

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n.77-2020/I

FUSIONE E SCISSIONE DI ASSOCIAZIONI RICONOSCIUTE E FONDAZIONI

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.

In secondo luogo la nuova disposizione afferma;

- l'applicabilità, nei limiti della compatibilità, delle regole che disciplinano la fusione e la scissione societarie con particolare riferimento alle diverse fasi del relativo procedimento;
- il principio dell'applicazione delle regole di pubblicità proprie del tipo organizzativo coinvolto nell'operazione.

Il menzionato limite della compatibilità pone il problema di verificare la sussistenza di quest'ultima con riferimento:

- alla disciplina della fusione a seguito di acquisizione con indebitamento,
- alla situazione patrimoniale,
- al rapporto di cambio ed alla relativa stima,
- alla relazione degli amministratori,
- alla perizia sul valore del patrimonio dell'ente nelle fusioni e scissioni trasformative,
- alla possibilità che la fusione o la scissione sia deliberata dall'organo amministrativo,
- ai bilanci degli ultimi tre esercizi,
- alle forme deliberative,
- all'approvazione dell'autorità governativa ed al controllo notarile, con particolare riferimento alle nuove regole di riconoscimento della personalità giuridica dettate dalla riforma del terzo settore,
- al diritto di recesso nelle associazioni,
- al dimezzamento dei termini legali previsto dalla normativa in materia di fusione societaria.

Lo studio si sofferma inoltre sui complessi problemi che si pongono in relazione:

- alla fusione o alla scissione di associazione in fondazione, con particolare riferimento ai quorum deliberativi,
- alla fusione o la scissione di fondazione in associazione riconosciuta, con particolare riferimento all'individuazione dei soggetti cui attribuire la qualità di associati all'esito dell'operazione.

Sommario: 1. Il nuovo art. 42-*bis* c.c. nel quadro della riforma del Terzo settore - 2. Riferibilità del nuovo art. 42-*bis* c.c. alle sole operazioni poste in essere all'interno degli schemi causali propri degli enti del Primo Libro - 3. Applicabilità del nuovo art. 42-*bis* c.c. anche agli enti del Primo Libro non del Terzo settore - 4. I limiti alla possibilità per gli enti del Primo Libro di operare fusioni o scissioni: cenni e rinvio - 5. Il principio dell'applicabilità alla fusione ed alla scissione delle norme in materia societaria e le sue implicazioni sull'ammissibilità dell'operazione e sul suo *iter* procedurale - 6. La pubblicità degli atti del procedimento - 6.1. Il principio dell'applicazione delle regole di pubblicità proprie del tipo organizzativo coinvolto nell'operazione - 6.2. La pubblicità degli atti del procedimento sul sito internet dell'ente - 6.3. Gli adempimenti di cui all'art. 2501-*ter* c.c. - 6.4. Gli adempimenti di cui all'art. 2501-*septies* c.c. - 7. La disciplina della fusione a seguito di acquisizione con indebitamento - 8. La situazione patrimoniale - 9. Il rapporto di cambio, la relativa stima e la relazione degli amministratori - 9.1 Insussistenza di un rapporto di cambio in senso tecnico e degli adempimenti conseguenti - 9.2. La relazione degli amministratori - 9.3. La fusione o la scissione fra associazioni riconosciute - 9.4. La fusione o la scissione di associazione in fondazione - 9.5. La fusione o la scissione di fondazione in associazione riconosciuta - 9.6. La scissione non proporzionale e asimmetrica - 10. La perizia sul valore del patrimonio dell'ente, la situazione patrimoniale e la relazione dell'organo amministrativo nelle fusioni e scissioni trasformative - 11. La possibilità che la fusione o la scissione sia deliberata dall'organo amministrativo - 12. I bilanci degli ultimi tre esercizi - 13. Le maggioranze ed il procedimento deliberativo - 13.1 L'organo competente ed il *quorum* deliberativo nelle fusioni e scissioni non trasformative - 13.2. Il *quorum* deliberativo della fusione o della scissione comportanti anche una trasformazione di associazione in fondazione non di partecipazione - 14. Le forme deliberative - 15. L'approvazione dell'autorità governativa ed il controllo notarile - 16. Il diritto di recesso nelle associazioni - 17. Il dimezzamento dei termini legali - 18. L'opposizione dei creditori e l'efficacia dell'operazione - 18.1. L'inderogabilità dell'opposizione - 18.2. Il coordinamento della disciplina dell'opposizione dei creditori in ipotesi di fusione o scissione trasformativa - 19. L'efficacia sanante dell'iscrizione dell'atto di fusione - 20. Le indicazioni ricavabili dall'art. 42-*bis* c.c. in merito all'ammissibilità di fusioni e scissioni eterogenee.

1. IL NUOVO ART. 42-BIS C.C. NEL QUADRO DELLA RIFORMA DEL TERZO SETTORE

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").

Tale provvedimento ha inteso operare *"il riordino e la revisione organica della disciplina speciale e delle altre disposizioni vigenti, relative agli enti del Terzo settore, compresa la disciplina tributaria applicabile a tali enti, mediante la redazione di un apposito Codice del terzo settore. Tale attività di revisione e riordino è finalizzata al sostegno dell'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono,*

*anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, alla valorizzazione del potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, secondo comma, 4, 9, 18 e 118, comma 4, della Costituzione"*¹.

In occasione della riforma organica del Terzo settore il legislatore, che pure a tale proposito non è intervenuto direttamente sul codice civile², ha tuttavia opportunamente provveduto anche ad inserire in quest'ultimo 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.

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".

In tal modo il legislatore delegato, pur avendo dichiaratamente inteso con il citato D.lgs. 3 luglio 2017 n. 117 dare attuazione all'art. 1, comma 2, lettera b), della legge delega 6 giugno 2016, n. 106, che attiene alla riforma del Terzo settore, ha di fatto *in parte qua* dato attuazione anche all'art. 1, comma 2, lettera a) di quest'ultima legge, che attiene alla *"alla revisione della disciplina del titolo II del libro primo del codice civile in materia di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato senza scopo di lucro, riconosciute come persone giuridiche o non riconosciute"*³.

Ed invero l'art. 3 lett. e) della menzionata legge delega, nel dettare i principi e criteri direttivi della revisione del titolo II del libro primo del codice civile, prevede che il legislatore delegato debba, fra l'altro, *"disciplinare il procedimento per ottenere la trasformazione diretta e la fusione tra associazioni e fondazioni, nel rispetto del principio generale della trasformabilità tra enti collettivi diversi introdotto dalla riforma del diritto societario di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6"*⁴.

¹ *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".*

² 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"*.

³ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, in *Riv. Not.*, 2018, 31; M. BIANCA, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore*, in *ODC* n.2/2018; F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, Milano, 2018, 32.

⁴ M. BIANCA, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore*, cit. rileva che la legge delega non menziona espressamente anche le associazioni non riconosciute e le scissioni.

Nondimeno egli si dichiara dell'avviso che:

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 fusione e scissione solo con riferimento agli enti societari e non anche in relazione agli enti del Primo Libro.

Il menzionato vuoto normativo ha, dunque, impegnato, non senza difficoltà, la dottrina e la giurisprudenza nel tentativo di ricavare una disciplina dei fenomeni in esame in base ai principi generali insiti nel sistema.

E tuttavia, nel sistema anteriore alla riforma del diritto societario, era opinione diffusa che fusione e scissione costituissero istituti endosocietari, nel senso che al relativo procedimento non potessero partecipare, insieme a società, enti non societari, ritenendosi da molti insuperabile la barriera causale che separa le società dagli enti del Primo Libro⁵.

La lacuna normativa è stata poi solo in parte colmata a seguito della riforma del diritto societario, che ha espressamente previsto e disciplinato l'istituto della trasformazione eterogenea, di cui agli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* c.c., superando in tal modo la menzionata barriera causale.

Sulla base delle innovazioni apportate dalla riforma del diritto societario, parte della dottrina ha poi ammesso, non senza difficoltà interpretative, anche la legittimità di qualsiasi altra modifica organizzativa che comporti il mutamento causale sopra menzionato, ivi compresa la fusione e la scissione⁶.

Ma anche in un siffatto contesto normativo rimanevano prive di espressa disciplina la fusione e la scissione che coinvolgessero esclusivamente enti del Primo Libro, tanto che la stessa ammissibilità di tali operazioni era oggetto di discussione.

2. RIFERIBILITÀ DEL NUOVO ART. 42-BIS C.C. ALLE SOLE OPERAZIONI POSTE IN ESSERE ALL'INTERNO DEGLI SCHEMI CAUSALI PROPRI DEGLI ENTI DEL PRIMO LIBRO

La nuova disposizione di cui all'art. 42-*bis* c.c., pertanto, si limita a disciplinare le sole operazioni di fusione e scissione che operino all'interno degli schemi causali propri degli enti del Primo Libro⁷.

Tale conclusione risulta evidente dalla circostanza che essa prevede che le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni possono operare "*reciproche*" fusioni o scissioni.

-
- quanto alle associazioni non riconosciute, "*è probabile che il dato, lungi dal dar luogo ad un eccesso di delega, trovi origine nella prima scelta lessicale: visto che il termine "associazioni" cui ricorre l'art. 3, comma 1°, lett. e) le comprende tutte, siano o meno riconosciute, nulla ostava a menzionare entrambe nell'art. 42-bis c.c.*";
 - quanto alla scissione, "*Nonostante i plausibili dubbi di costituzionalità scaturenti da un obiettivo eccesso di delega, la sua introduzione nell'art. 42-bis c.c. è tutto sommato opportuna: anzitutto perché l'iniziale esclusione non sembra rispondere ad una scelta di fondo, poi perché, considerato il crescente spazio guadagnato dall'autonomia privata in termini di ricorso alle operazioni straordinarie, le scissioni potrebbero avere egualmente luogo e l'art. 42-bis c.c. finirebbe comunque per trovarvi applicazione*".

⁵ In materia di trasformazione v. A. LAUDONIO, *La trasformazione delle associazioni*, Padova, 2013, 25 e ss., ove ampi riferimenti bibliografici. In materia di fusione e scissione sia consentito rinviare, anche per i relativi riferimenti bibliografici, a F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, Milano, 2009, 76 e ss.; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, Milano, 2012, 103 e ss.

⁶ Sia consentito rinviare sul punto a F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 74 e ss.; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 106 e ss.

⁷ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 32; S. D'ANGELO, *Le operazioni straordinarie degli Enti del Terzo Settore*, reperibile sul sito www.uneba.org, 3; M. MOZZARELLI, *Trasformazione, patrimonio e codice di governo*, in *Riv. Soc.*, 2018, 1345; A. FUSARO, *Trasformazione, fusione, scissione degli enti del libro primo e degli ETS*, in *Riv. Not.*, 2018, 27; F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 245.

L'utilizzo di siffatta espressione rende palese che l'art. 42-*bis* c.c. si riferisce ad operazioni nelle quali sia l'ente o gli enti di partenza che quelli di arrivo sono pur sempre ascrivibili ai tipi delle associazioni riconosciute, delle associazioni non riconosciute e delle fondazioni.

Laddove, invece, l'ente di partenza o quello di arrivo sia rappresentato da un ente societario, deve farsi riferimento, oltre che alle norme della Sezione II e della Sezione III del Capo X del Quinto Libro del Codice Civile, anche alle specifiche disposizioni di cui agli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* c.c. in materia di trasformazione eterogenea, sopra menzionati.

Il principio della ammissibilità di operazioni di fusione o di scissione degli enti del Primo Libro pare, peraltro, consentire non solo che all'operazione partecipino enti di tal fatta dello stesso tipo, ma anche che la fusione o la scissione coinvolga enti del Primo Libro di tipo diverso, ancorché quest'ultima possibilità sia stata messa in dubbio da taluni autori⁸.

In tal senso depongono in via inequivocabile:

- l'art. 3 lett. e) della menzionata legge delega, la quale dispone che il legislatore delegato avrebbe dovuto *"disciplinare il procedimento per ottenere ... la fusione tra associazioni e fondazioni"* e non *"tra associazioni e tra fondazioni"*;
- la circostanza che il nuovo art. 42-*bis* c.c. ammetta senza dubbio la trasformazione fra associazioni e fondazioni e viceversa, onde sarebbe possibile pervenire, ad esempio, alla incorporazione di un'associazione in una fondazione, trasformando la prima in fondazione per poi procedere all'incorporazione; orbene, se tale risultato è di per sé lecito, per elementari principi di economia dei mezzi giuridici, dovrebbe essere possibile realizzarlo mediante un'unica operazione⁹;
- la considerazione che, anche in materia societaria, è ormai pacifico che le fusioni e scissioni possano essere *"trasformative"* con la conseguente applicazione anche delle norme proprie della trasformazione, come si desume, fra l'altro, dall'art. 2501-*sexies*, penultimo comma, c.c.¹⁰;
- la circostanza che l'uso dell'espressione *"reciproche"* riferito a *"trasformazioni, fusioni o scissioni"* relative a associazioni e fondazioni, per la sua ampiezza, non è in grado di escludere che termine di riferimento oggettivo della menzionata reciprocità possano essere enti di tipo diverso.

3. APPLICABILITÀ DEL NUOVO ART. 42-BIS C.C. ANCHE AGLI ENTI DEL PRIMO LIBRO NON DEL TERZO SETTORE

Come si è già avuto modo di accennare, la nuova disposizione ha un ambito di applicazione più ampio di quello cui fa riferimento il Codice del Terzo settore¹¹.

⁸ A. BUSANI – F. URBANI, *Operazioni straordinarie: la fusione*, in *Le Società*, 2018, 358, secondo cui *"La lettera della norma suggerisce, tuttavia, che tali operazioni possano essere realizzate esclusivamente fra enti dello stesso tipo, ossia "reciprocamente" fra due o più associazioni oppure fra due o più fondazioni, escludendo la legittimità di operazioni che vedano coinvolte sia associazioni, sia fondazioni"*, pur avvertendo che *"Ciò parrebbe, però, porsi in contrasto con le (più permissive) conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza sopra richiamata, che invero non sembrerebbero giustificare una siffatta limitazione"*.

⁹ Cfr. F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 77.

¹⁰ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 98.

¹¹ Di ciò non sembra essersi avveduta la *Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo* cit., la quale, pur non fornendo particolari chiarimenti sul contenuto della nuova norma, afferma che essa *"prevede l'inserimento nel codice"*

Essa, infatti, a differenza delle norme recanti la disciplina degli enti del terzo settore, è inserita nel titolo II del libro I del codice civile, che disciplina qualunque genere di associazioni riconosciute, associazioni non riconosciute e fondazioni¹² e, pertanto, anche quelle sprovviste dei requisiti atti a qualificarle come enti del Terzo settore.

Ciò risulta confermato dal fatto che il legislatore, all'art. 42-bis, ultimo comma, c.c., dispone che *"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"*¹³.

Ne consegue che:

- laddove si tratti di operazioni coinvolgenti associazioni e fondazioni sprovviste dei requisiti atti a qualificarle come enti del Terzo settore, la relativa pubblicità si attua, come di consueto, nel Registro delle Persone Giuridiche;
- laddove si tratti di operazioni coinvolgenti associazioni e fondazioni munite dei requisiti atti a qualificarle come enti del Terzo settore, la relativa pubblicità si attua nel Registro unico nazionale del Terzo settore.

4. I LIMITI ALLA POSSIBILITÀ PER GLI ENTI DEL PRIMO LIBRO DI OPERARE FUSIONI O SCISSIONI: CENNI E RINVIO

La possibilità per le associazioni riconosciute e non riconosciute e per le fondazioni di operare fusioni o scissioni è condizionata dalla legge alla circostanza che ciò non sia *"espressamente escluso dall'atto costitutivo o dallo statuto"*.

Ulteriori limiti alle operazioni straordinarie sono previsti per gli enti che rivestono la qualità di impresa sociale dall'art. 12 del D.lgs. 3 luglio 2017 n. 112.

Inoltre, per quanto attiene agli enti del terzo settore non costituenti impresa sociale, l'art. 50 del Codice pone un principio generale che regola la perdita della qualifica di ente del terzo settore, imponendo la devoluzione (totale o parziale, secondo i casi) del patrimonio. Tale principio, peraltro, pare suscettibile di essere applicato anche ad operazioni di fusione o di scissione che determinino la perdita di siffatta qualifica.

civile di un nuovo articolo, destinato a favorire i processi di trasformazione, fusione o scissione delle associazioni e fondazioni conseguenti alla nuova configurazione tipologica degli enti del Terzo settore introdotta con il presente decreto legislativo".

