novella (ai quali è sempre consentito di esprimersi individualmente sul punto – in sede di costituzione o accettando lo statuto al momento dell’adesione) rispetto a quelli delle associazioni costituite anteriormente.

Ma non pare che tale tesi sia fondata.

È ben vero che il principio della irretroattività delle leggi non è di facile interpretazione, risultando spesso incerta l'individuazione delle fattispecie ricadenti sotto il vigore della legge abrogata e come tali non travolte dallo *jus superveniens*.

Ma è anche vero che la giurisprudenza e la dottrina più recenti sono ricorse alla c.d. dottrina del fatto compiuto, nel senso che si è ritenuto che lo *jus superveniens* non è applicabile non solo ai rapporti sorti e già esauriti sotto il vigore della legge abrogata, ma anche ai rapporti ancora in vita se in tal modo si incida sull'efficacia originaria del fatto che li ha generati⁴.

Orbene nel caso di specie il rapporto giuridico inerente all'ente di cui trattasi è tutt'altro che esaurito e per altro verso la nuova norma si presta ad incidere su tale rapporto, senza certamente mettere in discussione l'efficacia originaria del fatto che lo ha generato.

La nuova norma, infatti, non intende porre nel nulla un ente già legittimamente costituito sotto il vigore della legge *illo tempore* vigente, ma solo assoggettare le sue future modificazioni organizzative a regole nuove.

Dunque la mancanza di una norma transitoria nel caso di specie non può che condurre alla pacifica applicabilità del nuovo art. 42-*bis* c.c. agli enti già costituiti prima della sua entrata in vigore⁵.

Né vale obiettare che ciò comporterebbe *“una illegittima disparità di trattamento tra gli associati delle associazioni costituite successivamente alla novella [...] ai quali è sempre consentito di esprimersi individualmente sul punto [...]”* introducendo nello statuto il divieto di addivenire ad operazioni straordinarie, *“rispetto a quelli delle associazioni costituite anteriormente”*.

Ed invero, come avremo modo di rilevare nel prosieguo della presente trattazione (v. *infra* § 5.), la soppressione del divieto in questione è di regola assoggettata al principio maggioritario, onde coloro che costituiscono un'associazione dopo l'entrata in vigore dell'art. 42-*bis* c.c. avendo cura di introdurre nello statuto siffatto divieto, non godono di un vero e proprio diritto individuale alla conservazione del medesimo, potendo questo essere soppresso dalla maggioranza senza il loro consenso.

4. L'INTRODUZIONE DEL DIVIETO DI ADDIVENIRE AD OPERAZIONI STRAORDINARIE SUCCESSIVAMENTE ALLA COSTITUZIONE DELL'ENTE

Per altro verso anche l'introduzione del divieto di addivenire ad operazioni straordinarie successivamente alla costituzione dell'ente costituisce una normale modificazione statutaria, la

Tale disparità di trattamento deriverebbe inoltre da una norma retroattiva” (Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari (massima K.A.29).

⁴ Cfr. per tutte Cass. 29 gennaio 1973, n. 271, in *Rass avv. Stato*, 473, I, 405; Cons. St. 26 novembre 1974, n. 895, in *Foro amm.*, 1974, I, 2, 1366; Cass. 1° febbraio 1974, n. 290, in *Arch. Resp. Civ.*, 1974, 685; Cass. 25 luglio 1978, n. 3709, in *Rass avv. Stato*, 1978, 747; Cass. 3 aprile 1987, n. 3231, in *Foro it.*, 1988, I, 1226; Cons. St. 7 dicembre 1994, n. 1797, in *Cons. Stato*, 1994, I, 1812.

⁵ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 41: F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, Milano, 2018, 249.

quale non sembra, dunque, richiedere nelle associazioni né un particolare *quorum* deliberativo né, a maggior ragione, il consenso unanime degli associati⁶.

E ciò anche con riferimento alle associazioni costituite anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 42-*bis* c.c., onde pure i soci di queste ultime associazioni potrebbero avvalersi della possibilità di introdurre il menzionato divieto di addivenire ad operazioni straordinarie, provvedendo ad integrare in tal senso lo statuto con le maggioranze prescritte dalla legge o dallo statuto stesso per le modificazioni di quest'ultimo.

Ne consegue che non sembra potersi configurare al riguardo una significativa disparità di trattamento tra le associazioni costituite prima e quelle costituite dopo all'entrata in vigore dell'art. 42-*bis* c.c.

