

■ Studi di Impresa

Studio n. 69-2009/I

La disciplina della scissione "asimmetrica": l'ambito di applicazione e l'interferenza del consenso individuale sul procedimento deliberativo

Approvato dalla Commissione studi d'Impresa il 19 marzo 2009

Sommario: 1. Premessa. Poliformismo della scissione e definizioni convenzionali; 2. Dalla scissione non proporzionale alla "scissione asimmetrica": identificazione del problema; 3. Ipotesi interpretativa: l'applicazione estensiva della disciplina dell'art.2506 secondo comma a tutti i casi di scissione soggettiva della compagine sociale. Dal consenso individuale sulle modalità distributive soggettive al consenso individuale all'operazione di scissione?; 4. L'elemento di specialità della fattispecie prevista nel secondo comma dell'art.2506 ed il conflitto fra maggioranza e minoranza; 5. L'oggetto e natura del consenso individuale dei soci. Prospettiva funzionale dell'indagine; 6. Segue: funzione del consenso individuale e incidenza sul procedimento di scissione; 7. Attribuzione del diritto di opzione per la partecipazione proporzionale come soluzione alternativa al consenso individuale alla scissione asimmetrica

1.Premessa. Poliformismo della scissione e definizioni convenzionali

La nota possibilità di dar luogo alla scissione di società mediante plurime modalità attuative ⁽¹⁾ ha generato nell'interprete l'esigenza di coniare una serie di definizioni capaci di identificare, in maniera brevilocuente, la specifica forma assunta dall'operazione di riorganizzazione.

Si tratta, ovviamente, di definizioni che, seppur entrate sovente a far parte del linguaggio corrente dell'operatore ⁽²⁾, non sono codificate, e come tali restano suscettibili di apprezzamento soggettivo: di qui l'opportunità espositiva di stipulare in epigrafe una convenzione terminologica, affinché l'incertezza sul contenuto del lessico definitorio non sia motivo di equivoci concettuali.

Così, volendo dar conto delle modalità e degli effetti della divisione del patrimonio sociale, si parlerà, come di solito accade, di "scissione totale" allorché all'esito dell'operazione la società scissa si estingue ⁽³⁾ in quanto l'intero suo patrimonio è stato oggetto di assegnazione a più beneficiarie; e di "scissione parziale"

qualora solo parte del patrimonio della scissa sia assegnato (in questo caso anche ad una sola beneficiaria) e pertanto la scissa permanga in essere con il patrimonio residuo.

Volendo invece descrivere in sintesi l'altro tratto caratterizzante l'istituto, ovvero l'assegnazione di partecipazioni ai soci della scissa, la scissione è (e sarà nelle presenti note) predicata come proporzionale qualora tali soci mantengano invariata la caratura reciproca delle partecipazioni in tutte le beneficiarie. Dalla norma del quarto comma dell'art.2504 *octies* previgente e dell'attuale quarto comma dell'art.2506 *bis* si evinceva e si evince la possibilità che l'operazione sia progettata e attuata secondo criteri di distribuzione delle partecipazioni all'esito non proporzionali rispetto alle posizioni di partenza nella scissa, da cui la comune definizione di "scissione non proporzionale".

A ben vedere, in quest'ultima accezione il fatto organizzativo è descritto solo in negativo, e pertanto si presta a contenere in sé ogni ipotesi diversa dalla scissione attuata secondo il criterio di rigida proporzionalità sopra descritto.

La prassi, anche interpretativa, qualifica puntualmente come "scissione asimmetrica", in conformità alla fortunata scelta definitoria di autorevole dottrina ⁽⁴⁾, l'ipotesi, espressamente descritta nell'art.2506 secondo comma, in cui ad alcuni soci non vengano distribuite azioni o quote di una delle società beneficiarie della scissione, ma azioni o quote della società scissa".

Con riferimento a quest'ultima definizione, di più recente conio, risulta maggiormente opportuna la stipula della convenzione terminologica con il lettore. Nell'incertezza circa gli esatti contorni della fattispecie disciplinata nell'art.2506 secondo comma, si rileva che gli interpreti si avvalgono della qualifica di "scissione asimmetrica" per descrivere fenomeni organizzativi non esattamente corrispondenti, almeno dal punto di vista delle tecniche attuative ⁽⁵⁾.

Il comune denominatore di ogni fattispecie predicata della caratteristica della asimmetria sembra tuttavia rappresentato da un effetto: il mutamento della percentuale di partecipazione di uno o più soci al capitale della scissa per effetto della scissione, in concambio della mancata o non proporzionale assegnazione di partecipazioni in una o più beneficiarie.

Pertanto, si dichiara che nelle presenti note si intende e definisce "asimmetrica" la scissione che si realizza mediante un mutamento della quota percentuale di partecipazione di uno o più soci al capitale sociale della scissa.

E' evidente, infine, che le definizioni che identificano il risultato divisionale del patrimonio e quelle che sintetizzano l'esito distributivo delle partecipazioni fra i soci, appuntandosi su fenomeni diversi, si prestano ad essere cumulate nella descrizione complessiva dell'operazione.

Pertanto, in termini generali una scissione può essere totale o parziale e al

contempo proporzionale e non proporzionale.

Nell'accezione scelta, invece, la scissione asimmetrica non può che essere parziale.

2. Dalla scissione non proporzionale alla "scissione asimmetrica": identificazione del problema

Prima della Riforma del 2003 era risultato interpretativo ed applicativo acquisito che la scissione non proporzionale, all'epoca disciplinata nell'art.2504 *octies*, quarto comma, c.c., consentisse non solo la divisione del patrimonio (cd. scissione oggettiva), ma anche la divisione della compagine sociale (cd. scissione soggettiva).

Si sosteneva autorevolmente che, data una società (Alfa) con tre soci (Tizio, Caio Sempronio), fosse possibile, tramite la scissione non proporzionale, "conformare diversamente e a piacere le compagini sociali delle due società, Beta e Gamma, risultanti dalla scissione. Così, per esempio, potrà essere stabilito che in Beta siano presenti Tizio e Caio e in Gamma solo Sempronio... ; ovvero anche in Beta solo Tizio e in Gamma Caio e Sempronio; e così via." ⁽⁶⁾

Anche la giurisprudenza risultava allineata. In un noto arresto ⁽⁷⁾, che costituì il precedente, in fatto ed in diritto, della questione oggi nota come "scissione asimmetrica", si confermava che "solo nel caso in cui almeno due siano le beneficiarie della scissione la disposizione che consente l'attribuzione non proporzionale permette che le quote delle beneficiarie vengano ripartite tra i soci della scindenda in modo da prevedere che a taluno dei soci vadano le quote dell'una ma non quelle dell'altra..."

Alla scissione in senso soggettivo della compagine sociale poteva pervenirsi in forza di una deliberazione assembleare assunta a maggioranza, purchè il progetto prevedesse la facoltà di ogni socio di optare "per la partecipazione a tutte le società interessate all'operazione in proporzione della sua quota di partecipazione originaria" (art. 2504 *octies*, quarto comma, c.c. previgente).