¹² F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 33; A. FUSARO, *Trasformazioni, fusioni, scissioni degli enti del Libro primo del Codice civile e del Terzo settore*, in *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale*, a cura di A. Fici, Napoli, 2018, 447; A. FUSARO, *Trasformazione, fusione, scissione degli enti del libro primo e degli ETS*, in *Riv. Not.*, 2018, 25, il quale sottolinea che *"La nuova disposizione riveste significativa portata sistematica: è incentrata su associazioni e fondazioni, ma poi menziona gli ETS, sottintendendone la continenza; essa conferma, quindi, la correttezza dell'impostazione che inquadra i secondi quali sottotipi dei primi"*; S. D'ANGELO, *Le operazioni straordinarie degli Enti del Terzo Settore*, cit., 3; G. M. COLOMBO, *La trasformazione degli enti del Libro I del Codice civile e del Terzo Settore*, in *Cooperative e Enti Non Profit*, n. 5/2018, 8; F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 242. Secondo M. BIANCA, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore*, cit., l'art. 42-bis c.c. pone *"una regola applicabile a tutti gli enti del Titolo Secondo del Libro Primo, fatto salvo il caso in cui le loro funzioni o la particolare struttura (si pensi ai partiti politici, ai sindacati) contrastino con la ratio stessa della norma"*. Ma quest'ultima limitazione non sembra trovare alcun riscontro nel testo normativo.

¹³ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 33; M. BIANCA, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore*, cit.

E tuttavia tali problematiche si pongono non solo in sede di fusione e scissione, ma anche con riferimento alla trasformazione degli enti del terzo settore.

Pertanto la questione non viene trattata nel presente lavoro, in quanto sarà oggetto di uno specifico studio di questa commissione.

5. IL PRINCIPIO DELL'APPLICABILITÀ ALLA FUSIONE ED ALLA SCISSIONE DELLE NORME IN MATERIA SOCIETARIA E LE SUE IMPLICAZIONI SULL'AMMISSIBILITÀ DELL'OPERAZIONE E SUL SUO ITER PROCEDURALE

Il terzo comma dell'art. 42-bis c.c. dispone che *“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”*.

Pur essendo tale disposizione caratterizzata da una formulazione assai sintetica, essa appare di estrema importanza dal punto di vista sistematico.

La norma, infatti, 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 dottrina¹⁴ e dalla giurisprudenza¹⁵.

In secondo luogo la nuova disposizione afferma l'applicabilità, nei limiti della compatibilità, delle regole che disciplinano la fusione e la scissione societarie con particolare riferimento alle diverse fasi del relativo procedimento¹⁶. Infatti, l'attuale integrale richiamo del nuovo art. 42-bis c.c. alle

¹⁴ Con riferimento alla fusione tra associazioni v. F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 11-35, Bologna-Roma, 1972, 352 ss.

Dopo la riforma del diritto societario si era poi ritenuto che ogni dubbio sull'ammissibilità di tali fusioni fosse fugato dalla previsione della trasformazione eterogenea (A. FUSARO, *Trasformazioni e fusioni tra enti non profit*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni, Riforma del diritto societario e enti non profit*, a cura di A. Zoppini e M. Maltoni, Milano, 2007, 133 ss.; F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 74; *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari* (massima L.E.12), secondo cui *“si ritiene legittima la fusione di un'associazione riconosciuta in una fondazione e viceversa, stante il principio dell'economia dei mezzi giuridici in quanto la medesima operazione potrebbe diversamente essere attuata attraverso la previa trasformazione della associazione in fondazione (vedi orientamento K.A.40) e la successiva fusione della trasformata fondazione con altra fondazione. In assenza di una disciplina specifica, a tale fattispecie si applicano in via analogica le disposizioni legislative che disciplinano le fusioni eterogenee. In ogni caso l'operazione è sottoposta al vaglio dell'autorità amministrativa competente”*).

Con specifico riferimento alla scissione si era peraltro affermato che *“Non si vedono, invero, ragioni sostanziali che possano portare ad una diversa conclusione riguardo alla scissione”* (CNN, Quesito n. 29-2009/I, *Scissione di associazione riconosciuta*, est. A. Ruotolo).

¹⁵ Con riferimento alla fusione tra associazioni Cass. 14 marzo 1967, n. 583, in *Giur. it.*, 1968, I, 511 e Cass. 23 gennaio 2007, n. 1476, in *Dir. e Giur.*, 2007, 628, che hanno fatto applicazione delle norme relative agli effetti della fusione; Trib. Napoli 31 dicembre 1962, in *Giur. it.*, 1964, I, 2, 699, con nota di GHEZZI, nonché in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 494, con nota di Rossi; Cass. 24 novembre 1999, n. 13033, in *Vita not.*, 2000, 987; Trib. Napoli, 31 dicembre 1962, in *Giur. it.*, 1964, I, 2, 699 ed in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 494; con riferimento alla fusione tra fondazioni Cons. Stato 24 gennaio 1956, in *Cons. Stato*, 1956, I, 1104, che fa applicazione analogica dell'art. 58 legge 17 luglio 1890, n. 6972, che prevedeva la fusione tra istituzioni pubbliche di assistenza e di beneficenza; Trib. di Roma 25 gennaio 2016, in *Giur. Comm.*, 2017, 4, 760.

¹⁶ Da tale punto di vista la norma supera l'orientamento interpretativo, formatosi prima della riforma del terzo settore (CNN, *Fusione per incorporazione di enti ecclesiastici*, Quesito n. 138-2006/I, est. D. BOGGIALI e A. RUOTOLO; CNN, Quesito n. 29-2009/I, *Scissione di associazione riconosciuta*, est. A. RUOTOLO; CNN, Quesito di Impresa n. 350-2015/I, *Fusione tra associazioni riconosciute e applicabilità degli artt. 2503 e 2505-quater, c.c.*, est. D. BOGGIALI e A. RUOTOLO), secondo cui:

“disposizioni di cui alle sezioni II e III del capo X, titolo V, libro V, in quanto compatibili”, rende evidente che nelle fusioni e nelle scissioni fra enti del Primo Libro sarà necessario, in linea di principio, redigere il relativo progetto, predisporre la consueta documentazione informativa e stipulare l’atto di fusione o di scissione previo decorso del termine per l’opposizione dei creditori sociali, salvo quanto si avrà modo di precisare nel prosieguo della presente trattazione¹⁷.

Nondimeno il menzionato terzo comma dell’art. 42-*bis* c.c. non provvede a coordinare la disciplina societaria della fusione e della scissione con le peculiarità che caratterizzano gli enti del Primo Libro, commettendo all’interprete l’arduo compito di effettuare il vaglio della compatibilità di siffatta disciplina.

6. LA PUBBLICITÀ DEGLI ATTI DEL PROCEDIMENTO

6.1. Il principio dell’applicazione delle regole di pubblicità proprie del tipo organizzativo coinvolto nell’operazione

-
- *“non è né necessario redigere un progetto di fusione conforme a quanto stabilito dall’art. 2501-ter c.c., (ad esempio appare incompatibile la disciplina contenuta nei nn. da 3 a 8 concernenti le posizioni dei soci delle società coinvolte nella fusione), né il rispetto del termine di sessanta giorni a garanzia dei creditori di cui all’art. 2503 c.c., posto che non v’è pubblicità dell’approvazione e del “progetto di fusione”, momenti dai quali viene appunto fatto decorrere il termine per l’opposizione”;*
 - *“non occorrono, inoltre, né la relazione al progetto di fusione di cui all’art. 2501-quinquies c.c., né la relazione degli esperti ex art. 2501-sexies c.c.”;*

“sussistono, invece, dubbi in merito alla necessità di redigere, in seguito all’approvazione delle delibere di fusione, un apposito atto di fusione. [...] In caso di fusione tra fondazioni [...] poiché l’art. 2, d.P.R. n. 361/2000 richiede l’allegazione della documentazione necessaria a comprovare il rispetto delle disposizioni statutarie inerenti al procedimento di modifica dello statuto, sarebbe, forse, sufficiente la delibera dell’organo competente a modificare lo statuto. Si deve, tuttavia, segnalare che la stipula di un atto di fusione potrebbe essere quanto meno opportuna ai fini di compendiare in un unico documento le modificazioni dello statuto dell’ente incorporante derivanti dalla fusione e di dare certezza in merito alla conformità delle delibere adottate da ciascun ente ed alla mancanza di un’eventuale revoca di tali delibere”.

CNN, *Fusione per incorporazione di enti ecclesiastici*, Quesito n. 138-2006/I, est. D. BOGGIALI e A. RUOTOLO; CNN, Quesito n. 29-2009/I, *Scissione di associazione riconosciuta*, est. A. RUOTOLO; CNN, Quesito di Impresa n. 350-2015/I, *Fusione tra associazioni riconosciute e applicabilità degli artt. 2503 e 2505-quater, c.c.*, est. D. BOGGIALI e A. RUOTOLO.

Ma *contra* v.

- *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari* (massima L.E.12), secondo cui *“In assenza di una disciplina specifica, a tale fattispecie si applicano in via analogica le disposizioni legislative che disciplinano le fusioni eterogenee”;*
- Trib. di Roma 25 gennaio 2016, cit., il quale ha ritenuto che il procedimento di fusione doveva *“modellarsi quanto più possibile sulla disciplina di cui agli artt. 2501 e ss c.c., riconoscendo appunto all’organo amministrativo degli enti interessati il potere di redigere il progetto di fusione, cui va allegata una relazione in ordine alle ragioni dell’operazione, alle eventuali modifiche statutarie, alla situazione patrimoniale, ecc.; analogamente si deve provvedere al deposito degli atti presso le sede degli enti interessati all’operazione (art. 2501 septies, c.c.)”* e che fosse *“applicabile la disposizione che prevede la fusione con atto notarile (art. 2504, 1° comma, c.c.: “La fusione deve risultare da atto pubblico”)”*; tale decisione, peraltro, avendo ad oggetto la fusione fra fondazioni prive di un organo assembleare ha ritenuto che *“la mancanza di delibera assembleare sembra dover comportare l’inapplicabilità anche della previsione di cui all’art. 2502 bis c.c., in tema di pubblicazione della deliberazione di fusione nel Registro delle Imprese, e dell’art. 2503 c.c., in tema di opposizione dei creditori”*.

¹⁷ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 91.

Il principio di cui all'art. 42-bis, ultimo comma, c.c., è pienamente coerente con i principi dettati dal Codice secondo cui, per gli enti del Terzo settore, in linea di principio, la pubblicità degli atti relativi all'ente si attua nel registro unico nazionale del Terzo settore. In particolare è previsto che:

- *"Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società ... iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore"* (art. 4, primo comma, del Codice);
- *"Gli enti del Terzo settore si iscrivono nel registro unico nazionale del Terzo settore"* (art. 11, primo comma, del Codice);
- *"Le associazioni e le fondazioni del Terzo settore possono, in deroga al decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361, acquistare la personalità giuridica mediante l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore"* (art. 22, primo comma, del Codice);
- per gli enti del Terzo settore muniti di personalità giuridica, *"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"* (art. 22, sesto comma, del Codice);
- per tutti gli enti del Terzo settore, *"Nel Registro devono inoltre essere iscritte le modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto, le deliberazioni di trasformazione, fusione, scissione, di scioglimento, estinzione, liquidazione e cancellazione, i provvedimenti che ordinano lo scioglimento, dispongono la cancellazione o accertano l'estinzione, le generalità dei liquidatori e tutti gli altri atti e fatti la cui iscrizione è espressamente prevista da norme di legge o di regolamento"* (art. 48, secondo comma, del Codice).

In altri termini l'art. 42-bis, ultimo comma, c.c. si è adeguato ad un principio in passato già enucleato in via interpretativa dalla dottrina, secondo cui i vari atti del procedimento di fusione e scissione devono ricevere *"un'idonea pubblicità secondo la disciplina del tipo di struttura organizzativa coinvolta nell'operazione"*¹⁸.

Alla stregua di tale principio vanno risolti tutti i problemi che possano verificarsi al riguardo nelle operazioni in esame.

In particolare, laddove una fusione o una scissione, coinvolga come ente di partenza e/o di arrivo sia associazioni e/o fondazioni sprovviste dei requisiti atti a qualificarle come enti del Terzo settore sia associazioni e/o fondazioni munite di siffatti requisiti, per ciascun ente partecipante o derivante dall'operazione, la pubblicità degli atti del procedimento sarà effettuata nel registro proprio dell'ente cui l'atto si riferisce.

Va peraltro ricordato che, in base all'art. 11, terzo comma, del Codice *"Per le imprese sociali, l'iscrizione nell'apposita sezione del registro delle imprese soddisfa il requisito dell'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore"*.

Ne consegue che, a quanto pare, per gli enti del Terzo settore in forma di associazione riconosciuta, associazione non riconosciuta e/o fondazione, che rivestano la qualità di impresa sociale, le formalità pubblicitarie in questione dovranno essere effettuate presso l'apposita

¹⁸ F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 81; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 111; F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 34; S. D'ANGELO, *Le operazioni straordinarie degli Enti del Terzo Settore*, cit., 3.

sezione del registro delle imprese di cui all'art. 5, secondo comma, del D.lgs. 3 luglio 2017 n. 112 in materia di disciplina dell'impresa sociale¹⁹.

La nuova disciplina lascia, peraltro, irrisolto il problema delle fusioni e scissioni che coinvolgano associazioni non riconosciute nel caso in cui queste siano sprovviste dei requisiti atti a qualificarle come enti del Terzo settore e come tali non siano iscritte né nel Registro delle Persone Giuridiche né nel Registro unico nazionale del Terzo settore.

Tale questione, tuttavia, non sarà trattata nel presente lavoro, in quanto essa sarà oggetto di uno specifico studio di questa commissione.

6.2. La pubblicità degli atti del procedimento sul sito internet dell'ente

Deve, peraltro, precisarsi che il generale rinvio alle norme sulla fusione societaria implica che possano trovare applicazione alle fusioni e scissioni fra enti del Primo Libro anche le norme che consentono la pubblicazione di taluni atti del procedimento sul sito *internet* dell'ente, introdotte dal D.lgs. 22 giugno 2012 n. 123, che ha attuato la direttiva 2009/109/CE²⁰.

Si tratta della possibilità di:

- mettere a disposizione del pubblico il progetto, anziché mediante deposito presso il pubblico registro competente per l'ente in questione, mediante pubblicazione nel sito *internet* dell'ente, con modalità atte a garantire la sicurezza del sito medesimo, l'autenticità dei documenti e la certezza della data di pubblicazione (art. 2501-ter, penultimo comma, c.c.);
- mettere a disposizione dei soci la documentazione inerente all'operazione, anziché mediante deposito in copia nella sede degli enti partecipanti, mediante pubblicazione sul sito *internet* degli stessi, durante i trenta giorni che precedono la decisione in ordine alla fusione o alla scissione (art. 2501-septies c.c.).

Tali norme invero non sembrano presentare alcun elemento di incompatibilità con le caratteristiche proprie degli enti del Primo Libro²¹.

La pubblicazione di atti dell'ente sul proprio sito *internet* è, infatti, prevista anche dal Codice con riferimento al bilancio degli enti del Terzo settore con ricavi, rendite, proventi o entrate comunque denominate superiori ad 1 milione di euro.

Peraltro la stessa legge delega per la riforma degli enti del Primo Libro, all'art. 3, prevede che il legislatore delegato, nell'operare la revisione della disciplina del titolo II del libro primo del codice

¹⁹ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 35; F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 166, la quale per tale ragione ritiene che l'iscrizione nel Registro unico Nazionale del Terzo settore, pur prevista apoditticamente dall'art. 46, comma 1, lett. d) del Codice, non sia "indispensabile per le imprese sociali".

L'art. 53 del Codice dispone, peraltro, che "Entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, definisce, con proprio decreto, [...] le modalità con cui è garantita la comunicazione dei dati tra il registro delle Imprese e il Registro unico nazionale del Terzo settore con riferimento alle imprese sociali e agli altri enti del Terzo settore iscritti nel registro delle imprese".

²⁰ Sia consentito rinviare sul punto a F. MAGLIULO, *L'attuazione della direttiva sulla semplificazione del procedimento di fusione e scissione*, in *NDS*, n. 17, 2013, 53 e ss.