5. LA POSSIBILITÀ DI SOPPRIMERE IL DIVIETO STATUTARIO DI REALIZZAZIONE DI TRASFORMAZIONI, FUSIONI E SCISSIONI

Ove invece nell'atto costitutivo o nello statuto sia espressamente esclusa la possibilità di dare luogo a trasformazioni, fusioni o scissioni, ci si deve chiedere se si possa comunque addivenire a siffatte operazioni, previa eliminazione della clausola statutaria di divieto.

E tuttavia, in linea di principio, non vi sarebbe al riguardo alcuna ragione per negare all'autonomia statutaria la possibilità di sopprimere il divieto in questione⁷.

Peraltro, per quanto attiene alle fondazioni, l'ammissibilità di modifiche statutarie era assai dibattuta in passato⁸.

⁶ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 42; nel senso che il divieto statutario possa esse introdotto a maggioranza v. anche M. BIANCA, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore*, in ODC n.2/2018, secondo il quale "La natura di tali enti induce ad escludere che gli assenti, i dissenzienti e gli astenuti maturino un corrispondente diritto di recesso"; F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 249.

⁷ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 42.

⁸ "In considerazione della particolare struttura della fondazione - mancanza di un'organizzazione a base personale, cioè di una collettività organizzata per il raggiungimento di un determinato scopo, inesistenza di un'assemblea degli associati che possa esprimere la volontà dell'ente - giurisprudenza e larga parte della dottrina concordano nel ritenere che l'atto costitutivo e lo statuto della fondazione, salvi i casi espressamente previsti dalla legge e per i quali è comunque prevista l'approvazione da parte dell'autorità governativa, non siano modificabili nei loro elementi originari.

Anzi, secondo la giurisprudenza, la modificazione dell'atto costitutivo e dello statuto di una fondazione che ha ottenuto il riconoscimento, non è neppure nella disponibilità del fondatore, sicché è nulla la clausola con cui quest'ultimo si sia riservato tale facoltà. Così come è del pari precluso agli amministratori della fondazione di deliberare sull'estinzione dell'ente, sulla devoluzione del suo patrimonio, sulla trasformazione della fondazione in mancanza o in difformità delle regole dell'atto costitutivo e dello statuto, né essi possono devolvere le rendite a finalità diverse da quelle volute dal fondatore ed espresse nell'atto di fondazione.

La fondazione, infatti, si caratterizza per la prevalenza della volontà del fondatore e dell'interesse e dei diritti dei beneficiari, che in essa volontà trovano la loro fonte. Una volta che il patrimonio sia stato destinato allo scopo, attraverso l'atto di dotazione, e che la fondazione abbia ottenuto il riconoscimento o, comunque, abbia iniziato la propria attività per espressa volontà dello stesso fondatore - che costituisce un'ipotesi di rinuncia tacita alla facoltà di revoca - il negozio di fondazione sfugge alla disponibilità di quest'ultimo. Sicché le uniche modificazioni che possono intervenire successivamente a tale momento sono quelle per le quali è competente l'autorità governativa, indicate dagli artt. 25 (scioglimento dell'amministrazione e nomina di un commissario straordinario), 26 (coordinamento ed

La questione è stata risolta a seguito dell'emanazione del D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, il cui art. 2, terzo comma, sancisce che *“per le fondazioni, alla domanda è allegata la documentazione necessaria a comprovare il rispetto delle disposizioni statutarie inerenti al procedimento di modifica dello statuto”*⁹.

Essa, infatti, consente, oggi di aderire alla tesi, già sostenuta in passato dalla dottrina più moderna¹⁰, in contrasto con l'orientamento tradizionale, secondo cui è ammessa *“la possibilità di apportare modificazioni statutarie anche per le fondazioni, che siano coerenti con il migliore realizzarsi dello scopo, valorizzando così il nesso di strumentalità della modifica con i fini dell'ente”*¹¹.

La fondatezza di tale tesi, peraltro, risulta confermata anche dal Codice del Terzo Settore, il cui art. 25, all'ultimo comma, dispone che *“Lo statuto delle fondazioni del Terzo settore può attribuire all'organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, di cui preveda la costituzione la competenza a deliberare su uno o più degli oggetti di cui al comma 1”*, fra le quali, alla lettera f), figurano anche le *“modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto”*.

