

# CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 5619/I

## La nuova disciplina della trasformazione omogenea e le società di persone: un primo confronto

*Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 31 marzo 2005*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. L'ambito della nuova disciplina delle trasformazioni: la trasformazione e la società semplice. – 3. La disciplina dell'atto di trasformazione: la trasformazione e la società irregolare. – 4. La disciplina della trasformazione di società di persone in società di capitali: la decisione di trasformazione. – 4.1. La trasformabilità a maggioranza delle società di persone. – 4.2. Modificabilità a maggioranza del contratto sociale e diritto di recesso. – 4.3. (segue): recesso convenzionale e recesso per giusta causa. – 4.4. (segue): recesso e autonomia privata. – 5. La disciplina della trasformazione di società di capitali in società di persone.

**1. Premessa.** – La scelta di modificare la disciplina della trasformazione in occasione della riforma organica delle società di capitali se da un lato appare del tutto ragionevole dall'altro consente di giustificare talune incompletezze che l'attuale regime dell'istituto indubbiamente presenta.

Per un verso, infatti, l'opzione di limitarsi a regolare, in tale occasione, la trasformazione di società di capitali in altre società di capitali, se pur astrattamente praticabile, sarebbe risultata poco plausibile; e ciò per la considerazione, in sé del tutto ovvia, che le ipotesi più problematiche ed interessanti di trasformazioni sono quelle che si risolvono nel cambiamento non solo di "tipo", ma, per utilizzare una terminologia in voga, di "classe" di società, nel passaggio, cioè, da società di persone in società di capitali (c.d. trasformazione progressiva) e viceversa (c.d. trasfor-

mazione regressiva).

Per altro verso, proprio la circostanza che la nuova disciplina della trasformazione è stata introdotta in occasione della riforma organica di una sola di tali "classi" di società (tralasciando le società cooperative), quella appunto delle società di capitali, consente forse di comprendere come la legge non si occupi specificamente di vicende che si svolgono interamente al di fuori di tale "classe": quale appunto la trasformazione di società di persone in altre società di persone, ovvero la trasformazione eterogenea di e in società di persone. Il che, tuttavia, non significa che tali ipotesi debbano ritenersi di per sé estranee all'ambito di applicazione delle nuove regole in materia di trasformazione (se non altro alla luce della circostanza che la disciplina delle specifiche forme di trasformazione, progressiva, regressiva ed eterogenea, è preceduta da alcune regole generali, quelle contenute agli artt. da 2498 a 2500 *bis* cod. civ.: le quali, e proprio in quanto tali, sembrano applicarsi ad ogni ipotesi di trasformazione): e meno che meno per ciò solo inammissibili <sup>(1)</sup>.

Non altrettanto comprensibile appare invece la scelta di non riservare alcun accenno alle ipotesi di trasformazione del tutto interne alle società di capitali, come invece sarebbe risultato, forse, preferibile: e ciò per la ragione che anche tali vicende sollevano problemi almeno in parte analoghi alla trasformazione progressiva o regressiva. Si pensi da un lato alla modificazione del regime della responsabilità per le obbligazioni sociali che consegue alla trasformazione di o in società in accomandita per azioni, e dall'altro alla diversa disciplina cui sono attualmente sottoposti i conferimenti d'opera e di servizi a seconda che si tratti di società azionarie ovvero a responsabilità limitata; entrambi gli aspetti, a conferma della loro delicatezza, sono stati fatti oggetto di espressa disciplina positiva, ma unicamente, come si diceva, per il caso di cambiamento di "classe": ciò che allora pone il problema di verificare in quale misura le soluzioni offerte per tali ipotesi risultino utilizzabili anche per le trasformazioni che coinvolgono soltanto società di capitali.

A tali questione appare sufficiente accennare: si tratta, infatti, di concentrare l'attenzione sull'impatto che il nuovo regime della trasformazione ha prodotto sulla restante disciplina delle società di persone.

**2. L'ambito della nuova disciplina delle trasformazioni: la trasformazione e la società semplice.** – In questa prospettiva, un primo aspetto da mettere in luce riguarda l'estensione dell'*ambito di applicazione* della disciplina della trasformazione: deve infatti notarsi come, nel sistema originario, il codice si limitava a disciplinare espressamente le sole trasformazione progressive, cioè in società di ca-

pitali, di società in nome collettivo e in accomandita per azioni.

Attualmente, invece, la legge si riferisce alle società di persone, espressione questa che indubbiamente ricomprende la società semplice: il tenore letterale delle norme, soprattutto se confrontato con quello originario, sembra infatti superare ogni dubbio in ordine alla trasformabilità di e in questo tipo di società.

Non tutte le questioni sollevate dalla trasformazione *di* società semplice possono tuttavia dirsi risolte alla luce della sua ammissibilità, la quale anzi richiede di esaminare le ragioni, ulteriori rispetto a quella fondata sulla lettera della legge, dalle quali si faceva discendere la soluzione contraria. Al riguardo, appare sufficiente segnalare due argomentazioni: la prima, più impegnativa, basata sulle conseguenze "sostanziali" della trasformazione di società semplice in ordine alla posizione dei creditori particolari, e l'altra, di ordine "formale", fondata sulla mancanza di un regime di pubblicità della società che si trasforma.

Quanto alla posizione dei *creditori particolari*, si tratta di considerare che costoro, all'esito della trasformazione, perdono il diritto alla liquidazione in ogni tempo della quota del socio loro debitore di cui all'art. 2270 cod. civ.: il che, se come si diceva non può più rappresentare un ostacolo alla trasformabilità della società semplice <sup>(2)</sup>, pone comunque il problema della loro tutela.

Esclusa la possibilità di circoscrivere la trasformazione di tale tipo sociale a quella in società irregolari <sup>(3)</sup>, e ciò – a parte quanto si dirà in ordine alla inammissibilità di trasformazione in società irregolari – per la ragione che è la stessa legge a disciplinare (soltanto) la trasformazione di (tutte le) società di persone in società di capitali: esclusa tale possibilità, si diceva, non sembra sufficiente sottolineare "da un lato che la legge si preoccupa di tutelare, nel caso di trasformazione, soprattutto i creditori sociali, dall'altro, che l'argomento prova troppo, dovendosi ritenere di conseguenza addirittura inammissibile la regolarizzazione della medesima società di fatto, mentre, nell'ipotesi di trasformazione in società di capitali, il creditore particolare del socio ha la possibilità di espropriare la quota sociale, sia essa rappresentata o non da azioni" <sup>(4)</sup>.

Il ragionamento, in vero, non appare del tutto convincente: da un lato, infatti, la circostanza che il legislatore si preoccupi soltanto della tutela dei creditori sociali <sup>(5)</sup> di per sé non esclude la necessità di predisporre, per via interpretativa, una adeguata tutela anche ai creditori particolari, mentre dall'altro, non può confondersi la regolarizzazione di una società, la quale comporta l'applicazione integrale della disciplina del tipo originariamente prescelto, dalla sua trasformazione, che invece si risolve nel cambiamento di tale tipo <sup>(6)</sup>. Né, infine, l'espropriazione della quota può

ritenersi rimedio di per sé equivalente a quello della sua liquidazione <sup>(7)</sup>: non si vede, infatti, per quale motivo debbano gravare sul creditore particolare le differenze tra il maggior valore di liquidazione ed il minor prezzo della quota, oltre che il rischio di non trovare un acquirente (particolarmente elevato nell'ipotesi di società c.d. chiuse).

Se, dunque, esiste una effettiva esigenza di tutela dei creditori particolari, e se questa esigenza non può più soddisfarsi precludendo addirittura la trasformazione della società semplice, non resta che cercare una risposta nel sistema, e, in particolare, nel sistema delle società di persone: a questo profilo soccorre, in particolare, la regola dettata dall'art. 2307 cod. civ. per l'ipotesi di proroga espressa della società, che appare applicabile in via analogica al caso in questione. Si tratta, cioè, di riconoscere ai creditori particolari il diritto ad opporsi alla trasformazione della società, sempre nel termine di tre mesi dalla iscrizione (dell'atto di trasformazione), e facendo discendere dall'accoglimento dell'opposizione il dovere della società di provvedere alla liquidazione della quota del socio, il quale sarà conseguentemente escluso di diritto dalla società.