²¹ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 92; S. D'ANGELO, *Le operazioni straordinarie degli Enti del Terzo Settore*, cit., 6.

civile, dovrà *“prevedere obblighi di trasparenza e di informazione, anche verso i terzi, attraverso forme di pubblicità dei bilanci e degli altri atti fondamentali dell'ente anche mediante la pubblicazione nel suo sito internet istituzionale”*.

Se il dato sistematico supporta la tesi interpretativa, occorre tuttavia distinguere fra casi nei quali la pubblicità sul sito internet dell'ente è integrativa, e quindi si aggiunge a quella attuata con altri metodi previsti dalla legge, e i casi nei quali la prima modalità è sostitutiva di ogni altra tecnica: in questo secondo caso, come prescritto nell'art. art. 2501-ter, penultimo comma, c.c., la pubblicazione nel sito *internet* dell'ente deve avvenire con modalità atte a garantire la sicurezza del sito medesimo, l'autenticità dei documenti e la certezza della data di pubblicazione, e pertanto si ripropongono le questioni già sollevate in diritto societario, alle quali si rinvia.

6.3. Gli adempimenti di cui all'art. 2501-ter c.c.

Il rinvio operato dall'art. 42-bis c.c. alle norme societarie comprende anche disposizioni dell'articolo 2501-ter, terzo e quarto comma, c.c., secondo cui:

“Il progetto di fusione è depositato per l'iscrizione nel registro delle imprese del luogo ove hanno sede le società partecipanti alla fusione. In alternativa al deposito presso il registro delle imprese il progetto di fusione è pubblicato nel sito Internet della società, con modalità atte a garantire la sicurezza del sito medesimo, l'autenticità dei documenti e la certezza della data di pubblicazione.

Tra l'iscrizione o la pubblicazione nel sito Internet del progetto e la data fissata per la decisione in ordine alla fusione devono intercorrere almeno trenta giorni, salvo che i soci rinuncino al termine con consenso unanime”.

Il tutto con l'ovvia precisazione che, la pubblicità sarà effettuata nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero, nel caso di enti del Terzo settore, nel Registro unico nazionale del Terzo settore, ferma restando la possibilità di pubblicare in alternativa il progetto sul sito *Internet* dell'ente, se dotato delle qualità tecniche pretese dalla legge (v. *retro* § 6.2)

Ciò posto, ci si deve chiedere se, nelle fondazioni sprovviste di organo assembleare munito di competenze decisorie sulla fusione o sulla scissione, debba essere applicato il termine di cui al quarto comma dell'art. 2501-ter c.c.

Il dubbio nasce dalla considerazione che nelle fondazioni di tal fatta, come si avrà modo di precisare nel prosieguo della presente trattazione (v. *infra* § 11.), la decisione inerente all'operazione compete agli amministratori.

Ed invero, il termine di cui all'ultimo comma dell'art. 2501-ter c.c. nell'attuale sistema è posto sicuramente ad esclusiva tutela dei soci, che infatti possono rinunciare.

Ma se, come avviene nel caso di specie, non sussistono soci che debbano concorrere alla decisione di fusione o di scissione, essendo la stessa devoluta all'organo amministrativo, certamente tale termine non sarebbe finalizzato a consentire ai soci stessi un'adeguata ponderazione sul comportamento da tenere al riguardo in assemblea.

Indicativa della fondatezza di tale assunto è anche la circostanza che nell'art. 2505-bis c.c., relativo all'incorporazione di società possedute al 90% - ove pure è prevista la possibilità che la fusione sia decisa dall'organo amministrativo dell'incorporante - è prescritto che il termine di trenta giorni di cui all'art. 2501-ter c.c. va riferito alla data fissata per la decisione della società incorporata, che in tale caso deve essere assunta necessariamente dall'assemblea, e non alla data della decisione

dell'organo amministrativo dell'incorporante; il che conferma che, laddove la fusione sia decisa dall'organo amministrativo, non occorre che intercorrano i trenta giorni tra il deposito del progetto nel pubblico registro competente e la decisione di fusione adottata dagli amministratori²². Né vi è ragione di attendere il decorso di otto giorni previsto nel terzo comma dell'art. 2505 c.c. (richiamato nell'ultimo comma dell'art.2505-*bis* c.c.), poiché non vi sono soci che possano domandare lo spostamento di competenza decisionale.

Dunque, nella fattispecie la delibera di approvazione del progetto potrà essere legittimamente assunta, una volta esperiti gli adempimenti pubblicitari (presso i pubblici registri o, in alternativa, nel sito internet, senza attendere il decorso di alcun termine)

6.4. Gli adempimenti di cui all'art. 2501-septies c.c.

Analoghi problemi si pongono anche gli adempimenti di cui all'art. 2501-*septies* c.c. con riferimento alle fondazioni sprovviste di organo assembleare munito di competenze decisorie sulla fusione o sulla scissione.

Ed invero anche in tal caso l'art. 2505 c.c., in materia di incorporazione di società interamente posseduta dall'incorporante, prevede che, laddove la fusione sia decisa dall'organo amministrativo, devono essere rispettate *"quanto alla società incorporante"* le disposizioni di cui all'articolo 2501-*septies* c.c.

Tale norma, invero, lascia supporre, pur non dicendolo espressamente, che, quanto alla società incorporata, non devono essere rispettate le disposizioni del citato art. 2501-*septies* c.c.²³.

La ragione di ciò è evidente: poiché unico socio dell'incorporata è l'incorporante, gli unici soggetti sostanzialmente interessati all'informativa documentale sull'operazione sono i soci di questa.

Ma la medesima *ratio* sussiste anche con riferimento alla decisione di fusione o di scissione delle fondazioni di tal fatta, ove non solo la decisione inerente all'operazione compete agli amministratori, ma addirittura mancano del tutto soggetti qualificabili come soci, donde l'inapplicabilità dell'art. 2501-*septies* c.c.²⁴.

Non può, peraltro, farsi a meno di rilevare che la conclusione testé esposta dà luogo ad un difetto di coordinamento con l'art. 2501-*quater*, primo comma, c.c., che, in relazione alla situazione patrimoniale di fusione, prevede che essa debba essere *"riferita ad una data non anteriore di oltre centoventi giorni al giorno in cui il progetto di fusione è depositato nella sede della società ovvero pubblicato sul sito Internet di questa"*.

Ma nel caso di specie il deposito del progetto di fusione presso la sede dell'ente non è affatto necessario, onde ci si deve chiedere a quale data debba riferirsi la situazione patrimoniale.

Il problema, peraltro, non è nuovo alla disciplina della fusione, in quanto esso si pone anche nella menzionata fattispecie di cui all'art. 2505 c.c.²⁵.

E tuttavia può fondatamente ritenersi che, nel caso in esame, il termine di aggiornamento della situazione patrimoniale di fusione debba essere riferito alla data del deposito del progetto di cui all'art. 2501-*ter* c.c.

²² F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 579.

²³ F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 581.

²⁴ Nello stesso senso v. M. BIANCA, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore*, cit.

²⁵ F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 581.

In tal senso depone la considerazione che la dottrina in materia di fusione è dell'avviso che, per evitare un'indebita dilatazione dei tempi di aggiornamento della situazione patrimoniale, gli amministratori, qualora il deposito *ex art. 2501-septies* c.c. preceda quello *ex art. 2501-ter* c.c. *"devono procedere a tale adempimento senza indugio"*²⁶.

Pertanto il riferimento della data di aggiornamento della situazione patrimoniale al deposito *ex art. 2501-ter* c.c. consentirebbe di rispettare la *mens legis*.

7. LA DISCIPLINA DELLA FUSIONE A SEGUITO DI ACQUISIZIONE CON INDEBITAMENTO

La questione della compatibilità delle norme sulla fusione societaria con la fusione tra enti del Primo Libro si pone anche in relazione al fenomeno del *leveraged buyout*, ribattezzato dalla disciplina codicistica come *"fusione a seguito di acquisizione con indebitamento"* (art. 2501-*bis* c.c.), che costituisce senza dubbio la più rilevante novità in tema di fusione introdotta dalla riforma del diritto societario.

Si tratta di una norma che si applica ad ogni forma di fusione, qualunque sia il tipo sociale coinvolto nell'operazione, nonché, secondo la dottrina che si è occupata *ex professo* della questione, alle scissioni di tipo *"aggregativo"*²⁷.

Dalla lettura della nuova norma, infatti, traspare con tutta evidenza che il legislatore della riforma societaria si è preoccupato di evitare per quanto possibile che il *leveraged buyout* venga posto in essere senza valide ragioni imprenditoriali e soprattutto gravando di eccessivi debiti la società *target*, sulla base di un intento meramente speculativo²⁸.

Orbene la *ratio* che nel nuovo sistema sorregge le disposizioni limitative del *leveraged buyout* e la loro applicabilità generalizzata a qualunque tipo sociale sia coinvolto nell'operazione, sembrerebbe, a prima vista, deporre per l'applicabilità delle stesse anche alle operazioni fra enti del Primo Libro.

Anche in tal caso, infatti, sussisterebbe il rischio che uno spregiudicato utilizzo della leva finanziaria possa condurre al dissesto di una struttura organizzativa sana.

Nondimeno, ad una più approfondita analisi, si deve rilevare che non è agevole individuare un concreto spazio operativo per l'applicabilità dell'art. 2501-*bis* c.c. alla fusione o alla scissione aggregativa fra enti del Primo Libro, in quanto appare di difficile configurazione la finalizzazione del debito contratto da un ente partecipante all'assunzione del controllo della struttura *target*.

A tale riguardo, infatti, non si dubita che la nozione di controllo debba essere desunta sulla base del diritto positivo e pertanto dall'art. 2359 c.c.

Ma sia il c.d. controllo di diritto di cui all'art. 2359, n. 1 c.c., che ricorre ove una società disponga della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra società, sia il c.d. controllo di fatto di cui all'art. 2359, n. 2 c.c., che annovera nella nozione di controllo anche l'ipotesi in cui una società disponga di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante

²⁶ *Massime della Commissione per la elaborazione di principi uniformi in tema di società istituita presso il Consiglio Notarile di Milano (massima XI)*. Al riguardo v., anche per più ampi riferimenti bibliografici, F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 286.

²⁷ F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 591 e ss.

²⁸ Sia consentito rinviare, anche per una più puntuale indicazione dei riferimenti bibliografici, a F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 129 e ss..

nell'assemblea ordinaria dell'altra, presuppongono una struttura organizzativa che, oltre ad essere dominata dalla democrazia assembleare, sia caratterizzata anche da un funzionamento dell'organo assembleare sulla base di criteri capitalistici.

In base a tali principi, infatti, l'acquisto di quote di partecipazione nell'ente *target* può dare luogo ad un controllo di diritto o di fatto in ragione del principio della commisurazione del diritto di voto sulla base della quota di partecipazione al capitale sociale.

Ma non v'è chi non veda come tale forma di controllo non potrebbe realizzarsi negli enti dominati dal principio del voto capitaro, come avviene nelle associazioni, o nei quali manchi del tutto un organo assembleare, come avviene normalmente nelle fondazioni²⁹.

Piuttosto nel caso di specie potrebbero verificarsi fenomeni di controllo contrattuale di cui all'art. 2359, n. 3 c.c.

Peraltro la rilevanza di tale ultima forma di controllo nella disciplina del *leverged buyout* non è pacifica.

Nondimeno, per quanto l'ipotesi debba considerarsi marginale dal punto di vista dell'*id quod plerumque accidit*, non può escludersi che il fenomeno della fusione o della scissione aggregativa a seguito di acquisizione con indebitamento possa ricorrere anche nel caso in cui si tratti del c.d. controllo contrattuale di cui all'art. 2359, n. 3 c.c.³⁰.

In tal caso peraltro è evidente che l'assunzione del debito da parte della controllante deve essere finalizzata all'instaurazione del controllo contrattuale sulla *target*.

8. LA SITUAZIONE PATRIMONIALE

Il generale rinvio alle norme in materia societaria rende applicabile alla fusione o scissione fra enti del Primo Libro anche l'art. 2501-*quater* c.c., con la conseguenza che:

- l'organo amministrativo degli enti partecipanti all'operazione deve redigere, con l'osservanza delle norme sul bilancio d'esercizio, la situazione patrimoniale degli enti medesimo, riferita ad una data non anteriore di oltre centoventi giorni al giorno in cui il progetto è depositato nella sede dell'ente ovvero pubblicato sul sito *internet* di questo;
- la situazione patrimoniale può essere sostituita dal bilancio dell'ultimo esercizio, se questo è stato chiuso non oltre sei mesi prima del giorno del deposito o della pubblicazione sopra indicati.

Ci si deve, tuttavia, chiedere se al caso di specie sia applicabile anche l'ultimo comma dell'art. 2501-*quater* c.c., introdotto dal D.lgs. 22 giugno 2012 n. 123, secondo cui "*La situazione patrimoniale non è richiesta se vi rinuncino all'unanimità i soci e i possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto di ciascuna delle società partecipanti alla fusione*"³¹.

²⁹ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 94; M. BIANCA, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore*, cit.

³⁰ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 94.

Sia consentito rinviare, anche per una più puntuale indicazione dei riferimenti bibliografici, a F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 157 e s.

³¹ Sia consentito rinviare sul punto a F. MAGLIULO, *L'attuazione della direttiva sulla semplificazione del procedimento di fusione e scissione*, cit., 53 e ss.

Tuttavia considerazioni di carattere sistematico inducono ad escludere, in linea di principio, l'applicazione di tale ultima norma al caso di specie³².

Ed invero, la situazione patrimoniale è richiesta nelle operazioni straordinarie fra enti del Primo Libro ai fini della verifica della congruità del patrimonio dell'associazione riconosciuta o della fondazione risultante dall'operazione³³.

Le finalità pubblicistiche connesse a tale verifica inducono, pertanto, a ritenere non disponibile da parte dei soci siffatto adempimento.

Di ciò si ha conferma anche dalla lettura dell'art. 4, comma 1, del D.M. 27 aprile 2018, n. 50/2018 emanato in attuazione del citato art. 12 del D.lgs. 3 luglio 2017 n. 112, con riferimento alle operazioni straordinarie degli enti che rivestono la qualità di impresa sociale, secondo cui, all'atto notificato al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, recante l'intenzione di procedere al compimento dell'operazione, *"sono allegate la situazione patrimoniale di ciascuno degli enti coinvolti, secondo le modalità di cui ai commi 2 e seguenti"*³⁴.

9. IL RAPPORTO DI CAMBIO, LA RELATIVA STIMA E LE RELAZIONI DEGLI AMMINISTRATORI

9.1 Insussistenza di un rapporto di cambio in senso tecnico e degli adempimenti conseguenti

La particolare natura degli enti del Primo Libro pone il problema dell'applicabilità alle operazioni in esame della determinazione del rapporto di cambio ai sensi dell'art. 2501-ter, primo comma, n. 3) c.c., della relativa illustrazione ad opera degli organi amministrativi ex art. 2501-quinquies c.c. nonché del parere sulla congruità dello stesso di cui all'art. 2501-sexies c.c..

Ed invero nelle fusioni e scissioni fra enti del Primo Libro non sembra potersi porre un problema di determinazione e stima del rapporto di cambio, perché la partecipazione all'ente risultante

³² F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 95.

³³ Ed invero, già prima della riforma del terzo settore, con riferimento alla fusione ed alla scissione fra enti del Primo Libro, si era segnalata *"l'opportunità di redigere una situazione patrimoniale (prevista in materia di fusione dall'art. 2501-quater c.c.), tenuto conto che l'autorità governativa, in sede di controllo ai fini dell'iscrizione della fusione nel registro delle persone giuridiche, dovrà valutare l'adeguatezza del patrimonio ai fini della realizzazione dello scopo"* (CNN, *Fusione per incorporazione di enti ecclesiastici*, Quesito n. 138-2006/I, est. D. BOGGIALI e A. RUOTOLO; CNN, *Scissione di associazione riconosciuta*, est. A. Ruotolo).

³⁴ Il citato art. 4 prevede altresì che:

"2. La situazione patrimoniale di ciascuno degli enti coinvolti nell'operazione deve essere riferita:

...

b) in caso di fusione o scissione, a una data non anteriore di oltre centoventi giorni rispetto a quella in cui il progetto di fusione o scissione viene depositato con le modalità previste dal codice civile.

