

Federico Magliulo

**TRASFORMAZIONE, FUSIONE
E SCISSIONE DEGLI ENTI
NON PROFIT DOPO LA RIFORMA
DEL TERZO SETTORE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

FEDERICO MAGLIULO

TRASFORMAZIONE, FUSIONE E SCISSIONE DEGLI ENTI NON PROFIT DOPO LA RIFORMA DEL TERZO SETTORE

SOMMARIO: 1. Il nuovo art. 42-bis c.c. nel quadro interpretativo esistente prima dell'emanazione del Codice del Terzo settore. — 2. Riferibilità del nuovo art. 42-bis c.c. alle sole operazioni poste in essere all'interno degli schemi causali propri degli enti *non profit*. — 3. Applicabilità del nuovo art. 42-bis c.c. anche agli enti *non profit* non del Terzo settore. — 4. La pubblicità degli atti del procedimento. — 4.1. Il principio dell'applicazione delle regole di pubblicità proprie del tipo organizzativo coinvolto nell'operazione. — 4.2. Il particolare caso delle associazioni non riconosciute. — 5. Il principio della possibilità per gli enti *non profit* di operare trasformazioni, fusioni o scissioni e le sue eccezioni. — 5.1. Generalità. — 5.2. Gli enti costituiti anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 42-bis c.c. — 5.3. Il divieto statutario di realizzazione di operazioni straordinarie. — 5.3.1. La possibilità di sopprimere il divieto statutario. — 5.3.2. Ammissibilità della soppressione del divieto contestualmente all'operazione straordinaria. — 5.3.3. I limiti alla sopprimibilità del divieto. — 6. I limiti alle operazioni straordinarie per gli enti che rivestono la qualità di impresa sociale. — 6.1. La particolare disciplina delle operazioni straordinarie degli enti che rivestono la qualità di impresa sociale. — 6.2. Gli effetti della mancanza dell'autorizzazione ministeriale. — 6.3. La perdita volontaria della qualifica di impresa sociale e la sua incidenza sulla possibilità di porre in essere operazioni straordinarie. — 7. La trasformazione. — 7.1. Generalità. — 7.2. Le differenze fra la trasformazione di cui all'art. 42-bis c.c. e quella di cui all'art. 28 c.c. — 7.3. I profili tipologici oggetto della trasformazione. — 7.3.1. Generalità. — 7.3.2. La trasformazione di associazione non riconosciuta in associazione riconosciuta e viceversa. — 7.3.3. Le associazioni in attesa di riconoscimento. — 7.3.4. La "trasformazione" delle fondazioni comuni in fondazioni di partecipazione. — 7.4. I limiti alla trasformabilità. — 7.5. Gli adempimenti preliminari della trasformazione. — 7.5.1. Generalità. — 7.5.2. La relazione dell'organo amministrativo. — 7.5.3. La situazione patrimoniale. — 7.5.4. La perizia di stima. — 7.5.5. La nomina del perito. — 7.6. Gli adempimenti preliminari nelle trasformazioni eterogenee. — 7.7. Il problema della rinunziabilità della situazione patrimoniale e della perizia di stima. — 7.7.1. La tendenziale irrinunziabilità della situazione patrimoniale e della perizia di stima. — 7.7.2. La rinunziabilità in caso di trasformazione da associazione riconosciuta o fondazione in associazione non riconosciuta. — 7.8. La deliberazione di trasformazione. — 7.8.1. I *quorum* deliberativi. — 7.8.2. La trasformazione di associazione in fondazione. — 7.8.3. La trasformazione della fondazione. — 7.8.4. La trasformazione in associazione non riconosciuta. — 7.9. Le quote di partecipazione nell'ente risultante dalla trasformazione. — 7.9.1. Generalità. — 7.9.2. La trasformazione di associazione non riconosciuta in associazione riconosciuta o viceversa. — 7.9.3. La trasformazione di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, in fondazione. — 7.9.4. La trasformazione di fondazione in associazione, riconosciuta o non riconosciuta. — 7.10. Il diritto di recesso nelle associazioni. — 7.11. L'approvazione dell'autorità governativa ed i suoi surrogati. — 7.12. La pubblicità dell'atto di trasformazione, la sua forma e la sua efficacia. — 7.13. La sanatoria delle invalidità. — 7.14. Gli effetti della trasformazione. — 7.14.1. La continuità soggettiva dell'ente. — 7.14.2. Gli effetti della trasformazione sul regime di responsabilità. — 8. La fusione e la scissione. — 8.1. Generalità. — 8.2. La pubblicità degli atti del procedimento. — 8.3. La disciplina della fusione a seguito di acquisizione con indebitamento.

— 8.4. La situazione patrimoniale. — 8.5. Il rapporto di cambio, la relativa stima e le relazioni degli amministratori. — 8.6. La scissione asimmetrica. — 8.7. La perizia sul valore del patrimonio dell'ente, la situazione patrimoniale e la relazione dell'organo amministrativo nelle fusioni e scissioni trasformative. — 8.8. La possibilità che la fusione o la scissione sia deliberata dall'organo amministrativo. — 8.9. I bilanci degli ultimi tre esercizi. — 8.10. Le maggioranze ed il procedimento deliberativo. — 8.11. Le forme deliberative. — 8.12. Il controllo notarile. — 8.13. Il dimezzamento dei termini legali. — 8.14. L'opposizione dei creditori e l'efficacia dell'operazione. — 8.14.1. L'inderogabilità dell'opposizione. — 8.14.2. Il coordinamento della disciplina dell'opposizione dei creditori in ipotesi di fusione o scissione trasformativa. — 8.15. L'efficacia sanante dell'iscrizione dell'atto di fusione. — 8.16. Le indicazioni ricavabili dall'art. 42-bis c.c. in merito all'ammissibilità di fusioni e trasformazioni eterogenee.

1. *Il nuovo art. 42-bis c.c. nel quadro interpretativo esistente prima dell'emanazione del Codice del Terzo settore.*

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

Tale provvedimento ha inteso operare *"il riordino e la revisione organica della disciplina speciale e delle altre disposizioni vigenti, relative agli enti del Terzo settore, compresa la disciplina tributaria applicabile a tali enti, mediante la redazione di un apposito Codice del terzo settore. Tale attività di revisione e riordino è finalizzata al sostegno dell'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, alla valorizzazione del potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, secondo comma, 4, 9, 18 e 118, comma 4, della Costituzione"* (1).

In occasione della riforma organica del Terzo settore il legislatore, che pure a tale proposito non è intervenuto direttamente sul codice civile (2), ha tuttavia opportunamente provveduto anche ad inserire in quest'ultimo una specifica disciplina della trasformazione, fusione e scissione degli enti *non profit*, a prescindere dalla loro qualificabilità in termini di *"Enti del Terzo settore"*, come definiti dall'art. 4 del D.Lgs. 117/2017.

Si tratta del nuovo art. 42-bis c.c., secondo cui *"Se non è espressamente escluso dall'atto costitutivo o dallo statuto, le associazioni ricono-*

(1) *Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante "Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106"*.

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

sciute e non riconosciute e le fondazioni di cui al presente titolo possono operare reciproche trasformazioni, fusioni o scissioni.

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

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

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

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

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

Il nuovo art. 42-bis c.c. colma indubbiamente un vuoto legislativo, in quanto in origine il codice civile si limitava a dettare una disciplina organica della trasformazione, fusione e scissione solo con riferimento agli enti societari e non anche, se non in modo del tutto occasionale (3), in relazione agli enti *non profit*.

(3) Sull'art. 28 c.c. che disciplina la “trasformazione delle fondazioni” e sulle sue differenze con la trasformazione di cui all'art. 42-bis c.c. v. *infra* § 7.2.

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

E tuttavia nel sistema anteriore alla riforma del diritto societario era opinione diffusa che trasformazione, fusione e scissione costituissero istituti endosocietari, nel senso che al relativo procedimento non potessero partecipare, insieme a società, enti non societari, ritenendosi da molti insuperabile la barriera causale che separa le società dagli enti *non profit* (4).

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

Sulla base delle innovazioni apportate dalla riforma del diritto societario, parte della dottrina ha poi ammesso, non senza difficoltà interpretative, anche la legittimità di qualsiasi altra modifica organizzativa che comporti il mutamento causale sopra menzionato, ivi compresa la fusione e la scissione (5).

Ma anche in un siffatto contesto normativo rimanevano prive di espressa disciplina la trasformazione, la fusione e la scissione che coinvolgessero esclusivamente enti *non profit*, tanto che la stessa ammissibilità di tali operazioni era oggetto di discussione (v. *infra* §§ 7.1. e 8.1.).

2. Riferibilità del nuovo art. 42-bis c.c. alle sole operazioni poste in essere all'interno degli schemi causali propri degli enti non profit.

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

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

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

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

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

Laddove, invece, l'ente di partenza o quello di arrivo sia rappresentato da un ente societario, deve continuare a farsi riferimento alle specifiche disposizioni di cui agli artt. 2500-septies e 2500-octies c.c., sopra menzionati.

3. *Applicabilità del nuovo art. 42-bis c.c. anche agli enti non profit non del Terzo settore.*

Come si è già avuto modo di accennare, la nuova disposizione ha un ambito di applicazione più ampio di quello cui fa riferimento il Codice del Terzo settore (6).

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

Ciò risulta confermato dal fatto che il legislatore, all'art. 42-bis, ultimo comma, c.c., dispone che “*Gli atti relativi alle trasformazioni, alle fusioni e alle scissioni per i quali il libro V prevede l'iscrizione nel Registro delle imprese sono iscritti nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero, nel caso di enti del Terzo settore, nel Registro unico nazionale del Terzo settore*”.

Ne consegue che:

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

— laddove si tratti di operazioni coinvolgenti associazioni riconosciute, associazioni non riconosciute e fondazioni munite dei requisiti atti a qualificarle come enti del Terzo settore, la relativa pubblicità si attua nel Registro unico nazionale del Terzo settore.

(6) Di ciò non sembra essersi avveduta la *Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo* cit., la quale, pur non fornendo particolari chiarimenti sul contenuto della nuova norma, afferma che essa “*prevede l'inserimento nel codice civile di un nuovo articolo, destinato a favorire i processi di trasformazione, fusione o scissione delle associazioni e fondazioni conseguenti alla nuova configurazione tipologica degli enti del Terzo settore introdotta con il presente decreto legislativo*”.

4. *La pubblicità degli atti del procedimento.*

4.1. *Il principio dell'applicazione delle regole di pubblicità proprie del tipo organizzativo coinvolto nell'operazione.*

Quest'ultima disposizione è pienamente coerente con i principi dettati dal Codice secondo cui, per gli enti del Terzo settore, in linea di principio, la pubblicità degli atti relativi all'ente si attua nel registro unico nazionale del Terzo settore. In particolare è previsto che:

— “Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società ... iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore” (art. 4, primo comma, del Codice);

— “Gli enti del Terzo settore si iscrivono nel registro unico nazionale del Terzo settore” (art. 11, primo comma, del Codice);

— “Le associazioni e le fondazioni del Terzo settore possono, in deroga al decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361, acquistare la personalità giuridica mediante l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore” (art. 22, primo comma, del Codice);

— per gli enti del Terzo settore muniti di personalità giuridica, “Le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto devono risultare da atto pubblico e diventano efficaci con l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore” (art. 22, sesto comma, del Codice);

— per tutti gli enti del Terzo settore, “Nel Registro devono inoltre essere iscritte le modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto, le deliberazioni di trasformazione, fusione, scissione, di scioglimento, estinzione, liquidazione e cancellazione, i provvedimenti che ordinano lo scioglimento, dispongono la cancellazione o accertano l'estinzione, le generalità dei liquidatori e tutti gli altri atti e fatti la cui iscrizione è espressamente prevista da norme di legge o di regolamento” (art. 48, secondo comma, del Codice).

In altri termini l'art. 42-bis, ultimo comma, c.c. si è adeguato ad un principio in passato già enucleato in via interpretativa dalla dottrina, secondo cui i vari atti del procedimento di trasformazione, fusione e scissione devono ricevere “un'idonea pubblicità secondo la disciplina del tipo di struttura organizzativa coinvolta nell'operazione” (7).

(7) F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 81; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 111.

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

In particolare, laddove una trasformazione, una fusione o una scissione, coinvolga come ente di partenza e/o di arrivo sia associazioni e/o fondazioni sprovviste dei requisiti atti a qualificarle come enti del Terzo settore sia associazioni e/o fondazioni munite di siffatti requisiti:

— in caso di trasformazione, deve applicarsi il principio secondo cui *“L’atto di trasformazione è soggetto alla disciplina prevista per il tipo adottato ed alle forme di pubblicità relative, nonché alla pubblicità richiesta per la cessazione dell’ente che effettua la trasformazione”*, dettato dal secondo comma dell’art. 2500 c.c., che non a caso è espressamente richiamato dal nuovo art. 42-bis c.c.;

— nel caso di fusione o scissione, per ciascun ente partecipante o derivante dall’operazione, la pubblicità degli atti del procedimento sarà effettuata nel registro proprio dell’ente cui l’atto si riferisce.

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

Ne consegue che, a quanto pare, per gli enti del Terzo settore in forma di associazione riconosciuta, associazione non riconosciuta e/o fondazione, che rivestano la qualità di impresa sociale, le formalità pubblicitarie in questione dovranno essere effettuate presso l’apposita sezione del registro delle imprese di cui all’art. 5, secondo comma, del D.Lgs. 3 luglio 2017 n. 112 in materia di disciplina dell’impresa sociale (8).