In entrambe le ipotesi, infatti, si assiste ad una *decisione dei soci*, a differenza allora della regolarizzazione, che è in primo luogo un atto, per altro dovuto, degli amministratori <sup>(8)</sup>: ed anzi ad una decisione dalla quale consegue una analoga modificazione della posizione del creditore particolare, il quale nel caso di proroga non può *ancora*, in quello di trasformazione (ancor più incisivamente) non può *più*, chiedere in ogni tempo la liquidazione della quota del proprio debitore. In entrambe le ipotesi, poi, il socio, del quale è stata liquidata la quota, non partecipa più al capitale della società, e proprio per ciò, non potendovi essere partecipazione senza conferimento <sup>(9)</sup>, non ha più titolo per continuare a figurare nella compagine sociale: dalla quale appunto dovrà ritenersi escluso di diritto ai sensi dell'art. 2286 cod. civ.

Deve anzi notarsi come il riconoscimento ai creditori particolari del socio di società semplice (o irregolare) di uno specifico potere, quello appunto di chiedere la liquidazione della quota del proprio debitore, ed ancor più la *specifica rilevanza* riconosciuta a tale potere dall'art. 2307 cod. civ. nell'ipotesi di proroga della società commerciale (regolare) – e non, si noti, in quella di regolarizzazione – oltre ad escludere la possibilità di ridurre la posizione del creditore particolare a quella di un terzo estraneo alla trasformazione <sup>(10)</sup>, non solo confermano, nonostante autorevoli voci contrarie <sup>(11)</sup>, che nessun paragone è possibile, per quanto riguarda la posizione dei creditori particolari e la loro tutela, tra la trasformazione e la regolarizzazione; ma escludono qualsiasi parallelismo tra la posizione dei creditori particolari di

soci di società siffatte e, rispettivamente, di altre società, e segnatamente di società di capitali <sup>(12)</sup>, ciò che a sua volta permette di superare l'obiezione secondo cui la tutela che qui si ritiene di accordare alle ragioni dei creditori particolari, svolta nelle sue estreme conseguenze, condurrebbe ad affermare "che il creditore particolare dell'azionista non può essere privato del suo diritto a rivalersi sulle azioni in seguito alla trasformazione in società personale (commerciale)" <sup>(13)</sup>.

Meno impegnativo risulta invece l'esame della ragione formale che conduceva a negare la trasformabilità della società semplice, quella cioè tendente a sostenere la trasformabilità delle sole società iscritte <sup>(14)</sup>: ad esclusione, allora, oltre che delle società semplici, anche delle società irregolari.

Quanto alle prime, tale considerazione, proprio in quanto di ordine "formale", non si presta più ad essere avanzata a fronte della mutata lettera della legge, che espressamente si riferisce alle società di persone, ed implicitamente (anche) alle società semplici.

Del resto, ancor prima della riforma delle società di capitali, l'ordinamento aveva previsto forme di pubblicità della società semplice, che allora non può più definirsi, di per sé, non iscritta, prescrivendo anche di essa l'iscrizione nel registro delle imprese, seppure in una sezione speciale (art. 8, quarto comma, legge n. 580 del 1993): iscrizione che, se in via di principio assume valore di pubblicità notizia (art. 8 cit., quinto comma), produce, in ordine alle società semplici esercenti attività agricola, gli stessi effetti dichiarativi dell'iscrizione delle società (di persone) commerciali, quelli cioè dell'art. 2193 cod. civ., espressamente richiamato dall'art. 2 d.lgs. n. 228 del 2001. Il che, se da un lato induce a ritenere superata l'obiezione in esame prima ed a prescindere dalla riforma, dall'altro potrebbe impedire di trarre dalla ammissibilità della trasformazione di società semplice, in quanto anch'essa "soggetta ad iscrizione", argomenti a favore di quella di società irregolare: come pure, ed ancor prima, sollevare il problema della trasformabilità, oltre che della società irregolare, della società semplice, o quantomeno della società semplice esercente attività agricola, non iscritta.

Al proposito, già nel vigore del sistema originario è stata avanzata la considerazione, peraltro largamente condivisa <sup>(15)</sup>, secondo la quale dalla mancanza di forme di pubblicità non poteva essere ricavata l'inammissibilità della trasformazione delle società (non iscritte): e ciò per la ragione che l'iscrizione, lungi dal poter essere considerata un presupposto della trasformazione, ne rappresentava al contrario una conseguenza <sup>(16)</sup>, dal momento che la deliberazione di trasformazione doveva ritenersi di per sé, ed autonomamente, soggetta ad iscrizione <sup>(17)</sup>, e ciò

quand'anche il tipo originario o quello adottato fosse rappresentato dalla società semplice <sup>(18)</sup>.

Nel sistema originario siffatta osservazione poteva in effetti apparire sufficiente a dissolvere le perplessità in ordine alla trasformabilità *di* società irregolare: nell'attuale sistema, invece, le modalità attuative di questa vicenda devono essere precisate, alla luce delle novità che la riforma ha apportato non già all'ambito di applicazione, quanto piuttosto al contenuto della disciplina della trasformazione.

**3. La disciplina dell'atto di trasformazione: la trasformazione e la società irregolare.** – Si fa riferimento, in particolare, alla regola che fa decorrere l'efficacia della trasformazione dalla attuazione degli adempimenti pubblicitari previsti dalla legge (art. 2500, terzo comma, cod. civ.): una regola che, per quanto in particolare riguarda la trasformazione di società di capitali, ribadisce il più generale principio che condiziona l'efficacia di tutte le deliberazioni di modificazione dell'atto costitutivo all'iscrizione nel registro delle imprese (art. 2436, quinto comma, cod. civ., richiamato per la società a responsabilità limitata dall'art. 2480 cod. civ.), sempre che, ciò di cui sembra difficile dubitare, si qualifichi quella di trasformazione come una deliberazione di modificazione dell'atto costitutivo.

Tale disciplina, se da un lato non ostacola la trasformazione in società semplice, la quale come detto risulta attualmente ammissibile, non potendosi più avanzare in contrario l'argomento fondato sulla circostanza che la disciplina di tale tipo di società "non prevede una adeguata tutela dell'integrità del capitale" <sup>(19)</sup>: sempre che ovviamente si tratti di società avente oggetto non commerciale, originariamente, ovvero a seguito di modificazione del contratto o dell'atto costitutivo <sup>(20)</sup>; dall'altro sembra invece precludere la c.d. trasformazione in società irregolare.

Con tale espressione si usava indicare, in realtà, l'irregolarità della società a seguito della sua trasformazione, discendente dalla mancata attuazione della pubblicità dell'atto di trasformazione in società commerciale di persone <sup>(21)</sup>. Si sosteneva, infatti, che in tal caso la trasformazione produceva gli effetti suoi propri, e cioè la modificazione del tipo sociale, ma che alla società dalla stessa risultante dovesse applicarsi la disciplina prevista nell'ipotesi di mancata iscrizione dell'atto costitutivo, al quale l'atto di trasformazione doveva ritenersi equiparato <sup>(22)</sup>, quella cioè della società irregolare <sup>(23)</sup>, a seconda dei casi in nome collettivo o in accomandita semplice <sup>(24)</sup>: e ciò non solo nell'ipotesi di trasformazione di società semplice o irregolare <sup>(25)</sup>, ma anche, ed anzi essenzialmente, nell'ipotesi di trasformazione di società originariamente regolare di persone <sup>(26)</sup>, come pure, ma il punto era maggiormente

controverso <sup>(27)</sup>, di società di capitali <sup>(28)</sup>.

Nell'attuale sistema, come si diceva, non vi è più spazio per questa sorta di irregolarità sopravvenuta <sup>(29)</sup> della società all'esito della sua trasformazione: e ciò per la ragione che, in mancanza della prescritta pubblicità, l'atto di trasformazione non produce alcun effetto, continuandosi allora ad applicare la disciplina prevista per il tipo originario.

Il che è a dirsi quantomeno nell'ipotesi di trasformazione di società di capitali (in società di persone commerciali), a ciò ostando, come si diceva, non solo la regola di cui all'ultimo comma dell'art. 2500 cod. civ., ma prima ancora quella di cui al quinto comma dell'art. 2436 cod. civ.; ma alla stessa conclusione deve pervenirsi per quanto riguarda la trasformazione di società di persone in altra società di persone commerciale: e ciò per la ragione che le regole dettate dall'ultimo, ma anche dal secondo comma dell'art. 2500 cod. civ., come pure quella di cui all'art. 2500 *bis* cod. civ., disciplinano, rispettivamente, l'efficacia, la pubblicità e l'invalidità dell'atto di trasformazione in quanto tale, e trovano proprio per ciò applicazione anche ad ipotesi diverse da quelle specificamente regolate.