3. La situazione patrimoniale deve comprendere i documenti costituenti il bilancio di esercizio ai sensi dell'art. 9 del decreto legislativo n. 112 del 2017 secondo le forme normalmente utilizzate dall'impresa sociale, ed essere redatta con l'osservanza dei principi di cui agli articoli 2423 e seguenti del codice civile.

4. La situazione patrimoniale può essere sostituita dall'ultimo bilancio di esercizio:

...

b) in caso di fusione o scissione, nel caso in cui l'esercizio cui si riferisce l'ultimo bilancio approvato sia stato chiuso non oltre sei mesi prima del giorno del deposito del progetto di fusione o scissione secondo le modalità previste nel codice civile.

In tali casi l'organo di amministrazione è tenuto a fornire un supplemento di informativa a integrazione di quanto indicato nel bilancio, al fine di aggiornare le informazioni".

dall'operazione non comporta di regola l'attribuzione di diritti patrimoniali differenziati, basati sul concetto di quota di partecipazione³⁵.

La mancanza di un rapporto di cambio nel caso di specie determina pertanto l'inapplicabilità delle disposizioni di cui agli articoli 2501-ter, primo comma, n. 3) e 2501-sexies c.c.³⁶.

9.2. La relazione degli amministratori

Per quanto attiene alla relazione degli amministratori, stando alla lettera dell'art. 2501-quinquies c.c., essa non si limita ad indicare i criteri di determinazione del rapporto di cambio, ma deve anche illustrare e giustificare, sotto il profilo giuridico ed economico, non solo il rapporto di cambio delle azioni o delle quote, ma anche il progetto di fusione nella sua interezza.

Se così fosse, occorrerebbe concludere che essa è necessaria anche in assenza di un rapporto di cambio in senso tecnico, con la precisazione che in tal caso ovviamente nella relazione non potrebbero né dovrebbero essere contenute le parti relative all'illustrazione di tale rapporto³⁷.

Nondimeno occorre verificare se a tale conclusione osti la disposizione di cui all'art. 2505 c.c., secondo cui la relazione in esame può essere omessa nel caso di fusione per incorporazione di una società in un'altra che possiede tutte le azioni o le quote della prima, nella quale per definizione manca la fissazione di un rapporto di cambio.

E tuttavia deve rilevarsi che, come si è già avuto modo di osservare, l'applicazione alla fusione ed alla scissione delle relative norme in materia societaria è condizionata dall'art. 42-bis c.c. al vaglio della compatibilità.

Ed invero l'omissione della relazione in questione nell'incorporazione di società interamente posseduta dall'incorporante, anche per gli aspetti che esulano dal rapporto di cambio, è probabilmente ascrivibile alla considerazione che siffatta operazione è caratterizzata dall'assenza di conflitti di interesse, in quanto la società incorporata è sostanzialmente priva di soci diversi da quelli dell'incorporante ed è già, dal punto di vista economico, facente parte a pieno titolo della

³⁵ A. FUSARO, *Trasformazioni eterogenee, fusioni eterogenee ed altre interferenze della riforma del diritto societario sul "terzo settore"*, in *Contratto e Impresa*, 2004, 307; G.B. PORTALE, *Fondazioni "bancarie" e diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2005, 32; Trib. di Roma 25 gennaio 2016, cit., secondo cui "Sicuramente non sono invece applicabili, neanche in via analogica, le norme in tema di "rapporto di cambio", di cui agli artt. 2501 ter, 1° comma, n° 3, e 2501 quinquies, 2° comma, c.c., in quanto non vi sono quote di partecipazioni al capitale sociale da dover rispettare in relazione all'ente risultante dalla fusione"; F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 96; M. BIANCA, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore*, cit.

In precedenza, sulla mancanza del concetto di quota nelle associazioni, v. già F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., 307.

³⁶ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 96; M. BIANCA, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore*, cit.; F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 254.

³⁷ Sembrano richiedere la relazione ex art. 2501-quinquies c.c. M. BIANCA, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore*, cit.; S. D'ANGELO, *Le operazioni straordinarie degli Enti del Terzo Settore*, cit., 4. In tal senso in materia societaria M. CARATTOZZOLO, *I bilanci straordinari. Profili economici, civilistici, tributari*, Milano, 1996, 244; C. SANTAGATA, *Le Fusioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7***, 1, Torino, 2004, 295. F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 254 da un lato afferma che "sarà necessario predisporre" la relazione dell'organo amministrativo, dall'altro sostiene che non trovano applicazione la "determinazione del rapporto di cambio ai sensi dell'art. 2501-ter primo comma 2501-quinquies e 2501-sexies cod. civ."

struttura dell'incorporante, ancorché dal punto di vista formale, fino all'attuazione della fusione, ne rimanga distinta.

Altrettanto non può dirsi nella fusione fra due associazioni o fra due fondazioni, in cui sussistono pur sempre distinte compagini sociali o distinti centri di interesse, in relazione ai quali è ragionevole supporre che l'esposizione delle ragioni giustificatrici dell'operazione, mediante la relazione di cui all'art. 2501-*quinquies* c.c., possa ritenersi necessaria, salvo rinuncia unanime.

Deve, peraltro, evidenziarsi che, nelle società, la legittimazione attiva a siffatta rinuncia compete ai soci, essendo questi ultimi destinatari della relazione in esame.

Ciò posto, non v'è dubbio che, nelle associazioni, la legittimazione alla menzionata rinuncia compete agli associati, in quanto essi sono i componenti dell'organo assembleare che è chiamato a deliberare l'operazione, in modo del tutto simile a quanto avviene nelle società.

Meno agevole è comprendere a chi spetti il potere di rinunciare alla relazione di cui trattasi nelle fondazioni, nelle quali, peraltro, normalmente manca un organo assembleare (cfr. art. 24, sesto comma, del Codice).

A tale riguardo deve ritenersi che nelle fondazioni il diritto di ricevere l'informativa contenuta della relazione in questione e la conseguente facoltà di rinuncia alla stessa competano ai componenti dell'organo statutariamente legittimato a deliberare sull'operazione proposta.

Laddove questo sia costituito da un "*organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato*" ai sensi dell'art. 25, primo comma lettera h) e terzo comma, del Codice, saranno i componenti di quest'ultimo a poter rinunciare alla redazione del documento informativo di cui trattasi.

Ove invece la competenza deliberativa in base allo statuto spetti all'organo amministrativo, non sarà possibile applicare l'art. 2501-*septies* c.c. nella parte in cui esso dispone che la menzionata relazione debba restare depositata in copia nella sede degli enti partecipanti alla fusione o alla scissione, durante i trenta giorni che precedono la relativa decisione (v. *retro* § 6.4.).

In questo caso, infatti:

- i soggetti che devono predisporre la relazione, vale a dire gli amministratori, non sono tenuti a sottoporre la stessa ad un organo assembleare;
- la relazione, pertanto, è evidentemente diretta nella specie ad assolvere ad un onere informativo all'interno dell'organo amministrativo, al fine di rendere edotti delle motivazioni e degli effetti della trasformazione i componenti dello stesso che non hanno ideato e proposto l'operazione.

Questi ultimi, dunque, possono decidere, purché all'unanimità, di soprassedere a tale informativa.

Per altro verso deve rilevarsi che, con riferimento alle operazioni straordinarie degli enti che rivestono la qualità di impresa sociale, l'art. 4, comma 1, del D.M. 27 aprile 2018, n. 50/2018 emanato in attuazione dell'art. 12 del D.lgs. 3 luglio 2017 n. 112, prevede una particolare fattispecie di "*relazione degli amministratori*".

Ma a tale riguardo conviene rinviare ad uno specifico studio di questa commissione riguardante le operazioni straordinarie delle imprese sociali.

9.3. La fusione o la scissione fra associazioni riconosciute

A tale riguardo non v'è alcun dubbio che, in caso di fusione o scissione fra associazioni riconosciute, l'operazione non comporterà alcun mutamento della compagine associativa nel senso che coloro che erano associati nell'ente incorporato, fuso o scisso, lo saranno anche nell'ente incorporante, risultante dalla fusione o beneficiario della scissione³⁸.

Si tratta, invero, di una conclusione inevitabile alla stregua della continuità soggettiva che caratterizza il fenomeno della fusione e della scissione³⁹.

9.4. La fusione o la scissione di associazione in fondazione.

Più complessa è l'ipotesi di fusione o scissione di associazione in cui ente incorporante, risultante dalla fusione o beneficiario della scissione sia una fondazione.

In tal caso, se la fondazione incorporante o risultante dalla fusione ovvero beneficiaria della scissione dovesse assumere la tradizionale struttura organizzativa di ente sprovvisto di organo assembleare e provvisto solo di organi serventi, l'operazione determinerebbe per i partecipanti all'associazione la perdita di qualità di associato nella fondazione incorporante o risultante dalla fusione ovvero beneficiaria della scissione.

Ne consegue che non si porrebbe alcun problema né di assegnazione di partecipazioni nell'associazione né di individuazione dei soggetti ai quali attribuire la qualità di associato⁴⁰.

Se invece la fondazione incorporante o risultante dalla fusione ovvero beneficiaria della scissione dovesse assumere la forma di fondazione di partecipazione, sarebbe ben possibile attribuire ai soci dell'associazione la qualità di "conferenti" caratteristica della fondazione di partecipazione, "intendendosi come tali tutti coloro che hanno effettuato apporti in funzione del perseguimento dello scopo"⁴¹ e dotarli della facoltà di partecipare "all'organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato", di cui all'art. 25, ultimo comma, del Codice.

Ma non v'è chi non veda come anche in tal caso non si ponga, di regola, un problema di attribuzione di diritti differenziati, basati sul concetto di quota di partecipazione, tant'è che addirittura il principio dell'art. 24, secondo comma, del Codice - secondo cui "*Ciascun associato ha un voto. Agli associati che siano enti del Terzo settore l'atto costitutivo o lo statuto possono attribuire più voti, sino ad un massimo di cinque, in proporzione al numero dei loro associati o aderenti*" - è esteso dall'ultimo comma del medesimo articolo "*anche alle fondazioni del Terzo settore il cui statuto preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato*"⁴².

Ma in tal caso è previsto che le disposizioni inerenti al principio del voto capitaro si applicano alle fondazioni di tal fatta "*in quanto compatibili ed ove non derogate dallo statuto*".

³⁸ Cfr. F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 50.

³⁹ Sia consentito rinviare, anche per una più puntuale indicazione dei riferimenti bibliografici, a F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 49 e ss.; 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.

⁴⁰ Cfr. F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 78.

⁴¹ M. MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, in AAVV, *Fondazioni di partecipazione, Quaderni della Fondazione per il Notariato*, Milano 2007, 25.

⁴² Cfr. F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 78.

In base a quest'ultimo inciso, pertanto, lo statuto della fondazione di partecipazione incorporante o risultante dalla fusione ovvero beneficiaria della scissione potrebbe derogare al principio del voto capitario, attribuendo ai "conferenti" un diritto di voto in assemblea commisurato all'entità del "conferimento" da ciascuno effettuato⁴³.

9.5. La fusione o la scissione di fondazione in associazione riconosciuta

Problemi di analoga complessità si pongono anche nel caso di fusione o scissione di fondazione in cui ente incorporante, risultante dalla fusione o beneficiario della scissione sia un'associazione riconosciuta.

A prima vista, invero, non si saprebbe a quali soggetti attribuire la qualità di associato nell'ente incorporante, risultante dalla fusione o beneficiario della scissione.

La questione appare di difficile soluzione, considerato che l'art. 42-bis c.c. non richiama l'art. 2500-octies, ultimo comma, secondo periodo, secondo cui "Le azioni o quote sono assegnate secondo le disposizioni dell'atto di fondazione o, in mancanza, dell'articolo 31"⁴⁴. Si pone, pertanto, il problema dell'applicabilità analogica di quest'ultima disposizione al caso di specie⁴⁵.

È vero, infatti, che l'art. 2500-octies c.c. è diretto a regolare la trasformazione di fondazione in società, con conseguente necessità di assegnare partecipazioni sociali connotate dalle menzionate caratteristiche societarie, che appaiono estranee alle regole proprie degli enti del Primo Libro.

Ma è anche vero che l'art. 2500-octies, ultimo comma, secondo periodo, c.c. detta una regola che è idonea non solo a quantificare un'eventuale differenziazione patrimoniale delle partecipazioni assegnate, fenomeno non ricorrente nel caso di specie, ma anche ad individuare le persone dei soci *tout court*, esigenza che, invece, ricorre anche in tale caso.

E tuttavia il rinvio all'art. 31 c.c., effettuato dall'art. 2500-octies c.c., si spiega in ragione dell'assimilazione funzionale della trasformazione della fondazione all'estinzione dell'ente, sotto il duplice profilo dello scioglimento del vincolo di destinazione dei beni allo scopo e del venir meno della regola dell'indisponibilità del medesimo⁴⁶.

In particolare la trasformazione di fondazione in società, che si determina con la fusione o la scissione in esame, implica l'attribuzione all'attività di uno scopo lucrativo, il che significa legittimare i soci della società risultante dall'operazione ad appropriarsi dei risultati patrimoniali della stessa, mediante distribuzione periodica (dividendo) o finale (all'esito della liquidazione)⁴⁷, donde l'applicabilità della regola secondo cui le partecipazioni di quest'ultima debbano essere attribuite in conformità all'art. 31 c.c.

Invece, in ipotesi di partecipazione di una fondazione ad una fusione o ad una scissione da cui risulti un'associazione, gli associati di quest'ultima non possono, di norma, ripetere i contributi versati o vantare diritti sul patrimonio dell'associazione (art. 24, ultimo comma, c.c.)⁴⁸. La

⁴³ Cfr. F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 79.

⁴⁴ Cfr. F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 79.

⁴⁵ A favore di tale applicabilità, salvo che per il caso delle fondazioni di partecipazione, F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 79.

⁴⁶ M. MALTONI, *Sulla trasformazione degli enti del Primo Libro*, in corso di pubblicazione in *Riv. not.* 2020.

⁴⁷ M. MALTONI, *Sulla trasformazione degli enti del Primo Libro*, cit.

⁴⁸ Cfr. F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del Primo Libro dopo la riforma del terzo settore*, cit., 80; M. MALTONI, *Sulla trasformazione degli enti del Primo Libro*

medesima regola vale per le associazioni, anche non riconosciute, che si fregino della qualifica di ETS (ai sensi dell'art. 8 D.lgs.117/2017).

Ciò esclude che sussista *la eadem ratio legis* che giustifichi l'applicazione analogica del combinato disposto degli artt. 2500-*octies* e 31 c.c. tutte le volte in cui l'operazione comporti nella sostanza una *devoluzione del patrimonio ad un ente nel quale gli associati non possano appropriarsi del patrimonio devoluto o dei suoi frutti*.

Ne consegue che, se l'associazione beneficiaria del patrimonio della fondazione abbia queste ultime caratteristiche:

- nelle fondazioni non di partecipazione, saranno gli amministratori a decidere a chi attribuire la qualità di associato nell'associazione risultante dall'operazione⁴⁹, a fronte dell'attribuzione patrimoniale fusoria o scissoria, ed in tale ipotesi essi potrebbero anche decidere di non attribuire siffatta qualità ad alcuno, laddove ritengano che coloro che già in precedenza partecipavano all'associazione siano meritevoli di partecipare in via esclusiva alla predetta associazione⁵⁰;
- nelle fondazioni di partecipazione è anche possibile attribuire direttamente la qualità di associato nell'ente incorporante, risultante della fusione o beneficiario della scissione, ai c.d. "*conferenti*"⁵¹, anche se l'atto costitutivo della fondazione non preveda che, in caso di estinzione della stessa, il patrimonio residuo sia devoluto ai "*conferenti*" medesimi.

In ogni caso, peraltro, laddove la fondazione sia munita della qualifica di ETS, dovranno trovare applicazione i limiti di cui al combinato disposto degli artt. 9 e 50, comma 2, del Codice del Terzo Settore, come si avrà modo di precisare nello studio di questa Commissione dedicato ai limiti statutari e legali alla possibilità per gli del primo libro di operare trasformazioni, fusioni o scissioni⁵².

A diverse conclusioni deve, invece, pervenirsi laddove l'operazione comporti nella sostanza una *devoluzione del patrimonio ad un ente nel quale gli associati possano appropriarsi del patrimonio devoluto o dei suoi frutti*.