4.2. *Il particolare caso delle associazioni non riconosciute.*

Una particolare menzione meritano le formalità pubblicitarie inerenti alle associazioni non riconosciute.

Ed invero il nuovo art. 42-bis c.c. espressamente riconosce ed ammette, al primo comma, che le operazioni di trasformazione, fusione o scissione possano riguardare anche *“associazioni [...] non riconosciute”*.

A fronte di ciò, come si è visto, all’ultimo comma, esso dispone che *“Gli atti relativi alle trasformazioni, alle fusioni e alle scissioni per i quali*

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

il libro V prevede l'iscrizione nel Registro delle imprese sono iscritti nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero, nel caso di enti del Terzo settore, nel Registro unico nazionale del Terzo settore".

In tal modo esso sembra a prima vista rendere obbligatoria la pubblicità, prescritta in materia di trasformazione, fusione e scissione dalle norme societarie richiamate, per qualsiasi operazione del genere che coinvolga enti *non profit*, e, fra essi, anche le associazioni non riconosciute.

E tuttavia l'esatto significato della menzionata disposizione va meglio individuato alla stregua di considerazioni di carattere sistematico e non già in base al mero tenore letterale della medesima.

Più precisamente può accadere che un'associazione non riconosciuta sia munita dei requisiti atti a qualificarla come ente del Terzo settore.

Tale possibilità, invero, è espressamente prevista:

— dall'art. 4, primo comma, del Codice, secondo cui *"Sono enti del Terzo settore [...] le associazioni, riconosciute o non riconosciute [...]";*

— dall'art. 20 del Codice, secondo cui le disposizioni del titolo IV del medesimo, che riguardano le associazioni e le fondazioni del terzo settore, *"si applicano a tutti gli enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione".*

Per altro verso, come si è già avuto modo di rilevare, l'acquisto della qualifica di ente del Terzo settore è condizionata, fra l'altro, all'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore (art. 4, primo comma, e art. 11, primo comma, del Codice), senza alcuna eccezione per le associazioni non riconosciute.

Anche a queste ultime, dunque, si applica la norma secondo cui *"Nel Registro devono inoltre essere iscritte le modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto, le deliberazioni di trasformazione, fusione, scissione [...]"* (art. 48, secondo comma, del Codice).

Se ne deve dedurre che le norme di cui all'art. 22 del Codice, sotto la rubrica *"Acquisto della personalità giuridica"*, si riferiscono ai soli enti del Terzo settore aventi la forma di associazione riconosciuta e di fondazione.

Alla stregua delle esposte considerazioni, gli atti del procedimento di trasformazione, fusione e scissione, che coinvolgano un'associazione non riconosciuta del Terzo settore, possono e debbono essere iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore, in conformità al dettato letterale dell'ultimo comma del nuovo art. 42-*bis* c.c.

Ciò in quanto, nel nuovo sistema normativo delineato dal D.Lgs. 3 luglio 2017 n. 117, le associazioni non riconosciute aventi la qualifica di ente del Terzo settore sono ormai soggette a pubblicità nel menzionato registro, pur se sprovviste di personalità giuridica.

Ma può anche accadere che l'operazione in questione coinvolga un'associazione non riconosciuta che sia sprovvista dei requisiti atti a qualificarla come ente del Terzo settore e come tale non sia iscritta né nel Registro delle Persone Giuridiche né nel Registro unico nazionale del Terzo settore.

In tal caso, con ogni evidenza, l'ultimo comma del nuovo art. 42-bis c.c. non potrà trovare applicazione.

Resta il problema di stabilire se gli atti del procedimento debbano essere assoggettati a qualche forma di pubblicità.

Si tratta di una questione non nuova alla prassi interpretativa.

In particolare già in passato si discuteva sulla possibilità che ad un'operazione straordinaria potessero partecipare società non assoggettate a pubblicità legale nel registro delle imprese, quali le società di fatto (9).

Ciò posto, in termini generali, il principale ostacolo alla concreta attuabilità di operazioni straordinarie di tal fatta è rappresentata dalla possibilità di effettuare i relativi adempimenti pubblicitari, laddove l'operazione coinvolga, come nel caso di specie, tipi di strutture organizzative non assoggettate ad iscrizione in un pubblico registro.

Come si è avuto modo di rilevare in altra sede (10), fra le diverse tesi sostenute in passato dalla dottrina, quella secondo cui dovrebbe attuarsi la sola forma di pubblicità relativa all'ente, partecipante o risultante dall'operazione, soggetto ad iscrizione in un pubblico registro (11), non è affatto peregrina.

Il nuovo sistema positivo consente, infatti, espressamente anche la tra-

(9) Sia consentito rinviare, anche per una più puntuale indicazione dei riferimenti bibliografici, a F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 67 e ss.; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 96 e ss..

Anche secondo M. SARALE, *La fusione eterogenea tra vecchia e nuova disciplina*, in *Giur. comm.*, 2004, II, 75 la possibilità che al procedimento di fusione partecipino società irregolari o comunque non iscritte nel registro delle imprese dimostrerebbe che la mancanza di un sistema di pubblicità in detto registro non costituirebbe di per sé ostacolo all'ammissibilità di una fusione eterogenea cui partecipino enti non societari "là dove al Registro delle imprese possa essere sostituito un analogo sistema di pubblicità legale o si possa ricorrere a strumenti di pubblicità equivalenti".

(10) F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 71; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 101.

(11) V. in tal senso in materia di trasformazione M. MALTONI, *La trasformazione eterogenea in generale*, in M. MALTONI-F. TASSINARI, *La trasformazione delle società*, Milano, 2011, 264; in materia di fusione A. MORANO - G. P. ZINI, *La nuova disciplina delle fusioni*, in *Le Società*, 1991, 905 ss. e forse M. DI SARLI, L., *Commento all'art. 2501*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, art. 2498 - 2506-quater, Milano, 2006, 442.

Nel senso della non necessità dell'iscrizione presso il registro delle imprese degli atti del procedimento di fusione relativi all'ente non iscritto v. dopo la riforma societaria, sia pure in relazione a fattispecie di fusione eterogenea con una associazione riconosciuta, A. ZOPPINI, *Fusione eterogenea per incorporazione e riforma del diritto societario: parere pro veritate*, in *Riv. not.*, 2004, 1284.

sformazione di una comunione di azienda o di un consorzio con attività interna in società, ancorché tali strutture organizzative non siano di per sé soggette ad iscrizione in pubblici registri (art. 2500-*octies* c.c.). In tali casi, inoltre, l'art. 2500-*nonies* c.c. assoggetta l'operazione all'opposizione dei creditori, anche se la pubblicità del registro delle imprese dell'atto di trasformazione *ex* art. 2500 c.c. non appare connessa ad alcun regime pubblicitario proprio della forma originaria dell'ente trasformato e, dunque, ad alcun sostenibile onere di informazione dei creditori dello stesso (12).

Ma anche ove si ritenga, per ragioni prudenziali, di esigere anche nel caso di specie l'adempimento di oneri informativi in relazione ai creditori dell'ente non iscritto in un pubblico registro, non sembra che la mancanza al riguardo di un sistema di pubblicità legale possa costituire un impedimento insormontabile all'attuazione dell'operazione.

Ciò quanto meno laddove si proceda, come sostenuto da parte della dottrina in materia di fusione (13), ad una comunicazione *ad personam*, anche a mezzo del servizio postale, degli atti del procedimento ai soggetti interessati ed in particolare ai creditori, in quanto la comunicazione *ad personam* rappresenta un *quid pluris* rispetto alla pubblicità legale.

Quest'ultima, infatti, assicura la conoscibilità, piuttosto che la conoscenza diretta, dell'atto sottoposto a pubblicità, laddove la comunicazione *ad personam* assicura la diretta conoscenza o, quanto meno, un grado ben superiore di conoscibilità dell'atto comunicato.

Né varrebbe a mio avviso obiettare che la cerchia dei soggetti aventi titolo a ricevere la comunicazione in esame non possa essere rimessa all'operato degli amministratori, come avverrebbe se si accogliesse tale soluzione.

Il sistema normativo, infatti, offre evidenti esempi di rimessione della tutela dei creditori all'individuazione degli stessi da parte degli amministratori degli enti coinvolti nell'operazione (14).

(12) V. al riguardo, in materia di trasformazione, M. MALTONI, *La trasformazione eterogenea in generale*, cit., 285, ove si sottolinea che "La tutela dell'affidamento del creditore è fondata normalmente sull'onere di monitoraggio delle forme di pubblicità cui è soggetto l'ente a cui ha fatto credito".

(13) V. in tal senso E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003, 21 s.

Secondo Trib. Verona 23 giugno 1993, in *Gius.*, 1994, 103 "in ipotesi di fusione per incorporazione di una società di fatto in una società di capitali risultano applicabili cumulativamente le disposizioni degli artt. 2499 e 2503 c.c."

(14) Si pensi l'art. 2503 c.c., il quale prevede che la fusione può essere attuata anche prima del termine per l'opposizione dei creditori, laddove consti il consenso dei creditori delle società che vi partecipano anteriori all'iscrizione prevista nel terzo comma dell'art. 2501-*ter* c.c. o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso, ovvero il deposito delle somme corrispondenti presso una banca.

Deve comunque osservarsi che l'applicazione pratica di tale sistema non è scevra da aspetti problematici, che si è già avuto modo di esaminare in altra sede (15).

Per altro verso si è in passato sostenuto che, a prescindere dalla soluzione che si ritenga di adottare per le questioni sopra esaminate, nulla sembrerebbe opporsi alla possibilità di attuare operazioni straordinarie che coinvolgano enti non societari, laddove questi siano comunque assoggettati a pubblicità nel registro delle imprese non in quanto tali, ma perché esercitino un'impresa commerciale, come avviene, ad esempio, per le associazioni che esercitino un'impresa, pur non potendo ovviamente distribuirne gli utili agli associati (16).

La predetta conclusione può in linea di massima essere condivisa, pur se non può sottacersi che anch'essa implica un certo adattamento delle regole pubblicitarie.

L'iscrizione di tali associazioni non riconosciute nel registro delle imprese discenderebbe, infatti, dall'applicazione degli artt. 2195 e ss. ed in tal caso la legge si limita a imporre l'obbligo della indicazione in sede di iscrizione degli elementi di cui all'art. 2196 c.c. (dati anagrafici, ditta, oggetto, sede, dati degli institori e procuratori), della iscrizione delle modificazioni di detti elementi e della cessazione dell'impresa (art. 2196, ultimo comma, c.c.) nonché della iscrizione delle sedi secondarie (art. 2197 c.c.).

L'estensione nel caso di specie dell'iscrizione nel registro delle imprese degli atti del procedimento di trasformazione, fusione o scissione, che non rientrerebbero *stricto jure* tra quelli soggetti ad iscrizione, deve dunque anche in questo caso essere affermata sulla base di un'interpretazione sistematica dell'ordinamento.

Peraltro la necessità di estendere la pubblicità nel registro delle imprese a tutti i fatti rilevanti nella vita dell'ente non societario, laddove questo sia assoggettato a pubblicità in detto registro in ragione dell'attività svolta, è espressamente contemplata nel D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 112 in

In tal caso, infatti, è evidente che l'acquisizione del consenso dei creditori, il loro pagamento o il deposito delle somme corrispondenti presuppone una individuazione a cura degli amministratori dei creditori stessi.

(15) F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 73; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 102.

(16) C. SANTAGATA, *Le Fusioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7^{**}, 1, Torino, 2004, 101 s.; *Massime elaborate dalla commissione società del consiglio notarile di Milano* (massima n. 52).

In senso contrario, prima della riforma del terzo settore, M.V. DE GIORGI, *Le vicende estintive e modificative*, in *Le persone giuridiche* a cura di Basile, Milano, 2005, 445; A. FUSARO, *Trasformazioni e fusioni tra enti non profit*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni, Riforma del diritto societario e enti non profit*, a cura di A. Zoppini e M. Maltoni, Milano, 2007, 144.

materia di disciplina dell'impresa sociale. Il secondo comma dell'art. 5 di tale provvedimento legislativo, infatti, dispone che *“Gli atti costitutivi, le loro modificazioni e gli altri atti relativi all'impresa devono essere depositati entro trenta giorni a cura del notaio o degli amministratori presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede legale, per l'iscrizione in apposita sezione”*.

5. *Il principio della possibilità per gli enti non profit di operare trasformazioni, fusioni o scissioni e le sue eccezioni.*

5.1. *Generalità.*

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

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

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

5.2. *Gli enti costituiti anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 42-bis c.c.*

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

Potrebbe, infatti, essere da taluno sostenuto che agli enti costituiti anteriormente a tale data non possa essere applicata la nuova norma, in ragione del principio dell'irretroattività delle leggi di cui all'art. 11 delle disp. prel. c.c., stante la mancanza di una specifica disposizione transitoria, come è stato in passato sostenuto in relazione alla trasformazione di associazioni in società introdotta all'art. 2500-*octies* c.c. dalla riforma del diritto societario (17).

Ma non pare che tale tesi sia fondata.

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

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

Ma è anche vero che la giurisprudenza e la dottrina più recenti sono ricorse alla c.d. dottrina del fatto compiuto, nel senso che si è ritenuto che lo *jus superveniens* non è applicabile non solo ai rapporti sorti e già esauriti sotto il vigore della legge abrogata, ma anche ai rapporti ancora in vita se in tal modo si incida sull'efficacia originaria del fatto che li ha generati (18).