6. AMMISSIBILITÀ DELLA SOPPRESSIONE DEL DIVIETO CONTESTUALMENTE ALL'OPERAZIONE STRAORDINARIA

In ogni caso la soppressione della clausola statutaria di divieto, laddove si tratti di ente diverso da un'associazione non riconosciuta, non potrebbe avere efficacia immediata, atteso che:

- nelle associazioni riconosciute e nelle fondazioni non munite della qualifica di enti del Terzo settore, la modifica diretta alla soppressione della clausola di divieto è soggetta pur sempre alla condizione legale dell'approvazione da parte dell'autorità governativa della modifica all'assetto organizzativo dell'associazione ai sensi dell'art. 2 del D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361;
- nelle associazioni riconosciute e nelle fondazioni munite della qualifica di enti del Terzo settore, la modifica diretta alla soppressione della clausola di divieto è soggetta al peculiare procedimento *“omologatorio notarile”* di cui all'art. 22 del Codice ed in particolare alla disposizione secondo cui *“Le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto devono risultare da atto pubblico e diventano efficaci con l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore”*.

Ciononostante nulla sembra opporsi alla possibilità che la soppressione del divieto statutario e l'operazione straordinaria che era oggetto dell'abrogando divieto possano essere deliberate

unificazione di amministrazione di più fondazioni) e 28 (trasformazione della fondazione) cod. civ.: il tutto nel rispetto, per quanto possibile, della volontà del testatore. Si discute poi se, oltre alle ipotesi ora richiamate, sia consentita, sempre nel mediante ricorso al procedimento di approvazione governativa ex art. 16, ult. co., cod. civ., la modificazione dell'indicazione relativa alla sede” (CNN, Studio n. 3367, *Il nuovo regime per il riconoscimento delle persone giuridiche private*, Approvato dalla Commissione Studi il 2 maggio 2001, est. A. RUOTOLO).

⁹ CNN, Studio n. 3367, *Il nuovo regime per il riconoscimento delle persone giuridiche private*, cit.

¹⁰ A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, 220 ss.; G. IORIO, *Le fondazioni*, Milano, 1997, 220; in giurisprudenza, Cons. Stato 23 marzo 1996, n. 123.

¹¹ CNN, Studio n. 3367, *Il nuovo regime per il riconoscimento delle persone giuridiche private*, cit.; A. ZOPPINI, *Riformato il sistema di riconoscimento delle persone giuridiche*, in *Corr. giur.*, 2001, 297.

contestualmente, subordinando l'efficacia della trasformazione, fusione o scissione a quella dell'abrogazione del menzionato divieto statutario¹².

Si tratta della tecnica delle decisioni "a cascata" ben nota alla prassi societaria¹³.

Ma, una volta ammessa siffatta possibilità, ci si deve chiedere quale sia l'utilità della norma che condiziona la realizzazione di operazioni di trasformazione, fusione e scissione all'insussistenza di un divieto statutario, atteso che tale divieto potrebbe essere soppresso in qualunque momento.

7. I LIMITI ALLA SOPPRIMIBILITÀ DEL DIVIETO

È probabile che la risposta a tale interrogativo risieda nella considerazione che la possibilità di sopprimere il divieto in questione non è priva di limiti.

A tale riguardo si deve innanzitutto verificare se nelle associazioni il menzionato divieto possa essere soppresso con le ordinarie maggioranze previste per una qualunque modifica statutaria ovvero soltanto all'unanimità.

Ed invero siffatto interrogativo si è posto in passato in relazione alla trasformazione di associazioni in società, per la quale l'art. 2500-octies, terzo comma, c.c. detta una disposizione analoga a quella in esame, prevedendo che "La trasformazione di associazioni in società di capitali può essere esclusa dall'atto costitutivo".

Parte della dottrina ha ritenuto che la menzionata disposizione sarebbe "espressione del diritto individuale degli associati al perseguimento dell'attività altruistica dell'ente per mezzo dell'organizzazione attuale", onde tale diritto individuale potrebbe essere oggetto di disposizione da parte dei rispettivi titolari solo con il consenso di ciascuno degli stessi e, dunque, all'unanimità¹⁴.

L'opinione non è tuttavia pacifica, essendo significativamente rappresentata in dottrina anche l'opposta tesi, secondo cui il divieto in questione potrebbe essere soppresso con le ordinarie maggioranze previste per le modifiche statutarie¹⁵.