Ciò avviene laddove l'ente risultante dall'operazione sia costituito da un'associazione, non appartenente al Terzo Settore, e lo statuto di questa preveda la devoluzione del patrimonio che residuerà all'esito della liquidazione agli associati, come ammesso da parte della dottrina⁵³.

In tali ipotesi, dunque, si giustifica, ai fini dell'attribuzione della qualità di associato nell'associazione risultante dall'operazione a fronte dell'attribuzione patrimoniale fusoria o scissoria, l'applicazione analogica del combinato disposto degli artt. 2500-*octies* e 31 c.c.⁵⁴.

⁴⁹ M. MALTONI, *Sulla trasformazione degli enti del Primo Libro*, cit.; CNN, *Trasformazione di associazioni riconosciute e fondazioni*, est. F. Cirianni

⁵⁰ In tal caso, invero, è come se gli amministratori della fondazione decidessero di attribuire, a fronte dell'attribuzione patrimoniale fusoria o scissoria, la qualità di associato a coloro che sono già membri dell'associazione ricevente. Poiché, infatti, la partecipazione all'associazione non è connotata in senso quantitativo, la "*partecipazione*" già detenuta dagli associati della ricevente ante fusione o scissione non è suscettibile di un "*incremento*".

⁵¹ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del Primo Libro dopo la riforma del terzo settore*, cit., 79; M. BIANCA, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore*, cit., secondo cui "*Per quanto la lettura dell'art. 25, ultimo comma, d.lgs. 117/2017 induca ad ipotizzare che, almeno per gli enti del Terzo Settore, il ruolo [di associato n.d.r.] possa essere assunto dai componenti dell'organo assembleare o di indirizzo, la questione resta dubbia*"; M. MALTONI, *Sulla trasformazione degli enti del Primo Libro*, cit.; CNN, *Trasformazione di associazioni riconosciute e fondazioni*, est. F. Cirianni

⁵² V. in particolare il par. 8 di tale studio.

⁵³ V. *infra* § 16.

Restano da esaminare le particolari ipotesi in cui, pur essendo l'associazione risultante dall'operazione un ente nel quale gli associati possano appropriarsi del patrimonio devoluto o dei suoi frutti:

- 1) la fondazione sia incorporata dall'associazione fondatrice della stessa - senza attribuzione, a fronte dell'attribuzione patrimoniale fusoria o scissoria, della qualità di associato a soggetti ulteriori - e l'atto di fondazione preveda che, in caso di estinzione della fondazione, il patrimonio residuo sia devoluto al fondatore, oppure
- 2) si tratti di fondazioni di partecipazione, il cui atto costitutivo preveda che, in caso di estinzione della fondazione, il patrimonio residuo sia devoluto ai c.d. "*conferenti*" e si intenda attribuire direttamente, a fronte dell'attribuzione patrimoniale fusoria o scissoria, la qualità di associato nell'associazione risultante dalla fusione ai "*conferenti*" medesimi.

Ed invero nel caso sub 1) la scelta di non attribuire ad alcuno la qualità di associato nell'associazione risultante dall'operazione, a fronte dell'attribuzione patrimoniale fusoria o scissoria, lasciando quali unici associati coloro che già partecipano all'associazione, non farebbe altro che attuare proprio il disposto dell'art. 31, primo comma c.c., secondo cui "*I beni della persona giuridica, che restano dopo esaurita la liquidazione sono devoluti in conformità dell'atto costitutivo o dello statuto*".

Nel caso sub 2) non si farebbe altro che attuare il combinato disposto degli artt. 2500-*octies* c.c. e 31, primo comma c.c., la cui applicabilità analogica a tale fattispecie appare del tutto ragionevole. È vero, infatti, che il patrimonio proveniente dalla fondazione verrebbe in tal modo attribuito ad un'associazione nella quale gli associati possono appropriarsi del patrimonio devoluto o dei suoi frutti. Ma è anche vero che i "*conferenti*" della fondazione di partecipazione, e futuri associati dell'ente risultante dall'operazione, allo scioglimento della prima, avrebbero comunque potuto conseguirne direttamente i beni, senza l'intermediazione dell'associazione.

9.6. La scissione non proporzionale e asimmetrica

Alla stregua delle esposte considerazioni dovrebbe, inoltre, apparire chiaro che nella specie non risulta applicabile l'istituto della scissione non proporzionale di cui all'art. 2506-*bis*, quarto comma, ultimo disposto, c.c., il quale sancisce il diritto di *exit* dei soci dell'ente scisso a fronte dell'alterazione, nei rapporti tra i soci di tale ente, delle quote di partecipazione in taluno degli enti risultanti dalla scissione⁵⁵.

Tale norma, infatti, presuppone la sussistenza di una quota di partecipazione connotata in senso quantitativo, che non ricorre negli enti in esame.

Naturalmente resta salva la possibilità, per l'associato dissenziente o astenuto, di esercitare il diritto di recesso nei casi in cui questo è consentito dalle norme generali in materia di associazione (v. *infra* § 16.).

Può, invece, ritenersi in parte applicabile ai casi di specie l'istituto della scissione asimmetrica di cui all'art. 2506, secondo comma, ultimo disposto, c.c.⁵⁶.

⁵⁴ M. MALTONI, *Sulla trasformazione degli enti del Primo Libro*, cit.; CNN, *Trasformazione di associazioni riconosciute e fondazioni*, est. F. Cirianni

⁵⁵ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 96; F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 254.

⁵⁶ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 97.

E ciò quanto meno se si condivida l'opinione⁵⁷ secondo cui tale norma, intende evitare che si possa sopprimere il diritto di ciascun socio dell'ente scisso a diventare comunque socio di ogni ente beneficiario, onde il diritto individuale del socio è considerato insopprimibile, se non con il consenso del suo titolare.

È vero, peraltro, che la soppressione della qualità di socio nella società beneficiaria è, nella scissione societaria, di regola compensata con il conseguimento di una maggior quota di partecipazione nella scissa.

È altresì vero che tale ultima evenienza non può di regola configurarsi laddove l'ente scisso sia, ad esempio, un'associazione, nella quale non è dato ravvisare una partecipazione di tipo capitalistico, che rappresenti una determinata frazione del patrimonio associativo.

Nondimeno il consenso del socio dell'associazione scissa che perda la possibilità di divenire associato dell'ente beneficiario pare comunque sufficiente a consentire l'operazione in esame, trattandosi di interessi privati e disponibili di costui.

10. LA PERIZIA SUL VALORE DEL PATRIMONIO DELL'ENTE, LA SITUAZIONE PATRIMONIALE E LA RELAZIONE DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO NELLE FUSIONI E SCISSIONI TRASFORMATIVE

Sotto altro profilo occorre chiedersi se, laddove la fusione o la scissione comporti anche una trasformazione fra enti del Primo Libro, si debbano applicare gli adempimenti richiesti per quest'ultima operazione.

Si pensi alle ipotesi in cui:

- un'associazione riconosciuta incorpori una fondazione;
- una fondazione incorpori un'associazione riconosciuta;
- un'associazione riconosciuta partecipi ad una fusione propria mediante costituzione di una fondazione;
- una fondazione partecipi ad una fusione propria mediante costituzione di un'associazione riconosciuta;
- un'associazione riconosciuta si scinda in favore di una fondazione preesistente o di nuova costituzione;
- una fondazione si scinda in favore di un'associazione riconosciuta preesistente o di nuova costituzione.

Ma la risposta a tale interrogativo non può che essere positiva⁵⁸, considerato che, anche in materia societaria, è ormai pacifico che alle fusioni e scissioni trasformative debbano applicarsi le norme proprie della trasformazione, come si desume, fra l'altro, dall'art. 2501-*sexies*, penultimo comma, c.c.

Ne consegue che nel caso di specie:

- la situazione patrimoniale deve essere munita anche dell'elenco dei creditori in conformità all'art. 42-*bis*, primo comma, terzo periodo, c.c. e, dovendo essere aggiornata a non più di centoventi giorni, non può essere surrogata dal bilancio dell'ultimo esercizio, se questo è stato chiuso non oltre sei mesi prima;

⁵⁷ F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 290 e ss.

⁵⁸ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 98.

- deve essere redatta la relazione di cui all'articolo 2500-*sexies*, secondo comma, richiamata dal menzionato art. 42-*bis* c.c.;
- deve essere redatta la perizia di cui all'art. 2500-*ter*, secondo comma, c.c., richiamato dal medesimo art. 42-*bis* c.c.⁵⁹.

In relazione alle modalità di redazione di tali documenti ed alla loro rinunciabilità conviene qui rinviare a quanto si avrà modo di esporre negli studi di questa commissione dedicati alla trasformazione fra enti del Primo Libro.

11. LA POSSIBILITÀ CHE LA FUSIONE O LA SCISSIONE SIA DELIBERATA DALL'ORGANO AMMINISTRATIVO

Ciò posto, occorre chiedersi se possano essere ritenuti applicabili al caso di specie i commi 2 e successivi dell'art. 2505 c.c. relativi alla possibilità che l'operazione sia deliberata dall'organo amministrativo, in deroga alla competenza assembleare, la quale è normale nelle associazioni (art. 25, primo comma, lett. h), del Codice) e possibile, in caso di espressa previsione statutaria, nelle fondazioni di partecipazione (art. 25, ultimo comma, del Codice).

Tale possibilità prevista dall'art. 2505 c.c. non costituisce, invero, una conseguenza necessitata dalla natura dell'operazione, ma è in realtà il frutto di una vera e propria scelta di politica legislativa da parte del redattore della norma, che ha ritenuto semplicemente opportuno semplificare il procedimento di fusione o di scissione in caso di incorporazione di società interamente posseduta dall'incorporante.

L'estensione di tale disposizione a casi diversi a quelli ivi contemplati, ma partecipi della medesima *ratio legis*, - quali la mancanza di un rapporto di cambio ricorrente nella fusione o nella scissione fra enti del Primo Libro - costituisce, dunque, un'operazione interpretativa sicuramente da ascrivere nell'ambito del procedimento analogico.

Ma la scelta del legislatore incorporata nella disposizione di cui al secondo comma dell'art. 2505 c.c. è pur sempre espressione di un'eccezione in senso tecnico rispetto ai principi generali in materia di procedimento di fusione, onde deve ritenersi che non sia possibile alcuna interpretazione analogica al riguardo con riferimento alle associazioni per il solo fatto che, analogamente alla incorporazione di società interamente posseduta, manchi nella specie un rapporto di cambio in senso tecnico⁶⁰.

Considerazioni di tipo diverso devono, invece, essere effettuate per quanto riguarda le fondazioni.

Ed invero nelle fondazioni sprovviste di organo assembleare munito di competenze decisorie sulla fusione o sulla scissione, la decisione inerente all'operazione compete di *default* agli amministratori⁶¹ e sempreché l'operazione non si ponga in contrasto con la volontà del fondatore.

⁵⁹ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 98.

⁶⁰ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 99.

⁶¹ Trib. di Roma 25 gennaio 2016, cit., il quale, in una fusione fra fondazioni, ha ritenuto che "A differenza di quanto previsto per le società, per le quali l'approvazione del progetto è attribuita all'assemblea dei soci (art. 2502 c.c.), per le fondazioni, di regola prive di un organo assembleare e deliberativo, il potere di approvazione deve essere necessariamente riconosciuto ai CdA dei vari enti interessati"; F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 99.

L'affidamento nelle fondazioni di tale incombenza ad un organo di tipo assembleare rappresenta, infatti, una mera eventualità derivante da una specifica previsione statutaria, caratteristica delle c.d. fondazioni di partecipazione, come si desume dall'art. 25, ultimo comma, del Codice.

E tuttavia tale eventualità, secondo quest'ultima disposizione, presuppone che lo statuto:

- 1) preveda la costituzione di un organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato,
- 2) attribuisca a tale organo la competenza a deliberare *"su uno o più degli oggetti di cui al comma 1"* del citato art. 25, fra i quali, alla lettera h), figurano anche la fusione e la scissione.

Ma la previsione sub 2) non deriva necessariamente da quella sub 1), nel senso che, pur in caso di previsione di un organo assembleare o di indirizzo, lo statuto non è tenuto a devolvere a siffatto organo la competenza a deliberare su tutti gli oggetti di cui al menzionato comma 1, come si desume in modo inequivocabile dall'espressione *"uno o più"*.

12. I BILANCI DEGLI ULTIMI TRE ESERCIZI

Un particolare adattamento delle regole della fusione e della scissione deve essere effettuato con riferimento al richiamo, effettuato dal secondo comma dell'art. 2502-*bis* c.c., alla necessità di depositare presso il pubblico registro competente, unitamente alla relativa decisione, i documenti di cui all'art. 2501-*septies* c.c., fra i quali figurano anche i bilanci degli ultimi tre esercizi.

Ma in tal caso, come pure per le operazioni cui partecipino società semplici, il richiamo non può essere integrale, e quindi riferito appunto anche ai bilanci degli ultimi tre esercizi, perché, come le società semplici (cfr. art. 2302 c.c.), anche gli enti del Primo Libro non muniti della qualifica di enti del Terzo settore potrebbero non essere tenuti alla redazione del bilancio di esercizio, che è obbligatorio solo per gli enti dotati di tale qualifica (artt. 13 e ss. del Codice).

In tal caso pertanto non potrebbero trovare applicazione quelle norme del procedimento di fusione o di scissione che a tali bilanci facciano riferimento⁶².

13. LE MAGGIORANZE ED IL PROCEDIMENTO DELIBERATIVO

13.1 L'organo competente ed il quorum deliberativo nelle fusioni e scissioni non trasformative

Quanto alle maggioranze necessarie per le delibere di fusione e di scissione, è noto come la regola generale in materia sia quella secondo cui l'operazione è decisa, se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, nelle società di persone, con il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili e, nelle società di capitali, secondo le norme previste per la modificazione dell'atto costitutivo o statuto (art. 2502 c.c.).

Ne consegue che la fusione o la scissione deve essere deliberata, secondo le regole proprie del tipo di ente che intenda attuare l'operazione, applicabili a qualunque modificazione statutaria⁶³.

⁶² F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 99.

E ciò sia con riferimento ai *quorum* sia ai fini dell'individuazione dell'organo competente a deliberare l'operazione, come si è già avuto modo di osservare (v. *retro* § 11.).

In particolare, nelle associazioni, la fusione o la scissione sarà deliberata dall'assemblea, come del resto espressamente dispone l'art. 25 lettera h) del Codice, con le maggioranze previste dalla legge o dallo statuto per le modificazioni statutarie.

Nelle associazioni riconosciute dovrà, pertanto, trovare applicazione l'art. 21, comma 2, c.c. secondo cui *“Per modificare l'atto costitutivo e lo statuto, se in essi non è altrimenti disposto, occorrono la presenza di almeno tre quarti degli associati e il voto favorevole della maggioranza dei presenti”*.

Non risulta, invece, applicabile nel caso di specie il terzo comma del medesimo articolo, secondo cui *“Per deliberare lo scioglimento dell'associazione e la devoluzione del patrimonio occorre il voto favorevole di almeno tre quarti degli associati”*⁶⁴, considerato che, secondo l'opinione preferibile, la fusione e la scissione costituiscono fenomeni meramente modificativi e non traslativi e/o estintivi⁶⁵.

Inoltre l'art. 42-*bis* c.c. non richiama, nemmeno in materia di trasformazione, l'art. 2500-*octies*, comma 2, c.c., secondo cui *“La deliberazione di trasformazione deve essere assunta [...] nelle associazioni con la maggioranza richiesta dalla legge o dall'atto costitutivo per lo scioglimento anticipato”*⁶⁶.

Il rigore di tale ultima disposizione, infatti, appare strettamente connesso alla circostanza che la trasformazione di associazione in società determina un mutamento estremamente rilevante dello scopo dell'ente, implicante il passaggio allo scopo lucrativo proprio delle società. Ma tale fenomeno non ricorre nella trasformazione, nella fusione e nella scissione di cui all'art. 42-*bis* c.c.

13.2. Il quorum deliberativo della fusione o della scissione comportanti anche una trasformazione di associazione in fondazione non di partecipazione

Ciò posto, occorre verificare se l'affermazione del principio maggioritario possa trovare applicazione anche in ipotesi di fusione o scissione che comportino anche una trasformazione di associazione in fondazione non di partecipazione, come accade nel caso di:

⁶³ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 100; M. BIANCA, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore*, cit.; S. D'ANGELO, *Le operazioni straordinarie degli Enti del Terzo Settore*, cit., 6.