La novità appare rilevante, non solo e non tanto per l'inserimento nel sistema delle società di persone di una ipotesi di pubblicità (totalmente) costitutiva: l'ordinamento già conosceva infatti situazioni analoghe, almeno a partire dalla novella del 1993 in materia di fusioni e scissioni, dal momento che i relativi atti erano sottoposti ad un regime di pubblicità costitutiva; quanto piuttosto per il riconoscimento di un valore siffatto ad una modificazione del contratto sociale: quale appunto è l'atto di trasformazione, ma non l'atto di fusione e di scissione. Ed è proprio da quest'ultima considerazione, dal valore cioè di modificazione del contratto dell'atto di trasformazione di società di persone, che discendono le perplessità, cui si faceva cenno, in ordine alla trasformazione di società irregolare.

Come si è già osservato, la dottrina, nel sistema originario, ammetteva la trasformazione della società irregolare, ritenendo cioè a tal fine superflua la previa regolarizzazione della società <sup>(30)</sup>: anche attualmente, in realtà, non sembrano esservi ostacoli a permettere che i soci di una società irregolare decidano la sua trasformazione.

I problemi sorgono, invece, in ordine alla attuazione della relativa pubblicità, dalla quale dipende, in vero, la stessa efficacia dell'atto di trasformazione. Come si diceva, l'atto di trasformazione di una società di persone, regolare o irregolare che sia, assume il valore giuridico, e dunque la forma, di modificazione del contratto: ed è proprio la possibilità di iscrivere nel registro delle imprese la modificazione del

contratto di società irregolare ad essere stata revocata in dubbio, sulla base della considerazione che l'iscrizione della modificazione del contratto sociale presuppone l'iscrizione dello stesso contratto sociale <sup>(31)</sup>.

Il che, si noti, se vale ad impedire l'iscrizione del solo atto di trasformazione, non implica tuttavia che la regolarizzazione della società, e dunque l'iscrizione del relativo contratto, debba necessariamente precedere quella dell'atto di trasformazione, potendo anche essere ad essa contestuale <sup>(32)</sup>: si tratterà allora di semplicemente di iscrivere, unitamente all'atto di trasformazione, il contratto che con la relativa decisione si intende modificare.

**4. La disciplina della trasformazione di società di persone in società di capitali: la decisione di trasformazione.** – Una delle novità più significative della disciplina della trasformazione di società di persone in società di capitali è rappresentata dalla regola dettata dal primo comma dell'art. 2500 *ter* cod. civ., secondo la quale essa, salvo patto contrario, è decisa a maggioranza, calcolata per quote di interesse, salvo il riconoscimento del diritto di recesso al socio che non abbia concorso alla decisione.

Questa disciplina solleva rilevanti questioni, molte delle quali già note; in taluni casi, tuttavia, essa vale semplicemente a riproporre problemi già affrontati in precedenza, modificandone i termini solo marginalmente: è il caso, ad esempio, del dibattito relativo alle modalità di adozione di decisioni maggioritarie nelle società di persone. Se infatti la circostanza che l'art. 2500 *ter* cod. civ., per indicare l'atto con il quale i soci addiventano alla trasformazione, utilizzi più volte, al primo comma, il termine di "decisione" ("la trasformazione ... è decisa", il "socio che non ha concorso alla decisione": riferendosi poi coerentemente al "consenso", e non al voto, del socio), in luogo di quello, contenuto nell'originario art. 2499 cod. civ. (che pur si riferiva anch'esso alla trasformazione di società di persone) di "deliberazione": se tale circostanza, si diceva, appare indubbiamente indicativa della intenzione del legislatore di superare le discussioni cui aveva dato luogo la formula originaria, nel senso di precisare che nemmeno in tal caso è richiesta l'adozione del metodo c.d. assembleare <sup>(33)</sup>, essa tuttavia potrebbe a rigore ritenersi non ancora definitiva. Non solo, infatti, alla deliberazione continua a fare riferimento il secondo comma dell'art. 2500 *quinquies* cod. civ., sempre in tema di trasformazione di società di persone: ma il termine decisione, per come risulta utilizzato nella riforma, soprattutto nell'ambito della nuova disciplina della società a responsabilità limitata, non si presta più ad essere inteso univocamente in termini tali da escludere il ricorso ad un



pur semplificato metodo assembleare (ed in vero l'ultimo comma dell'art. 2479 cod. civ., in tema appunto di decisioni dei soci di società a responsabilità limitata, continua ad utilizzare la terminologia, tipicamente "assembleare", di voti).

Di tali problemi comunque non conviene occuparsi: più interessante risulta, in vero, concentrare l'attenzione su questioni del tutto inedite, o che comunque, benché tradizionali, la nuova disciplina permette di affrontare, o di risolvere, in modo diverso rispetto al passato.

In questa prospettiva il primo dubbio riguarda l'ambito di applicazione di tale regola: se cioè essa si applichi a tutte le trasformazioni, anche dunque a quelle di società di persone in altre società di persone, ovvero soltanto alle trasformazioni (di società di persone) in società di capitali. Che sia quest'ultima la soluzione preferibile lo si evince da un lato dal carattere eccezionale della norma, che non si presta ad essere applicata a casi diversi da quello con riguardo al quale è stata dettata, e dall'altro dalla lettura della relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 6 del 2003, ove si precisa che attraverso la regola in esame si è inteso dare attuazione alla lettera e) dell'art. 7 della legge-delega, che prevedeva l'introduzione di "disposizioni dirette a semplificare e favorire la trasformazione delle società di persone in società di capitali": il che, oltre a circoscrivere l'ambito di applicazione della disciplina in questione, ne conferma il carattere eccezionale. Ed è proprio la portata eccezionale di tale norma che deve essere precisata, al fine di trarre qualche spunto utile a ricostruire taluni profili della disciplina applicabile alla trasformazione di società di persone in altre società di persone.

Se, infatti, è chiaro che la disciplina di cui al primo comma dell'art. 2500 *ter* cod. civ. rappresenta una eccezione al principio generale di cui all'art. 2252 cod. civ. – che, in mancanza di patto contrario, richiede al fine della modificazione del contratto di società di persone l'unanimità dei consensi – risulta necessario per un verso individuare rispetto a quali principi essa può dirsi eccezionale; per altro verificare se, nella parte in cui riconosce al socio che non abbia concorso alla decisione il diritto di recesso, tale norma non possa anch'essa dirsi espressione di una regola generale.

In particolare, dal primo comma dell'art. 2500 *ter* cod. civ. possono ragionevolmente trarsi due indicazioni, entrambe di per sé non decisive, in quanto l'una "in negativo" e l'altra condizionata: che, come appena messo in luce, la decisione di trasformazione di società di persone in altra società di persone *non* può essere adottata a maggioranza se non in presenza di una apposita pattuizione che lo preveda; e che, qualora fosse possibile adottare a maggioranza siffatta decisione, essa

comunque *non* può vincolare colui che non abbia concorso alla sua adozione.

In questo senso convince la considerazione che se la legge, nel permettere l'adozione a maggioranza della decisione di trasformazione in società di capitali, ha inteso riconoscere il diritto di recesso, ciò significa che tale diritto, o comunque una qualche forma di tutela ad esso analoga, deve riconoscersi a costui anche nell'ipotesi in cui la trasformabilità a maggioranza di società di persone, allora in altre società di persone, sia prevista dal contratto anziché dalla legge: e sempre che possa esserlo.