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

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

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

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

Ed invero anche i soci di queste ultime associazioni potrebbero avva-

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

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

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

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

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

lersi della possibilità di introdurre il menzionato divieto di addivenire ad operazioni straordinarie, provvedendo ad integrare in tal senso lo statuto con le maggioranze prescritte dalla legge o dallo statuto stesso per le modificazioni di quest'ultimo.

Del resto, come avremo modo di rilevare nel prosieguo della presente trattazione (v. *infra* § 5.3.3), anche la soppressione del divieto in questione è di regola assoggettata al principio maggioritario, onde coloro che costituiscono un'associazione dopo l'entrata in vigore dell'art. 42-bis c.c. avendo cura di introdurre nello statuto siffatto divieto, non godono di un vero e proprio diritto individuale alla conservazione del medesimo, potendo questo essere soppresso dalla maggioranza senza il loro consenso.

5.3. *Il divieto statutario di realizzazione di operazioni straordinarie.*

5.3.1. *La possibilità di sopprimere il divieto statutario.*

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

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

Peraltro, per quanto attiene alle fondazioni, l'ammissibilità di modifiche statutarie era assai dibattuta in passato (19).

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

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

La fondazione, infatti, si caratterizza per la prevalenza della volontà del fondatore e dell'interesse e dei diritti dei beneficiari, che in essa volontà trovano la loro fonte. Una volta che il patrimonio sia stato destinato allo scopo, attraverso l'atto di dotazione, e che la fondazione abbia ottenuto il riconoscimento o, comunque, abbia iniziato la propria attività per espresa volontà dello stesso fondatore — che costituisce un'ipotesi di rinuncia tacita alla facoltà di revoca — il negozio di fondazione sfugge alla disponibilità di quest'ultimo. Sicché

La questione è stata risolta a seguito dell'emanazione del D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, il cui art. 2, terzo comma, sancisce che *“per le fondazioni, alla domanda è allegata la documentazione necessaria a comprovare il rispetto delle disposizioni statutarie inerenti al procedimento di modifica dello statuto”* (20).

Essa, infatti, consente oggi di aderire alla tesi, già sostenuta in passato dalla dottrina più moderna (21), in contrasto con l'orientamento tradizionale, secondo cui è ammessa *“la possibilità di apportare modificazioni statutarie anche per le fondazioni, che siano coerenti con il migliore realizzarsi dello scopo, valorizzando così il nesso di strumentalità della modifica con i fini dell'ente”* (22).

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

5.3.2. Ammissibilità della soppressione del divieto contestualmente all'operazione straordinaria.

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

— nelle associazioni riconosciute e nelle fondazioni non munite della qualifica di enti del Terzo settore, la modifica diretta alla soppressione della clausola di divieto è soggetta pur sempre alla condizione legale dell'appro-

le uniche modificazioni che possono intervenire successivamente a tale momento sono quelle per le quali è competente l'autorità governativa, indicate dagli artt. 25 (scioglimento dell'amministrazione e nomina di un commissario straordinario), 26 (coordinamento ed unificazione di amministrazione di più fondazioni) e 28 (trasformazione della fondazione) cod. civ.: il tutto nel rispetto, per quanto possibile, della volontà del testatore. Si discute poi se, oltre alle ipotesi ora richiamate, sia consentita, sempre nel mediante ricorso al procedimento di approvazione governativa ex art. 16, ult. co., cod. civ., la modificazione dell'indicazione relativa alla sede” (CNN, Studio n. 3367, *Il nuovo regime per il riconoscimento delle persone giuridiche private*, Approvato dalla Commissione Studi il 2 maggio 2001, est. A. RUOTOLO).

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

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

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

vazione da parte dell'autorità governativa della modifica all'assetto organizzativo dell'associazione ai sensi dell'art. 2 del D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361;

— nelle associazioni riconosciute e nelle fondazioni munite della qualifica di enti del Terzo settore, la modifica diretta alla soppressione della clausola di divieto è soggetta al peculiare procedimento “*omologatorio notarile*” di cui all'art. 22 del Codice ed in particolare alla disposizione secondo cui “*Le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto devono risultare da atto pubblico e diventano efficaci con l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore*”.

Ciononostante nulla sembra opporsi alla possibilità che la soppressione del divieto statutario e l'operazione straordinaria che era oggetto dell'abrogando divieto possano essere deliberate contestualmente, subordinando l'efficacia della trasformazione, fusione o scissione a quella del abrogazione del menzionato divieto statutario (23).

Si tratta della tecnica delle decisioni “a cascata” ben nota alla prassi societaria (24).

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

5.3.3. I limiti alla sopprimibilità del divieto.

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

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

Ed invero siffatto interrogativo si è posto in passato in relazione alla trasformazione di associazioni in società, per la quale l'art. 2500-*octies*, terzo comma, c.c. detta una disposizione analoga a quella in esame,

(23) V. *infra* § 6.3 nota 27.

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

prevedendo che “*La trasformazione di associazioni in società di capitali può essere esclusa dall’atto costitutivo*”.

Parte della dottrina ha ritenuto che la menzionata disposizione sarebbe “*espressione del diritto individuale degli associati al perseguimento dell’attività altruistica dell’ente per mezzo dell’organizzazione attuale*”, onde tale diritto individuale potrebbe essere oggetto di disposizione da parte dei rispettivi titolari solo con il consenso di ciascuno degli stessi e, dunque, all’unanimità (25).

L’opinione non è tuttavia pacifica, essendo significativamente rappresentata in dottrina anche l’opposta tesi, secondo cui il divieto in questione potrebbe essere soppresso con le ordinarie maggioranze previste per le modifiche statutarie (26).

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

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

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

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

Più complessa è la questione in materia di fondazioni, nelle quali la facoltà di addivenire a modifiche statuarie — che come si è visto è stata

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

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

ammessa solo recentemente, a seguito di un tormentato processo interpretativo — è pur sempre soggetta al vaglio della compatibilità delle modifiche proposte con la volontà del fondatore.

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

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

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

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

6. *I limiti alle operazioni straordinarie per gli enti che rivestono la qualità di impresa sociale.*

6.1. *La particolare disciplina delle operazioni straordinarie degli enti che rivestono la qualità di impresa sociale.*

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

A tale riguardo è, infatti, previsto che:

1) la trasformazione, la fusione e la scissione delle imprese sociali devono essere realizzate in modo da preservare l'assenza di scopo di lucro, i vincoli di destinazione del patrimonio, e il perseguimento delle attività e

delle finalità da parte dei soggetti risultanti dagli atti posti in essere (comma 1);

2) gli atti di trasformazione, fusione e scissione devono essere posti in essere in conformità alle disposizioni dell'apposito decreto adottato dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentito il Consiglio nazionale del Terzo settore (comma 2);

3) l'organo di amministrazione dell'impresa sociale notifica, con atto scritto di data certa, al Ministero del lavoro e delle politiche sociali l'intenzione di procedere ad uno degli atti di cui sopra, allegando la documentazione necessaria alla valutazione di conformità al citato decreto ovvero la denominazione dei beneficiari della devoluzione del patrimonio (comma 3);

4) l'efficacia degli atti di cui sopra è subordinata all'autorizzazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, che si intende concessa decorsi novanta giorni dalla ricezione della notificazione (comma 4);

5) in caso di perdita volontaria della qualifica di impresa sociale, il patrimonio residuo è devoluto ad altri enti del Terzo settore costituiti ed operanti da almeno tre anni o ai fondi di cui all'articolo 16, comma 1, del D.Lgs. 3 luglio 2017 n. 112 secondo le disposizioni statutarie (comma 5).

6.2. *Gli effetti della mancanza dell'autorizzazione ministeriale.*

Da tali disposizioni sembra potersi innanzitutto dedurre che la mancanza della predetta autorizzazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali non determina l'invalidità degli atti eventualmente posti in essere, ma solo inefficacia dei medesimi fino al rilascio della predetta autorizzazione, che dunque può utilmente essere emessa dopo il compimento dei medesimi.

A tale proposito ci si deve chiedere se ed in che modo il rilascio di siffatta autorizzazione, per provvedimento espresso o per silenzio — assenso, interferisca sugli adempimenti pubblicitari previsti per le operazioni in esame.

In mancanza di un'espressa disposizione al riguardo, deve ritenersi a mio avviso applicabile per analogia al caso di specie la disposizione, introdotta dalla riforma del diritto societario, di cui all'art. 223-*quater* disp. att. c.c., secondo cui *“Nel caso in cui la legge prevede che le autorizzazioni di cui agli articoli 2329, numero 3), e 2436, secondo comma, del codice civile siano rilasciate successivamente alla stipulazione dell'atto costitutivo o, rispettivamente, alla deliberazione, i termini previsti dalle suddette*

disposizioni decorrono dal giorno in cui l'originale o la copia autentica del provvedimento di autorizzazione è stato consegnato al notaio”.

Ne consegue che, in pendenza dell'autorizzazione in questione, il notaio rogante potrà ricevere atti o delibere inerenti alla trasformazione, fusione o scissione in questione, ma potrà e dovrà iscriverli nell'apposita sezione del registro delle imprese (v. *retro* § 4.1.) solo dopo il rilascio dell'autorizzazione medesima.

6.3. *La perdita volontaria della qualifica di impresa sociale e la sua incidenza sulla possibilità di porre in essere operazioni straordinarie.*

Per altro verso parrebbe che i requisiti prescritti ai precedenti punti 1) e 2) siano necessari solo se l'ente intenda conservare la qualifica di impresa sociale.

Pertanto laddove esso:

— delibere la “*perdita volontaria della qualifica di impresa sociale*” in conformità al punto 5) che precede, devolvendo il proprio patrimonio ad altri enti del Terzo settore costituiti ed operanti da almeno tre anni o ai fondi di cui all'articolo 16, comma 1, del D.Lgs. 3 luglio 2017 n. 112,

— ricostituisca mediante contribuzioni degli associati o dei fondatori un patrimonio idoneo a continuare la propria attività,

esso potrebbe dare corso ad operazioni di trasformazione, fusione e scissione senza dover rispettare le condizioni di cui ai punti 1) e 2) che precedono.

Ciò posto, non pare implausibile ipotizzare che, in questi casi, la perdita volontaria della qualifica di impresa sociale e la trasformazione, la fusione e la scissione prive dei requisiti *sub* 1) e 2) possano essere poste in essere contestualmente, subordinando l'efficacia dell'operazione a quella della delibera diretta ad attuare la perdita volontaria della qualifica di impresa sociale (27).

(27) Sul problema, in parte analogo, della possibilità di deliberare contestualmente l'eliminazione delle clausole della mutualità prevalente e la trasformazione in società lucrativa e sul coordinamento tra l'art. 2545-*octies*, ultimo comma, c.c. e l'art. 2545-*undecies*, ultimo comma, c.c. v. per tutti G. PETRELLI, *Le cooperative nella riforma del diritto societario — analisi di alcuni aspetti controversi*, Studio CNN n. 5506/I, par. 8, ove ampi riferimenti bibliografici; M. MALTONI, *Società cooperative e trasformazione*, in M. MALTONI - F. TASSINARI, *La trasformazione delle società*, Milano, 2011, 334 ss.; CNN, Studio n. 7-2006/I, *Brevi considerazioni sul problema della trasformazione di società cooperativa in società lucrativa contestuale alla perdita della mutualità prevalente*, Approvato dal Gruppo di studio sulla Riforma delle Società Cooperative il 14 gennaio 2006, est. G. A. M. TRIMARCHI; *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari* (massima K.A.32).

Del resto in tal senso sembra deporre proprio la lettera del citato art. 12, terzo comma, del D.Lgs. 3 luglio 2017 n. 112, laddove esso afferma che l'organo di amministrazione dell'impresa sociale notifica, con atto scritto di data certa, al Ministero del lavoro e delle politiche sociali l'intenzione di procedere ad uno degli atti di cui sopra, allegando la documentazione necessaria alla valutazione di conformità al decreto di cui al comma 2 "ovvero la denominazione dei beneficiari della devoluzione del patrimonio".

In altri termini tale disposizione sembra porre la devoluzione del patrimonio, che consegue alla perdita della qualifica di impresa sociale, quale alternativa alla necessità di rispettare le disposizioni del predetto decreto. Ma tali disposizioni, a loro volta, dovrebbero essere dirette a far sì che la trasformazione, la fusione e la scissione delle imprese sociali siano realizzate in modo da preservare l'assenza di scopo di lucro, i vincoli di destinazione del patrimonio, ed il perseguimento delle attività e delle finalità da parte dei soggetti risultanti da tali operazioni.

Per altro verso proprio il dettato letterale del citato art. 12, terzo comma, induce a ritenere che, anche in caso di operazione straordinaria deliberata contestualmente alla perdita volontaria della qualifica di impresa sociale, sia necessario chiedere ed ottenere, per provvedimento espresso o per silenzio assenso, l'autorizzazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Ed invero la necessità di indicare nell'istanza diretta ad ottenere siffatto provvedimento "la denominazione dei beneficiari della devoluzione del patrimonio" è con ogni evidenza diretta a consentire all'autorità competente di verificare che tali beneficiari siano muniti dei requisiti prescritti dal quinto comma del citato art. 12.

7. La trasformazione.

7.1. Generalità.

Il nuovo art. 42-bis c.c. provvede innanzitutto ad eliminare ogni dubbio sull'ammissibilità di trasformazioni operanti esclusivamente nell'ambito dei tipi afferenti agli enti *non profit*, che in passato era stata oggetto di discussione.