⁶⁴ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 100; F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 249. Già in passato, con riferimento alla fusione tra associazioni, è stato affermato che le deliberazioni di fusione *“non dovranno essere riguardate come deliberazioni di scioglimento e, quindi, di autorizzazione alla fusione: esse sono comuni deliberazioni modificative dei rispettivi statuti e, quindi, soggette alla comune disciplina, in fatto di maggioranze e di autorizzazioni alle modifiche statutarie”* (F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., 352 ss.).

In senso contrario, in materia di trasformazione, prima dell'avvento della riforma del Terzo settore, v. «*Linee guida per la trasformazione diretta degli enti di cui al Libro I del Codice Civile*», approvate con delibera della giunta regionale della Lombardia in data 22 gennaio 2016 n. X / 4725, secondo cui la decisione di trasformazione deve essere *“adottata con il quorum qualificato dei tre quarti degli associati, a sensi dell'art. 21 ultimo comma c.c.”*.

⁶⁵ V. *retro* nota 39.

⁶⁶ Sulla non applicabilità alle operazioni di cui all'art. 42-*bis* c.c. dell'art. 2500-*octies*, comma 2, c.c., v. F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 71; M. BIANCA, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore*, cit.

- incorporazione di un'associazione in una fondazione non di partecipazione,
- scissione di un'associazione a favore di una fondazione non di partecipazione.

In questo caso la l'operazione determina, in tutto o in parte, la perdita di qualità di associato, in quanto la fondazione, di regola, non è caratterizzata dalla presenza di un organo assembleare, il quale è per l'appunto diretto ad esprimere collegialmente le determinazioni degli associati stessi.

Ci si deve chiedere, dunque, se a tal fine è richiesto il consenso unanime di tutti gli associati facenti parte dell'associazione che incorporata o scissa.

Nondimeno i principi sottesi al sistema normativo sembrano indicare che anche in tal caso debba prevalere la volontà della maggioranza⁶⁷. In questo senso depongono:

- la generale valenza del principio maggioritario di cui all'art. 21 c.c., che sembra applicabile a qualsiasi modifica statutaria;
- la circostanza che trattasi di operazione posta in essere nell'ambito di organizzazioni *non profit*, ove i principi solidaristici appaiono prevalenti rispetto a quelli diretti alla tutela di posizioni individuali degli associati;
- la circostanza che l'art. 25, lettera h), del Codice attribuisce la competenza a deliberare qualsiasi tipo di fusione o scissione, senza eccezione alcuna, all'assemblea, che, com'è noto, costituisce un organo tendenzialmente dominato dal principio maggioritario.

Sotto altro profilo, tuttavia, appare ragionevole ritenere che la fusione o la scissione comportanti anche una trasformazione di associazione in fondazione non di partecipazione sia assoggettata, relativamente all'associazione incorporata o scissa, al *quorum* previsto per lo scioglimento dell'associazione e la devoluzione del patrimonio, che nelle associazioni riconosciute è costituito dal voto favorevole di almeno tre quarti degli associati (art. 21, comma 3, c.c.)⁶⁸.

Non si intende in tal modo negare il menzionato principio secondo cui la fusione o la scissione costituisce una mera modificazione dell'ente e non il suo scioglimento con devoluzione del patrimonio all'ente risultante dalla trasformazione.

Ma non pare potersi dubitare che, dal punto di vista sostanziale, la fusione o la scissione comportanti anche una trasformazione di associazione in fondazione non di partecipazione determinano una sorta di eterodestinazione del patrimonio associativo rispetto alla compagine degli associati.

Questi ultimi, invero, pur non potendo vantare diritti sul patrimonio dell'associazione, almeno laddove questa abbia uno scopo altruistico (cfr. art. 24, ultimo comma, c.c.)⁶⁹, a seguito della trasformazione in esame, si vedono sottratta ogni forma di controllo, diretto o indiretto, sulla gestione del patrimonio dell'ente.

Ma non v'è chi non veda come siffatto fenomeno appaia sotto tale profilo analogo, anche se non identico, a quello conseguente alla devoluzione del patrimonio di cui all'art. 21, comma 3, c.c.

14. LE FORME DELIBERATIVE

⁶⁷ Cfr. F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 72.

⁶⁸ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 72; F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 249.

⁶⁹ V. *infra* § 16.

Per gli enti del Terzo settore muniti di personalità giuridica, l'art. 22, sesto comma, del Codice *“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”*.

Ma anche per gli enti muniti di personalità giuridica, ma non della qualifica di enti del terzo settore, la delibera di fusione o di scissione assumerebbe il ruolo decisionale del mutamento dell'assetto organizzativo dell'ente deliberante.

Ne conseguirebbe pertanto la necessità che la relativa deliberazione sia rivestita della forma notarile pubblica, quanto meno ai fini del rispetto degli oneri pubblicitari cui la stessa è soggetta, se non addirittura per simmetria rispetto alla forma richiesta per l'atto costitutivo ex art. 14 c.c.⁷⁰.

Ci si deve, inoltre, chiedere al riguardo se, nelle fondazioni, la deliberazione in questione abbia ad oggetto la vera e propria deliberazione di fusione o di scissione ovvero costituisca una mera proposta da sottoporre all'autorità governativa, alla quale soltanto spetterebbe il potere disporre la fusione o la scissione stessa.

In particolare ci si chiede se sia applicabile in via analogica al caso di specie l'art. 2500-octies, ultimo comma, c.c., che pure non è chiamato dall'art. 42-bis c.c., secondo cui *“La trasformazione di fondazioni in società di capitali è disposta dall'autorità governativa, su proposta dell'organo competente”*.

Ed invero, secondo un'attenta dottrina, l'art. 2500-octies, ultimo comma, c.c. dovrebbe essere interpretato nel senso che il provvedimento dell'autorità amministrativa non svolga, come di consueto per le modifiche statutarie delle persone giuridiche, il ruolo di una mera approvazione della decisione adottata dagli organi competenti dell'ente, ma, come sembra suggerire la lettera della citata norma, assurga al ruolo di atto modificativo dell'assetto organizzativo dell'ente, degradando in tal modo la delibera degli organi interni dell'ente a mera proposta.

Quest'ultima interpretazione, peraltro, si spiegherebbe sulla base della considerazione di carattere sistematico, secondo cui costituirebbe caratteristica essenziale della fondazione l'*“immutabilità dello scopo se non per intervento della Pubblica Autorità (art. 27, 28, 2500-octies c.c.)”*, onde *“L'eventuale concessione all'organo amministrativo del potere discrezionale di decidere la trasformazione, la fusione o l'estinzione dell'ente dovrà pertanto essere declassata a mera facoltà di proporre tali vicende organizzative all'Autorità amministrativa”*⁷¹.

Orbene, alla stregua delle novità introdotte dalla riforma del Terzo settore, non pare che l'art. 2500-octies, ultimo comma, c.c. possa essere applicato in via generalizzata alle operazioni in esame, atteso che, nel sistema delineato dall'art. 42-bis c.c., la fusione e la scissione di fondazioni in associazioni, riconosciute o non, sono trattate alla stregua di qualsiasi modificazione statutaria.

La speciale valenza del provvedimento dell'autorità governativa, prevista dall'art. 2500-octies ultimo comma c.c., sembra, invece, ascrivibile alla circostanza che la trasformazione di una fondazione in società di capitali implica un mutamento estremamente rilevante dello scopo dell'ente, comportante il passaggio allo scopo lucrativo proprio delle società.

Una modifica tanto profonda, invece, non sempre ricorre nella fusione o nella scissione di cui all'art. 42-bis c.c., onde il tradizionale principio dell'immutabilità dello scopo delle fondazioni, se

⁷⁰ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 86. Quanto alla forma delle delibere e dell'atto, già prima della riforma del Terzo settore si è ritenuto, in materia di fusione, che laddove si tratti di enti il cui atto costitutivo ai sensi dell'art. 14 c.c. deve avere la forma dell'atto pubblico o del testamento, anche la sua modifica deve rivestire la medesima forma (CNN, *Fusione per incorporazione di enti ecclesiastici*, Quesito n. 138-2006/I, est. D. BOGGIALI E A. RUOTOLO).

⁷¹ M. MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, cit., 25.

non per intervento della Pubblica Autorità, dovrebbe ritenersi oggi circoscritto ai soli mutamenti di tipo radicale.

Ciò appare confermato dal citato art. 25, ultimo comma, del Codice, secondo cui *“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 i quali figurano alla lettera h) anche la fusione o la scissione n.d.r.] nei limiti in cui ciò sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione e nel rispetto della volontà del fondatore”*.

Alla stregua delle esposte considerazioni, invero, il significato dell'oscura espressione *“nei limiti in cui ciò sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione”* potrebbe essere individuato nel senso che esso impedirebbe che possa essere attribuito all'assemblea - ed a maggior ragione all'organo amministrativo - il potere di deliberare direttamente la fusione o la scissione della fondazione laddove ciò comporti una modifica dello scopo tanto radicale da compromettere la *“necessaria eterodestinazione del risultato dell'attività”*⁷².

Laddove si verifichi quest'ultima circostanza, il potere di decidere la fusione o la scissione non potrebbe essere attribuito ad organi della fondazione, siano essi di tipo assembleare o amministrativo, non rientrando una modifica di tal fatta nella disponibilità degli stessi, ma spetterebbe all'autorità governativa⁷³.

Solo in quest'ultimo caso, dunque, la delibera del competente organo della fondazione degraderebbe a mera proposta.

Ciò posto, deve rilevarsi che, laddove la fusione o la scissione di una fondazione preveda come tipo di arrivo un'associazione o una fondazione munita dei requisiti propri degli enti del Terzo settore, non pare che si dia luogo ad una modifica dello scopo di entità tale da far risultare l'attribuzione del relativo potere ad organi della fondazione incompatibile con la natura dell'ente quale fondazione⁷⁴.

Gli enti del Terzo settore, infatti, qualunque sia la forma giuridica da loro assunta, ivi comprese le fondazioni e le associazioni, *“esercitano in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale”* (art. 5, primo comma, del Codice).

Né pare applicabile al caso di specie, in via generale, l'art. 28 c.c., trattandosi di una norma che presenta un particolare ambito di operatività.

Ed invero, come è già stato rilevato con riferimento alla trasformazione eterogenea di cui all'art. 2500-octies c.c.⁷⁵, il fenomeno della trasformazione disciplinato dal nuovo art. 42-bis c.c. è sostanzialmente diverso da quello previsto dall'art. 28 c.c., il quale, sotto la rubrica *“trasformazione delle fondazioni”*, dispone che *“Quando lo scopo è esaurito o divenuto impossibile o di scarsa utilità, o il patrimonio è divenuto insufficiente, l'autorità governativa, anziché dichiarare*

⁷² M. MALTONI, *La fondazione di partecipazione: natura giuridica e legittimità*, cit., 25 e ss..

Resta il problema di verificare se possa essere soppressa la clausola dell'atto di fondazione che vieti la fusione o la scissione. La questione verrà trattata nello studio di questa Commissione dedicato ai limiti statutori alla possibilità di operare trasformazioni, fusioni o scissioni (§ 7.)

⁷³ Cfr. F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 75.

⁷⁴ Cfr. F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 75.

⁷⁵ M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, in M. MALTONI-F. TASSINARI, *La trasformazione delle società*, Milano, 2011, 424 e ss.

estinta la fondazione, può provvedere alla sua trasformazione, allontanandosi il meno possibile dalla volontà del fondatore”.

Quest’ultimo fenomeno, invero, ricorre solo nelle ipotesi in cui lo scopo della fondazione “è esaurito o divenuto impossibile o di scarsa utilità, o il patrimonio è divenuto insufficiente”, laddove invece la fusione o la scissione di cui all’art. 42-bis c.c. non è ancorata a presupposti predeterminati⁷⁶.

In ogni caso la dottrina è concorde nel sostenere che quella che l’art. 28 c.c. definisce come “trasformazione” può costituire in realtà una modificazione statutaria che non integra necessariamente un cambiamento del tipo organizzativo, potendo consistere anche nella mera modifica dello scopo, nel mutamento dell’ambito territoriale di operatività o nella fusione con altre fondazioni⁷⁷.

15. L’APPROVAZIONE DELL’AUTORITÀ GOVERNATIVA ED IL CONTROLLO NOTARILE

L’operazione in esame è in linea di principio soggetta ad un provvedimento da parte dell’autorità governativa.

Tale provvedimento può assumere, dal punto di vista formale, ruoli diversi, in quanto:

- in caso di fusione per incorporazione ovvero di scissione a favore di ente preesistente, esso assume il ruolo di approvazione ai sensi dall’art. 2 del D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, secondo cui *“le modificazioni dello statuto e dell’atto costitutivo sono approvate con le modalità e nei termini previsti per l’acquisto della personalità giuridica dall’articolo 1, salvo i casi di riconoscimento della personalità giuridica per atto legislativo”*;
- in caso di fusione propria ovvero di scissione a favore di ente di nuova costituzione, esso consiste sia nel riconoscimento come persona giuridica dell’ente risultante dalla fusione o beneficiario della scissione sia nell’approvazione ex art. 2 del D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 della modifica statutaria degli enti fusi o dell’ente scisso.

Tuttavia, laddove si tratti di associazioni riconosciute o di fondazioni munite della qualifica di enti del terzo settore, in luogo dell’ordinario procedimento di cui al D.P.R. 10 febbraio 2000 n. 361, tanto il riconoscimento della personalità giuridica quanto l’approvazione delle modifiche statutarie, avvengono tramite la speciale procedura di cui all’art. 22 del Codice, che prevede l’intervento notarile.

Tale questione, peraltro, coinvolge il più ampio problema del controllo notarile sulle decisioni di fusione o di scissione.

L’art. 2502-bis c.c. in materia di fusione, richiamato dall’art. 2506-ter ultimo comma c.c. per la scissione, dispone, infatti, che la relativa deliberazione delle società di capitali *“deve essere depositata per l’iscrizione nel registro delle imprese, insieme con i documenti indicati nell’articolo 2501-septies. Si applica l’articolo 2436”*.

⁷⁶ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 50; F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 245.

⁷⁷ M.V. DE GIORGI, *Le vicende estintive e modificative*, in *Le persone giuridiche* a cura di Basile, Milano, 2003, 434; M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, 428.

Peraltro secondo D. VITTORIA, *Il cambiamento del “tipo” per gli enti del libro I del codice civile*, in *Contratto e Impresa*, 1992, 1149 e ss. il fenomeno di cui all’art. 28 c.c. può consistere anche nella trasformazione in associazione.

Il combinato disposto delle norme sopra citate fa sì che la decisione di fusione o di scissione di una società di capitali sia in ogni caso assoggettata al sistema di controllo proprio delle modifiche statutarie, secondo il quale il notaio deve in ogni caso ricevere il relativo verbale e, se ritenga non adempite le condizioni di legge, soprassedere alla sua iscrizione ed attivare la procedura per la devoluzione della questione al Tribunale.

Quanto alle società di persone, il secondo comma dell'art. 2502-bis c.c., prevede che *“la decisione di fusione delle società previste nei capi II, III e IV deve essere depositata per l'iscrizione nell'ufficio del registro delle imprese, insieme con i documenti indicati nell'articolo 2501-septies; il deposito va effettuato a norma dell'art. 2436 se la società risultante dalla fusione o quella incorporante è regolata dai capi V, VI, VII”*.

In relazione alle modalità di svolgimento del controllo di legalità delle delibere di fusione o di scissione delle società personali, la disposizione in esame, riproducendo quanto già disposto dal D.lgs. 16 gennaio 1991 n. 22, prevede che il deposito va effettuato a norma dell'art. 2436 c.c. se la società risultante dalla fusione o quella incorporante o la beneficiaria della scissione è regolata dai capi V, VI, VII.

Dunque anche la delibera di fusione o di scissione della società di persone viene ad essere assoggettata al controllo notarile-giudiziario di cui all'art. 2436 c.c., se la società risultante dalla fusione o quella incorporante o la beneficiaria della scissione è una società di capitali.

Pertanto, quando alla decisione di fusione o di scissione non si applica il 2436 c.c., in quanto la società risultante dalla fusione o quella incorporante o la beneficiaria della scissione non è una società di capitali, non significa che il notaio non debba controllarne la legalità, ma solo che tale controllo segue le regole generali di cui all'art. 28 della legge notarile, che vieta ai notai di ricevere atti *“espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico”* e impone di rifiutare la stipulazione dell'atto ove tale controllo avesse esito negativo.