¹² F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 44.

Sul problema, in parte analogo, della possibilità di deliberare contestualmente l'eliminazione delle clausole della mutualità prevalente e la trasformazione in società lucrativa e sul coordinamento tra l'art. 2545-octies, ultimo comma, c.c. e l'art. 2545-undecies, ultimo comma, c.c. v. per tutti G. PETRELLI, *Le cooperative nella riforma del diritto societario - analisi di alcuni aspetti controversi*, Studio CNN n. 5306/I, par. 8, ove ampi riferimenti bibliografici; M. MALTONI, *Società cooperative e trasformazione*, in M. MALTONI - F. TASSINARI, *La trasformazione delle società*, Milano, 2011, 334 ss.; CNN, Studio n. 7-2006/I, *Brevi considerazioni sul problema della trasformazione di società cooperativa in società lucrativa contestuale alla perdita della mutualità prevalente*, Approvato dal Gruppo di studio sulla Riforma delle Società Cooperative il 14 gennaio 2006, est. G. A. M. TRIMARCHI; *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari* (massima K.A.32).

¹³ Sul punto sia consentito rinviare a F. MAGLIULO, *Le modificazioni dell'atto costitutivo*, in C. CACCAVALE, F. MAGLIULO, M. MALTONI e F. TASSINARI, *La riforma della società a responsabilità limitata*, Milano, 2007, 554 e ss.

¹⁴ G. FRANCH, *Commento all'art. 2500-octies*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, artt. 2498 - 2506-quater, Milano, 2006, 338 e s.; M. MALTONI, *La trasformazione delle associazioni*, in M. MALTONI - F. TASSINARI, *La trasformazione delle società*, Milano, 2011, 399.

¹⁵ A. FERRUCCI - C. FERRENTINO, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*, 2, Milano, 2005, 1785; G. CESARONI, *sub 2500-octies*, in MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2015, 1617.

Peraltro la tesi più rigorosa può forse trovare, nel caso di cui all'art. 2500-*octies*, terzo comma, c.c. una ragione sistematica alla stregua della rilevante modifica dello scopo dell'ente che si attua nel passaggio da un ente del Primo Libro, quale è l'associazione, ad un ente caratterizzato dallo scopo di dividere gli utili, quale è la società.

Ma una siffatta spiegazione non pare ravvisabile nella trasformazione, fusione o scissione di cui all'art. 42-*bis* c.c., che opera all'interno di strutture causali tutte ascrivibili alla mancanza dello scopo lucrativo caratteristico delle società.

Per di più la struttura corporativa delle associazioni è pur sempre dominata dal principio maggioritario, secondo cui le modifiche statutarie, di regola, non richiedono l'unanimità, ma possono essere apportate a maggioranza (cfr. art. 21, secondo comma, c.c.).

Se ne deve dedurre che la tutela dei soci dell'associazione che intendano impedire la trasformazione, la fusione o la scissione della stessa può essere attuata solo mediante specifiche clausole statutarie che prevedano non solo il divieto di realizzare operazioni straordinarie, ma anche l'impossibilità di sopprimere tale divieto se non con speciali maggioranze rafforzate o, al limite, all'unanimità, avvalendosi della facoltà, prevista dall'art. 21, secondo comma, c.c. di "*disporre diversamente*" in relazione al *quorum* legale afferente alle modifiche statutarie¹⁶.

Più complessa è la questione in materia di fondazioni, nelle quali la facoltà di addivenire a modifiche statuarie - che come si è visto è stata ammessa solo recentemente, a seguito di un tormentato processo interpretativo - è pur sempre soggetta al vaglio della compatibilità delle modifiche proposte con la volontà del fondatore.

In altri termini nella fondazione, a differenza che nelle altre tipologie di enti o società, le regole dell'organizzazione corporativa non si distaccano mai del tutto dalla volontà del fondatore, in quanto la modificazione delle medesime non deve porsi in contrasto con siffatta volontà.

Di ciò v'è un'eco già nel testo dell'art. 28, primo comma, c.c., ove si prevede che la trasformazione della fondazione disposta dall'autorità governativa, quando lo scopo della stessa è esaurito o divenuto impossibile o di scarsa utilità o il patrimonio è divenuto insufficiente, deve essere effettuata "*allontanandosi il meno possibile dalla volontà del fondatore*".