Una cospicua parte delle giurisprudenza (28), infatti, aveva negato la

(28) Cons. Stato parere 20 dicembre 2000 n. 288; Cons. Stato parere 30 gennaio 2015 n. 296; TAR Toscana 16 novembre 2004, n. 5282, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 2, 178; TAR Lazio Roma, sez. I *ter*, 29 gennaio 2009 n. 460 (ord.); TAR Toscana 24 novembre 2011 n. 1811; TAR Piemonte, sez. I, 31 maggio 2012 n. 781, secondo cui "l'obiettivo di trasformare

possibilità di addivenire a siffatte trasformazioni sulla base della supposta tassatività delle ipotesi di trasformazione previste dagli artt. 2498 e ss. c.c.

Altra parte della giurisprudenza (29) aveva, invece, ammesso la trasformazione diretta da associazione in fondazione ritenendo, al contrario, che:

— la trasformazione fosse un istituto di carattere generale, il cui ambito di applicazione non potesse ritenersi limitato alle specifiche fattispecie previste dagli artt. 2498 e ss. c.c.;

— sarebbe stato contrario al principio dell'economia dei mezzi giuridici costringere l'ente interessato a sciogliersi per ricostituirsi nella forma desiderata.

7.2. *Le differenze fra la trasformazione di cui all'art. 42-bis c.c. e quella di cui all'art. 28 c.c.*

Ciò posto, deve sottolinearsi che, come è già stato rilevato con riferimento alla trasformazione eterogenea di cui all'art. 2500-*octies* c.c. (30), il fenomeno della trasformazione disciplinato dal nuovo art. 42-*bis* c.c. è sostanzialmente diverso da quello previsto dall'art. 28 c.c., il quale, sotto la rubrica "*trasformazione delle fondazioni*", dispone che "*Quando lo scopo è esaurito o divenuto impossibile o di scarsa utilità, o il patrimonio è divenuto insufficiente, l'autorità governativa, anziché dichiarare estinta la fondazione, può provvedere alla sua trasformazione, allontanandosi il meno possibile dalla volontà del fondatore*".

un'associazione non riconosciuta in fondazione deve necessariamente essere perseguita attraverso la preventiva estinzione dell'associazione (preceduta dalla fase di liquidazione degli eventuali creditori sociali) e la successiva costituzione ex novo della fondazione quale soggetto di diritto nuovo, autonomo e titolare di un patrimonio svincolato dalle vicende e dai rapporti giuridici facenti capo alla pregressa associazione, come tale suscettibile di essere valutato dal Prefetto sotto il profilo della adeguatezza al perseguimento dello scopo statutario, ai fini dell'iscrizione dell'ente nel registro delle persone giuridiche e del riconoscimento della personalità giuridica".

(29) TAR Lombardia, sez. I, 13 febbraio 2013 n. 445; Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2014 n. 5226.

Nello stesso senso *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari (massima K.A.40)*; «*Linee guida per la trasformazione eterogenea degli enti non profit nell'ottica della tutela dei creditori e del controllo di congruità del patrimonio dell'ente trasformato*», emanate dalla Regione Lombardia in data 9 maggio 2013; CNN, *Quesito n. 254-2008/I, Trasformazione di associazione non riconosciuta in fondazione*, est. A. RUOTOLO; CNN, *Studio n. 52-2010/I, La trasformazione degli enti non profit*, est. A. RUOTOLO; CNN, *Quesito di Impresa n. 219-2013/I, Trasformazione di associazione sportiva dilettantistica non riconosciuta in fondazione*, est. A. RUOTOLO e D. BOGGIALI.

Sull'inesistenza di un principio di tipicità delle trasformazioni in generale v. anche *Massime elaborate dalla commissione società del Consiglio notarile di Milano* (massima n. 20).

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

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

Per di più la "trasformazione" ex art. 28 c.c. è disposta dall'autorità governativa quale alternativa all'estinzione dell'ente, mentre l'istituto di cui all'art. 42-bis c.c., come avremo modo di rilevare, è disciplinato dalla legge alla stregua di una modificazione statutaria e ne segue il relativo procedimento deliberativo.

In ogni caso la dottrina è concorde nel sostenere che quella che l'art. 28 c.c. definisce come "trasformazione" può costituire in realtà una modificazione statutaria che non integra necessariamente un cambiamento del tipo organizzativo, potendo consistere anche nella mera modifica dello scopo, nel mutamento dell'ambito territoriale di operatività o nella fusione con altre fondazioni (31).

7.3. I profili tipologici oggetto della trasformazione.

7.3.1. Generalità.

Come si è già avuto modo di rilevare, la trasformazione disciplinata dall'art. 42-bis c.c. deve operare all'interno dei tipi ascrivibili all'associazione riconosciuta, all'associazione non riconosciuta ed alla fondazione (32). Laddove, infatti, il tipo di partenza o quello di arrivo fosse

(31) M.V. DE GIORGI, *Le vicende estintive e modificative*, cit., 434; M. MALTONI, *Fondazioni e trasformazione eterogenea*, 428.

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

(32) La norma non prevede espressamente fra i tipi organizzativi fra i quali è possibile la trasformazione la figura del comitato. Nondimeno, considerato che il comitato viene pur sempre assimilato alla figura dell'associazione (cfr. Cass. 25 giugno 1994 n. 6032) o della fondazione (F. SANTORO - PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 49) ovvero ad una sorta di combinazione di tali due forme (cfr. F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 36-42, Bologna-Roma, 1976, 269 e ss.), sembra che esso possa rientrare a pieno titolo nell'ambito di applicazione dell'art. 42-bis c.c.

In passato:

— per l'ammissibilità della trasformazione di un comitato in un'associazione non riconosciuta v. CNN, Quesito n. 71-2006/I, *Trasformazione di comitato in associazione non riconosciuta*, est. A. RUOTOLO;

— per l'ammissibilità della trasformazione di un comitato "in un ente munito di personalità giuridica, quale la Fondazione, in forza di una vicenda evolutiva che deve ritenersi consentita in presenza di una volontà in tal senso manifestata all'atto della sua Costituzione" Cass. 12 giugno 1986, n. 3898, in *Corr. giur.*, 1986, 840.

societario, troverebbero applicazione le norme di cui agli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* c.c.

7.3.2. *La trasformazione di associazione non riconosciuta in associazione riconosciuta e viceversa.*

Deve al riguardo sottolinearsi che il legislatore ha ritenuto sussumibile nell'ambito della trasformazione anche il passaggio dallo schema dell'associazione non riconosciuta a quello dell'associazione riconosciuta e viceversa.

Indicativo in tal senso è innanzitutto il dettato letterale dell'art. 42-*bis* c.c. ove esso prevede che “*le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni di cui al presente titolo possono operare reciproche trasformazioni*”.

In tal modo il legislatore sembra aderire all'orientamento dottrinario (33) secondo cui l'associazione non riconosciuta costituisce un tipo organizzativo diverso da quello dell'associazione riconosciuta, come tale soggetto ad una disciplina propria, costituita prioritariamente dagli “*accordi degli associati*” (art. 36 c.c.).

Da tale impostazione, invero, si era dedotto che:

— fosse possibile applicare, in mancanza di una diversa previsione degli accordi fra gli associati, alle associazioni non riconosciute talune norme che disciplinano l'associazione riconosciuta solo in via analogica, ricorrendone i relativi presupposti, e non in via diretta (34);

— l'associazione costituita al fine di ottenere il riconoscimento come persona giuridica e non ancora riconosciuta (c.d. associazione in attesa di riconoscimento) non potesse essere considerata ascrivibile al tipo dell'associazione non riconosciuta di cui agli artt. 36 e ss. c.c. (35).

Della scelta operata dalla riforma del Terzo settore si ha conferma

(33) A. AURICCHIO, voce *Associazioni (in generale)*, in *Enc. Dir.*, III, Milano 1958, 877; G. CAPOZZI, *Le associazioni in attesa di riconoscimento*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1970, 2, 468 e ss.

Contra D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano 1952, 27 e ss.; F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, cit., 108, secondo cui associazioni riconosciute e non riconosciute apparterebbero al medesimo schema organizzativo, onde la distinzione fra le due fattispecie dipenderebbe solo da un elemento meramente estrinseco, costituito dal riconoscimento. Nello stesso senso Pret. Fasano 28 febbraio 1981, in *Giur it.*, 1982, I, 2, 194.

(34) Cass. 16 novembre 1976 n. 4252, in *Riv. not.*, 1977, 2, 595. *Contra* Pret. Fasano 28 febbraio 1981 cit.

(35) G. CAPOZZI, *Le associazioni in attesa di riconoscimento*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1970, 2, 468 e ss.

anche dalla lettura di altre disposizioni del Codice, che si è già avuto modo di esaminare in precedenza.

In particolare il legislatore ha previsto che possano rivestire la qualifica di enti del Terzo settore sia le associazioni riconosciute che quelle non riconosciute (cfr. art. 4, primo comma, e art. 20 del Codice).

Per altro verso, come si è già avuto modo di rilevare, l'acquisto della qualifica di ente del Terzo settore è condizionata, fra l'altro, all'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore (art. 4, primo comma, e art. 11, primo comma, del Codice), senza alcuna eccezione per le associazioni non riconosciute.

E tuttavia l'acquisto della personalità giuridica da parte degli enti del Terzo settore aventi la forma di associazione riconosciuta può avvenire, in deroga al D.P.R. 10 febbraio 2000 n. 361, con l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore, mediante un'apposita procedura che prevede l'intervento notarile (art. 22, primo comma, del Codice).

In altri termini, pur essendo l'iscrizione in tale registro potenzialmente attributiva della personalità giuridica, in base alla nuova normativa sussistono associazioni non riconosciute come persone giuridiche e tuttavia iscritte nel medesimo registro.

Ma un siffatto sistema non avrebbe alcun senso se non ritenendo che associazioni riconosciute e associazioni non riconosciute costituiscano tipi associativi diversi.

Si vuole evidentemente in tal modo consentire alle associazioni non personificate di mantenere il profilo tipologico dell'associazione non riconosciuta anche laddove esse assumano la qualifica di enti del terzo settore.

Alla stregua delle esposte considerazioni, non sembra possa attribuirsi eccessiva rilevanza al dettato letterale dell'art. 22, quinto comma, del Codice, secondo cui, quando risulta che il patrimonio minimo di cui al comma 4 è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, l'associazione riconosciuta o la fondazione deve deliberare senza indugio la ricostituzione del patrimonio minimo oppure *“la trasformazione, la prosecuzione dell'attività in forma di associazione non riconosciuta, la fusione o lo scioglimento dell'ente”*.

È vero che in tale disposizione la *“prosecuzione dell'attività in forma di associazione non riconosciuta”* è considerata distintamente rispetto a quella della trasformazione, ma è anche vero che tale previsione non pare poter sorreggere la tesi dell'insussistenza di un mutamento tipologico nel passaggio dall'associazione riconosciuta a quella non riconosciuta, alla stregua delle considerazioni di carattere sistematico sopra illustrate.

La scelta operata dal legislatore nel senso poc'anzi indicato implica, pertanto, che al passaggio da associazione non riconosciuta ad associazione riconosciuta e viceversa debbano applicarsi tutte le regole dettate dall'art. 42-*bis* c.c. per la trasformazione e, fra queste:

— l'obbligo di redigere una relazione relativa alla situazione patrimoniale dell'ente in via di trasformazione contenente l'elenco dei creditori, aggiornata a non più di centoventi giorni precedenti la delibera di trasformazione, nonché la relazione di cui all'articolo 2500-*sexies* c.c.,

— l'assoggettamento dell'operazione al diritto di opposizione da parte dei creditori *ex* art. 2500-*nonies* c.c.

Tali conseguenze possono a prima vista destare perplessità, atteso che, anche considerando associazione riconosciuta e associazione non riconosciuta come enti dal profilo tipologico diverso, si tratta pur sempre di entità molto simili quanto allo scopo ed alla struttura.

Tuttavia, a ben vedere, il passaggio da associazione non riconosciuta ad associazione riconosciuta e viceversa può comportare, nel sistema normativo risultante dal codice civile e dal Codice del Terzo settore, conseguenze rilevanti sul piano dell'integrità del patrimonio dell'ente e/o della responsabilità per le obbligazioni contratte dal medesimo, che possono giustificare, almeno in parte, l'assoggettamento alle rigorose regole proprie della trasformazione.

In particolare, sotto il profilo dell'integrità del patrimonio:

— la trasformazione da associazione non riconosciuta ad associazione riconosciuta, implica la necessità della verifica della congruità del patrimonio dell'ente ovvero, laddove si tratti di ente del terzo settore, del rispetto del minimo patrimoniale prescritto dal quarto comma dell'art. 22 del Codice;

— la trasformazione da associazione riconosciuta del Terzo settore ad associazione non riconosciuta implica il venir meno del regime legale di cui al quinto comma del citato art. 22 del Codice diretto a garantire che, durante la vita dell'associazione, quest'ultima conservi il valore patrimoniale minimo di cui al quarto comma.

Invece, sotto il profilo della responsabilità per le obbligazioni contratte dall'ente la trasformazione da associazione non riconosciuta ad associazione riconosciuta implica, per i creditori dell'ente, un mutamento *in pejus*.

Più precisamente:

— nelle associazioni non riconosciute delle obbligazioni rispondono, oltre al fondo comune, “*anche personalmente e solidalmente coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione*” (art. 38 c.c.);

— nelle associazioni riconosciute “*per le obbligazioni dell’ente risponde soltanto l’ente con il suo patrimonio*” (art. 22, ultimo comma, del Codice).

In quest’ultimo caso, il legislatore, assoggettando l’operazione al regime proprio della trasformazione ha predisposto uno specifico rimedio.