Deve infatti notarsi che la regola di cui al primo comma dell'art. 2500 *ter* cod. civ. lascia comunque aperta la questione, centrale, se sia possibile introdurre contrattualmente una previsione volta a consentire la trasformabilità a maggioranza delle società di persone in altre società di persone: ferma restando, in ogni caso, la necessità (ai fini in particolare della efficacia della trasformazione) del "consenso dei soci che con la trasformazione assumono responsabilità illimitata" di cui al primo comma dell'art. 2500 *sexies* cod. civ., il quale, pur essendo dettato in materia di trasformazione di società di capitali in società di persone, risulta espressivo di un principio generale <sup>(34)</sup>, applicabile anche alle trasformazioni di società di persone (in accomandita semplice, ovvero semplice, in presenza di soci a responsabilità limitata ai sensi dell'art. 2267 cod. civ.) in altre società di persone; o se invece l'esigenza di tutela del singolo socio non debba spingersi a negare in radice, al di là della ipotesi espressamente prevista dalla legge (quella appunto di trasformazione in società di capitali), la stessa possibilità di prevedere pattiziamente la trasformabilità a maggioranza delle società di persone (allora) in altre società di persone.

**4.1. La trasformabilità a maggioranza delle società di persone.** – In altri termini, si tratta di stabilire se la norma da ultimo citata si limiti a derogare alla regola generale dettata dall'art. 2252 cod. civ., secondo la quale la trasformazione a maggioranza presuppone un patto in tal senso, si limiti cioè ad invertire il rapporto tra disciplina legale e disciplina convenzionale rispetto a quello fissato nell'art. 2252 cod. civ.: sulla premessa, allora, che, in via generale, la trasformabilità a maggioranza deve ritenersi ammissibile, purché prevista dal contratto, e salvo quanto si diceva in ordine alla tutela del socio. O se invece il primo comma dell'art. 2500 *ter* cod. civ., oltre a prevedere siffatta inversione, abbia altresì esteso l'ambito di applicazione della regola maggioritaria: consentendo, eccezionalmente, non solo di prescindere da una pattuizione in tal senso, ma anche – e, se così si può dire, ancor più eccezionalmente – di adottare a maggioranza una decisione (quella di

trasformazione), che altrimenti, pur in presenza di un apposito patto, avrebbe comunque richiesto il consenso unanime dei soci, in quanto volta a modificare le cosiddette basi essenziali della società.

In realtà la questione risulta profondamente connessa al riconoscimento del diritto di recesso: anche chi richiede a tal fine in via di principio l'unanimità, appare comunque favorevole ad ammettere la possibilità di una adozione a maggioranza qualora al socio "dissenziante" sia riconosciuto (dal contratto) il diritto di recesso<sup>(35)</sup>. Non mancano, tuttavia, posizioni ancor più rigorose, che escludono comunque siffatta possibilità<sup>(36)</sup>, ritenendo a tal fine incongruo il ricorso allo strumento del recesso per giusta causa<sup>(37)</sup>, e comunque insufficiente quello al recesso convenzionale<sup>(38)</sup>: appare pertanto necessario prendere posizione sul punto.

A tal fine, risulta significativo considerare che quella disciplinata dal primo comma dell'art. 2500 *ter* cod. civ. non è l'unica ipotesi in cui si ammette espressamente la possibilità di adottare modificazioni del contratto a maggioranza, anche in assenza di apposito patto, riconoscendo nel contempo il diritto di recedere al socio che non ha concorso alla approvazione della relativa decisione. Siffatto meccanismo è stato infatti introdotto, oltre che per la trasformazione in società di persone, anche per la fusione e la scissione (art. 2502, primo comma, cod. civ., richiamato dall'art. 2506 *ter*, ultimo comma, cod. civ.; non sembra, invece, per la introduzione o soppressione di clausole compromissorie dall'art. 34, ultimo comma, d.lgs. n. 5 del 2003); con l'unica differenza che in tal caso, e per certi versi curiosamente, il diritto di recesso viene riconosciuto non già al socio che non ha concorso alla decisione, bensì a chi non vi abbia consentito (art. 2502 cod. civ.; l'art. 34 d.lgs. 5 del 2003 fa invece riferimento al socio assente o dissenziente): ciò che consente quantomeno di sollevare il dubbio se l'astenuto, che non consente alla decisione ma pur sempre vi concorre, possa recedere solo nell'ipotesi di fusione e di scissione ovvero anche in quella di trasformazione (ed eventualmente di introduzione o soppressione di clausole compromissorie).

A prescindere da quest'ultima notazione, certo è che il meccanismo in esame risulta utilizzato dal legislatore della riforma con una ampiezza, se non con una disinvoltura, tale, da indurre a ritenere che le norme che lo prevedono non tanto *permettono*, eccezionalmente, la possibilità di decidere a maggioranza la trasformazione della società, quanto piuttosto *presuppongono* siffatta possibilità, limitandosi a modificarne le condizioni, da un lato svincolando l'applicazione del principio maggioritario dalla presenza di una clausola che lo preveda, dall'altro, precisando che la maggioranza deve essere in tal caso calcolata per quote di interesse: diversamente da quanto si è soliti sostenere in relazione all'ipotesi in cui il contratto preveda, ge-

nericamente, il ricorso alla maggioranza, espressione questa che dovrebbe invece essere interpretata, in mancanza di indicazioni seppur implicite ricavabili dal contratto stesso, nel senso di rimettere la decisione alla maggioranza numerica dei soci <sup>(39)</sup>. Resta comunque ferma la possibilità, espressamente riconosciuta, di derogare mediante una "diversa disposizione del contratto" alla disciplina legale sotto entrambi tali aspetti (non anche, come meglio si vedrà, in ordine al diritto di recesso): non solo richiedendo a tal fine l'unanimità, il che appare fuori discussione, trattandosi di ripristinare la regola generale di cui all'art. 2252 cod. civ., ma anche introducendo criteri diversi (eventualmente cumulativi) di calcolo della maggioranza (per teste, ovvero pur sempre per interessi, in relazione tuttavia alla partecipazione al capitale, e non agli utili) o addirittura modificando, da semplice a qualificata, il tipo di maggioranza a tal fine necessaria <sup>(40)</sup>.

Proprio il fatto che al meccanismo in questione si sia fatto ricorso anche per l'ipotesi di fusione e di scissione, fornisce del resto qualche indicazione, seppure labile, al fine di superare l'obiezione volta a giustificare la sua previsione alla luce della lettera e) dell'art. 7 della legge delega, ove si sottolinea l'esigenza di *favorire* le trasformazioni di società di persone in società di capitali: a sostenere cioè che tale favore si sia spinto a consentire, eccezionalmente, la possibilità di adottare a maggioranza una decisione, quella di trasformazione, che invece, in base ai principi generali, avrebbe richiesto (ed ancora richiede nell'ipotesi di trasformazione in società di persone) l'unanimità. Si noti, infatti, che la lettera a) del medesimo articolo si limita, quanto alla fusione ed alla scissione, a sottolineare l'esigenza della loro *semplificazione*: ciò che allora induce a rinvenire nel meccanismo in esame uno strumento appunto di semplificazione, non già di favore, volto cioè a ridurre i mezzi attraverso i quali pervenire ad un risultato in precedenza comunque già raggiungibile, non anche a dischiudere possibilità un tempo precluse.

**4.2. Modificabilità a maggioranza del contratto sociale e diritto di recesso.** – La trasformazione rappresenta una delle più profonde modificazioni oggettive del contratto, una modificazione, anzi, che, per quanto oggettiva, appare in grado di incidere profondamente sulla posizione dei singoli soci <sup>(41)</sup>: al punto da poter implicare l'assunzione della responsabilità illimitata da parte dei soci che, nel tipo originario, non rispondevano delle obbligazioni sociali, il consenso dei quali, come detto, deve ritenersi in ogni caso necessario ai fini della (efficacia della) trasformazione. A parte questo specifico caso, deve più in generale notarsi che, una volta ammessa la trasformabilità a maggioranza delle società di persone, appare allora possibile, per certi versi a maggior ragione, affermare la presenza di un più ge-

nerale principio di modificabilità a maggioranza di tutti i profili oggettivi del contratto di società di persone (e prescindendo dalla diversa questione del grado di specificità che la pattuizione che prevede siffatta possibilità deve presentare: una questione che in vero non appare in questa sede opportuno approfondire, dal momento che su di essa non sembra che la riforma abbia inciso in alcun modo), in base al quale cioè ritenere valida la clausola che la preveda: la quale tuttavia, ove dal contratto non sia desumibile il contrario, dovrà intendersi riferita alla maggioranza per teste, e non per quote di interesse.