Il dibattito circa l'ammissibilità del risultato era circoscritto all'ipotesi in cui la scissione non proporzionale si attuasse mediante assegnazione a taluno dei soci, in luogo di partecipazioni di società beneficiarie (e pertanto a titolo di compensazione) "di quote ulteriori rispetto a quelle originariamente possedute nella scindenda società" ⁽⁸⁾.

La questione, come noto, è stata risolta con l'introduzione, nell'art. 2506, comma secondo, della norma secondo la quale "è consentito inoltre che, per consenso unanime, ad alcuni soci non vengano distribuite azioni o quote di una delle società beneficiarie della scissione, ma azioni o quote della società scissa" ⁽⁹⁾.

La disposizione è apparsa quantomeno delocalizzata ed incongrua.

Si è infatti rilevato ⁽¹⁰⁾:

- a) che nell'operazione in oggetto è da ravvisare "una particolare forma di (attuazione della) scissione parziale non proporzionale, dunque un particolare modo di atteggiarsi di questa forma di scissione..";
- b) che "di conseguenza, la regola in esame avrebbe forse dovuto trovar posto nel quarto comma dell'art.2506 *bis*, là dove è in generale disciplinata l'ipotesi della scissione con distribuzione non proporzionale delle partecipazioni nelle società beneficiarie";
- c) che la disciplina della scissione "asimmetrica" "sembra differenziarsi da quella che lo stesso decreto di riforma detta con riferimento in generale alla scissione non proporzionale, in quanto subordina il particolare assetto delle partecipazioni, ..., al consenso unanime dei soci della società scissa";
- d) che "la segnalata diversità di regime non sembra agevolmente spiegabile: in particolare, non parrebbe giustificata da una maggiore "pericolosità" della scissione asimmetrica per i soci la regola onde è richiesto il loro consenso unanime".

Il testo normativo sembra inequivoco nel porre a base della legittimità dell'operazione il consenso unanime dei soci.

L'apparente nitore letterale della norma non cela ma, al contrario, evidenzia la sua rilevata incoerenza sistematica e funzionale rispetto alla disciplina generale della scissione non proporzionale.

Sembra pertanto necessario un supplemento di indagine, volto a cogliere i contorni della fattispecie e, se possibile, la *ratio* della disciplina delineate dal legislatore, onde accertare (i) la sua *vis* espansiva ad altre ipotesi di scissione non proporzionale caratterizzate dalla mancata assegnazione ad uno o più soci di partecipazioni anche in una sola delle società partecipanti all'operazione, nonché (ii) la natura ed il piano, strutturale o attuativo, su cui opera il consenso, *alias* il diritto di veto, di ogni socio.

Può infatti sorgere il dubbio che la disciplina contenuta nel secondo comma dell'art.2506 c.c. debba essere estesa anche all'ipotesi di scissione totale mediante costituzione di due società beneficiarie, in una delle quali trovino posto solo alcuni soci e nell'altra la restante parte della compagine sociale (ipotesi che potremmo identificare con lo slogan "scissione asimmetrica totale" e che un tempo si sarebbe definita "scissione soggettiva": per riprendere l'esempio, già sopra proposto, la società Alfa partecipata dai soci Tizio, Caio e Sempronio si scinde mediante creazione di due beneficiarie, Beta e Gamma, nell'una della quale sono soci solo Tizio e Caio, e nell'altra solo Sempronio).

Si può osservare inoltre che, pur in assenza di un maggior grado di criticità rispetto ad ogni (altra) ipotesi di scissione non proporzionale, la richiesta unanimità

di consensi sembra precludere di fatto l'accesso all'operazione di riorganizzazione alle società caratterizzate da un'ampia compagine (si pensi, per esempio, alle grandi cooperative), pur nella ricorrenza di interessi meritevoli, se non di tutela, quantomeno di considerazione.

3. Ipotesi interpretativa: l'applicazione estensiva della disciplina dell'art.2506 secondo comma a tutti i casi di scissione soggettiva della compagine sociale. Dal consenso individuale sulle modalità distributive soggettive al consenso individuale all'operazione di scissione?

La possibilità che, per coerenza sistematica e identità di interessi, la nuova disciplina dell'art.2506 secondo comma attragga ogni ipotesi di scissione non proporzionale da attuare senza assegnazione di una partecipazione anche minima a tutti i soci in tutte le società partecipanti (anche quindi nelle sole beneficiarie, immutata la partecipazione preesistente di ogni socio nella scissa) sembra porsi in marcata controtendenza rispetto al consolidato orientamento, dottrinale e giurisprudenziale, formatosi prima della Riforma, come in epigrafe rammentato.

Pare necessario, per chiarezza espositiva, riepilogare brevemente i risultati interpretativi all'epoca acquisiti.

Come ricordato, si ammetteva che tramite l'adozione di un criterio non proporzionale di distribuzione di quote o azioni delle società beneficiarie fosse possibile conseguire l'obiettivo di dividere la compagine sociale, alla sola condizione che il progetto di scissione prevedesse espressamente il diritto di ogni socio di optare per la partecipazione a tutte le società interessate all'operazione in proporzione della sua quota di partecipazione originaria (art.2504 *octies*, quarto comma, c.c. previgente).

In tal modo i soci di minoranza potevano evitare la "deportazione coatta" ⁽¹¹⁾ in una anziché nell'altra beneficiaria ad arbitrio della maggioranza; ma - giova sottolineare fin da ora - l'effetto dell'esercizio del diritto di opzione per la proporzionalità non si traduceva nell'improcedibilità dell'operazione di riorganizzazione patrimoniale della società, ma semplicemente in una diversa modalità di attuazione della stessa sotto il profilo soggettivo.

Ulteriormente, si sosteneva che il divieto per la maggioranza di imporre alla minoranza una distribuzione non proporzionale non implicava il diritto della minoranza di imporre alla maggioranza una distribuzione proporzionale. In altri termini, il singolo socio aveva il diritto di ottenere una partecipazione sociale proporzionale in tutte le società beneficiarie, ma non anche il diritto di pretendere la simmetrica riproposizione della compagine sociale in ognuna di esse a scapito della volontà altrui ⁽¹²⁾.

Rispetto al regime vigente prima della Riforma l'applicazione estensiva

all'operazione di scissione non proporzionale in oggetto della disciplina dell'art.2506 secondo comma c.c., nella lettura comunemente offerta, da un lato anticipa inevitabilmente la composizione degli interessi confliggenti al momento della approvazione del progetto di scissione, dall'altra amplifica il diritto di veto del singolo, consentendogli di bloccare, senza alternative, l'attuazione dell'operazione stessa.

Si ritiene infatti che la scissione "asimmetrica" debba essere approvata da tutti i soci ⁽¹³⁾.

Per effetto dell'applicazione estensiva della disciplina dell'art.2506 secondo comma c.c.. ciò che ieri era consentito (attuare comunque la scissione, pur garantendo al singolo la partecipazione proporzionale), oggi potrebbe essere inammissibile. All'esito dell'esercizio del diritto di veto, o comunque in mancanza dell'espressione manifestazione del consenso, infatti, l'operazione di scissione non proporzionale in esame resterebbe solo un progetto.