Si tratta in particolare dell’art. 2500-*quinquies*, richiamato dall’art. 42-*bis* c.c., secondo cui “*La trasformazione non libera i soci a responsabilità illimitata dalla responsabilità per le obbligazioni sociali sorte prima degli adempimenti previsti dal terzo comma dell’articolo 2500, se non risulta che i creditori sociali hanno dato il loro consenso alla trasformazione*”.

Il richiamo a tale disposizione, peraltro, deve essere interpretato nei limiti della compatibilità con i tipi associativi coinvolti, come del resto espressamente dispone l’art. 42-*bis* c.c.

Ne consegue che, non essendovi nelle associazioni, riconosciute e non, e nelle fondazioni “*soci a responsabilità illimitata*”, non rimane che ritenere che il legislatore abbia inteso nella specie riferirsi a soggetti che assumono responsabilità illimitata per le obbligazioni dell’ente, pur non essendone soci. Si tratta, dunque, di coloro che hanno agito in nome e per conto dell’associazione non riconosciuta di cui al citato art. 38 c.c. (36).

7.3.3. *Le associazioni in attesa di riconoscimento.*

L’assoggettamento alle regole proprie della trasformazione del passaggio da associazione non riconosciuta ad associazione riconosciuta pone, dunque, il problema di stabilire se ricorra il fenomeno della trasformazione laddove un’associazione già costituita intenda chiedere il riconoscimento come persona giuridica.

Occorre in tal caso verificare, sotto il profilo causale, se l’associazione ha inteso costituirsi nella forma di associazione riconosciuta ovvero nella forma di associazione non riconosciuta.

A parere di chi scrive è necessario a tale riguardo distinguere fra:

- 1) associazioni costituite con il precipuo scopo di chiedere il riconoscimento come persone giuridiche;
- 2) associazioni originariamente costituite al fine di svolgere la propria attività senza chiedere siffatto riconoscimento.

(36) A tale riguardo giova ricordare che Trib. Bologna 18 aprile 2017 n. 1109, in www.ilcaso.it, in una fattispecie di trasformazione da associazione non riconosciuta in società, ha ritenuto applicabile per analogia l’art. 2500-*quinquies* c.c. ai fini della responsabilità di coloro che hanno agito in nome e per conto dell’associazione *ex* art. 38 c.c.

Nel primo caso non ricorre l'istituto della trasformazione, ma l'ente che chiede il riconoscimento non fa altro che dare corso all'intendimento manifestato all'atto della costituzione.

Nel secondo caso, invece, non basta che l'associazione originariamente sprovvista del riconoscimento come persona giuridica ne faccia richiesta, ma si deve previamente dare corso ad un vero e proprio mutamento del tipo associativo secondo le regole proprie della trasformazione.

Individuare quando ricorra l'ipotesi sub 1) o quella sub 2) non è peraltro agevole, in ragione del fatto che il riconoscimento come persona giuridica è un elemento che, per definizione, sopraggiunge successivamente alla redazione dell'atto costitutivo (37).

Nondimeno, laddove l'associazione costituita con il precipuo scopo di chiedere il riconoscimento come persona giuridica, chieda ed ottenga siffatto riconoscimento, pur dopo avere agito per un certo periodo sprovvista dello stesso (c.d. associazione in attesa di riconoscimento), non può certamente ritenersi che ricorra il fenomeno della trasformazione.

Il profilo tipologico cui ha inteso aderire dal punto di vista causale l'ente in questione, non può, infatti, mutare in ragione di elementi di fatto successivi alla stipulazione dell'atto costitutivo, ma solo in dipendenza di delibere assembleari dirette a produrre tale risultato.

Del resto la delibera di trasformazione di un'associazione non riconosciuta in un'associazione riconosciuta non è idonea di per sé sola ad attribuire all'ente il riconoscimento come persona giuridica, ma solo ad imprimere allo stesso la connotazione tipologica atta ad ottenere il medesimo.

Ai fini del riconoscimento dell'associazione oggetto di trasformazione come persona giuridica, sarà dunque necessario un *quid pluris* successivo alla delibera di trasformazione e precisamente:

— per le associazioni sprovviste dei requisiti propri degli enti del Terzo settore sarà necessario chiedere ed ottenere il riconoscimento come persona giuridica secondo le disposizioni di cui al D.P.R. 10 febbraio 2000 n. 361;

(37) Si tratta di una *quaestio voluntatis*.

Nondimeno è ragionevole ritenere che ricorra l'ipotesi sub 1) laddove nell'atto costitutivo o nello statuto, redatti in forma pubblica, sia espressamente prevista l'intenzione di chiedere il riconoscimento come persona giuridica ovvero si faccia rinvio a disposizioni di legge che riguardino solo le associazioni riconosciute.

Ricorrerà, verosimilmente, l'ipotesi sub 2) laddove nell'atto costitutivo sia redatto per scrittura privata, anche se autenticata, in quanto in tal caso mancherebbe la forma richiesta per la costituzione di un'associazione riconosciuta, ovvero si faccia rinvio a disposizioni di legge che riguardino solo le associazioni non riconosciute.

— per le associazioni munite di tali requisiti sarà possibile ottenere tale riconoscimento con la speciale procedura di cui all'art. 22 del Codice.

Ma, se ciò è vero, se ne deve dedurre che, per converso ed in coerenza con principi sopra esposti, l'associazione costituita con il precipuo scopo di chiedere il riconoscimento come persona giuridica, che intenda successivamente rinunciare a chiedere il medesimo prima di averlo ottenuto, deve deliberare la propria trasformazione in associazione non riconosciuta seguendo le regole di cui all'art. 42-bis c.c., in quanto si determina pur sempre un mutamento del profilo tipologico dell'ente.

7.3.4. *La “trasformazione” delle fondazioni comuni in fondazioni di partecipazione.*

La circostanza che, come si è avuto modo di osservare, la trasformazione disciplinata dall'art. 42-bis c.c. debba operare fra i tipi ascrivibili all'associazione riconosciuta, all'associazione non riconosciuta ed alla fondazione, pone il problema di stabilire se ricorra il fenomeno della trasformazione in senso tecnico allorché una fondazione comune intenda assumere la forma di fondazione di partecipazione.

È noto che con quest'ultima espressione si intende alludere ad un fenomeno consolidatosi nella prassi “*che nasce come reazione all'inadeguatezza del modello tradizionale di fondazione, connotato dal distacco dell'ente dal fondatore, da una dotazione patrimoniale iniziale autosufficiente al perseguimento dello scopo e dalla posizione servente dell'organo amministrativo.*”

Si è proposta così all'attenzione degli enti pubblici e dei soggetti privati un nuovo tipo di fondazione, i cui tratti originali e caratterizzanti sarebbero rappresentati:

a. dalla pluralità di fondatori o comunque di partecipanti all'iniziativa mediante un apporto di qualsiasi natura purché utile al raggiungimento degli scopi;

b. dal principio di partecipazione attiva alla gestione dell'ente da parte di tutti i fondatori o partecipanti all'ente, principio che conforma l'organizzazione dell'ente stesso e le sue regole di azione; in altri termini, l'ente è organizzato in una pluralità di organi al fine di consentire una partecipazione attiva di tutti gli aderenti alla fase gestionale;

c. dalla formazione progressiva del patrimonio, per cui la dotazione patrimoniale iniziale non è autosufficiente e definitiva, ma aperta ad incrementi per effetto di adesioni successive da parte di soggetti ulteriori rispetto ai fondatori.

Si segnala poi che la prassi ha tendenzialmente consolidato uno schema organizzativo costruito su due livelli: uno a valenza "istituzionale" (che può essere articolato su più organi), cui partecipano i fondatori e gli altri partecipanti, con funzione di definizione delle linee guida dell'azione volta al perseguimento dello scopo; l'altro a valenza gestionale ed esecutiva dei piani programmatici decisi dal primo.

Nel quadro della fattispecie concreta dipinto dai cultori dell'istituto il punto focale sembra rappresentato dalle modalità di articolazione della struttura dell'ente, che deve essere tale da garantire la possibilità di partecipazione dei "conferenti" ai processi attuativi dello scopo al cui conseguimento gli apporti da ciascuno effettuati sono destinati.

A tal fine, pur nella variabilità degli schemi organizzativi in concreto adottati («tanto è vero che risulta corretto affermare come sia ben difficile trovare fondazioni di partecipazione tra loro identiche») il dato comune sembra rappresentato dall'attribuzione statutaria delle funzioni di governo dell'ente ad un organismo che opera con metodo assembleare, mentre agli amministratori sono assegnate solo mansioni esecutive» (38).

E tuttavia non si è mai dubitato che tale fenomeno fosse ascrivibile al tipo della fondazione.

Piuttosto la dottrina ha cercato di individuare i limiti entro i quali l'uso del tipo fondazionale per le finalità sopra illustrate poteva considerarsi legittimo.

A tale riguardo si è ritenuto innanzitutto che l'inserimento di variazioni nella tradizionale struttura organizzativa caratteristica delle fondazioni nel senso sopra precisato debba essere effettuato in modo da evitare "pratiche abusive, nelle quali il perseguimento di fini egoistici dei fondatori medesimi prevalga sulla necessaria eterodestinazione del risultato dell'attività" (39).

Si è, inoltre, da alcuni autori ritenuto che costituisse una caratteristica essenziale della fondazione l'"immutabilità dello scopo se non per intervento della Pubblica Autorità (art. 27, 28, 2500-octies c.c.)", onde sarebbe "certamente incompatibile con il tipo fondazionale [...] l'attribuzione della disponibilità dello scopo anche da parte dei soci fondatori [...] Nello stesso senso risulta incompatibile la previsione dell'estinzione dell'ente per deci-

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

Sul fenomeno della fondazione di partecipazione v. in particolare E. BELLEZZA - F. FLORIAN, *Le fondazioni di partecipazione*, Piacenza, 2006.

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

sione dell'assemblea dei fondatori o per decisione degli amministratori, dal momento che essa è dichiarata con provvedimento discrezionale dell'Autorità amministrativa al verificarsi di una delle cause previste dalla legge o dall'atto di fondazione.

L'eventuale concessione all'organo amministrativo del potere discrezionale di decidere la trasformazione, la fusione o l'estinzione dell'ente dovrà pertanto essere declassata a mera facoltà di proporre tali vicende organizzative all'Autorità amministrativa" (40).

Come avremo modo di rilevare nel prosieguo della presente trattazione (v. *infra* § 7.8.3), la riforma del Terzo settore sembra avere in qualche modo attenuato le rigidità come sopra individuate dalla corrente di pensiero testé esposta (41).

Nondimeno, per quanto interessa in questa sede, laddove una fondazione comune intenda assumere la forma di fondazione di partecipazione, essa si limiterebbe ad operare una normale modifica statutaria afferente all'assetto organizzativo dell'ente, senza porre in essere una trasformazione in senso tecnico, in quanto siffatta modifica verrebbe effettuata all'interno del tipo della fondazione (42).

A tale fenomeno, pertanto, non si applicano le disposizioni di cui all'art. 42-bis c.c.

7.4. I limiti alla trasformabilità.

L'art. 42-bis c.c. dichiara applicabile alla trasformazione in esame l'art. 2499 c.c., che consente l'operazione anche in pendenza di una procedura concorsuale, purché non vi siano incompatibilità con le finalità o lo stato della stessa. In tal caso si suppone, pertanto, che si tratti di ente che eserciti un'attività di impresa suscettibile di causare l'instaurarsi di una procedura concorsuale (43).

Non sono invece richiamati:

— l'art. 2500-octies c.c. secondo cui "*la trasformazione di associa-*

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

(41) Ma già prima della riforma del Terzo settore si era da altri ritenuto che "*sicuramente legittima sarebbe, invece, la modifica parziale delle finalità originarie, soprattutto quando queste rinviano a una più ampia categoria all'interno della quale è possibile e legittima una variazione*" (G. PONZANELLI, *La fondazione tra autonomia dei privati ed intervento del legislatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 421).

(42) In tal senso v., già prima della riforma del Terzo settore, CNN, Quesito n. 31-2008/I, "*Trasformazione*" di fondazione comune in fondazione di partecipazione, est. A. RUOTOLO.

(43) In tal senso recentemente App. Venezia 20 luglio 2015 n. 1801, in *www.unijuris.it*.

zioni in società di capitali [...] non è comunque ammessa per le associazioni che abbiano ricevuto contributi pubblici oppure liberalità e oblazioni del pubblico”;

— l’art. 223-octies, disp. att. c.c. secondo cui “La trasformazione prevista dall’articolo 2500-octies del codice civile è consentita alle associazioni e fondazioni costituite prima del 1° gennaio 2004 soltanto quando non comporta distrazione, dalle originarie finalità, di fondi o valori creati con contributi di terzi o in virtù di particolari regimi fiscali di agevolazione”.

La ragione di ciò è evidente.

Le norme restrittive sopra illustrate sono, infatti, con ogni evidenza dirette ad impedire la distrazione di fondi pubblici che deriverebbe dall’assunzione della causa lucrativa caratteristica della società da parte dell’ente che risulta dalla trasformazione.

Ma tale distrazione non può evidentemente verificarsi laddove la trasformazione operi nell’ambito di tipi organizzativi tutti caratterizzati dall’assenza dello scopo di lucro soggettivo (44).