Ci si deve chiedere se ed in che modo tale disciplina vada applicata alle fusioni o scissioni fra enti *non profit*.

È, infatti, evidente che - considerato che il richiamo dell'art. 42-bis c.c. alle disposizioni di cui alle sezioni II e III del capo X, titolo V, libro V è effettuato nei limiti della compatibilità – tali principi debbano essere adattati al caso di specie.

In particolare non è prevista l'applicazione agli enti *non profit* del citato art. 2346 c.c.

Nondimeno le delibere modificative degli enti dotati di personalità giuridica ed aventi la qualifica di enti del Terzo settore sono assoggettate dal citato art. 22 del Codice ad un regime in qualche modo analogo, anche se non identico.

È, infatti, previsto che:

- il notaio rogante, verificata la sussistenza delle condizioni previste dalla legge ed in particolare dalle disposizioni del Codice con riferimento alla sua natura di ente del Terzo settore, nonché del patrimonio minimo di cui al comma 4 del citato art. 22, deve depositare l'atto da lui ricevuto, con i relativi allegati, entro venti giorni presso il competente ufficio del registro unico nazionale del Terzo settore, richiedendo l'iscrizione; a fonte di ciò l'ufficio del registro unico nazionale del Terzo settore si limita ad effettuare una verifica della mera regolarità formale della documentazione ed iscrive l'ente nel registro stesso;
- se il notaio non ritiene sussistenti le condizioni di legge, ne dà comunicazione motivata, tempestivamente e comunque non oltre il termine di trenta giorni, ai fondatori, o agli

amministratori dell'ente; i fondatori, o gli amministratori o, in mancanza ciascun associato, nei trenta giorni successivi al ricevimento della comunicazione del notaio, possono domandare all'ufficio del registro competente di disporre l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore; se nel termine di sessanta giorni dalla presentazione della domanda l'ufficio del registro non comunica ai richiedenti il motivato diniego, ovvero non chiede di integrare la documentazione o non provvede all'iscrizione, questa si intende negata.

Appare, dunque, ragionevole supporre che l'art. 2502-*bis* c.c. debba essere applicato sostituendo al procedimento ex art. 2436 c.c. quello ex art. 22 del Codice⁷⁸. Pertanto:

- la deliberazione di fusione o di scissione adottata da enti dotati di personalità giuridica ed aventi la qualifica di enti del Terzo settore può essere assoggettata al procedimento di cui al citato art. 22 del Codice;
- la deliberazione di fusione o di scissione adottata da enti non dotati di personalità giuridica e/o non aventi la qualifica di enti del Terzo settore può essere assoggettata al procedimento di cui al citato art. 22 del Codice solo se l'ente risultante dalla fusione o quello beneficiario della scissione è dotato di (o destinato ad avere) personalità giuridica e qualifica di ente del terzo settore;
- negli altri casi la deliberazione di fusione o di scissione adottata da enti non dotati di personalità giuridica e/o non aventi la qualifica di enti del terzo settore tale controllo segue le regole generali di cui all'art. 28 della legge notarile, che vieta ai notai di ricevere atti *"espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico"* e impone di rifiutare la stipulazione dell'atto ove tale controllo avesse esito negativo⁷⁹.

Alla stregua delle esposte considerazioni la procedura di cui all'art. 22 del Codice pare applicabile:

- 1) in caso di fusione per incorporazione ovvero di scissione a favore di ente preesistente laddove tutti gli enti partecipanti all'operazione siano dotati della qualifica di ente del terzo settore;
- 2) in caso di fusione propria ovvero di scissione a favore di ente di nuova costituzione laddove tutti gli enti partecipanti all'operazione e quelli di nuova costituzione siano dotati della qualifica di ente del terzo settore;
- 3) in caso di fusione per incorporazione ovvero di scissione totale a favore di enti preesistenti laddove solo l'ente incorporante o quelli beneficiari siano dotati della qualifica di ente del terzo settore;
- 4) in caso di fusione propria ovvero di scissione totale a favore di enti di nuova costituzione laddove solo l'ente risultante dalla fusione o quelli beneficiari siano dotati della qualifica di ente del terzo settore;
- 5) in caso di scissione parziale a favore di ente preesistente laddove solo l'ente beneficiario sia dotato della qualifica di ente del terzo settore;
- 6) in caso di scissione parziale a favore di ente di nuova costituzione laddove solo l'ente beneficiario sia dotato della qualifica di ente del terzo settore.

Ed invero nel caso sub 1) la procedura di cui all'art. 22 del Codice troverebbe comunque applicazione in forza del comma 6 di detto articolo, che assoggetta alla medesima le modificazioni statutarie degli enti del Terzo settore dotati di personalità giuridica.

⁷⁸ In quest'ottica v. anche F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 255.

⁷⁹ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 103.

Nel caso sub 2) la procedura di cui all'art. 22 del Codice troverebbe applicazione:

- per gli enti fusi e per quello scisso, sempre in forza dell'art. 22, comma 6, del Codice, trattandosi di enti del Terzo settore dotati di personalità giuridica che subiscono una modificazione statutaria;
- per l'ente risultante dalla fusione e per quello beneficiario, ai fini dell'acquisto della personalità giuridica mediante l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore, in forza del comma 1 di detto articolo.

Nei casi sub 3), 4), 5) e 6) l'applicabilità della procedura di cui all'art. 22 del Codice potrebbe apparire dubbia, in quanto a prima vista tale articolo sembra diretto a regolare l'acquisto della personalità giuridica e le modificazioni statutarie degli enti personificati del Terzo settore, mentre nella specie gli enti fusi e quello scisso, già dotati di personalità giuridica, non sono muniti della qualifica di ente del Terzo settore, ma intendono acquisirla per effetto dell'operazione.

Per di più nei casi sub 5) e 6) l'ente preesistente, dopo l'operazione, continua a sussistere della sua autonoma individualità come ente non munito della qualifica di ente del terzo settore.

Nondimeno pare possibile ritenere applicabile la procedura di cui all'art. 22 del Codice anche alle fattispecie in esame innanzitutto in considerazione del fatto che, a ben vedere, la circostanza che l'ente abbia acquisito a suo tempo la personalità giuridica con la procedura di cui al D.P.R. 10 febbraio 2000 n. 361 non esclude il ricorso alla procedura di cui all'art. 22 del Codice, laddove l'ente risultante sia ascrivibile a quelli del terzo settore.

Ma, soprattutto, depone in tal senso il menzionato art. 2502-bis c.c., che, per quanto detto, va applicato alle operazioni in esame sostituendo al procedimento ex art. 2436 c.c. quello ex art. 22 del Codice, con la conseguenza che la deliberazione di fusione o di scissione adottata da enti non aventi la qualifica di enti del Terzo settore è assoggettata al procedimento di cui al citato art. 22 del Codice se l'ente risultante dalla fusione o quello beneficiario della scissione è dotato di (o destinato ad avere) personalità giuridica e qualifica di ente del terzo settore.

E tuttavia la delibera e l'atto atto di fusione o di scissione sarebbero in questo caso soggetti anche all'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, pur essendo stato il procedimento di cui al D.P.R. 10 febbraio 2000 n. 361 surrogato da quello di cui all'art. 22 del Codice, in ossequio al principio di cui all'ultimo comma dell'art. 42-bis c.c., secondo cui atti del procedimento di fusione e scissione devono ricevere un'idonea pubblicità secondo la disciplina del tipo di struttura organizzativa coinvolta nell'operazione⁸⁰.

La procedura ex art. 22 del Codice non è, invece, applicabile:

- a) in caso di fusione per incorporazione ovvero di scissione a favore di ente preesistente laddove tutti gli enti partecipanti all'operazione non siano dotati della qualifica di ente del terzo settore;
- b) in caso di fusione propria ovvero di scissione a favore di ente di nuova costituzione laddove tutti gli enti partecipanti all'operazione e quelli di nuova costituzione non siano dotati della qualifica di ente del terzo settore.

Ed invero nei casi sub a) e b) la procedura di cui all'art. 22 del Codice non potrebbe trovare applicazione, in quanto essa è diretta ad ottenere il riconoscimento come persone giuridiche di enti del Terzo settore ovvero il riconoscimento dell'efficacia di modifiche statutarie di enti del Terzo settore dotati di personalità giuridica. Ma nella specie non ricorre alcuna di siffatte circostanze.

⁸⁰ Cfr. F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 84.

Restano, infine, da esaminare le ipotesi di:

- 1) fusione per incorporazione ovvero scissione totale a favore di enti preesistenti laddove solo gli enti incorporati o quello scisso siano dotati della qualifica di ente del terzo settore;
- 2) fusione propria ovvero di scissione totale a favore di enti di nuova costituzione laddove solo gli enti fusi o quello scisso siano dotati della qualifica di ente del terzo settore;
- 3) scissione parziale a favore di ente preesistente laddove solo l'ente scisso sia dotato della qualifica di ente del terzo settore;
- 4) di scissione parziale a favore di ente di nuova costituzione laddove solo l'ente scisso sia dotato della qualifica di ente del terzo settore.

In siffatte ipotesi l'ente risultante dalla fusione o quello beneficiario della scissione non sono muniti della qualifica di ente del terzo settore.

Pertanto in tali casi la procedura di cui all'art. 22 del Codice troverebbe applicazione solo con riferimento alla modifica statutaria di enti del terzo settore preesistenti.

Invece con riferimento alla modifica statutaria (ipotesi sub 1 e 3) ovvero al riconoscimento della personalità giuridica (ipotesi sub 2 e 4) dell'ente sprovvisto della qualifica di ente del terzo settore, non potrebbe che trovare applicazione la procedura di cui al D.P.R. 10 febbraio 2000 n. 361.

16. IL DIRITTO DI RECESSO NELLE ASSOCIAZIONI

L'art. 42-*bis* c.c., in caso di fusione o scissione di associazioni, non prevede per gli associati che non abbiano consentito alla relativa delibera il diritto di recesso.

In particolare non sono richiamate le norme che, in materia di società a responsabilità limitata (art 2473 c.c.) o di società di persone (art. 2502, primo comma, c.c.), prevedono la fusione o scissione quale autonoma causa di recesso.

Ne consegue che la fusione e la scissione di enti del Primo Libro non possono essere considerate *ex se* causa di recesso, ma possono dare luogo al recesso stesso solo ove ricorrano le condizioni a tal fine previste in via generale dalle norme in materia di associazioni.

Pertanto il codice civile prevede espressamente il diritto di recesso solo con riferimento alla particolare fattispecie di cui all'art. 24, comma 2, c.c., secondo cui *“L'associato può sempre recedere dall'associazione se non ha assunto l'obbligo di farne parte per un tempo determinato. La dichiarazione di recesso deve essere comunicata per iscritto agli amministratori e ha effetto con lo scadere dell'anno in corso, purché sia fatta almeno tre mesi prima”*.

Siffatta ipotesi di recesso e la sua decorrenza non immediata sono, peraltro, ascrivibili rispettivamente all'inammissibilità di un vincolo associativo perpetuo ed all'esigenza, stante la possibilità di un recesso *ad nutum*, di garantire la continuità della struttura organizzativa a fronte della possibilità di recessi del tutto discrezionali.

Nondimeno la dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno ritenuto che *“L'adesione ad un'associazione non riconosciuta, presupponendo l'accordo delle parti anche in ordine allo scopo dell'associazione stessa ed alle regole del suo ordinamento interno, comporta - come espressione del libero estrinsecarsi dell'autonomia privata in ragione dell'espressa previsione dell'art. 24, comma 2, cod. civ., applicabile analogicamente anche alle associazioni non riconosciute, che consente l'assunzione da parte dell'associato dell'obbligo di far parte dell'associazione per un tempo determinato - l'assoggettamento dell'aderente a siffatte regole nel loro complesso e può*

legittimamente comportare - senza che risulti violata la libertà negativa di associazione, tutelata, al pari della libertà (positiva) di associazione, dall'art. 18 Cost. - il differimento, per un periodo di tempo determinato negozialmente o statutariamente stabilito, dell'efficacia dall'atto di recesso dell'associato e quindi la permanenza dell'associato nell'associazione per tale periodo con conseguente persistenza di tutti gli obblighi associativi (e non solo di quelli di natura finanziaria) anche in presenza del dissenso sopravvenuto dell'associato dagli scopi e dalle modalità operative dell'associazione. Rimane però salva la facoltà di recesso per giusta causa con effetto immediato, come quando venga meno un requisito essenziale per la partecipazione all'associazione, ovvero - nel caso di organizzazioni di tendenza (associazioni su base ideologica, politica o religiosa) - allorché l'associato dissenta dalle finalità dell'associazione, dovendo in tal caso prevalere il diritto (costituzionalmente garantito ed assolutamente non comprimibile ex artt. 2 e 21 Cost.) di manifestare le proprie opinioni e di autodeterminarsi in ordine ad esse, con conseguente cessazione immediata del vincolo associativo, anche se possono persistere vincoli meramente finanziari”⁸¹.

Ne consegue che la fusione o la scissione può costituire una giusta causa di recesso con effetto immediato, alla stregua dei principi testé illustrati, solo laddove essa determini modifiche significative della struttura organizzativa che alterino i presupposti sulla base dei quali si era costituito il vincolo associativo.

Ma non è detto che la fusione o la scissione determinino sempre siffatte conseguenze.

È, infatti, ben possibile che un'associazione riconosciuta con scopo egoistico si fonda o si scinda in favore di un'associazione riconosciuta con scopo sostanzialmente identico o viceversa.

In tali ipotesi, laddove in sede di fusione o di scissione non siano apportate allo statuto modificazioni che incidano in modo significativo sugli elementi sopra illustrati⁸², non sembra che si possa configurare una giusta causa di recesso per la sola circostanza che l'associazione riconosciuta si fonda o si scinda.

Al contrario laddove, ad esempio:

- un'associazione riconosciuta con scopo egoistico, sia pure non lucrativo, si fonda o si scinda in favore di un'associazione riconosciuta con scopo altruistico o in una fondazione,
- un'associazione riconosciuta con scopo altruistico si fonda o si scinda in favore di un'associazione riconosciuta con scopo egoistico,

l'operazione determinerebbe una profonda alterazione dello scopo dell'ente, che senza dubbio può integrare una giusta causa di recesso con effetto immediato.

⁸¹ Cass, 14 maggio 1997 n. 4244, in *Giur. It.*, 1998, 4, 639. Nello stesso senso Trib. Pavia 19 febbraio 1980, in *Giur. It.*, 1980, I, 2, 526; Trib. Trieste 18 gennaio 2000, in *Foro It.*, I, 2689.

In dottrina v. per tutti M.V. DE GIORGI, *Le vicende estintive e modificative*, in *Le persone giuridiche* a cura di Basile, Milano, 2003, 196; A. AURICCHIO, voce *Associazioni riconosciute*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 904 ss.; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., 318 e, con specifico riferimento alla trasformazione eterogenea, 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, 392; E. TRADII, *Trasformazione eterogenea in cui intervengono enti non profit: trasformazione da associazione in società di capitali e viceversa*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni, Riforma del diritto societario e enti non profit*, a cura di A. Zoppini e M. Maltoni, Milano, 2007, 67; R. GUGLIELMO, *La trasformazione eterogenea da associazioni a società di capitali*, in *Quaderni della fondazioni Italiana per il Notariato*, Milano, 2007, 224; M. MALTONI, *La trasformazione delle associazioni*, in M. MALTONI - F. TASSINARI, *La trasformazione delle società*, Milano, 2011, 406; A. LAUDONIO, *La trasformazione delle associazioni*, cit., 290 e ss.; F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 240.

⁸² In quest'ottica già D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, cit., 196, secondo cui l'indagine va condotta caso per caso.

Per altro verso deve rilevarsi che l'ultimo comma del citato art. 24 c.c. dispone che *"Gli associati, che abbiano receduto o siano stati esclusi o che comunque abbiano cessato di appartenere all'associazione, non possono ripetere i contributi versati, né hanno alcun diritto sul patrimonio dell'associazione"*.

Dal tenore letterale di tali disposizioni potrebbe, dunque, sembrare che il recesso in questione sia sempre neutro dal punto patrimoniale e sia utile al solo fine di assicurare al recedente di non assumere la qualità di associato nell'ente risultante dalla fusione o dalla scissione e di non dover corrispondere per il futuro i contributi associativi.