Il risultato applicativo dell'opzione ermeneutica risulta quantomeno singolare alla luce dell'evoluzione normativa della disciplina della scissione non proporzionale.

Adottando la soluzione già consentita dalla VI Direttiva, infatti, il quarto comma dell'art.2506 *bis* c.c. sostituisce il diritto di ogni socio alla partecipazione proporzionale in tutte le società partecipanti alla scissione con il solo diritto di coloro che non approvino il progetto di scissione non proporzionale "di far acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso".

Per opinione comune la scelta normativa è volta a favorire le scelte strategiche organizzative della maggioranza ⁽¹⁴⁾, superando il diritto di veto individuale con la facoltà di disinvestimento ⁽¹⁵⁾.

E' di tutta evidenza, di contro, che la supposta applicabilità della disciplina del secondo comma dell'art.2506 c.c. all'operazione in esame si muove in una direzione opposta a quella tracciata dal legislatore, senza che sia chiara la ragione del presunto irrigidimento normativo ⁽¹⁶⁾.

4. L'elemento di specialità della fattispecie prevista nel secondo comma dell'art.2506 ed il conflitto fra maggioranza e minoranza

La stessa disposizione dell'art.2506 secondo comma c.c. identifica, a chiare lettere, il presupposto di applicazione della relativa disciplina con la scelta di distribuire ad alcuni soci azioni o quote della scissa anziché azioni o quote di una delle società beneficiarie.

L'elemento di specialità (o forse di anomalia) che impone l'adozione di una regola di soluzione del conflitto fra maggioranza e minoranza diversa da quella proposta nell'art.2506 *bis* quarto comma sembra quindi individuato nella deroga alla cor-

relazione fra assegnazione del patrimonio sociale ad una o più società, di nuova costituzione o preesistenti, e assegnazione delle "relative" azioni o quote ai soci della scissa, che connota la scissione ai sensi del primo comma dell'art.2506.

La norma dell'art.2506 secondo comma dichiara espressamente di ancorare la peculiare disciplina a tale presupposto, e non al solo fatto, in sé considerato, che alcuni soci non ricevano partecipazioni in una delle società beneficiarie: risultato, quest'ultimo, che è totalmente privo di carica innovativa, come in precedenza rimarcato.

La ragione di tale opzione non è evidente ⁽¹⁷⁾, poiché una volta assicurata la congruità dei rapporti di cambio, così da consentire ad ogni socio di mantenere inalterato il valore della sua partecipazione, i rischi connessi all'operazione strutturata nel modo indicato non sono maggiori di quelli impliciti in ogni ipotesi di scissione non proporzionale.

A ben vedere, la stessa formulazione letterale del secondo comma dell'art.2506 sembra tradire una sorta di riserva mentale, alimentata dal timore di superare i confini della fattispecie scissione, come paventato da alcune pronunce giurisprudenziali ⁽¹⁸⁾ e dai commenti che le seguirono ⁽¹⁹⁾, cosicché il ricorso al consenso unanime può esser sembrato il giusto compromesso fra istanze della prassi e rigore dogmatico. In altri termini, non è forse parso accettabile che la maggioranza potesse architettare ed attuare da sé programmi di divisione del patrimonio e della compagine sociale secondo forme diverse da quella tradizionalmente ammesse ed enunciate nella disposizione descrittiva del primo comma dell'art.2506.

Ne consegue, tuttavia, che ogni qualvolta non si verifica il presupposto specificamente indicato nella norma del secondo comma dell'art.2506, la relativa disciplina non potrà trovare applicazione ⁽²⁰⁾.

Pare altresì coerente alle premesse ascrivere a quella stessa norma natura eccezionale rispetto alla disciplina generale della scissione non proporzionale racchiusa nell'art.2506 *bis*.

Si può quindi escludere una qualsiasi *vis attractiva* di tale disciplina rispetto a forme di scissione non proporzionale che si attuino senza assegnazione ad alcuni soci di partecipazioni di una o più delle beneficiarie, ma senza alterare l'originario rapporto proporzionale di partecipazione nella scissa.

5. L'oggetto e natura del consenso individuale dei soci. Prospettiva funzionale dell'indagine

Si è rilevato che presupposto necessario per l'applicazione della disciplina dell'art.2506 secondo comma c.c. è la previsione, nel progetto di scissione, della distribuzione ad alcuni soci di azioni o quote della scissa in luogo di azioni o quote di almeno una beneficiaria.

Si è altresì ricordato che per opinione comune ⁽²¹⁾ il consenso unanime deve essere manifestato in sede di approvazione del progetto di scissione, ed opera quindi sul piano della legittima formazione della volontà assembleare. Secondo tale tesi il consenso di ogni socio costituirebbe coelemento costitutivo della fattispecie, la cui assenza comporta la radicale inefficacia della deliberazione di approvazione del progetto di scissione.

Sarebbe richiesta, in altri termini, una deliberazione all'unanimità.

Quest'ultimo assunto deve forse essere meglio precisato alla luce della funzione ascrivibile al diritto individuale del socio di porre il veto.

Si consideri, in primo luogo, il dato letterale della disposizione in esame: "è consentito che, per consenso unanime, ad alcuni soci non vengano distribuite azioni o quote di una delle società beneficiarie della scissione, ma (*vengano distribuite*) azioni o quote della società scissa".

Il consenso unanime è riferito all'approvazione di uno specifico dato del progetto di scissione, quello afferente ai criteri di distribuzione delle partecipazioni ai soci per effetto della scissione. Non vi è dubbio che tale elemento partecipa del contenuto legale del progetto, secondo quanto statuito nel quarto comma dell'art.2506 *bis*, e come tale sia essenziale. Ma non è esaustivo, non è l'unico dato che compone il contenuto minimo legale, quindi necessario, del progetto medesimo.

La necessità del consenso unanime non giustifica né fonda una fattispecie diversa di scissione ma, al più, introduce, in ragione del contenuto del progetto, una possibile deroga al principio maggioritario che ne costituisce regola generale di approvazione in virtù del rinvio operato dall'art.2506 *ter* all'art.2502. La situazione non presenta carattere di eccezionalità, poiché altri dati contenuti nel progetto possono determinare l'innalzamento del quoziente deliberativo richiesto per la sua approvazione ⁽²²⁾, fino al limite dell'unanimità dei consensi: si pensi al caso, per esempio, di scissione a favore di beneficiaria in forma di s.r.l. che contempli diritti particolari a favore di alcuni soci. Oppure all'ipotesi di scissione di società di capitali a favore di società in nome collettivo.

La norma dell'art.2506 secondo comma, in definitiva, fissa il limite massimo al quale può spingersi una decisione maggioritaria in tema di distribuzione delle partecipazioni fra i soci all'esito dell'operazione di scissione ⁽²³⁾.

La disciplina attualmente vigente della scissione non proporzionale consente quindi alla maggioranza di deliberare anche scissioni non proporzionali, senza incontrare (più) il diritto di veto della minoranza, con l'unico limite di non poter alterare i rapporti di forza esistenti nella scissa.

La previsione del consenso unanime contenuta nell'art.2506 secondo comma finisce dunque per configurare un diritto individuale di ogni socio a conservare immutata la sua partecipazione nella scissa e ad ottenere in concambio partecipazioni

nelle beneficiarie ⁽²⁴⁾.