7.5. Gli adempimenti preliminari della trasformazione.

7.5.1. Generalità.

Per quanto attiene agli adempimenti preliminari connessi alla trasformazione:

1) l’art. 42-bis c.c. prescrive che “L’organo di amministrazione deve predisporre una relazione relativa alla situazione patrimoniale dell’ente in via di trasformazione contenente l’elenco dei creditori, aggiornata a non più di centoventi giorni precedenti la delibera di trasformazione, nonché la relazione di cui all’articolo 2500-sexies, secondo comma”;

2) l’articolo 2500-sexies, secondo comma, c.c. a sua volta dispone che “Gli amministratori devono predisporre una relazione che illustri le motivazioni e gli effetti della trasformazione. Copia della relazione deve restare depositata presso la sede sociale durante i trenta giorni che precedono l’assemblea convocata per deliberare la trasformazione; i soci hanno diritto di prenderne visione e di ottenerne gratuitamente copia”;

3) l’art. 42-bis c.c. dichiara applicabile all’operazione in esame l’art. 2500-ter, secondo comma, c.c., in base al quale “Nei casi previsti dal precedente comma il capitale della società risultante dalla trasformazione

(44) CNN, *Quesito di Impresa n. 160-2013/I, Trasformazione di associazione non riconosciuta*, est. A. RUOTOLO e D. BOGGIALI.

deve essere determinato sulla base dei valori attuali degli elementi dell'attivo e del passivo e deve risultare da relazione di stima redatta a norma dell'articolo 2343 ovvero dalla documentazione di cui all'articolo 2343-ter ovvero, infine, nel caso di società a responsabilità limitata, dell'articolo 2465. Si applicano altresì, nel caso di società per azioni o in accomandita per azioni, il secondo, terzo e, in quanto compatibile, quarto comma dell'articolo 2343 ovvero, nelle ipotesi di cui al primo e secondo comma dell'articolo 2343-ter, il terzo comma del medesimo articolo”.

Non è facile comprendere la logica sottesa a tali disposizioni. E tuttavia è di estrema importanza individuarne la *ratio*, anche al fine di comprendere se si tratta di adempimenti che possano costituire oggetto di valida rinuncia da parte degli aventi diritto.

7.5.2. *La relazione dell'organo amministrativo.*

A tale riguardo sembra che la disposizione di cui al precedente punto 2) sia dettata esclusivamente a tutela dei soci, in quanto diretta a consentire ai medesimi di assumere la decisione in ordine alla trasformazione in modo quanto più possibile informato.

In tal senso depone la circostanza che si tratta di un documento di cui solo i soci hanno diritto di prendere visione e di ottenere copia, non essendo prevista, invece, alcuna forma di pubblicità dello stesso nei confronti dei terzi.

Del resto in tal senso è unanimemente orientata la dottrina in ambito societario, ove la norma di cui all'art. 2500-sexies, secondo comma, c.c. è stata concepita (45). Non si vede, pertanto, per quale ragione, nel mo-

(45) G. FERRI JR., *Le trasformazioni omogenee*, in CNN, *Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 542; L. A. MISEROCCHI, *La trasformazione*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società, Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, a cura del Consiglio Notarile di Milano, Scuola del Notariato della Lombardia, Federnotizie, Milano, 2003, 360; E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003, 123; O. CAGNASSO, *sub art. 2500-sexies*, in Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, *Il nuovo diritto societario. Commentario*, ***, Bologna, 2004, 2270; M. S. SPOLIDORO, *La semplificazione del procedimento di trasformazione*, in *Atti del Convegno "La nuova disciplina delle operazioni straordinarie"*, Milano, 11 marzo 2004, 14; A. GENOVESE, *La trasformazione*, in *La riforma delle società di capitali e cooperative*, a cura di Starola, Bologna, 2004, 333; F. TASSINARI, *La trasformazione c.d. regressiva (da società di capitali in società di persone)*, in M. MALTONI-F. TASSINARI, *La trasformazione delle società*, Milano, 2011, 197; G. CESARONI, *Commento all'art. 2500-sexies c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 2492; C. MOSCA, *sub art. 2500-sexies*, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2006, 235; *Massime elaborate dalla commissione società del consiglio notarile di Milano* (massima n. 81); CNN, *Quesito n. 168-2008/I, Trasformazione e rinuncia alla relazione di cui al comma 2 dell'art. 2500-sexies c.c.*, est. A. RUOTOLO; *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari* (Massima K.A.13);

mento in cui tale norma viene richiamata anche in materia di enti *non profit*, essa dovrebbe assumere un diverso significato.

Se ne deve dedurre che la relazione informativa sulle motivazioni e sugli effetti della trasformazione possa essere oggetto di rinuncia.

Non v'è dubbio, inoltre, che tale rinuncia debba essere unanime e che, dunque, essa debba essere posta in essere da tutti gli aventi diritto, non essendo possibile che la maggioranza imponga alla minoranza dissenziente il sacrificio di un proprio diritto di informativa.

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

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

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

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

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

Ove invece la competenza deliberativa in base allo statuto spetti all'organo amministrativo, non sarà evidentemente possibile applicare l'art. 2500-*sexies*, secondo comma, c.c. nella parte in cui esso dispone che copia della menzionata relazione debba restare depositata presso la sede durante i trenta giorni che precedono l'assemblea convocata per deliberare la trasformazione.

In questo caso, infatti:

— i soggetti che devono predisporre la relazione, vale a dire gli amministratori, non sono tenuti a sottoporre la stessa ad un organo assembleare;

— la relazione, pertanto, è evidentemente diretta nella specie ad assolvere ad un onere informativo all'interno dell'organo amministrativo, al fine di rendere edotti delle motivazioni e degli effetti della trasforma-

zione i componenti dello stesso che non hanno ideato e proposto l'operazione.

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

7.5.3. *La situazione patrimoniale*

Del tutto innovativa è la previsione che impone in sede di trasformazione la redazione di una relazione relativa alla situazione patrimoniale dell'ente, contenente l'elenco dei creditori, aggiornata a non più di centoventi giorni precedenti la delibera.

Il riferimento ad una "*situazione patrimoniale*" sembra alludere alla necessità di redigere un vero e proprio bilancio infra annuale, secondo quanto comunemente si ritiene in materia societaria allorché il legislatore richieda la redazione di documenti di tal fatta (46).

Del resto il criterio di aggiornamento di tale documento contabile coincide con quello comunemente adottato in materia societaria in conformità all'art. 2501-*quater* c.c., pur non prevedendosi nella specie la possibilità, contemplata da quest'ultimo articolo, di sostituire la situazione patrimoniale con il bilancio dell'ultimo esercizio, laddove questo sia stato chiuso non oltre sei mesi prima.

Ne consegue che appare ragionevole ritenere che, per le associazioni e le fondazioni munite della qualifica di enti del Terzo settore, il documento contabile in esame debba essere redatto in conformità ai criteri di cui all'art. 13 e 14 del Codice, che regola le scritture contabili ed i bilanci di tali enti.

L'unica particolarità al riguardo è rappresentata dalla necessità che la situazione patrimoniale contenga anche l'elenco dei creditori, che normalmente non è richiesto nella redazione del bilancio di esercizio.

Alla stregua di tale circostanza, e considerato che il documento contabile in esame non è prescritto dalla normativa societaria di cui agli artt. 2498 e ss. c.c. nemmeno in caso di trasformazione eterogenea, occorre chiedersi a quali fini il legislatore ha ravvisato la necessità della redazione di siffatto documento nel caso di specie.

In particolare potrebbe ipotizzarsi che esso sia prescritto a tutela dei creditori dell'ente, ai quali, in forza dell'art. 2500-*nonies* c.c., richiamato dall'art. 42-*bis* c.c., compete il diritto di opposizione.

(46) Sia consentito rinviare sul punto, anche per i relativi riferimenti bibliografici, a F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 225 e ss.; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 353 e ss.

In quest'ottica la redazione di una situazione patrimoniale munita del dettaglio dei creditori, potrebbe essere idonea a fornire ai legittimati all'opposizione informazioni preziose al fine di valutare l'opportunità di avvalersi o meno del rimedio dell'opposizione e/o la possibilità di sostenere fondatamente innanzi all'autorità giudiziaria competente la sussistenza di un pericolo di pregiudizio in base al combinato disposto degli artt. 2500-*nonies*, secondo comma, e 2445, ultimo comma, c.c.

E tuttavia non pare che tale tesi sia fondata, atteso che la legge non prevede alcuna forma di pubblicità della menzionata situazione patrimoniale ed in particolare non prescrive che essa debba essere depositata nel pubblico registro competente unitamente alla delibera di trasformazione, affinché i creditori aventi diritto all'opposizione possano prenderne visione in pendenza del termine *ad opponendum*.

Per altro verso è noto che, in materia di fusione e scissione, il legislatore, soprattutto a seguito delle modifiche apportate al codice civile dal D.Lgs. 22 giugno 2012 n. 123, ha ritenuto che la situazione patrimoniale non costituisca un documento redatto a tutela del ceto creditorio, prevedendo la possibilità che i soci e i possessori di altri strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto vi rinuncino all'unanimità (artt. 2501-*quater*, ultimo comma, c.c.) (47).

Se ne deve dedurre che altri siano i destinatari delle informazioni contenute della situazione patrimoniale in questione.

A tale riguardo, da una lettura sistematica della riforma del terzo settore, parrebbe che siffatte informazioni debbano essere acquisite ai fini del particolare procedimento di riconoscimento della personalità giuridica o delle modifiche statutarie degli enti del Terzo settore dotati di personalità giuridica di cui all'art. 22 del Codice.

In base a tale disposizione compete al notaio rogante verificare, tra l'altro, la sussistenza del patrimonio minimo dell'ente di cui al medesimo articolo 22, comma 4.

Ne consegue che siffatta verifica presuppone innanzitutto una ricognizione del patrimonio dell'ente, che senza dubbio la redazione della situazione patrimoniale consentirebbe di realizzare.

In quest'ottica l'obbligo di corredare la situazione patrimoniale con il dettaglio dei creditori consente un più puntuale riscontro delle passività

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

che contribuiscono a determinare il valore del patrimonio netto dell'ente trasformando (48).

L'utilità della documentazione in esame ai fini della verifica della sussistenza di un patrimonio congruo in capo all'ente sussiste, peraltro, anche laddove l'operazione riguardi un'associazione riconosciuta o una fondazione non munita dei requisiti atti a qualificarla come ente del Terzo settore.

In tal caso, invero, il riconoscimento della personalità giuridica e/o l'approvazione delle modifiche statutarie seguono le tradizionali regole di cui al D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, che prevedono l'intervento dell'autorità amministrativa.

Nondimeno quest'ultima autorità, pur non essendo probabilmente tenuta al rispetto del limite minimo di cui al citato articolo 22, comma 4, dovrà comunque verificare la congruità del patrimonio dell'ente rispetto allo scopo.

A tal fine, pertanto, la redazione della documentazione contabile sopra illustrata potrà consentire l'espletamento della menzionata verifica (49), tant'è che la norma che prescrive la situazione patrimoniale in questione appare modellata pedissequamente sulla prassi amministrativa adottata in passato al riguardo da alcune regioni ai fini dell'approvazione della trasformazione degli enti *non profit* (50).

(48) Il dettaglio dei creditori, inoltre, consentirebbe — laddove ci si intenda avvalere della possibilità di conferire efficacia immediata alla trasformazione, in presenza del consenso dei creditori o del pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso, ai sensi dell'art. 2500-*nonies* c.c. — di riscontrare la corrispondenza dei creditori che hanno prestatato il proprio consenso o sono stati pagati con quelli inclusi in tale dettaglio.

(49) Ed invero, già prima della riforma del terzo settore, con riferimento alla fusione ed alla scissione fra enti *non profit*, si era segnalata "l'opportunità di redigere una situazione patrimoniale (prevista in materia di fusione dall'art. 2501-*quater* c.c.), tenuto conto che l'autorità governativa, in sede di controllo ai fini dell'iscrizione della fusione nel registro delle persone giuridiche, dovrà valutare l'adeguatezza del patrimonio ai fini della realizzazione dello scopo" (CNN, *Fusione per incorporazione di enti ecclesiastici*, Quesito n. 138-2006/I, est. D. BOGGIALI e A. RUOTOLO; CNN, Quesito n. 29-2009/I, *Scissione di associazione riconosciuta*, est. A. Ruotolo).

(50) Cfr. le «*Linee guida per la trasformazione eterogenea degli enti non profit nell'ottica della tutela dei creditori e del controllo di congruità del patrimonio dell'ente trasformato*», emanate dalla Regione Lombardia in data 9 maggio 2013, secondo cui dovevano essere prodotte:

— una situazione patrimoniale, redatta dall'organo amministrativo, aggiornata a non più di 120 giorni precedenti la decisione di trasformazione, contenente l'elenco completo dei creditori dell'ente trasformando alla data di redazione della situazione patrimoniale stessa, precisandosi che nel verbale recante la decisione di trasformazione dovevano risultare l'attestazione dell'organo amministrativo circa l'assenza di rilevanti modifiche nella situazione debitoria dell'ente dalla data di redazione della situazione patrimoniale al giorno dell'assemblea;

— una relazione di stima asseverata relativa all'intero patrimonio dell'associazione, contenente l'indicazione dei criteri adottati, redatta (sulla base della situazione patrimoniale)

7.5.4. *La perizia di stima*

Della fondatezza di tale impostazione si ha conferma in ragione del menzionato richiamo all'art. 2500-ter, secondo comma, c.c. operato dall'art. 42-bis c.c.

Ed invero a prima vista tale richiamo potrebbe apparire del tutto inspiegabile, considerato che, nella trasformazione da società di persone in società di capitali, la perizia di stima è prescritta in ragione della tutela dell'effettività del capitale sociale, che in questi ultimi tipi sociali è assistita da stringenti regole.

Un siffatto sistema di tutela, invece, è tradizionalmente assente nelle associazioni e nelle fondazioni.

Ma, ad un più attento esame, quest'ultima considerazione deve essere rivista alla stregua della riforma del Terzo settore.