Nondimeno è opinione diffusa in dottrina⁸³ che il principio di cui all'art. 24, ultimo comma, c.c. non sia applicabile alle associazioni caratterizzate da uno scopo egoistico, nelle quali, dunque, l'associato recedente potrebbe ripetere i contributi versati per servizi non usufruiti.

17. IL DIMEZZAMENTO DEI TERMINI LEGALI

È noto che l'art. 2505-*quater* c.c. dispone che nelle fusioni cui non partecipano società con capitale rappresentato da azioni, *"i termini di cui agli articoli 2501-ter, quarto comma, 2501-septies, primo comma, e 2503, primo comma, sono ridotti alla metà"*.

Ci si deve chiedere se tale disposizione sia applicabile al caso di specie.

Il dubbio sulla possibilità di applicare la menzionata disposizione potrebbe nascere dalla circostanza che il dimezzamento dei termini in questione si pone come eccezione ad una regola generale.

Nel caso delle fusioni - ed eventualmente delle scissioni⁸⁴ - fra enti del Primo Libro, invece, tale dimezzamento finirebbe con l'essere la regola, in quanto siffatti enti non sono caratterizzati dall'emissione di partecipazioni azionarie.

Nondimeno, a ben vedere, tale dubbio non ha ragion d'essere⁸⁵, in quanto l'intera disciplina della fusione e della scissione societarie vengono applicate alle analoghe operazioni fra enti del Primo Libro per effetto di un richiamo generalizzato effettuato dall'art. 42-*bis* c.c. nei limiti della compatibilità.

Ne consegue che l'intera disciplina della fusione e scissione degli enti del Primo Libro costituisce il prodotto di un adattamento delle regole societarie.

Per altro verso i maggiori termini previsti per le società azionarie, come risulta dai lavori preparatori della riforma del diritto societario⁸⁶, sono per lo più connessi alla necessità di

⁸³ G. VOLPE – PUTZOLU, *la tutela dell'associato in un regime pluralistico*, Milano, 1977, 254 e ss.; G. FRANCH, *Commento all'art. 2500-octies*, cit., 394; M. MALTONI, *La trasformazione delle associazioni*, cit., 407; A. LAUDONIO, *La trasformazione delle associazioni*, cit., 295, quest'ultimo sia pure con soluzioni differenziate.

Contra sulla scorta della concezione dell'associazione come ente che deve perseguire finalità ideali, F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., 307.

⁸⁴ Sul dibattito inerente all'applicabilità di tale norma anche alla scissione, ad onta del mancato richiamo della stessa, v. F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 957 e ss.

⁸⁵ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 104; M. BIANCA, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore*, cit.

F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 254 da un lato afferma che l'approvazione del progetto ai sensi dell'art. 2502 c.c. deve avvenire *"trascorsi quindici giorni dall'ultima pubblicazione"*, dall'altro sostiene che l'atto di fusione può essere stipulato *"decorsi sessanta giorni dall'ultima iscrizione"*.

⁸⁶ *Relazione ministeriale* § 14.

rispettare inderogabili vincoli di derivazione comunitaria vigenti per taluni tipi di società, onde le agevolazioni procedurali in questione sono state disposte *“al fine di ulteriormente semplificare ed accelerare il procedimento di fusione”*, ponendo in essere *“tutta una serie di deroghe al modello di derivazione comunitaria”*.

Ma non v'è chi non veda come siffatti vincoli comunitari non possono assolutamente configurarsi con riferimento agli enti del Primo Libro.

Pertanto, l'atto di fusione (ma non l'atto di scissione ove non si condivida la tesi dell'applicabilità del dimezzamento dei termini anche alla scissione) potrà essere stipulato una volta che siano decorsi trenta giorni dall'ultima delle iscrizioni previste nell'art.2503 c.c..

18. L'OPPOSIZIONE DEI CREDITORI E L'EFFICACIA DELL'OPERAZIONE

18.1. L'inderogabilità dell'opposizione

Il rinvio dell'art. 42-*bis* c.c. a tutte le norme in materia di fusione o di scissione non può non includere anche l'applicabilità del rimedio dell'opposizione dei creditori, che costituisce, almeno nella fusione, il principale strumento di tutela dei creditori sociali.

Non sembra, pertanto, che nel sistema introdotto dalla riforma del Terzo settore possa risultare fondata l'opinione⁸⁷, espressa prima dell'emanazione di tale riforma, secondo cui, in caso di fusione fra fondazioni prive di un organo assembleare:

- posto che *“il potere di approvazione deve essere necessariamente riconosciuto ai CdA dei vari enti interessati”*, stante la mancanza di un organo assembleare;
- *“la mancanza di delibera assembleare sembra dover comportare l'inapplicabilità anche della previsione di cui all'art. 2502 bis c.c., in tema di pubblicazione della deliberazione di fusione nel Registro delle Imprese, e dell'art. 2503 c.c., in tema di opposizione dei creditori”*.

Del resto anche in materia di trasformazione il nuovo art. 42-*bis* c.c. richiama in modo specifico l'art. 2500-*nonies* c.c., che prevede il rimedio dell'opposizione dei creditori.

L'applicabilità di tale rimedio, a sua volta, presuppone che la delibera di trasformazione debba in ogni caso essere oggetto di iscrizione nei pubblici registri competenti, a prescindere dal fatto che essa sia assunta dall'assemblea o, come normalmente avviene nelle fondazioni, dall'organo amministrativo.

Non si vede, pertanto, come potrebbe adottarsi una diversa soluzione per la fusione o la scissione⁸⁸.

Del resto il sistema positivo prevede, sia pure con riferimento alle sole società, altre ipotesi in cui la fusione o la scissione siano approvate dall'organo amministrativo (cfr. artt. 2505 e 2505-*bis* c.c.).

Ma in tal caso nessuno ha mai dubitato che la deliberazione così assunta dagli amministratori debba essere oggetto di iscrizione nel registro delle imprese e che da essa decorra il termine per l'opposizione dei creditori.

⁸⁷ Trib. di Roma 25 gennaio 2016, cit..

⁸⁸ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 105.

18.2. Il coordinamento della disciplina dell'opposizione dei creditori in ipotesi di fusione o scissione trasformativa

Per altro verso si è già avuto modo di rilevare (v. *retro* § 10.) che, laddove la fusione o la scissione determini anche una trasformazione fra enti del Primo Libro, all'operazione devono essere applicate anche le norme dell'art 42-*bis* c.c. che disciplinano siffatta trasformazione.

A tale riguardo si pongono problemi di coordinamento con riferimento alla disciplina dell'opposizione dei creditori.

Tale istituto è invero previsto in entrambi gli istituti, rispettivamente dagli artt. 2500-*nonies* e 2503 c.c., ambedue richiamati dall'art. 42-*bis* c.c., ma con regole non puntualmente coincidenti.

Peraltro la circostanza che, come si è più volte sottolineato, la disciplina della fusione o della scissione implicante anche una trasformazione va ricavata dalla simultanea applicazione delle norme che disciplinano tali istituti, fa sì che, in caso di contrasto, debba applicarsi la norma più rigorosa.

Peraltro tale più rigorosa disciplina, se derivante dalle norme in tema di trasformazione, è destinata ad essere applicata solo per l'ente per il quale la fusione o la scissione determini anche una trasformazione.

Ne consegue, per quanto interessa in questa sede, innanzitutto che la legittimazione ad opporsi all'operazione dei creditori dell'ente che in dipendenza della fusione o della scissione subisce un mutamento tipologico (ad es. i creditori di una associazione che sia incorporata in una fondazione, ma non anche i creditori della fondazione incorporante) non potrebbe a prima vista apparire limitata ai soli creditori anteriori all'iscrizione del progetto, in applicazione dell'art. 2500-*nonies* c.c., che ovviamente non pone una siffatta limitazione, ma sembra ancorare la legittimazione all'opposizione a diversi riferimenti temporali⁸⁹.

Ma tale difformità di disciplina viene meno laddove si ritenga, come invece pare preferibile⁹⁰, di interpretare restrittivamente la disposizione dell'art. 2500-*nonies* c.c., nel caso di fusione o scissione trasformativa.

Deve, infatti, ritenersi che, laddove, come nel caso di specie, intervenga l'assoggettamento a forme di pubblicità del mero progetto dell'operazione - pubblicità che nella semplice trasformazione non è prevista - questa rilevi anche ai fini della legittimazione dei creditori all'opposizione⁹¹.

In secondo luogo il termine di sessanta giorni per l'opposizione, per i creditori dell'ente che subisce un mutamento di scopo (ad es. i creditori di un'associazione che sia incorporata in una

⁸⁹ G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7**, 2, Torino, 2004, 63; F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 106.

In materia di trasformazione eterogenea è peraltro discusso, nel silenzio della legge, se il limite temporale che determina la spettanza o meno del diritto di opposizione dei creditori sociali sia la stipula dell'atto di trasformazione o i relativi adempimenti pubblicitari (v. per tutti M. MALTONI, *La trasformazione eterogenea in generale*, in M. MALTONI-F. TASSINARI, *La trasformazione delle società*, Milano, 2011, 283 ss., secondo cui sono legittimati all'opposizione i creditori anteriori alla pubblicazione dell'atto di trasformazione).

⁹⁰ F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 134.

⁹¹ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 106.

fondazione, ma non anche i creditori della fondazione incorporante), non può essere dimezzato in applicazione dell'art. 2505-*quater* c.c., poiché tale agevolazione non è prevista dall'art. 2500-*nonies* c.c.⁹².

Per altro verso in tal caso sembra conforme ad elementari esigenze di economia del procedimento di trasformazione – fusione/scissione ritenere che detto termine non debba decorrere due volte, una dalla decisione di fusione o di scissione *ex art.* 2503 ed una dall'attuazione dell'operazione che implichi una trasformazione eterogenea *ex art.* 2500-*nonies* c.c.

È sufficiente, infatti, alla tutela dei creditori, sotto entrambi gli aspetti, che esso decorra unicamente dalla pubblicità delle delibere di fusione o di scissione⁹³, in quanto la diversa decorrenza del termine per l'opposizione nelle due norme citate dipende esclusivamente dal fatto che la fusione o la scissione è frutto della sequenza procedimentale di una serie di atti (progetto, delibera, atto), mentre la trasformazione si determina *uno actu*.

Infine, volendo procedere all'operazione prima del termine di cui sopra, per i creditori dell'ente che subisce un mutamento di scopo (ad es. i creditori di una associazione che sia incorporata in una fondazione, ma non anche i creditori della fondazione incorporante), deve ricorrere il consenso dei creditori o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso, mentre non sarebbe consentito il deposito delle somme relative presso una banca laddove si ritenga che tale ultima possibilità non sia applicabile in sede di trasformazione, in quanto non prevista dall'art. 2500-*nonies* c.c.⁹⁴.

Ma quest'ultima tesi non pare possa essere condivisa, in quanto anche in tal caso sembra che la disciplina delle varie fattispecie legali di opposizione dei creditori nel sistema positivo debba essere ricondotta ad una sostanziale unitarietà.

Ed invero contro l'applicazione dell'art. 2503 c.c., in relazione al deposito presso una banca, alla trasformazione potrebbe addursi la circostanza che tale norma ha carattere eccezionale, poiché deroga al principio generale del divieto di esecuzione dell'operazione in pendenza del termine per l'opposizione e dunque essa non sarebbe suscettibile di interpretazione analogica.

Nondimeno non pare che tale obiezione risulti fondata perché in realtà, più che di interpretazione analogica, si tratta di un'interpretazione estensiva, in quanto l'applicabilità nel caso di specie delle disposizioni dell'articolo 2503 c.c. costituisce una mera conseguenza della *ratio* del divieto di esecuzione dell'operazione in pendenza del termine per l'opposizione. La tutela dei creditori sottesa a tale divieto è, infatti, del tutto garantita in presenza delle cautele di cui trattasi. La medesima conclusione pertanto ben avrebbe potuto essere desunta in via interpretativa, pur in assenza della disposizione di cui all'art. 2503 c.c.

Se ne deve dedurre che, in realtà, detta norma è priva di un reale contenuto precettivo e, dunque, non è indicativa di una libera scelta di politica legislativa, rispetto alla quale, in presenza di identità

⁹² F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 106. *Contra* A.A. ZOPPINI, *Fusione eterogenea per incorporazione e riforma del diritto societario: parere pro veritate*, in *Riv. not.*, 2004, 1283.

⁹³ F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 99; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 135; F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 106 e, sia pure in termini dubitativi, A. FUSARO, *Trasformazioni eterogenee*, cit., 307.

⁹⁴ In materia di trasformazione M. MALTONI, *La trasformazione eterogenea in generale*, cit., 289; G. FRANCH, *Commento all'art. 2500-*nonies**, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, artt. 2498 - 2506-*quater*, Milano, 2006, 423.

di *ratio legis*, si possa porre la questione di un'applicazione analogica al di là dei casi espressamente previsti⁹⁵.

Per altro verso, alla stregua dell'illustrato principio secondo cui il sistema pubblicitario degli atti del procedimento è quello proprio del singolo ente partecipante all'operazione, appare inevitabile concludere che l'efficacia dell'operazione ai sensi dell'art. 2504-*bis*, secondo comma, c.c. dipende anche dall'attuazione della pubblicità richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione, ai sensi dell'art. 2500, secondo comma, c.c., laddove la fusione o la scissione determini tale effetto⁹⁶.

19. L'EFFICACIA SANANTE DELL'ISCRIZIONE DELL'ATTO DI FUSIONE

Il rinvio dell'art. 42-*bis* c.c. a tutte le norme in materia di fusione o di scissione include anche l'art. 2504-*quater* c.c. secondo cui *“Eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'articolo 2504, l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata.*

Resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione”.

Per la verità prima dell'avvento della riforma del Terzo settore, è stato sostenuto⁹⁷ che *“attesa la differente funzione del Registro delle persone giuridiche e del Registro delle Imprese”* sarebbe stata inapplicabile alla fusione tra enti del Primo Libro la disciplina dettata dal citato art. 2504-*quater* c.c.

Nondimeno il dubbio sull'applicabilità di quest'ultima disposizione non ha motivo di porsi nel sistema delineato dalla riforma del Terzo settore⁹⁸.

Ed invero, in materia di trasformazione, l'art. 42-*bis* c.c. richiama espressamente e specificamente l'art. 2500-*bis* c.c., che dispone anch'esso la sanatoria delle l'invalidità dell'atto di trasformazione per effetto dell'attuazione della prescritta pubblicità.

Se ne deve dedurre che la riforma del Terzo settore ha esteso anche al di fuori del sistema societario il fenomeno della c.d. pubblicità sanante.

Del resto non può oggi fondatamente sostenersi che il Registro delle persone giuridiche ed il Registro delle Imprese abbiano funzioni differenti, considerato che l'ultimo comma dell'art. 42-*bis* c.c., nel disporre che *“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”*, sembra operare una sostanziale equiparazione fra i menzionati registri.

⁹⁵ F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 135 e s.

⁹⁶ Cfr. A. FUSARO, *Trasformazioni eterogenee*, cit., 307; F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 100; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 136; F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 107.

⁹⁷ Trib. di Roma 25 gennaio 2016, cit..

⁹⁸ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 108; M. BIANCA, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del terzo settore*, cit.; S. D'ANGELO, *Le operazioni straordinarie degli Enti del Terzo Settore*, cit., 6.

20. LE INDICAZIONI RICAVABILI DALL'ART. 42-BIS C.C. IN MERITO ALL'AMMISSIBILITÀ DI FUSIONI E SCISSIONI ETEROGENEE

Va, infine, sottolineato che l'art. 42-*bis* c.c., pur non disciplinando la fusione e la scissione che coinvolgano sia enti del Primo Libro che enti societari, conferma la presenza nel sistema positivo di taluni principi che appaiono idonei a far ritenere ammissibili le fusioni e le scissioni eterogenee.

Si allude al menzionato principio espresso dall'ultimo comma dell'art. 42-*bis* c.c., secondo cui *“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”*.

Ed invero la possibilità di attuare la pubblicità degli atti del procedimento di fusione o di scissione in un pubblico registro diverso dal registro delle imprese sembra rimuovere il principale ostacolo addotto contro l'ammissibilità di fusioni e scissioni eterogenee⁹⁹.

Federico Magliulo

⁹⁹ F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 80; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 111; F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 109.