Viene da chiedersi se, al di là della terminologia utilizzata per la formulazione delle norme, sussista, o debba sussistere, una reale diversità funzionale ed esecutiva, quindi una differente modalità di incidenza sullo svolgimento del procedimento di scissione, fra il diritto del socio sancito dall'art.2506 secondo comma e il diritto alla distribuzione proporzionale delle partecipazioni vigente prima della Riforma.

Giova in proposito ribadire che a quell'epoca ogni socio godeva del diritto alla distribuzione proporzionale delle partecipazioni in ogni società coinvolta nell'operazione di scissione; diritto individuale, come tale intangibile da parte della maggioranza, indisponibile senza il consenso del singolo ⁽²⁵⁾.

Si era affermata la regola, pertanto, che l'adozione di un criterio non proporzionale fosse possibile solo con il consenso espresso o tacito di tutti i soci ⁽²⁶⁾, cosicché anche il divorzio fra maggioranza e minoranza, benchè legittimo, doveva necessariamente essere consensuale, senza aprire "la strada ad operazioni del tipo dello scorporo dei "rami secchi" e della "deportazione" coatta delle minoranze nelle nuove società a cui gli stessi rami secchi fossero attribuiti" ⁽²⁷⁾.

Nell'ottica proposta la manifestazione, espressa o tacita, di consenso alla distribuzione non proporzionale delle partecipazioni configurava la rinuncia ad un diritto individuale legalmente riconosciuto.

Una volta ricondotta, per opinione unanime ⁽²⁸⁾, la scissione asimmetrica nell'alveo della scissione non proporzionale (di cui costituirebbe solo una particolare forma di espressione), si può giocoforza osservare che la attuale disciplina della distribuzione non proporzionale segna un arretramento della linea di difesa del socio di minoranza rispetto a quanto concesso prima della Riforma e che la norma dell'art.2506 secondo comma rappresenta l'estremo baluardo di fronte al potere organizzativo della maggioranza. Mentre in precedenza, infatti, tale linea difensiva era attestata sul confine fra distribuzione proporzionale e distribuzione non proporzionale, oggi la stessa è stata ritirata all'interno dell'area della scissione non proporzionale fino all'ipotesi nota come "scissione asimmetrica", ultimo territorio libero dal dominio incontrastato della maggioranza.

Sembra esservi spazio, pertanto, per cogliere nel previgente diritto alla distribuzione proporzionale e nell'attuale diritto al mantenimento della posizione sociale nella scissa il medesimo ruolo di limite al potere della maggioranza nell'ambito di scelte organizzative che la dottrina dominante mostra di ritenere diverse sul piano delle modalità attuative, ma sostanzialmente equivalenti sul piano dei risultati, quindi dell'effetto.

6. Segue: funzione del consenso individuale e incidenza sul procedimento di scissione

Sulla base delle premesse poste, non sembra porsi in conflitto teleologico con la norma dell'art.2506 secondo comma l'interpretazione per la quale la necessità del consenso unanime condiziona l'efficacia *ma non* l'assunzione della delibera di approvazione del progetto.

In altri termini, non risulta incompatibile con il fine della disciplina in esame, qualunque ne sia la *ratio*, ritenere che il progetto possa essere approvato a maggioranza, ma che la delibera non possa essere iscritta se nel frattempo non è stato raccolto il consenso di ogni socio.

Tale soluzione presuppone, naturalmente, l'adesione alla tesi secondo la quale, pur in presenza di un criterio di distribuzione che modifichi i rapporti preesistenti nella scissa, regole di formazione della delibera e manifestazione del consenso individuale si muovono su piani diversi, non necessariamente coincidenti, nemmeno cronologicamente ⁽²⁹⁾.

Vi sono tuttavia indici che autorizzano a ritenere che l'interpretazione formalistica della disciplina della scissione asimmetrica non sia l'unica fondata.

Occorre non dimenticare che la dottrina è unanime nel riconoscere che il regime introdotto dall'art.2506 secondo comma non risulta agevolmente spiegabile sul piano della tutela degli interessi dei soci, poiché l'operazione non appare, alla prova dei fatti, potenzialmente più pregiudizievole per le ragioni patrimoniali del singolo socio di qualunque altra ipotesi di scissione non proporzionale. Resta forse la *ratio* storica (ovvero il timore dogmatico di superare i confini della fattispecie), che se può giustificare le indicazioni degli interpreti anteriormente alla Riforma ⁽³⁰⁾, anche alla luce del contrasto dottrinale e giurisprudenziale, non è di certo idonea a rappresentare il motore razionale della scelta legislativa in prospettiva ermeneutica e quindi applicativa.

Sostenuta l'incoerenza sistematica e funzionale della disposizione, sembra pertanto plausibile proporre un'interpretazione volta a riallineare il contenuto precettivo della stessa alle scelte operate nel medesimo ambito con riferimento ai medesimi interessi.

Sotto tale profilo gli indici sistematici sembrano evidenziare che nell'ambito della scissione la tutela ha per oggetto la posizione qualitativa del singolo socio, che ieri poteva pretendere la distribuzione proporzionale delle partecipazioni in tutte le società coinvolte nell'operazione di scissione, oggi ha facoltà di disinvestire in virtù dell'opzione imposta nell'art.2506 *bis* quarto comma, senza comunque mai essere costretto a subire in merito le decisioni della maggioranza.

Una volta ammesso che, assicurata la congruità del rapporto di cambio, non sembrano ricorrenti nell'operazione divisata nell'art.2506 secondo comma ragioni specifiche di pregiudizio peculiare alla posizione individuale patrimoniale del singolo socio rispetto ad ogni altra ipotesi di scissione non proporzionale, sembra coerente

dedurne, in linea di continuità funzionale, che l'interesse protetto dalla disciplina della scissione asimmetrica non può che essere il medesimo, ovvero quello di assicurare al singolo la conservazione del rango originario, e quindi l'intangibilità della posizione individuale, sottraendolo ad una decisione della maggioranza in ordine alla configurazione della sua posizione individuale all'esito della scissione, seppur oggi limitatamente alla società scissa.

Ciò che rileva sembra essere quindi la disponibilità individuale della propria posizione societaria: in passato rispetto a tutte le società coinvolte nella scissione, nel presente solo con riferimento alla scissa.

Non sembra, all'opposto, necessario, né sistematicamente coerente sotto il profilo funzionale, tradurre la richiesta di consenso individuale in una regola assoluta in tema di formazione della volontà assembleare rispetto all'argomento, più ampio, dell'approvazione dell'operazione di scissione progettata.

Occorre non trascurare, infatti, che l'affermazione corrente di un diritto di veto in ordine all'operazione *tout court* sembra porsi in rotta di collisione sia con le opzioni sistematiche fondamentali della Legge Delega 3 ottobre 2001 n.266, volte a favorire l'efficienza dell'impresa, sia con le conseguenti norme che ne rappresentano l'attuazione, dall'art.2500 *ter* in tema di trasformazione fino all'art. 2506 bis quarto comma, con le quali si è rafforzato il potere della maggioranza di procedere alle operazioni di riorganizzazione e ridotto il rilievo del consenso individuale ⁽³¹⁾.