Ed invero il citato art. 22 del Codice, ai fini del riconoscimento della personalità giuridica e/o dell'approvazione delle modifiche statutarie degli enti del Terzo settore dotati di tale personalità, ai commi 4 e 5, prevede che:

“4. Si considera patrimonio minimo per il conseguimento della personalità giuridica una somma liquida e disponibile non inferiore a 15.000 euro per le associazioni e a 30.000 euro per le fondazioni. Se tale patrimonio è costituito da beni diversi dal denaro, il loro valore deve risultare da una relazione giurata, allegata all'atto costitutivo, di un revisore legale o di una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro.

5. Quando risulta che il patrimonio minimo di cui al comma 4 è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, l'organo di amministrazione, e nel caso di sua inerzia, l'organo di controllo, ove nominato, devono senza indugio, in un'associazione, convocare l'assemblea per deliberare, ed in una fondazione deliberare la ricostituzione del patrimonio minimo oppure la trasformazione, la prosecuzione dell'attività in forma di associazione non riconosciuta, la fusione o lo scioglimento dell'ente”.

Tali disposizioni in buona sostanza introducono norme analoghe a quelle dettate nelle società di capitali a tutela dell'effettività del capitale sociale, sia pure con una differenza di non poco conto.

Ed invero nelle società di capitali la tutela dell'effettività è riferita al capitale nominale e non al patrimonio sociale *tout court* (51).

da un revisore legale iscritto all'apposito albo, nominato dallo stesso ente trasformando, dalla quale risultasse che il netto del patrimonio non è inferiore alla somma di quanto si intende destinare a fondo permanente di dotazione e a fondo di gestione.

(51) Cfr. *Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante “Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106”*,

Nelle associazioni riconosciute e nelle fondazioni del terzo settore, invece, nelle quali tuttora non è stata introdotta la nozione di capitale nominale, la tutela in questione è estesa a qualunque posta del patrimonio netto, senza alcuna distinzione fra capitale e riserve, atteso che la perdita rilevante ai sensi del quinto comma sopra citato viene calcolata sull'intero netto patrimoniale.

Alla stregua delle esposte considerazioni, può trovare una spiegazione sistematica la previsione tanto della situazione patrimoniale di cui al precedente paragrafo quanto della perizia di stima di cui all'art. 2500-ter, secondo comma, c.c.

La prima, come s'è già avuto modo di rilevare, consente di effettuare una ricognizione del patrimonio dell'ente e la seconda consente di accertare il valore di mercato del patrimonio in tal modo individuato.

Peraltro l'estensione dell'obbligo di redazione della perizia di stima anche alle associazioni riconosciute ed alle fondazioni non munite della qualifica di enti del terzo settore, le quali non sembrano soggette alle stringenti regole di tutela dell'effettività del patrimonio di cui ai commi 4 e 5 del citato art. 22 del Codice (52), può essere spiegata in ragione dell'opportunità ravvisata dal legislatore di dotare l'autorità amministrativa, chiamata ad effettuare il riconoscimento della personalità giuridica e/o l'approvazione delle modifiche statutarie in conformità al D.P.R. 10 febbraio 2000 n. 361, di documentazione atta a comprovare l'effettiva entità del patrimonio dell'ente e la sua congruità allo scopo dallo stesso perseguito.

La fondatezza di tale assunto è ancora una volta confermata dalla circostanza che la previsione dell'obbligo della perizia di stima in questione è tratta dalla prassi amministrativa adottata in passato al riguardo da alcune regioni ai fini dell'approvazione della trasformazione degli enti *non profit* (53).

7.5.5. *La nomina del perito.*

In ogni caso il richiamo all'art. 2500-ter, secondo comma, c.c. necessita nel caso di specie di taluni adattamenti.

Quest'ultima disposizione, infatti, prevede che la designazione del

ove si legge "Il comma 5 contiene una disposizione a tutela dell'integrità del patrimonio minimo di cui al comma 4".

(52) L'art. 20 del Codice dispone, infatti, che "Le disposizioni del presente titolo si applicano a tutti gli enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, o di fondazione". A contrario se ne deduce che siffatte disposizioni non si applicano alle associazioni e fondazioni non aventi la qualifica di enti del Terzo settore.

(53) V. retro nota 50.

perito sia effettuata in base alle regole di cui all'articolo 2343 c.c. ovvero di cui all'articolo 2343-ter c.c. ovvero, infine, nel caso di società a responsabilità limitata, di cui all'articolo 2465 c.c.

Tale impianto normativo si innesta sulle regole proprie dei diversi tipi di società di capitali che prevedono, a seconda dei casi, una relazione giurata redatta da un esperto designato dal tribunale, una valutazione non giurata redatta da un esperto indipendente liberamente scelto o una relazione giurata redatta da un esperto anch'esso liberamente designato.

Ci si deve dunque chiedere quali regole siano applicabili alla designazione dell'esperto chiamato a valutare il patrimonio dell'associazione o della fondazione che intende trasformarsi.

Anche in tal caso, la risposta a siffatto interrogativo va individuata in coerenza con i principi generali del sistema.

Tali principi, invero, prevedono che la perizia di trasformazione segua le medesime regole dettate in sede di costituzione dell'ente.

Orbene, in materia di costituzione di associazioni e di fondazioni, l'unica norma che disciplina la questione è quella di cui all'art. 22, quarto comma, del Codice, secondo cui "*Se tale patrimonio è costituito da beni diversi dal denaro, il loro valore deve risultare da una relazione giurata, allegata all'atto costitutivo, di un revisore legale o di una società di revisione legale iscritti nell'apposito registro*".

In tal caso dunque la legge prescrive che la relazione di stima sia giurata, ma non prevede che l'esperto debba essere designato dal Tribunale.

Se ne deduce che alle medesime conclusioni si debba pervenire per la perizia redatta in sede di trasformazione (54).

7.6. *Gli adempimenti preliminari nelle trasformazioni eterogenee.*

Naturalmente tale ultimo principio di diritto è applicabile alle sole trasformazioni di cui all'art. 42-bis c.c. e non anche alle trasformazioni eterogenee ex artt. 2500-septies ss. c.c., le quali, come si è già avuto modo di rilevare, sono disciplinate in linea di massima da queste ultime speciali disposizioni.

Ne consegue che, se un'associazione si trasformasse in una società per azioni, la documentazione in questione andrebbe redatta in conformità all'art. 2343 ovvero all'art. 2343-ter c.c.

(54) Ed in tal senso v. infatti le «*Linee guida per la trasformazione eterogenea degli enti non profit nell'ottica della tutela dei creditori e del controllo di congruità del patrimonio dell'ente trasformato*», cit., secondo cui la relazione di stima asseverata relativa all'intero patrimonio dell'associazione, doveva essere redatta da "*un revisore legale iscritto all'apposito albo, nominato dallo stesso ente trasformando*".

Per altro verso occorre verificare se alle trasformazioni eterogenee di cui agli artt. 2500-*septies* e ss. c.c., oltre alle speciali disposizioni che le riguardano, debbano comunque applicarsi, quanto meno per analogia, talune regole dettate dall'art. 42-*bis* c.c.

In particolare ci si deve chiedere se, in caso di trasformazione eterogenea da società in associazione riconosciuta (laddove tale operazione si ritenga possibile (55)) o in fondazione, debbano essere redatte la situazione patrimoniale e la perizia di stima del patrimonio sociale di cui all'art. 42-*bis* c.c.

Il dubbio nasce dalla considerazione che tale trasformazione andrebbe assoggettata, a seconda dei casi, al procedimento di cui al citato art. 22 del Codice ovvero a quello di cui al D.P.R. 10 febbraio 2000 n. 361.

Ed invero in tali procedimenti, sia pure con modalità diverse, è sempre previsto un sindacato sull'entità e sul valore del patrimonio imputabile all'ente trasformando.

Non pare, dunque, implausibile ipotizzare al riguardo un'applicazione analogica delle menzionate disposizioni, che sono dirette proprio a rendere possibile siffatto sindacato.

7.7. *Il problema della rinunziabilità della situazione patrimoniale e della perizia di stima.*

7.7.1. *La tendenziale irrinunziabilità della situazione patrimoniale e della perizia di stima.*

Le ragioni sopra esposte che, a mio parere, sono alla base della previsione della situazione patrimoniale e della perizia di stima, inducono

(55) L'art. 2500-*septies* c.c., in realtà, contempla la sola ipotesi di trasformazione di società di capitali in associazione non riconosciuta.

Ma è probabile che tale circostanza si spieghi per un principio di economia dei mezzi giuridici, in quanto, per effetto della sola decisione di trasformazione l'ente risultante dall'operazione è per definizione privo di riconoscimento.

Quest'ultimo, infatti, deriva da un separato atto dell'autorità governativa, mentre l'ente risultante dalla trasformazione ben può esistere giuridicamente ed operare anche in assenza di tale riconoscimento, come ente di fatto e può, se lo ritiene, chiedere in un secondo momento il riconoscimento come persona giuridica, senza che ciò condizioni l'operazione di trasformazione.

Nondimeno, alla stregua delle considerazioni a suo tempo esposte (v. *retro* § 7.3.3.), l'ente risultante dalla trasformazione dovrà essere più precisamente qualificato:

— come associazione in attesa di riconoscimento, laddove la trasformazione è diretta a far assumere alla società trasformanda la veste di associazione con il precipuo scopo di chiedere il riconoscimento della stessa come persona giuridica;

— associazione non riconosciuta *stricto sensu*, laddove la trasformazione è diretta a far assumere alla società trasformanda la veste di associazione che intenda svolgere la propria attività senza chiedere siffatto riconoscimento.

a ritenere che, in linea di principio, tale documentazione non sia derogabile mediante rinuncia da parte degli associati.

Si tratta, invero, di documentazione richiesta, di regola, ai fini del controllo di congruità del patrimonio dell'ente risultante dalla trasformazione, come si rileva anche dalla menzionata circostanza che le nuove disposizioni richiedenti siffatta documentazione appaiono modellate sulla prassi amministrativa adottata in passato al riguardo da alcune regioni ai fini dell'approvazione dell'operazione in questione (56).

Ma non v'è chi non veda come tale questione attenga ad interessi di rango pubblicistico, come tali non disponibili dagli associati.

7.7.2. *La rinunziabilità in caso di trasformazione da associazione riconosciuta o fondazione in associazione non riconosciuta.*

Ciononostante merita, a tale riguardo, di essere considerata separatamente l'ipotesi di trasformazione da associazione riconosciuta o fondazione in associazione non riconosciuta.

In questo caso, invero, l'ente di arrivo non è assoggettato ad alcun controllo di congruità patrimoniale, né al regime di tutela dell'integrità patrimoniale di cui all'art. 22, quinto comma, del Codice, tant'è che tale comma prevede che, ove il patrimonio minimo sia diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, l'ente, in alternativa alla ricostituzione del medesimo, può deliberare *“la prosecuzione dell'attività in forma di associazione non riconosciuta”*.

Se ne deve dedurre, a nostro parere, che in tale ipotesi la previsione della situazione patrimoniale e della perizia di stima non può essere diretta a perseguire quelle finalità di interesse pubblico, che negli altri casi rendono impossibile una rinuncia alla documentazione in esame.

Più precisamente nella trasformazione in associazione non riconosciuta evidentemente la situazione patrimoniale e la perizia di stima svolgono solo una generica funzione informativa nei confronti degli associati, che, essendo ascrivibile alla tutela di interessi meramente privati, sembra disponibile da parte dei relativi titolari.

7.8. *La deliberazione di trasformazione.*

7.8.1. *I quorum deliberativi.*

L'art. 42-bis c.c. non detta alcuna disposizione in merito alle modalità

(56) V. retro nota 50.

ed ai *quorum* con i quali deve essere deliberata la trasformazione, né richiama gli artt. 2500-*sexies*, 2500-*septies* e 2500-*octies* c.c. nella parte in cui essi prescrivono determinati *quorum* o determinati procedimenti deliberativi.

Pertanto la trasformazione deve essere deliberata, secondo le regole proprie del tipo di ente che intenda attuare l'operazione, applicabili a qualunque modificazione statutaria.

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

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

Non risulta, invece, applicabile nel caso di specie il terzo comma del medesimo articolo, secondo cui *“Per deliberare lo scioglimento dell'associazione e la devoluzione del patrimonio occorre il voto favorevole di almeno tre quarti degli associati”*.

Ed invero, come si avrà modo di rilevare (v. *infra* § 7.14.1.), il richiamo all'art. 2498 c.c., operato dall'art. 42-*bis*, fa sì che l'operazione integri una mera modificazione dell'ente trasformando e non il suo scioglimento mediante devoluzione del suo patrimonio all'ente risultante dalla trasformazione (57).

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

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

(57) Già in passato, con riferimento alla fusione tra associazioni, è stato affermato che le deliberazioni di fusione *“non dovranno essere riguardate come deliberazioni di scioglimento e, quindi, di autorizzazione alla fusione: esse sono comuni deliberazioni modificative dei rispettivi statuti e, quindi, soggette alla comune disciplina, in fatto di maggioranze e di autorizzazioni alle modifiche statutarie”* (F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 11-35, Bologna-Roma, 1972, 352 ss.).

7.8.2. *La trasformazione di associazione in fondazione.*

Ciò posto, occorre verificare se l'affermazione del principio maggioritario possa trovare applicazione anche in ipotesi di trasformazione di associazione in fondazione.