Ma la fondatezza di tale assunto trova oggi conferma nel testo del menzionato art. 25, ultimo comma, del Codice, il quale, nel prevedere che lo statuto delle fondazioni del Terzo settore può attribuire all'organo assembleare o di indirizzo la competenza a deliberare sulle modificazioni dell'atto costitutivo o dello statuto, dispone, tuttavia, che ciò debba avvenire "*nel rispetto della volontà del fondatore*".

Se, dunque, la clausola di divieto di adozione di operazioni di trasformazione fusione o scissione, fosse stata introdotta in statuto dal fondatore, e non per effetto di una successiva modifica dello stesso non richiesta dal fondatore stesso, sarebbe ben difficile sostenere la possibilità di una sua successiva soppressione senza il concorso della volontà di questi, salva la fattispecie di cui all'art. 28, primo comma, c.c.¹⁷.

8. I LIMITI LEGALI

¹⁶ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 45; F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 250.

¹⁷ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 46.

8.1 I limiti alle operazioni straordinarie che determinino la perdita della qualifica di impresa sociale: cenni e rinvio

L'art. 12 del D.lgs. 3 luglio 2017 n. 112, con riferimento agli enti che rivestono la qualità di impresa sociale, fra i quali possono senza dubbio rientrare anche associazioni e fondazioni, pone taluni limiti alla trasformazione, fusione e scissione che interessino siffatti enti.

La questione sarà diffusamente esaminata nello studio di questa commissione dedicato alla trasformazione fusione e scissione degli enti esercenti imprese sociali.

8.2. I limiti alle operazioni straordinarie che determinino la perdita della qualifica di ente del terzo settore

A differenza di quanto si è testé illustrato in relazione all'impresa sociale, il Codice del Terzo Settore non prevede espressamente alcuna norma che impedisca o limiti il ricorso ad operazioni di trasformazione, fusione o scissione, laddove queste determinino la perdita della qualifica di ente del terzo settore¹⁸.

Tuttavia l'art. 50 del Codice del Terzo Settore pone un principio di carattere più generale, suscettibile di incidere in qualche modo sulle operazioni in esame.

A tale riguardo detto articolo prevede, infatti:

- al comma 1, che la *“carezza dei requisiti necessari per la permanenza nel Registro unico nazionale del Terzo settore”* determina la cancellazione dell'ente dal Registro unico nazionale;
- al comma 2, che *“L'ente cancellato dal Registro unico nazionale per mancanza dei requisiti che vuole continuare a operare ai sensi del codice civile deve preventivamente devolvere il proprio patrimonio ai sensi dell'articolo 9, limitatamente all'incremento patrimoniale realizzato negli esercizi in cui l'ente è stato iscritto nel Registro unico nazionale”*¹⁹.

¹⁸ Cfr. sul punto G.A.M. TRIMARCHI, *Terzo Settore e “Imprese Sociali”: la disciplina delle operazioni straordinarie*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2019, 442.

¹⁹ Nella *Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante “Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106”* si legge a tale riguardo che *“quando l'ente sia operante ma non più in possesso dei requisiti, la cancellazione comporta l'obbligo di devoluzione del patrimonio (in linea con quanto attualmente previsto in caso di cancellazione dall'anagrafe delle Onlus), per la parte incrementatasi nel periodo di iscrizione al Registro”*.

In realtà tale principio, per le Onlus, nel sistema anteriore all'avvento del Codice, era stato dedotto in via interpretativa dalla Circolare dell'Agenzia delle Entrate 31 ottobre 2007 n. 59, che, al § 4, disponeva che *“L'art. 3, lettera k), del D.P.C.M. 21 marzo 2001, n. 329, prevede che, nei casi di scioglimento delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale, l'Agenzia per le Onlus renda parere vincolante sulla devoluzione del loro patrimonio ai sensi dell'art. 10, comma 1, lettera f), del D.lgs. n. 460 del 1997. Al riguardo si ricorda che nella circolare n. 168/E del 26 giugno 1998 è stato precisato che “la perdita di qualifica equivale, ai fini della destinazione del patrimonio, allo scioglimento dell'ente” ... Nell'ipotesi in cui un ente, pur perdendo la qualifica di Onlus, non intenda sciogliersi, ma voglia continuare ad operare come ente privo della medesima qualifica, si ritiene che lo stesso sia tenuto a devolvere il patrimonio, secondo i criteri indicati all'art. 10, comma 1, lettera f), del D.lgs. n. 460 del 1997, limitatamente all'incremento patrimoniale realizzato nei periodi d'imposta in cui l'ente aveva fruito della qualifica di Onlus.*