Atteso ciò, sembra di poter concludere che il fine della norma sia salvaguardato, in armonia con il sistema, non solo postulando la necessità di approvare la scissione con delibera unanime, ma anche, con maggior duttilità, garantendo al singolo socio la possibilità di scelta circa l'esito della scissione sulla sua posizione individuale, dal momento che il consenso richiesto dalla norma comporta il disconoscimento della supremazia della maggioranza sulla minoranza.

Se la richiesta del consenso individuale può quindi essere intesa come riconoscimento di un diritto del socio al mantenimento della posizione nella scissa, la prestazione del consenso assume il significato di rinuncia al medesimo diritto, così come la prestazione del consenso richiesta nell'art.2500 *sexies*, primo comma, consiste nella rinuncia al diritto al mantenimento della responsabilità limitata, quella richiesta nell'art.2506 *ter* quarto comma (nel quale si pretende testualmente il "consenso unanime dei soci...") nella rinuncia al diritto ad ottenere dagli amministratori la situazione patrimoniale e la relazione illustrativa della scissione, ed infine quella pretesa nell'art.2501 *septies* nella rinuncia allo spazio temporale concesso per l'esame dei documenti inerenti l'operazione di fusione o scissione della società; così come, infine, il consenso espresso o tacito alla distribuzione non proporzionale delle partecipazioni previsto dal previgente art.2504 *octies* quarto comma esprimeva la rinuncia del singolo socio alla distribuzione proporzionale in tutte le società coinvol-

te nella scissione.

E' significativo rilevare che per opinione dominante la manifestazione del consenso individuale in tutti i casi richiamati presenta una rilevanza distinta ed ulteriore rispetto al voto, e quindi alla partecipazione al processo decisionale collettivo ⁽³²⁾, e pertanto si ritiene che possa essere prestata separatamente e non di necessità nel corso dell'adunanza assembleare, sebbene assurga talora (art.2500 *sexies*) a coelemento di efficacia e talaltra (art.2506 ter - 2504 *octies* previgente) a condizione di validità della delibera.

Per le ragioni suesposte, ed in piena consonanza sistematica, la medesima conclusione sembra poter essere fondatamente estesa alla manifestazione di consenso pretesa dall'art.2506 secondo comma ⁽³³⁾.

Si ritiene pertanto che il consenso individuale, non all'approvazione del progetto di scissione, perché tale non è il suo oggetto, ma alla distribuzione di partecipazioni nella scissa in cambio della mancata (totale o parziale) assegnazione di partecipazioni in una o più beneficiarie, possa essere prestato, oltre che in adunanza, anche in via preventiva o successiva, purché entro il termine previsto dalla legge per l'iscrizione della deliberazione di approvazione del progetto di scissione, alla stregua di quanto previsto o sostenuto con riferimento alle altre ipotesi di consenso individuale sopra rievocate.

In mancanza del consenso anche di un solo socio entro il termine sopra richiamato la deliberazione di approvazione del progetto di scissione resterà definitivamente inefficace e non potrà essere iscritta.

7. Attribuzione del diritto di opzione per la partecipazione proporzionale come soluzione alternativa al consenso individuale alla scissione asimmetrica

Muovendo dalla valutazione degli interessi tutelati mediante la disciplina della scissione "asimmetrica" e così rintracciata in ottica funzionale una linea di ascendenza che lega l'attuale disposizione dell'art.2506 secondo comma all'art.2504 *octies* previgente, a corollario delle considerazioni svolte pare plausibile sostenere la legittimità di un progetto che contempra, in alternativa al criterio di distribuzione non proporzionale mediante assegnazione di partecipazioni nella scissa, criteri diversi, ed in particolare il criterio di ripartizione proporzionale delle partecipazioni in tutte le beneficiarie, riproducendo in tal modo il meccanismo di salvaguardia del diritto del socio previsto nella disciplina previgente ⁽³⁴⁾.

In altri termini, pare legittimo che il progetto di scissione, recuperando la soluzione indicata nella norma previgente, consenta ad ogni socio di optare per la distribuzione proporzionale ed il mantenimento della sua posizione originaria nella scissa in luogo della distribuzione non proporzionale descritta nell'art.2506 secondo

comma. ⁽³⁵⁾

La soluzione proposta risponde all'esigenza di conciliare il diritto del singolo socio con l'interesse, che pare meritevole di tutela, di evitare l'interruzione e la riproposizione del procedimento di scissione qualora non si ottenga il consenso di tutti i soci, ma solo di una parte di essi, alla distribuzione non proporzionale che coinvolga le partecipazioni della scissa ⁽³⁶⁾.

Infatti, la scissione proporzionale è disponibile da parte della maggioranza, senza possibilità da parte del socio di minoranza di eccepire alcunché, salvo il diritto di recesso consentito nelle società non azionarie ⁽³⁷⁾. Né, sotto altro profilo, pare ravvisabile nel sistema alcun diritto del singolo alla conservazione del rapporto reciproco con gli altri componenti della compagine sociale, che può subire alterazioni per una pluralità di vicende fisiologiche, dalle operazioni sul capitale fino al trasferimento delle partecipazioni ⁽³⁸⁾.

Il consenso del singolo socio, pertanto, oggi come prima della Riforma ⁽³⁹⁾, è funzionale solo alla difesa della sua posizione individuale, amministrativa e patrimoniale, nella società (scissa), e non sembra assumere come termine di riferimento l'interesse comune di tutti i soci; cosicché potrebbe ben dirsi che "l'unanimità non raggiunta a causa del voto contrario di qualcuno diviene un attentato all'autonomia privata di tutti gli altri, costretti a subire l'inerzia, la mala fede o il semplice dissenso di uno solo" ⁽⁴⁰⁾.

In proposito giova ricordare che prima della riforma ci si era interrogati circa il termine entro il quale il socio dovesse manifestare l'opzione per la distribuzione proporzionale delle partecipazioni, ponendo in tal modo il suo veto alla proposta di assegnazione non proporzionale contenuta nel progetto.

La dottrina maggioritaria ⁽⁴¹⁾ si era orientata nel senso di ritenere che: i) al socio dovesse essere assicurato un termine minimo equivalente a quello decorrente per legge fra il giorno del deposito del progetto presso la sede sociale e la data dell'adunanza assembleare; ii) che peraltro fosse legittimo concedere una scadenza successiva, purché antecedente la stipulazione dell'atto di scissione, a seguito del quale doveva aver luogo la distribuzione delle partecipazioni; iii) nel caso in cui non fosse indicato alcun termine, discendeva dai principi che l'opzione doveva essere esercitata nel corso dell'adunanza collegiale e che la stessa era "soggetta al regime proprio delle dichiarazioni diverse dal voto, che possono essere rese dal socio in assemblea" ⁽⁴²⁾.