Per altro verso, l'espressa previsione del diritto di recesso a favore del socio "dissenziente" consente di ritenere l'efficacia di tale clausola subordinata, almeno in taluni casi, all'apprestamento di una adeguata tutela a favore di costui <sup>(42)</sup>: ed in particolare del riconoscimento, anche a colui che non abbia concorso alla modificazione del contratto (ovvero non vi abbia consentito), di un diritto di recesso analogo a quello disciplinato dal primo comma degli artt. 2500 *ter* e 2502 cod. civ.; senza tuttavia che da tali norme sia possibile trarre indicazioni utili in ordine alla individuazione dei casi ai quali ritenere circoscritta siffatta esigenza.

A questo fine appare allora necessario allargare la visuale all'intero sistema: una volta affermata la generale modificabilità a maggioranza dei profili oggettivi del contratto di società di persone, appare in vero difficile negare la necessità che il diritto di recesso venga riconosciuto al socio "dissenziente" quantomeno nelle ipotesi nelle quali è la stessa legge a riconoscere analogo diritto al socio di società di capitali ed a disporre l'inderogabilità; è il caso, oltre che della trasformazione (anche) in società di persone, della *modificazione dell'oggetto sociale* (al riguardo può inoltre notarsi come sia la stessa legge, all'art. 2497 *quater* cod. civ., e dunque nell'ambito di una disciplina *direttamente* applicabile anche alle società di persone, a riconoscere in taluni casi il diritto di recesso al socio della controllata nell'ipotesi di modificazione dell'oggetto sociale della società controllante: regola, questa, che non solo induce a ritenere, ma sembra addirittura presupporre che analogo diritto deve essere riconosciuto, almeno negli stessi casi, a fronte della modificazione dell'oggetto sociale della stessa società controllata), del *trasferimento della sede sociale all'estero* (che in fondo può anch'esso intendersi come una sorta di cambiamento del tipo), come pure della *revoca dello stato di liquidazione*: ad esse deve aggiungersi, inoltre, l'ipotesi, a quest'ultima affine, di *proroga della società*.

**4.3. (segue): recesso convenzionale e recesso per giusta causa.** – Appare a questo punto necessario precisare i presupposti di siffatto diritto di recesso,

e, più in generale, gli spazi da riconoscersi al riguardo alla operatività della autonomia contrattuale.

In presenza di una clausola che preveda la possibilità di decidere a maggioranza la trasformazione in società di persone, ovvero decisioni che richiedano comunque una tutela del socio "dissenziante" analoga, e comunque non inferiore, a quella espressamente accordata dal primo comma dell'art. 2500 *ter* cod. civ. o dalle altre norme sopra citate, si tratta cioè in primo luogo di stabilire se, al fine di rendere operante il principio maggioritario, e dunque efficace (arg. *ex art.* 2355 *bis*, secondo comma, cod. civ.) la clausola che lo preveda, sia necessario, come in vero pare preferibile, che il contratto riconosca espressamente a costui il diritto di recesso, allora convenzionale <sup>(43)</sup>; o se invece la trasformazione a maggioranza non rappresenti piuttosto di per sé una giusta causa di recesso, allora legale, e proprio per ciò operativa a prescindere da una espressa pattuizione al riguardo <sup>(44)</sup>.

A favore della prima soluzione possono in primo luogo riproporsi le tradizionali perplessità avanzate nei riguardi della seconda: in particolare la dottrina ha avuto modo di sottolineare non solo la difficoltà di qualificare come giusta causa di recesso l'adozione di una decisione secondo modalità previste dagli stessi soci <sup>(45)</sup>, ma la contraddittorietà di una impostazione "tendente ad invocare il rimedio del recesso per giusta causa rispetto ad atti", quelli adottati a maggioranza, "che ripeterebbero la loro efficacia proprio dal ... preventivo consenso del socio", e cioè appunto dalla introduzione, necessariamente all'unanimità, del principio maggioritario <sup>(46)</sup>.

Né del resto siffatte conclusioni possono essere revocate in dubbio a fronte dell'espresso riconoscimento del diritto di recesso, da parte della stessa legge, in tutti i casi in cui permette, pur nel silenzio del contratto sociale, la sua modificabilità a maggioranza; premesso che non pare possibile leggere in tale disposizione una conferma, ma semmai una smentita <sup>(47)</sup>, della circostanza che l'adozione a maggioranza della decisione di trasformazione rappresenti di per sé, e dunque anche nell'ipotesi di trasformazione in società di persone, una giusta causa di recesso, allora di fonte legale (anche perché, così facendo, si finirebbe per ridurre sensibilmente la portata dell'espresso riconoscimento del diritto di recesso, che varrebbe appunto soltanto a confermare la spettanza di una prerogativa in capo a chi già in base ai principi generali se ne sarebbe dovuto considerare titolare), deve sottolinearsi che ciò che si tratta di stabilire è piuttosto, e prima ancora, se il recesso per giusta causa rappresenti una forma di tutela analoga, e dunque fungibile, rispetto a quella rappresentata dal recesso convenzionale.

In realtà tali forme di recesso si distinguono tra loro non tanto e non solo per

la diversa fonte, legale quello per giusta causa, privata quello convenzionale <sup>(48)</sup>, ciò che permetterebbe di rinvenire in essi strumenti di tutela tra loro equivalenti, quanto per la tecnica di individuazione della relativa fattispecie, cioè del fatto che legittima all'esercizio del diritto di recesso: sotto questo profilo, come è stato di recente efficacemente sottolineato <sup>(49)</sup>, il recesso per giusta causa si caratterizza essenzialmente, come del resto ogni istituto di chiusura <sup>(50)</sup>, per la circostanza che il fatto legittimante non risulta né individuato, né individuabile preventivamente, ma rimesso ad una valutazione della situazione concreta, da compiere poi in base a parametri flessibili ma, proprio perciò, altrettanto indefiniti. In ciò, anzi, deve rinvenirsi l'autentico tratto distintivo del recesso per giusta causa rispetto alle ipotesi in cui il diritto di recesso risulta ricollegato al verificarsi di fatti previamente individuati: e ciò del tutto a prescindere dalla sua fonte, dal fatto cioè che si tratti di recesso previsto dal contratto, e dunque di recesso convenzionale, ovvero dalla stessa legge.

Siffatta differenziazione incide sensibilmente sulla intensità della tutela che l'una e l'altra forma di recesso appaiono in grado di accordare: l'effettività della tutela apprestata dal recesso per giusta causa risulta infatti condizionata agli esiti di tale valutazione, e la sua funzionalità come strumento di tutela incontra un limite invalicabile nella incertezza <sup>(51)</sup> che caratterizza ogni valutazione, e che in tal caso, appare aggravata dalla estrema genericità dei criteri a cui essa deve ispirarsi.

Al contrario, l'espressa previsione, da parte del contratto o della legge, di una causa di recesso, allora necessariamente specifica, non richiede alcuna valutazione in ordine al fatto che legittima al suo esercizio, ma solo l'accertamento del suo verificarsi: e dunque non comporta quei rischi, e quei costi, che connotano il recesso per giusta causa.

Se si considera che il primo comma dell'art. 2500 *ter* cod. civ. riconosce espressamente al socio "dissenziente" il diritto di recesso, non anche si limita a far salva la possibilità per costui di recedere per giusta causa (e lo stesso è a dirsi, nonostante la diversa e più ambigua formulazione letterale, del primo comma dell'art. 2502 cod. civ.), allora l'esigenza che al socio "dissenziente" rispetto alla trasformazione in società di persone venga accordata una tutela non inferiore a quella prevista dalla legge nell'ipotesi di trasformazione in società di capitali rende comunque necessaria l'espressa previsione in contratto del diritto di recesso, ed insufficiente il ricorso allo strumento del recesso per giusta causa. Insomma, se il recesso per giusta causa rappresenta uno strumento per "completare" l'originario regolamento contrattuale, al fine di adattarlo alla varietà di situazioni in concreto verificabili ed in astratto non prevedibili, la legge, al fine di "bilanciare" il principio maggioritario, ed in particolare per poter ritenere efficace la clausola che lo preveda, sembra invece

richiedere una tutela già "completa", come quella che solo il recesso convenzionale, vale a dire il suo espresso riconoscimento nel contratto, vale ad assicurare.