A sua volta l'articolo 9 del Codice del Terzo Settore, richiamato dall'art. 50, comma 2, del medesimo dispone che *"In caso di estinzione o scioglimento, il patrimonio residuo è devoluto, previo parere positivo dell'Ufficio di cui all'articolo 45, comma 1, e salva diversa destinazione imposta dalla legge, ad altri enti del Terzo settore secondo le disposizioni statutarie o dell'organo sociale competente o, in mancanza, alla Fondazione Italia Sociale. Il parere è reso entro trenta giorni dalla data di ricezione della richiesta che l'ente interessato è tenuto a inoltrare al predetto Ufficio con raccomandata a/r o secondo le disposizioni previste dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, decorsi i quali il parere si intende reso positivamente. Gli atti di devoluzione del patrimonio residuo compiuti in assenza o in difformità dal parere sono nulli"*.

Ciò posto, deve rilevarsi che una trasformazione può senza dubbio determinare la perdita *"dei requisiti necessari per la permanenza nel Registro unico nazionale del Terzo settore"* laddove l'assetto organizzativo dell'ente, all'esito dell'operazione, sia incompatibile con le caratteristiche proprie degli enti del Terzo settore.

Ma altrettanto potrebbe accadere per una fusione, laddove:

- trattandosi di fusione per incorporazione, un ente del terzo settore sia incorporato in un ente sprovvisto di tale qualifica;
- trattandosi di fusione propria, un ente del terzo settore partecipi ad una operazione di tal fatta nella quale l'ente risultante dalla fusione sia sprovvisto della medesima qualifica.

Del resto la fusione di cui trattasi senza dubbio produce la cancellazione dell'ente del terzo settore fuso od incorporato dal Registro unico nazionale del Terzo settore, allo stesso modo in cui la società fusa o incorporata viene cancellata dal registro delle imprese.

Per altro verso non pare potersi dubitare che, stante la natura meramente modificativa della fusione²⁰, l'ente incorporato o fuso continui *"a operare ai sensi del codice civile"* in quello incorporante o risultante dalla fusione.

Ma anche una scissione può, a ben vedere, determinare la perdita dei requisiti in questione.

Ciò appare indubbio laddove si tratti di scissione totale di un ente del terzo settore in favore di enti beneficiari tutti sprovvisti di tale qualifica.

Ma alle medesime conclusioni dovrebbe addivenirsi anche:

- a) per la scissione parziale di un ente del terzo settore in favore di un ente sprovvisto di tale qualifica;
- b) per la scissione totale di un ente del terzo settore in favore di due enti, di cui solo uno sprovvisto della medesima qualifica.

Anche in tal caso, invero, stante la natura meramente modificativa della scissione²¹, l'ente scisso continua *"a operare ai sensi del codice civile"* in quello beneficiario, ma tale continuità assume carattere meramente parziario, in relazione al solo patrimonio assegnato *scissionis causa*.

Se ne deve dedurre che:

Viene fatto salvo, quindi, il patrimonio precedentemente acquisito prima dell'iscrizione nell'anagrafe delle Onlus".

²⁰ Sia consentito rinviare, anche per una più puntuale indicazione dei riferimenti bibliografici, a F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, Milano, 2009, 49 e ss.

²¹ F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 24 e ss.; F. MAGLIULO, *La scissione costituisce un fenomeno traslativo?*, nota a Cass. Sez. Un. 15 novembre 2016 n. 23225, in *Notariato*, 2017, 159 e ss.

- la fusione o la scissione sono ammissibili anche laddove esse determinino la perdita della qualifica di ente del terzo settore;
- tali operazioni comportano, tuttavia, l'obbligo di devolvere preventivamente il patrimonio dell'ente ai sensi dell'articolo 9 del Codice, limitatamente all'incremento patrimoniale realizzato negli esercizi in cui l'ente è stato iscritto nel Registro unico nazionale;
- per le scissioni sopra esaminate sub a) e b), l'obbligo di devoluzione opera con riguardo all'incremento patrimoniale realizzato negli esercizi in cui l'ente è stato iscritto nel Registro unico nazionale, limitatamente alla frazione del patrimonio dell'ente scisso che viene assegnato a quello beneficiario sprovvisto della qualifica di ente del terzo settore²².