Pare plausibile sostenere che la sostanziale equivalenza funzionale, oggi e ieri, della necessità del consenso individuale alla distribuzione non proporzionale (anche tramite scissione asimmetrica) in luogo della distribuzione proporzionale in tutte le società coinvolte nella scissione permetta di allinearsi alle tesi dominanti prima della Riforma e quindi di asserire che la manifestazione di tale consenso rispetto al cri-

terio distributivo proposto possa essere rinviata fino alla stipula dell'atto di scissione, non incidendo sulla validità o sull'efficacia della deliberazione.

Si può quindi ammettere che il singolo socio sia sufficientemente tutelato mediante la previsione nel progetto di scissione di un congruo termine (per esempio: un termine equivalente a quello concesso dalla legge ai creditori per opporsi) ⁽⁴³⁾ e di adeguate modalità (per esempio: raccomandata con ricevuta di ritorno inviata presso la sede legale ed indirizzata al legale rappresentante) ⁽⁴⁴⁾ per manifestare la sua opzione individuale, per la quale pare opportuno che sia individualmente sollecitato; appare tuttavia prudentiale, allo stato attuale dell'interpretazione della disciplina dell'art.2506 secondo comma, qualificare la mancata opzione espressa come mancato consenso alla distribuzione "asimmetrica" delle proprie partecipazioni e non quale consenso tacito alla distribuzione non proporzionale, come era testualmente previsto nell'art.2504 *octies* previgente.

Marco Maltoni

-
- 1) La constatazione è comune. Per tutti si veda G. Scognamiglio, *Le scissioni*, in *Trattato delle Società per Azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7^{**}.2, Torino, 2004, pp.14 ss, che si esprime chiaramente in termini di poliformismo dell'operazione, con un'esautiva trattazione delle diverse forme di scissione e la riproposizione delle classificazioni e delle definizioni di seguito riportate nel testo.
 - 2) Non ci si intende, infatti, discostarsi dalle definizioni normalmente accreditate in dottrina e nella prassi, per le quali è sufficiente rinviare a G. Scognamiglio, *op.cit.* pp. 16 e ss.
 - 3) O forse, sarebbe meglio dire, con la norma dell'art.2506 comma terzo, si scioglie senza liquidazione.
 - 4) G. Scognamiglio, *op.cit.*, p.35. Successivamente, la definizione è stata adottata per descrivere ed analizzare la medesima forma di scissione da F. Laurini, *Bevi note sui profili operativi della scissione asimmetrica*, in *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2007, pp.73; A. Morano, *La scissione non proporzionale*, in *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, 2007, pp.44; A. Picciau, *sub. Art.2506 bis*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G.Marchetti, L.A. Bianchi, F.Ghezzi, M.Notari, *Trasformazione – Fusione – Scissione*, art.2498 – 2506 quater, Milano, 2006, pp.1051 ss; M.Notari, *parere pro veritate* di prossima pubblicazione, di cui si è potuto prendere visione per la cortesia dell'Autore; M.Maltoni – F. Tassinari, *Parere in materia di scissione non proporzionale asimmetrica di società cooperativa a mutualità prevalente a larga base sociale*, di prossima pubblicazione.
 - 5) La questione della determinazione degli esatti confini della "fattispecie" assume rilievo per cogliere con esattezza l'ambito applicativo della specifica disciplina dell'art.2506 secondo comma. Tuttavia è proprio sul tema principale che si rileva tutt'ora una pluralità di tesi, che conducono pertanto ad ascrivere alla definizione "scissione asimmetrica" un significato diverso. Si vedano in proposito A. Morano, *op.cit.*, pp.47 – 48, secondo il quale "alla luce del dato normativo si deve, quindi, tener conto del fatto che l'unanimità dei consensi sarà richiesta solo in quei casi in cui vi sia anche un'assegnazione di azioni della scissa ai soci che non beneficiano della distribuzione di partecipazioni nelle beneficiarie; mentre, ove alla distribuzione si pervenga senza assegnazione di azioni (e, quindi, per annullamento non proporzionale) sarà sufficiente la maggioranza dei consensi: situazione assolutamente paradossale". Per F. Laurini, *op.cit.*, pp.74-75, l'applicabilità della regola dell'unanimità si estende ai casi di scissione a favore di unica beneficia-

ria e di scissione attuata senza assegnazione di nuove partecipazioni della scissa ma tramite incremento del valore proporzionale di queste ultime, fermo restando il presupposto necessario dell'assegnazione a taluni soci di partecipazioni nella scissa in luogo di partecipazioni nella o nelle beneficiarie. Per L. G. Picone, commento sub. Art.2506 bis, in Commentario alla riforma delle società, diretto da P.G.Marchetti, L.A. Bianchi, F.Ghezzi, M.Notari, Trasformazione – Fusione – Scissione, art.2498 – 2506 quater, Milano, 2006, p.1097, la disciplina prevista nell'art.2506 secondo comma si applica solo in caso di pluralità di beneficiarie, come previsto letteralmente nella norma, e non di unica beneficiaria, poiché in quest'ultimo caso è inevitabile che la scissione non proporzionale si attui mediante assegnazione di partecipazioni della scissa; non troverebbe applicazione, inoltre, se vi è "assegnazione di azioni o quote delle beneficiarie a tutti i soci della scissa, ancorché in misura fortemente non proporzionale".

Secondo un altro orientamento, la peculiarità della disciplina è rappresentata dall'assegnazione di azioni della scissa in quanto la misura delle azioni da assegnare non dipende direttamente dal rapporto di cambio e quindi non è soggetto alle medesime tutele del rapporto di cambio, potendo così dar luogo a trasferimenti di ricchezza fra i soci: M. Notari, Parere pro veritate, cit.

Infine, secondo A. Picciau, op.cit., p.1052 - 1053, la previsione del consenso unanime "colloca l'operazione in un territorio, quello contrattuale, diverso da quello schiettamente societario", in quanto, poiché la diversa disciplina "non sembra basata su una diversità di interessi sostanziali in gioco", la scelta del legislatore è stata dettata "dalla volontà di attribuire all'assegnazione di azioni o quote delle beneficiarie una valenza tipologica, cioè di caratterizzazione dell'istituto". Secondo tale dottrina la disciplina peculiare dovrebbe applicarsi, sulla base di tali presupposti, anche qualora la beneficiaria sia unica.

Pur nella diversità di conclusioni, emerge la sostanziale concordia della dottrina sul fatto che il dato necessario per l'applicazione della disciplina dell'art.2506 secondo comma sia rappresentato dall'assegnazione di partecipazioni della scissa a taluno dei soci; in assenza di tale presupposto la delibera di approvazione del progetto di scissione potrà essere assunta a maggioranza e non con il consenso unanime.