**4.4. (segue): recesso e autonomia privata.** – L'esigenza di analizzare il diritto di recesso in termini di strumento di tutela induce a superare l'alternativa, sotto questo profilo poco significativa, tra recesso legale e recesso convenzionale: ed a valorizzare, piuttosto, quella tra recesso generico, cioè per giusta causa, e recesso specifico, sia esso previsto dalla legge o dal contratto (ovvero dallo statuto). Il che è a dirsi anche sotto un diverso profilo, quello degli spazi da riconoscersi alla autonomia privata in ordine alla disciplina delle modalità di liquidazione della quota e, prima ancora, dei criteri per determinarla: se infatti l'operatività della clausola che permette la modificabilità a maggioranza del contratto di società di persone risulta, in determinati casi, subordinata al fatto che al socio dissenziente sia contrattualmente riconosciuta una tutela analoga a quella accordata dalla stessa legge agli artt. 2500 *ter* e 2502 cod. civ., allora risulta coerente ritenere che, a prescindere dalla diversa fonte, contrattuale o legale, del diritto di recesso, l'autonomia privata incontri, in tutti questi casi, gli stessi limiti.

Nonostante il silenzio della legge, sembra possibile ritenere applicabile alle ipotesi regolate dalle norme da ultimo citate (trasformazione in società di capitali, fusione e scissione), la regola dettata dall'ultimo comma dell'art. 2437 cod. civ. a proposito della società per azioni, ma espressiva di un principio generale, in base al quale negare la possibilità di rendere più gravoso l'esercizio del diritto di recesso in tutte le ipotesi in cui esso non può essere escluso: in base al quale cioè ritenere che l'inderogabilità del diritto di recesso (testualmente risultante dal primo comma dell'art. 2500 *ter* cod. civ., che fa riferimento alla spettanza "in ogni caso" al socio del diritto di recesso, ma da affermare anche in ordine all'art. 2502 cod. civ.), implica, come poi è ovvio, l'impossibilità di modificare la disciplina legale complessivamente considerata, comprensiva allora di quella relativa a liquidazione della quota <sup>(52)</sup>, in senso meno favorevole al soggetto che, attraverso il diritto di recesso, si vuole tutelare.

Tale principio, in vero, appare applicabile non solo a tutte le ipotesi in cui è la stessa legge a riconoscere un diritto inderogabile di recesso (come appunto accade tanto nei casi a cui l'art. 2437 cod. civ. direttamente si riferisce, quanto in quello preso in considerazione dal primo comma dell'art. 2500 *ter* cod. civ., come pure dall'art. 2502): ma risulta estensibile, beninteso con i dovuti adattamenti, anche alle ipotesi di recesso bensì convenzionale, ma necessario al fine di rendere efficace,



in relazione a determinate ipotesi di modificazione oggettiva del contratto, la regola maggioritaria (anch'essa) convenzionalmente prevista.

Deve in particolare notarsi come sia profondamente diversa l'operatività di tale principio a seconda che lo si applichi alle prime ipotesi o alle seconde: nel primo caso, l'applicazione di tale principio comporta, come appunto recita l'art. 2437 cod. civ., l'invalidità, e segnatamente la nullità, della clausola "peggiorativa" rispetto al regime legale; nel secondo esso implica che, nonostante il riconoscimento del diritto di recesso, la tutela accordata al socio "dissenziante" risulta, e proprio alla luce della clausola "peggiorativa", insufficiente a giustificare l'operatività della regola maggioritaria; implica cioè non tanto l'invalidità della clausola che deroga in senso penalizzante per il recedente alla disciplina legale del diritto di recesso, quella cioè dettata per le società di persone dall'art. 2289 cod. civ., ma, prima ancora, l'inefficacia della clausola con la quale si introduce la regola maggioritaria: con l'esito che, nonostante la diversa pattuizione, per poter apportare al contratto le modifiche in questione continuerà comunque ad essere necessaria l'unanimità dei consensi.

A ben vedere, dunque, non si tratta di verificare il grado di derogabilità dell'art. 2289 cod. civ., quanto piuttosto, ed anche in tal caso, di valutare l'adeguatezza della tutela prevista per il socio "dissenziante" a fronte di modificazioni del contratto che proprio e solo in forza di un patto espresso risultano adottabili a maggioranza: si tratta, insomma, di stabilire i limiti che l'autonomia privata incontra non già nel regolare convenzionalmente il diritto di recesso, quanto piuttosto nel sottoporre le modificazioni del contratto alla regola maggioritaria sottraendole a quella dell'unanimità.

**5. La disciplina della trasformazione di società di capitali in società di persone.** – Minori spunti possono trarsi, ai nostri fini, dalla disciplina, introdotta dal legislatore della riforma, della trasformazione di società di capitali in società di persone: l'unica norma che merita di essere segnalata è quella di cui all'ultimo comma dell'art. 2500 *sexies* cod. civ., ove si prevede che "i soci che con la trasformazione assumono responsabilità illimitata rispondono illimitatamente anche per le obbligazioni sociali sorte anteriormente alla trasformazione".

Siffatta eventualità, che come è chiaro ricorre soltanto in caso di trasformazione di società di persone con soci a responsabilità limitata (società in accomandita semplice o società semplice) in altra società di persone (o in società in accomandita per azioni), richiede in primo luogo il consenso alla trasformazione "dei soci che con

la trasformazione assumono responsabilità illimitata” ai sensi del primo comma dell’art. 2500 *sexies* cod. civ., che rappresenta in vero l’espressione di un principio generale: una necessità, questa, che come detto ricorre anche nel caso di trasformazione di società di persone, e che tuttavia, in questa specifica ipotesi, se da un lato assume un’autonoma rilevanza esclusivamente ove risulti operativa la regola maggioritaria, dall’altro sembra potersi ritenere soddisfatta, allora preventivamente, già all’atto dell’introduzione di tale regola, ma solo qualora risulti espressamente prevista la trasformabilità a maggioranza in altra società di persone (e segnatamente in società in nome collettivo).

Quanto invece all’ambito di siffatta responsabilità, il legislatore ha mostrato con ciò di accogliere una soluzione che, nel sistema originario, riscuoteva quasi unanimi consensi: si discuteva, tuttavia, in ordine al suo fondamento, se cioè a tale conclusione potesse giungersi all’esito di una applicazione analogica <sup>(53)</sup> dell’art. 2269 cod. civ., ovvero, a partire dalla natura eccezionale di quest’ultima norma, se essa non dovesse giustificarsi alla luce di una più generale esigenza di tutela dei creditori sociali a fronte del venir meno delle regole poste a salvaguardia del capitale sociale nelle società di capitali <sup>(54)</sup>, allora con riguardo pressoché esclusivo all’ipotesi (al tempo non espressamente regolata) di trasformazione regressiva.

Il punto appare rilevante, dal momento che mentre nella prima impostazione appare indubbia l’applicabilità di analogo principio alla trasformazione di società di persone (con soci a responsabilità limitata) in altra società di persone, nella seconda siffatta affermazione potrebbe essere revocata in dubbio, dal momento che, in effetti, nessuna alterazione della disciplina del capitale in tal caso si verificherebbe.

Al proposito, sembra necessario precisare se ed in che senso quella dettata dall’art. 2269 cod. civ. possa dirsi una norma eccezionale: e per far ciò si tratta di prendere le mosse da più generali convinzioni, che in questa sede ci si deve limitare ad esporre, senza tuttavia poterle giustificare.

Se, infatti, come si è propensi a fare, si ricollega la responsabilità illimitata del socio di società di persone alla circostanza che, in taluni casi, la partecipazione alla società implica la partecipazione al nome, la ragione sociale, sotto il quale l’attività viene svolta e le obbligazioni sono state assunte, appare evidente che subentrare in una società di persone in veste di socio illimitatamente responsabile non solo comporta, ma addirittura consiste nel partecipare ad un nome, allora collettivo (al quale cioè partecipano tutti i soci illimitatamente responsabili); ed in particolare ad un nome che risulta già da altri in precedenza utilizzato, spendendo il quale cioè sono già state assunte obbligazioni, delle quali allora il nuovo socio non può non rispon-

dere (al punto che la necessità dell'espressa previsione di tale regola in ordine alla società semplice sembra potersi giustificare proprio alla luce del carattere non collettivo del relativo nome, come risulta dalla disciplina di cui all'art. 2267 cod. civ.: il quale riconduce la responsabilità illimitata non già alla mera partecipazione alla società e dunque al suo nome, ma all'aver agito in nome e per conto della società, analogamente a quanto previsto dall'art. 38 cod. civ. in tema di associazioni non riconosciute).