Resta, tuttavia, da verificare in quale maniera operi siffatta devoluzione laddove essa derivi da un'operazione di trasformazione, fusione o scissione, considerato che il citato art. 50 del Codice del Terzo Settore si limita al riguardo a stabilire, in modo alquanto laconico, che essa debba essere preventiva rispetto alla continuazione dell'operatività dell'ente.

In particolare la devoluzione, in base all'articolo 9 del Codice del Terzo Settore, richiamato dall'art. 50, comma 2, del medesimo, deve avvenire *“previo parere positivo dell'Ufficio di cui all'articolo 45, comma 1”*, il quale *“è reso entro trenta giorni dalla data di ricezione della richiesta che l'ente interessato è tenuto a inoltrare al predetto Ufficio con raccomandata a/r o secondo le disposizioni previste dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, decorsi i quali il parere si intende reso positivamente”*.

La sussistenza del menzionato parere, peraltro, costituisce una condizione di validità dell'atto di devoluzione, atteso che la norma dispone al riguardo che *“Gli atti di devoluzione del patrimonio residuo compiuti in assenza o in difformità dal parere sono nulli”*.

Al riguardo appare possibile richiamare le considerazioni svolte alla fine del paragrafo precedente, sostituendo all'autorizzazione ministeriale ivi prevista il parere da ultimo citato.

In particolare, in caso di trasformazione, il parere dell'Ufficio regionale del Registro unico nazionale del Terzo settore può intervenire anche dopo la delibera di trasformazione o di fusione o scissione e prima dell'atto negoziale traslativo attuativo della devoluzione e come condizione di validità di quest'ultimo.

Occorre, tuttavia, chiarire con quali modalità debba essere accertata la consistenza dell'*“incremento patrimoniale realizzato negli esercizi in cui l'ente è stato iscritto nel Registro unico nazionale”*.

Il problema presenta rilevanti elementi di complessità, considerato che la prassi interpretativa anteriore all'emanazione del Codice del Terzo Settore riteneva che, ai fini del calcolo di siffatto importo, non dovesse essere considerato l'incremento di valore verificatosi durante l'iscrizione nell'anagrafe delle Onlus di cespiti patrimoniali acquistati prima di siffatta iscrizione né le plusvalenze conseguite dalla vendita, operata in costanza di detta iscrizione, di cespiti acquisiti prima di quest'ultima²³.

Per tali ragioni nella prassi amministrativa anteriore all'avvento del Codice del Terzo Settore si richiedeva, ai fini dell'emissione del prescritto parere una particolare documentazione²⁴.

²² In quest'ottica, sia pure in materia di trasformazione, v. F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 245.

²³ Atto di indirizzo emanato dall'Agenzia per le ONLUS con deliberazione n. 128 del 7 maggio 2008, § 2.

²⁴ A tale riguardo la Circolare dell'Agenzia delle Entrate 31 ottobre 2007 n. 59/e, al § 4, disponeva che *“l'ente dovrà allegare alla richiesta di parere sulla devoluzione del patrimonio rivolta all'agenzia per le Onlus ai sensi dell'art. 10,*

Gli enti competenti provvederanno, pertanto, a dettare disposizioni applicative, presumibilmente analoghe e quelle precedenti, anche con riferimento alla disposizione di cui all'art. 50, secondo comma, del Codice del Terzo Settore.

Federico Magliulo

comma 1, lettera f), del D.lgs. n. 460 del 1997, la documentazione rappresentativa della situazione patrimoniale dell'ente, redatta ai sensi dell'art. 20-bis, comma 1, lettera a), del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, alla data in cui l'ente ha acquisito la qualifica di Onlus, nonché la stessa documentazione rappresentativa della situazione alla data in cui tale qualifica è venuta meno".

L'Atto di indirizzo emanato dall'Agenzia per le ONLUS con deliberazione n. 128 del 7 maggio 2008, al § 2, richiedeva, per le ragioni sopra esposte nel testo, oltre alla documentazione suddetta, anche *"la compilazione di un'apposita scheda predisposta dalla scrivente Agenzia ed allegata al presente Atto"*.