- 6) F. d'Alessandro, Problemi civilistici controversi in tema di scissione: distribuzione delle azioni e quote sociali, in Atti del convegno Asdag "La scissione di società: problemi applicativi di maggiore attualità e rilevanza", Roma, 19 dicembre 1996, Milano, Ipsoa, 1998, p.38. Nello stesso senso G. Scognamiglio, op.cit., pp.25 e 75; L.G. Picone, commento sub. Art.2506 bis, cit. pp.1123 e ss.; A. Morano, op.cit, pp.44 ss.; F. Laurini, op.cit, p.73.
- 7) Trib. Verona 2 dicembre 1999 (decr.) in Le Società 2000, p.448; in Giur. Comm. 2001, II, p.268.
- 8) Trib. Verona 2 dicembre 1999, cit.
- 9) Da notare che la norma condivide la soluzione proposta con la Massima n.XVI dell'8 ottobre 2002 elaborata dalla Commissione per i principi uniformi in tema di società del Consiglio Notarile di Milano, nella quale testualmente si afferma: " sembra quindi ragionevole ritenere che sia lecito realizzare una scissione parziale mediante trasferimento di parte del patrimonio della scissa ad una società beneficiaria che aumenta il capitale sociale con attribuzione delle azioni o quote solo ad alcuni soci e non ad altri, ai quali viene attribuita una maggiore partecipazione al capitale della scissa medesima, con conseguente "restringimento" delle quote di partecipazione spettanti agli altri soci. In presenza di un consenso unanime dei soci tale operazione non lede i diritti e gli interessi dei soci della scissa e ovviamente non lede quelli di terzi".
Si può notare che: la fattispecie disegnata dalla Massima si realizza mediante un aumento di capitale sociale della scissa; la legittimità dell'operazione viene condizionata al consenso unanime. Quest'ultima opzione, in particolare, è stata accolta dal legislatore.
- 10) G. Scognamiglio, op.cit., pp.35 e 36. Nello stesso senso anche G. Ferri jr., Trasformazioni, fusioni, e scissioni: introduzione alla nuova disciplina, in La riforma delle società di capitali, Aziendalisti e giuristi a confronto, a cura di Niccolò Abriani e Tiziano Onesti, Milano, 2004, p.210; L.G. Picone, op.cit., p.1095; A. Morano, op.cit., p.48; F. Laurini, op.cit. p.73; sull'assenza di una reale diversità degli interessi sostanziali in gioco rispetto ad una "ordinaria" ipotesi di scissione non proporzionale anche A. Picciau, op.cit., p.1053.
- 11) Si mutua l'emblematica espressione da F. d'Alessandro, op.cit., p.37.

- 12)** F. d'Alessandro, Problemi civilistici controversi in tema di scissione: distribuzione delle azioni e delle quote sociali, cit., pp.38-39; G. Nigro, Ripartizione delle partecipazioni e opzione dei soci nella scissione di società, Milano, 2001, p.55.
- 13)** G. Scognamiglio, op.cit., p.36, la quale molto chiaramente precisa che "il potere della maggioranza di deliberare una distribuzione non proporzionale delle partecipazioni nelle società scissorie fra i soci della scissa si spinge, sia pure con il correttivo del diritto del singolo dissenziente di farsi riacquistare le proprie azioni, sino al limite della scissione cd. asimmetrica, rispetto alla quale quel potere si arresta, essendo richiesto, ai fini della legittimità di questo tipo di operazione, l'assenso di tutti i soci della società originaria". In tal senso anche O. Cagnasso, commento sub. art.2506, in *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da G.Cottino, e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Vol.***, Bologna, 2004, p.2358; F.Laurini, op.cit., pp.73 ss.; A. Morano, op.cit., p.47. Come ricordato, secondo A. Picciau, op.cit., p.1052 la richiesta di consenso unanime sarebbe addirittura idonea a sostenere la natura contrattuale, e non organizzativa, della scissione asimmetrica, che si porrebbe al di fuori della fattispecie "scissione".
- 14)** Per tutti L.G. Picone, op.cit., p.1129
- 15)** L. G.Picone, op.cit., p.1134.
- 16)** In tal senso appare orientato anche S. Santangelo, La scissione nella riforma, in *Studi sulla riforma del diritto societario*, in *Studi e Materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 2004, p.555, che considera la nuova norma dell'art.2506 secondo comma in controtendenza rispetto ai principi informativi della riforma ed in particolare rispetto al quarto comma dell'art.2506 bis c.c.
- 17)** La dottrina sembra unanime nel ritenere che la ratio della disciplina è oscura e sfuggente: fra gli altri, G. Scognamiglio, op.cit., p. 34; A. Morano, op.cit., p.49; F.Laurini, p.77; G. Ferri jr, op.loc.ultr.citt..
- 18)** Trib. Verona 2 dicembre 1999 (decr.) cit..
- 19)** F. Speronello, La scissione di società fra tipicità ed autonomia negoziale: un caso di assegnazione di quote della scissa, in *Giur Comm.*, 2001, II, p.273; E. Paolini, commento a Trib. Verona 2 dicembre 1999, in *Le Società*, 2000, p.450.
- 20)** In tal senso appare orientata, seppure con diverse sfumature, la dottrina prevalente. Si rinvia in proposito alla nt. 4.
- 21)** Si rinvia alla nota 12.
- 22)** In tal senso conforme Massima n.21 del 22 marzo 2004 della Commissione per i principi uniformi in tema di società del Consiglio Notarile di Milano; C. Santagata, *Le fusioni*, in *Trattato delle Società per Azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7**1, Torino, 2004, p.404.
- 23)** G. Scognamiglio, op.cit., p.36.
- 24)** E. Civerra, *Le operazioni di fusione e di scissione*, Milano, 2004, p.247.
- 25)** Cfr. F.d'Alessandro, op.cit., p.35 per il quale nella circostanza di configurava un limite assoluto al potere della maggioranza; nello stesso senso G.Nigro, op.cit., p.34, la quale espressamente riconosceva all'opzione per la distribuzione proporzionale natura di diritto soggettivo, al cui riconoscimento non sembrava "di ostacolo neanche una visione rigorosamente procedimentale della scissione, perché l'opzione non incide sull'organizzazione societaria ma incide esclusivamente sui rapporti tra la compagine societaria ed i singoli soci e, in particolare, sulla conservazione della qualità di socio, cioè sulla permanenza di quest'ultimo all'interno di nuove strutture societarie".
- 26)** F.Laurini, *La scissione di società*, Riv. Soc. 1992 p.940. In proposito giova evidenziare che anche sotto la vigenza della disciplina anteriore alla Riforma il Tribunale di Milano era giunto a tradurre il diritto di opzione di ogni socio nella necessità di consenso unanime all'operazione; Nuovi Orientamenti del Tribunale di Milano in tema di omologazione di atti societari, a cura di M. Notari, in Riv. Soc. 2000, p.214. Dunque, la soluzione cui si riteneva di pervenire, con il totale dissenso della dottrina, pur nella diversa formulazione letterale, era identica a quella che si vuole leggere nell'art.2506 secondo comma. A conferma del valore che anche prima della Riforma era ascrivibile al diritto individuale del socio ad ottenere la partecipazione proporzionale.
- 27)** F. d'Alessandro, op.loc.ultr.citt..
- 28)** Si rinvia alla nota n.6.
- 29)** In tal senso si veda la successiva nota 34.