Sulla base di queste premesse, quella dettata dall'art. 2269 cod. civ. si presta allora ad essere intesa come regola bensì generale, ma del solo nome collettivo, quale è *soltanto* la ragione sociale (della quale, significativamente, la disciplina della società semplice non parla), non anche la denominazione sociale (che invece, in questa prospettiva, risulta un nome pur sempre individuale, ancorché di un ente collettivo): regola pertanto che trova applicazione, oltre che alla società semplice, alle altre società di persone, le uniche dotate di nome collettivo, ma soltanto ad esse, ad eccezione, allora, delle società di capitali, come pure delle associazioni, siano esse riconosciute o meno.

Il che, tuttavia, non consente, a rigore, di applicare analogicamente tale norma al caso di trasformazione: in tal caso, in fatti, non si *subentra* in un nome già utilizzato, ma lo si *modifica*. Proprio per tale ragione è stato opportuno disciplinare espressamente l'ipotesi, ciò che è avvenuto, tuttavia, esclusivamente per l'ipotesi di trasformazione di società di capitali in società di persone: ed è appunto da tale disciplina che deve ricavarsi la disciplina applicabile ai casi, non espressamente regolati, di trasformazione di società di persone in altra società di persone, come pure di società di capitali in altra società di capitali, e segnatamente in società in accomandita per azioni.

In questa prospettiva, la disciplina dettata dall'ultimo comma dell'art. 2500 *sexies* cod. civ., pur non rappresentandone una applicazione analogica, risulta tuttavia coerente a quella di cui all'art. 2269 cod. civ., ed in particolare (a parte quanto si diceva in ordine alla società semplice), al carattere collettivo del "nome" che la società è destinata ad assumere all'esito della trasformazione, al fatto cioè che il tipo che si intende adottare appartenga alla "classe" delle società di persone, le uniche come detto dotate di un nome collettivo, quale è appunto soltanto la ragione sociale: mentre sembra prescindere del tutto dal tipo originario, e segnatamente dai connotati del relativo "nome".

Appare allora possibile applicare la medesima regola ad ogni ipotesi in cui trova applicazione la disciplina dettata dall'art. 2269 cod. civ., e dunque a *tutte* le tra-

sformazione in società di persone, anche a quelle non regolate dalla legge, come è a dirsi di quella di società di persone in altra società di persone (ma anche di trasformazione eterogenea in società di persone), ma *esclusivamente* ad esse; risulta invece preclusa la possibilità di estenderla anche alle trasformazioni in società in accomandita per azioni, ovvero in altri enti, seppure non riconosciuti, caratterizzati dalla responsabilità illimitata dei loro membri, in quanto tutti sprovvisti di un nome collettivo.

In ordine invece all'ipotesi opposta, quella cioè di "perdita" e non di "assunzione" di responsabilità illimitata all'esito della trasformazione, che ricorre nell'ipotesi di trasformazione in società di persone con soci a responsabilità limitata, resta ferma la regola dettata dal primo comma dell'art. 2500 *quinquies* cod. civ., anch'essa espressiva di un principio generale, che subordina la liberazione dei soci dalle obbligazioni sociali sorte anteriormente al momento in cui la trasformazione diviene efficace, e dunque con l'attuazione della relativa pubblicità <sup>(55)</sup>, al consenso dei creditori alla trasformazione. Non sembra invece potersi estendere all'ipotesi di trasformazione in società di persone l'applicazione del meccanismo previsto dal secondo comma del medesimo articolo: tale norma, se non anche ispirata al favore che la legge intende accordare alle trasformazioni c.d. progressive, risulta infatti comunque dotata, come la dottrina seppure ad altri fini ha già avuto modo di sottolineare <sup>(56)</sup>, di una portata eccezionale che ne impedisce qualsiasi applicazione in via analogica.

*Giuseppe Ferri jr*

- 
- (1) In questo senso, con particolare riguardo alla trasformazione eterogenea, B. LIBONATI, *Diritto commerciale. Impresa e società*, Milano, 2005, p. 144.
- (2) G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano* fondato da Filippo Vassalli, vol. X, Tomo III, III Ed. Torino 1987, p. 952 nota 3.
- (3) G. ROMANO-PAVONI, *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Milano, 1951, pp. 235 ss.
- (4) O. CAGNASSO, *La trasformazione delle società*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990, sub art. 2498, p. 75, ID., *La società semplice*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, *I singoli contratti*, 6, Torino, 1998, p. 87.
- (5) E. SIMONETTO, *Delle società. Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, II Ed., Bologna-Roma 1976, sub art. 2498, p. 104.
- (6) N. GASPERONI, *La trasformazione delle società*, Milano, 1952, pp. 200 ss., ID., voce *Trasforma-*

zione e fusione di società, in *Enc. del dir.*, Vol. XLIV, Milano, 1992, da p. 1017, p. 1036, A. SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Vol. 17, Tomo III, Torino 1985, da p. 299, p. 312, S. PATRIARCA, *Trasformazione regressiva e principio di maggioranza*, Padova, 1988, p. 242, G. CABRAS, *Le trasformazioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Vol. 7, Tomo III, Torino, 1998, da p. 1, p. 98; nello stesso senso, sostanzialmente, R. BOLAFFI, *La società semplice. Contributo alla teoria delle società di persone*, Milano, 1947, rist. inalt. 1975 (dalla quale si cita), pp. 561 s., il quale ritiene possibile un "ravvicinamento... soltanto parziale".

- (7) M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, p. 943.
- (8) R. BOLAFFI, *La società* cit., p. 561.
- (9) G. FERRI, *Le società* cit., p. 297; ID., *Delle società. Disposizioni generali – Soc. semplici – Soc. in nome collettivo – Soc. in accomandita semplice*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di A. Scialoja e G. Branca, III Ed., Bologna-Roma 1981, sub art. 2288, p. 341.
- (10) In questo senso, vedi invece G. TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, Vol. VIII, Padova, 1985, da p. 186, p. 207.
- (11) G. GASPERONI, *La trasformazione* cit., p. 220, ID., voce *Trasformazione* cit., pp. 1035 s., A. PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese. Contributo alla teoria della pubblicità*, Milano, 1954, p. 436, M. GHIDINI, *Società* cit., p. 936, G. TANTINI, *Trasformazione* cit., p. 207, nota 70 e S. PATRIARCA, *Trasformazione* cit., p. 244.
- (12) E vedi, infatti, E. SIMONETTO, *op. loc. cit.*
- (13) A. SERRA, *La trasformazione* cit., p. 310, nota 33.
- (14) A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, II, *Società per azioni*, Milano, 1948, p. 611.
- (15) M. GHIDINI, *Società* cit., p. 945, nota 62, A. SERRA, *La trasformazione* cit., p. 310, S. PATRIARCA, *Trasformazione* cit., pp. 247 s., O. CAGNASSO, *opp. locc. citt.*, G. CABRAS, *Le trasformazioni* cit., p. 95.
- (16) N. GASPERONI, *La trasformazione* cit., pp. 119 s., ID., voce *Trasformazione* cit., p. 1035, G. TANTINI, *Trasformazione* cit., pp. 221 s.
- (17) E. SIMONETTO, *op. loc. cit.*, p. 101.
- (18) M. GHIDINI, *Società* cit., p. 941.
- (19) A. GRAZIANI, *Diritto delle società*, V ed. riveduta e ampliata, Napoli, 1962, p. 511, N. GASPERONI, *La trasformazione* cit., p. 221.
- (20) N. GASPERONI, *La trasformazione* cit., 221, ID., voce *Trasformazione* cit., p. 1036, G. TANTINI, *Trasformazione* cit., pp. 207 s. e S. PATRIARCA, *Trasformazione* cit., nota 28 di p. 249. O. CAGNASSO, *La trasformazione* cit., sub art. 2498, p. 76, ID., *La società* cit., p. 88.
- (21) Come pure, ma sulla base ovvero a conferma della configurabilità di una società di capitali irregolare, anche di capitali: E. SIMONETTO, *Delle società. Trasformazione* cit., sub art. 2498, pp. 157 ss., G. TANTINI, *Trasformazione* cit., pp. 225 s., il quale traeva spunti in tal senso dalla efficacia dichiarativa della pubblicità delle modificazioni dell'atto costitutivo: argomento, questo, che, a fronte dell'attuale quinto comma dell'art. 2436 cod. civ., non può più essere avanzato. In questa stessa prospettiva vedi inoltre S. PATRIARCA, *Trasformazione* cit., pp. 246 s., testo e nota 23, il quale, a partire da tale efficacia, pur escludendo in via di principio l'ammissibilità della trasformazione in società irregolare (*ivi*, pp. 245 s.), ricollegava l'irregolarità della società (di capitali) trasformata alla mancata iscrizione della deliberazione di trasformazione.
- (22) M. GHIDINI, *Società* cit., p. 931, nota 29, O. CAGNASSO, *La trasformazione* cit., sub art. 2498, p. 154.

- (23) A. GRAZIANI, *Diritto cit.*, p. 517.
- (24) Lo precisa R. BOLAFFI, *La società cit.*, pp. 558 ss.
- (25) E vedi, rispettivamente, R. BOLAFFI, *La società*, p. 558.
- (26) M. GHIDINI, *Società cit.*, p. 942. In senso contrario A. PAVONE LA ROSA, *Il registro cit.*, p. 438.
- (27) A. GRAZIANI, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*
- (28) In senso diverso, sulla base della "efficacia estintiva della personalità giuridica" da riconoscersi alla registrazione della delibera" N. GASPERONI, *La trasformazione cit.*, p. 265, come pure A. BRUNETTI, *Trattato cit.*, p. 617; al medesimo esito giunge, ma a partire dalla osservazione che in tal caso si tratta pur sempre della trasformazione di una di una società regolarmente registrata, A. PAVONE LA ROSA, *Il registro cit.*, p. 442.
- (29) In questo senso, ma con riguardo all'ipotesi di fusione come regolata nel sistema originario, G. FERRI, *Le società cit.*, p. 117, nota 14; ID., *Delle società cit.*, *sub art.* 2297, p. 399.
- (30) A. SERRA, *La trasformazione cit.*, pp. 311 ss.
- (31) G. FERRI, *Le società cit.*, p. 156, ID., *Delle società cit.*, *sub art.* 2297, p. 403, A. PAVONE LA ROSA, *Il registro cit.*, pp. 146 s. e M. GHIDINI, *Società cit.*, p. 781.
- (32) A. PAVONE LA ROSA, *Il registro cit.*, pp. 148 s.
- (33) F. GUERRERA, in N. ABRIANI e altri, *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2004, p. 316.
- (34) Ed invero a tale conclusione parte della dottrina giungeva, nonostante il silenzio della legge, anche nel sistema originario: e vedi, in particolare, G. TANTINI, *Trasformazione cit.*, pp. 212 s. Di un vero e proprio diritto individuale alla responsabilità limitata, come tale indisponibile dalla maggioranza, discorreva S. PATRIARCA, *Trasformazione cit.*, *passim*, ma spec. pp. 67 ss. e 141 ss., il quale tuttavia era propenso a ritenere che la deliberazione di società di capitali in società di persone richiedesse il consenso di tutti i soci, anche cioè di quelli destinati a non assumere, a seguito della trasformazione, responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali (*ivi*, pp. 250 ss., ma già per un cenno pp. 52 s.).
- (35) G. FERRI, *Le società cit.*, pp. 152 ss., O. CAGNASSO, *La trasformazione cit.*, *sub art.* 2498, p. 112.
- (36) E. SIMONETTO, *Delle società. Trasformazione cit.*, *sub art.* 2498, pp. 145 ss. e A. SERRA, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, Milano, 1980, pp. 212 ss.
- (37) E. SIMONETTO, *Delle società. Trasformazione cit.*, *sub art.* 2498, pp. 107 e 147, A. SERRA, *Unanimità cit.*, pp. 172 s.
- (38) A. SERRA, *Unanimità cit.*, p. 213, nota 139.
- (39) G. FERRI, *Le società cit.*, 151 s., testo e nota 3, M. GHIDINI, *Società cit.*, p. 326, nota 15, e L. PISANI, *Società di persone "a struttura corporativa"*, Torino, 2000, pp. 117 s.
- (40) L. PISANI, *Società di persone cit.*, pp. 111 ss.
- (41) A. SERRA, *Unanimità cit.*, pp. 214 s.
- (42) Da tale esigenza non sembra in vero attualmente potersi prescindere: a differenza di quanto sembrava sostenere, con riguardo al sistema originario, G. TANTINI, *Trasformazione cit.*, pp. 233 s., il quale era propenso ad ammettere in ogni caso (beninteso in presenza di una pattuizione intesa a derogare all'art. 2252 cod. civ.) la trasformabilità a maggioranza di società di persone.
- (43) G. FERRI, *Le società cit.*, pp. 153 s., ID., *Delle società cit.*, *sub art.* 2252, pp. 120 s.
- (44) A. GRAZIANI, *Diritto cit.*, p. 517, A. BRUNETTI, *Trattato cit.*, p. 620, R. BOLAFFI, *La società cit.*, p. 557, L. PISANI, *Società di persone cit.*, pp. 161 ss.
- (45) G. FERRI, *opp. locc., ultt. citt.*
- (46) A. SERRA, *Unanimità cit.*, pp. 179 s. In senso diverso, sulla base della necessaria "attualità" del diritto di recesso, vedi E. SIMONETTO, *Della società. Trasformazione cit.*, *sub art.* 2498, p. 147,

nota 2.

- (47) A. TOFFOLETTO, *L'autonomia privata e i suoi limiti nel recesso convenzionale del socio di società di capitali*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2004, I, da p. 347, p. 358, nota 21.
- (48) L. PISANI, *Società di persone cit.*, p. 163, nota 168.
- (49) S. CAPPIELLO, *Recesso ad nutum e recesso "per giusta causa" nelle s.p.a e nella s.r.l.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2004, I, da p. 497, pp. 517 ss.
- (50) S. CAPPIELLO, *Recesso cit.*, p. 519.
- (51) S. CAPPIELLO, *Recesso cit.*, p. 518.
- (52) M. STELLA RICHTER, *Diritto di recesso e autonomia statutaria*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2004, I, da p. 389, pp. 400 s.
- (53) N. GASPERONI, *La trasformazione cit.*, pp. 280 ss., testo e nota 75, ID., voce *Trasformazione cit.*, p. 1045, R. BOLAFFI, *La società*, p. 554, testo e nota 3, A. PAVONE LA ROSA, *Il registro cit.*, pp. 442 s., A. GRAZIANI, *Diritto cit.*, pp. 518 s., M. GHIDINI, *Società cit.*, pp. 961 s., G. CABRAS, *Le trasformazioni cit.*, p. 214 s. e O. CAGNASSO, *La trasformazione cit, sub art. 2499*, pp. 179 s., ID., *La società cit.*, p. 122, nonché, implicitamente, E. SIMONETTO, *Delle società. Trasformazione cit., sub art. 2499*, p. 159, nota 1.
- (54) A. SERRA, *La trasformazione cit.*, pp. 330 s. In una prospettiva analoga si pone S. PATRIARCA, *Trasformazione cit.*, pp. 33 s., il quale, pur escludendo la possibilità di applicare in via analogica l'art. 2269 al caso in esame (*ivi*, pp. 30 s.), giunge comunque ad affermare che la responsabilità illimitata assunta a seguito della trasformazione si estende alle obbligazioni anteriori, a partire da una interpretazione estensiva dell'originario art. 2499 cod. civ., corrispondente all'attuale art. 2500 *quinquies* cod. civ., tale cioè da intendere il riferimento ai soci a responsabilità illimitata come comprensivo anche di coloro che sono divenuti tali (solo) all'esito della trasformazione.
- (55) Superandosi con ciò il problema relativo alla responsabilità in ordine alle obbligazioni sorte nel periodo intercorrente tra la adozione della decisione di trasformazione (di capitali) e la sua iscrizione: sul punto vedi E. SIMONETTO, *Delle società. Trasformazione cit., sub art. 2499*, pp. 163 ss. e G. TANTINI, *Trasformazione cit.*, pp. 264 ss.
- (56) E. SIMONETTO, *Delle società. Trasformazione cit., sub art. 2499*, pp. 160 ss., A. SERRA, *La trasformazione cit.*, p. 332, N. GASPERONI, voce *Trasformazione cit.*, p. 1046, O. CAGNASSO, *La trasformazione cit., sub art. 2499*, pp. 178 s.

(Riproduzione riservata)