- 30)** Massima n.XVI dell'8 ottobre 2002 elaborata dalla Commissione per i principi uniformi in tema di società del Consiglio Notarile di Milano.
- 31)** M.Maltoni – F.Tassinari, Parere in materia di scissione non proporzionale asimmetrica di società cooperativa a mutualità prevalente a larga base sociale cit.
- 32)** Con riferimento alla trasformazione in tale senso F. Guerrera, La trasformazione omogenea in società di persone, in Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative, in Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, 2007, pp.165 -166; (M.Maltoni) - F. Tassinari, La trasformazione delle società, Milano,2005, p.139. Con riferimento alla rinuncia ai documenti o ai termini previsti per legge nel procedimento di fusione e scissione F. Magliulo, La fusione, Milano, 200 .. p. e ampiamente C. Clerici, commento sub. art.2501 septies c.c., in Commentario alla riforma delle società, diretto da P.G.Marchetti, L.A. Bianchi, F.Ghezzi, M.Notari, Trasformazione – Fusione – Scissione, art.2498 – 2506 quater, Milano, 2006, pp.633 ss.; E. Civerra, op.cit., p.68. Contra C. Santagata, Le fusioni, in , in Trattato delle Società per Azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7**1, Torino, 2004, p.390, per il quale "la volontà unanime di rinunzia dovrebbe essere attestata nella delibera da parte dei soci". Ad ulteriore sostegno della tesi proposta militano le tesi e le argomentazioni esposte dalla dottrina con riferimento al consenso unanime richiesto per la modifica dei diritti particolari dei soci dall'art.2468 quarto comma c.c.; in particolare F. Guerrera,Le modificazioni dell'atto costitutivo, in Trattato delle società a responsabilità limitata, diretto da C. Ibbà e G. Marasà, Vol. IV, Padova, 2009, p.246, per il quale "là dove pure operi la regola unanimistica, il consenso dei soci alla modificazione riveste valore diverso, secondo che provenga da tutti gli altri soci ovvero dal socio titolare dei diritti pregiudicati; soltanto "sociale" per i primi, anche "individuale" per il secondo. Rispetto ad esso, quand'anche la decisione si formi unitariamente nell'assemblea, il voto sulla proposta di deliberazione e il consenso alla modifica dei suoi "diritti particolari" sono espressione di due distinte volontà, la deconda delle quali ha carattere propriamente "negoziale". Ne deriva la possibilità che siffatte volontà siano manifestate non contestualmente e si formino indipendentemente l'una dall'altra." Si ammette pertanto la possibilità di acquisire il consenso del socio potenzialmente leso per atto separato, cioè in sede extra assembleare, sia prima dell'adunanza sia dopo l'approvazione della delibera.
- 33)** In tal senso anche F. Laurini, Brevi note sui profili operativi della scissione asimmetrica, cit., p.78 per il quale "il consenso rappresenta piuttosto una manifestazione di volontà su un diritto *uti singulus* del socio e pertanto potrebbe essere prestato anche al di fuori dell'adunanza, purchè nei tempi e con le modalità (auspicabilmente disciplinate dal progetto di scissione) compatibili con la certezza degli effetti dell'operazione, anche a tutela dei terzi"; M.Maltoni - F.Tassinari, Parere in materia di scissione non proporzionale asimmetrica di società cooperativa a mutualità prevalente a larga base sociale, cit.
- 34)** In tal senso anche la Massima n.30 del 22 marzo 2004 della Commissione per i principi uniformi in tema di società del Consiglio Notarile di Milano; F. Laurini, Brevi note sui profili operativi della scissione asimmetrica, cit., p.78; nonché M. Maltoni – F. Tassinari, op.ult.cit.. L'ammissibilità di criteri alternativi di distribuzione delle partecipazioni discendeva prima della Riforma dalla stessa disposizione dell'art.2504 octies quarto comma e pare condivisa dalla dottrina; cfr F.Laurini, La scissione di società, cit., p.940; G. Scognamiglio, op.cit., p.463, che ammette la possibilità di rapporti di cambio alternativi.
- 35)** La soluzione appare anche maggiormente coerente qualora la regola di *default*, in assenza di opzione espressa, sia quella della partecipazione proporzionale: Massima n.30 del 22 marzo 2004 della Commissione per i principi uniformi in materia di società del Consiglio Notarile di Milano. Si può notare che nella vigenza della disciplina anteriore alla Riforma, e pur in presenza di una norma (art.2504 octies, quarto comma) che imponeva l'indicazione nel progetto del diritto del socio alla distribuzione proporzionale, si riteneva legittima la subordinazione della deliberazione di scissione all'approvazione del piano di distribuzione non proporzionale, senza alcuna possibilità alternativa. La soluzione prospettata e realizzata in via negoziale veniva a ricreare, a ben vedere, una situazione assimilabile a quella prevista dalla norma dell'art.2506 secondo comma vigente. Dunque, si mirava in via negoziale a riproporre il risultato attuale, così come oggi pare realizzabile in via negoziale lo schema prima proposto dalla norma.

- 36)** Si potranno naturalmente riproporre, nella circostanza, tutte le questioni e anche le complicazioni che la dottrina e la prassi avevano evidenziato nella vigenza della disciplinata ora abrogata dell'art.2504 octies allorché alcuni soci optavano per la proporzionalità e altri accettavano la distribuzione non proporzionale.
- 37)** Da cui ci si potrebbe interrogare circa la necessità della previsione dell'obbligo di acquisto nel progetto di scissione.
- 38)** F. D'Alessandro, op.cit., p.39; conforme, Massima n.30 del 22 marzo 2004 della Commissione per i principi uniformi in materia di società del Consiglio Notarile di Milano; M.Maltoni - F. Tassinari, Parere in materia di scissione non proporzionale asimmetrica di società cooperativa a mutualità prevalente a larga base sociale cit..
- 39)** Molto chiaramente in tal senso G.Nigro, op.cit., p.65, per la quale non si poteva dubitare, nella vigenza dell'art.2504 octies nel testo anteriore alla Riforma, "del fatto che l'attribuzione proporzionale in tutte le società beneficiarie operi soltanto nei confronti del socio che l'ha richiesta, senza comportare una sua automatica applicazione agli altri soci della società scissa. Una simile estensione del criterio proporzionale, infatti, avrebbe conseguenze inaccettabili, perché consentirebbe ad un solo socio di imporre a tutti gli altri una distribuzione diversa da quella progettata, mentre un simile potere non è riconosciuto neppure alla minoranza". *Mutatis mutandis*, mi pare che le medesime considerazioni possano essere estese, in via di principio, alla disciplina della scissione asimmetrica.
- 40)** L'espressione, particolarmente efficace, è tratta da P.Benazzo Autonomia statutaria e quozienti assembleari nelle società di capitali, Padova, 1999, p.157.
- 41)** Si veda in proposito F.Laurini, La scissione di società, cit., p.942; e per ampi riferimenti anche A. Serra - (M.S. Spolidoro) Fusioni e scissioni di società, Torino, 1994, p.215. Contra G. Nigro. op.cit., pp.37 e ss.
- 42)** A. Serra - (M.S. Spolidoro), op.cit, p.216.
- 43)** Favorevole a tale soluzione anche senso F. Laurini, Brevi note sui profili operativi della scissione asimmetrica, cit., p.78; M.Maltoni - F. Tassinari, Parere in materia di scissione non proporzionale asimmetrica di società cooperativa a mutualità prevalente a larga base sociale, cit.
- 44)** M.Maltoni - F. Tassinari, La scissione asimmetrica delle società a partecipazione diffusa, cit..