In questo caso, almeno laddove non si tratti di trasformazione in fondazione di partecipazione (v. *infra* § 7.9.3.), la trasformazione determina la perdita di qualità di associato, in quanto la fondazione, di regola, non è caratterizzata dalla presenza di un organo assembleare, il quale è per l'appunto diretto ad esprimere collegialmente le determinazioni degli associati stessi.

Ci si deve chiedere, dunque, se a tal fine è richiesto il consenso unanime di tutti gli associati.

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

— la generale valenza del principio maggioritario di cui all'art. 21 c.c., che sembra applicabile a qualsiasi modifica statutaria;

— la circostanza che trattasi di operazione posta in essere nell'ambito di organizzazioni *non profit*, ove i principi solidaristici appaiono prevalenti rispetto a quelli diretti alla tutela di posizioni individuali degli associati;

— la circostanza che l'art. 25, lettera h), del Codice attribuisce la competenza a deliberare qualsiasi tipo di trasformazione, senza eccezione alcuna, all'assemblea, che, com'è noto, costituisce un organo tendenzialmente dominato dal principio maggioritario.

Sotto altro profilo, tuttavia, appare ragionevole ritenere che la trasformazione di associazione in fondazione non di partecipazione sia assoggettata al *quorum* previsto per lo scioglimento dell'associazione e la devoluzione del patrimonio, che, come si è già avuto modo di rilevare, nelle associazioni riconosciute è costituito dal voto favorevole di almeno tre quarti degli associati (art. 21, comma 3, c.c.).

Non si intende in tal modo negare il menzionato principio di cui all'art. 2498 c.c., richiamato dall'art. 42-*bis* c.c., secondo cui la trasformazione costituisce una mera modificazione dell'ente trasformando e non il suo scioglimento con devoluzione del patrimonio all'ente risultante dalla trasformazione.

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

Questi ultimi, invero, pur non potendo vantare diritti sul patrimonio dell'associazione, almeno laddove questa abbia uno scopo altruistico (cfr. art. 24, ultimo comma, c.c.) (58), a seguito della trasformazione in esame, si vedono sottratta ogni forma di controllo, diretto o indiretto, sulla gestione del patrimonio dell'ente.

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

7.8.3. *La trasformazione della fondazione.*

Nelle fondazioni, come si è avuto modo di rilevare, la competenza in merito alla trasformazione deve essere attribuita all'organo competente a decidere sulle modifiche statutarie secondo lo statuto e sempreché l'operazione non si ponga in contrasto con la volontà del fondatore.

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

Pertanto, in assenza di previsioni statutarie di tal fatta, la competenza a deliberare in merito alla trasformazione compete normalmente all'organo amministrativo.

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

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

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

(58) V. *infra* § 7.10.

dell'assetto organizzativo dell'ente, degradando in tal modo la delibera degli organi interni dell'ente a mera proposta.

Quest'ultima interpretazione, peraltro, si spiegherebbe sulla base della considerazione di carattere sistematico, secondo cui costituirebbe caratteristica essenziale della fondazione l'"*immutabilità dello scopo se non per intervento della Pubblica Autorità (art. 27, 28, 2500-octies c.c.)*", onde "*L'eventuale concessione all'organo amministrativo del potere discrezionale di decidere la trasformazione, la fusione o l'estinzione dell'ente dovrà pertanto essere declassata a mera facoltà di proporre tali vicende organizzative all'Autorità amministrativa*" (v. retro § 7.3.4.) (59).

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

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

Una modifica tanto profonda, invece, non sempre ricorre nella trasformazione di cui all'art. 42-bis c.c., onde il tradizionale principio dell'immutabilità dello scopo delle fondazioni, se non per intervento della Pubblica Autorità, dovrebbe ritenersi oggi circoscritto ai soli mutamenti di tipo radicale.

Ciò appare confermato dal citato art. 25, ultimo comma, del Codice, secondo cui "*Lo statuto delle fondazioni del Terzo settore può attribuire all'organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, di cui preveda la costituzione la competenza a deliberare su uno o più degli oggetti di cui al comma 1, [fra i quali figurano alla lettera h) anche la trasformazione, la fusione o la scissione n.d.r.] nei limiti in cui ciò sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione e nel rispetto della volontà del fondatore*".

Alla stregua delle esposte considerazioni, invero, il significato dell'oscura espressione "*nei limiti in cui ciò sia compatibile con la natura dell'ente quale fondazione*" potrebbe essere individuato nel senso che esso

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

impedirebbe che possa essere attribuito all'assemblea — ed a maggior ragione all'organo amministrativo — il potere di deliberare direttamente la trasformazione, la fusione o la scissione della fondazione laddove ciò comporti una modifica dello scopo tanto radicale da compromettere la “*necessaria eterodestinazione del risultato dell'attività*” (60).

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

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

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

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

Né pare applicabile al caso di specie, in via generale, l'art. 28 c.c., trattandosi di una norma che presenta un particolare ambito di operatività per le ragioni a suo tempo esposte (v. *retro* § 7.2.).

7.8.4. *La trasformazione in associazione non riconosciuta.*

In relazione alla trasformazione in associazione non riconosciuta, l'art. 42-bis c.c. non richiama l'art. 2500-sexies, primo comma, c.c. e l'art. 2500-septies, terzo comma, c.c., laddove essi richiedono “*il consenso dei soci che con la trasformazione assumono responsabilità illimitata*”.

Tale omissione potrebbe apparire a prima vista ingiustificata, atteso che, come si è già avuto modo di rilevare, nelle associazioni non riconosciute delle obbligazioni rispondono, oltre al fondo comune, “*anche personalmente e solidalmente coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione*” (art. 38 c.c.).

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

E tuttavia, a ben vedere, l'omesso richiamo all'art. 2500-*sexies*, primo comma, c.c. appare condivisibile, in quanto nelle associazioni non riconosciute l'assoggettamento alla responsabilità illimitata per le obbligazioni dell'ente non dipende dall'assunzione di una determinata qualifica, quale quella di amministratore o di socio, bensì da un *quid facti*: l'aver agito in nome e per conto dell'associazione (61).

Sarebbe stato dunque improprio richiedere il consenso di tali soggetti in sede di trasformazione per un duplice ordine di ragioni:

— i soggetti che agiranno effettivamente in nome e per conto dell'associazione non sono individuabili *a priori*;

— l'attribuzione agli stessi della responsabilità per le obbligazioni contratte dall'ente dipende in ogni caso da un'attività volontariamente da loro posta in essere.

7.9. *Le quote di partecipazione nell'ente risultante dalla trasformazione.*

7.9.1. *Generalità.*

L'art. 42-*bis* c.c. non richiama:

— gli artt. 2500-*quater*, e 2500-*sexies*, penultimo comma, c.c. che disciplinano l'assegnazione delle quote di partecipazione nella società risultante da una trasformazione omogenea, secondo cui “*ciascun socio ha diritto all'assegnazione di un numero di azioni o di una quota proporzionale alla sua partecipazione*”;

— l'art. 2500-*octies*, terzo comma, ultimo periodo, c.c., che disciplina l'assegnazione delle quote di partecipazione nella società risultante da una trasformazione eterogenea da associazione in società, secondo cui “*Il capitale sociale della società risultante dalla trasformazione è diviso in parti uguali fra gli associati, salvo diverso accordo tra gli stessi*”.

Il mancato richiamo degli artt. 2500-*quater*, e 2500-*sexies*, penultimo comma, c.c. si spiega verosimilmente con la considerazione che queste ultime disposizioni sono funzionali alla natura propria degli enti societari,

(61) “*La responsabilità personale e solidale prevista dall'art. 38, comma 2, c.c. per colui che agisce in nome e per conto dell'associazione non riconosciuta non è collegata alla mera titolarità della rappresentanza dell'associazione, bensì all'attività negoziale effettivamente svolta per conto di essa e risoltasi nella creazione di rapporti obbligatori fra questa ed i terzi, con la conseguenza che chi invoca in giudizio tale responsabilità è gravato dall'onere di provare la concreta attività svolta in nome e nell'interesse dell'associazione, non essendo sufficiente la dimostrazione in ordine alla carica rivestita all'interno dell'ente*” (Cass. 4 aprile 2017 n. 8752; Cass. 25 agosto 2014 n. 18188).

nei quali l'entità della partecipazione del socio può essere differenziata ed è di regola commisurata all'entità dei conferimenti effettuata.

Ma tale principio mal si concilia con gli enti *non profit*, nei quali la partecipazione all'ente non comporta di regola l'attribuzione di diritti patrimoniali differenziati, basati sul concetto di quota di partecipazione (62).

Per altro verso il mancato richiamo dell'art. 2500-*octies*, terzo comma, ultimo periodo, c.c., si spiega sulla base della considerazione che tale norma, disciplinando la trasformazione da associazione in società, è diretta pur sempre ad attribuire quote di partecipazione in un ente societario, le quali, in base al principio capitalistico che connota questi ultimi enti, sono rappresentative del patrimonio sociale.

Ne consegue che nelle trasformazioni disciplinate dall'art. 42-*bis* c.c., più che un problema di determinazione delle quote di partecipazione nell'ente risultante dalla trasformazione intese in senso quantitativo, si pone un problema di individuazione dei soggetti ai quali attribuire la qualità di associato *tout court*, laddove siffatta qualità sussista nel tipo di ente di arrivo.

7.9.2. *La trasformazione di associazione non riconosciuta in associazione riconosciuta o viceversa.*

A tale riguardo non v'è alcun dubbio che, in caso di trasformazione di associazione non riconosciuta in associazione riconosciuta o viceversa, l'operazione non comporterà alcun mutamento della compagine associativa nel senso che coloro che erano associati nell'ente di partenza, lo saranno anche nell'ente risultante dalla trasformazione.

(62) A. FUSARO, *Trasformazioni eterogenee, fusioni eterogenee ed altre interferenze della riforma del diritto societario sul "terzo settore"*, in *Contratto e Impresa*, 2004, 307. In materia di fusione per il caso in cui incorporante sia una fondazione bancaria v. G.B. PORTALE, *Fondazioni "bancarie" e diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2005, 32. In precedenza, sulla mancanza del concetto di quota nelle associazioni, v. già F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., 307.

Sull'inapplicabilità dell'art. 2500-*sexies*, terzo comma, c.c. in materia di trasformazione di società in associazione v. per tutti A. FUSARO, *La trasformazione delle associazioni in società di capitali e delle società di capitali in associazioni*, in AA.VV., *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, in *Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, Milano, 2007, 250; E. TRADII, *Trasformazione eterogenea in cui intervengono enti non profit: trasformazione da associazione in società di capitali e viceversa*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit*, a cura di A. Zoppini e M. Maltoni, Milano, 2007, 72; G. FRANCHI, *Commento all'art. 2500-*sexies**, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, artt. 2498 - 2506-*quater*, Milano, 2006, 318; M. MALTONI, *La trasformazione delle associazioni*, cit., 394 e s.

Si tratta, invero, di una conclusione inevitabile alla stregua della continuità che caratterizza il fenomeno della trasformazione ai sensi dell'art. 2498, richiamato dall'art. 42-bis c.c., atteso che tale continuità indubbiamente opera anche sul piano dei soggetti partecipanti all'ente trasformando.

7.9.3. *La trasformazione di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, in fondazione.*

Più complessa è l'ipotesi di trasformazione di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, in fondazione.

In tal caso, se la fondazione risultante dalla trasformazione dovesse assumere la tradizionale struttura organizzativa di ente sprovvisto di organo assembleare e provvisto solo di organi serventi, l'operazione, come si è già avuto modo di rilevare (v. *retro* § 7.8.2.), determinerebbe per i partecipanti all'associazione la perdita di qualità di associato.

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

Se invece la fondazione risultante dalla trasformazione dovesse assumere la forma di fondazione di partecipazione, sarebbe ben possibile attribuire ai soci dell'associazione la qualità di "conferenti" caratteristica della fondazione di partecipazione, "intendendosi come tali tutti coloro che hanno effettuato apporti in funzione del perseguimento dello scopo" (63) e dotarli della facoltà di partecipare "all'organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato", di cui all'art. 25, ultimo comma, del Codice.

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

Ma in tal caso è previsto che le disposizioni inerenti al principio del

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

voto capitarario si applicano alle fondazioni di tal fatta “*in quanto compatibili ed ove non derogate dallo statuto*”.

In base a quest’ultimo inciso, pertanto, lo statuto della fondazione di partecipazione risultante dalla trasformazione potrebbe derogare al principio del voto capitarario, attribuendo ai “*conferenti*” un diritto di voto in assemblea commisurato all’entità del “*conferimento*” da ciascuno effettuato.

7.9.4. *La trasformazione di fondazione in associazione, riconosciuta o non riconosciuta.*

Problemi di analoga complessità si pongono anche nel caso di trasformazione di fondazione in associazione, riconosciuta o non riconosciuta.

Se, infatti, la fondazione che si trasforma fosse caratterizzata dalla tradizionale struttura organizzativa di ente sprovvisto di organo assembleare, a prima vista non si saprebbe a quali soggetti attribuire la qualità di associato nell’ente risultante dalla trasformazione.

Non rimane, a mio avviso, che applicare analogicamente al caso di specie, ancorché non richiamato dall’art. 42-*bis* c.c., l’art. 2500-*octies*, ultimo comma, secondo periodo, secondo cui “*Le azioni o quote sono assegnate secondo le disposizioni dell’atto di fondazione o, in mancanza, dell’articolo 31*”.

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

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

Sotto quest’ultimo profilo la menzionata norma risolve, dunque, un problema ricorrente anche nel caso di specie, onde pare sussistere la *eadem ratio legis* che deve sorreggere l’interpretazione analogica.

Ma può anche accadere che a trasformarsi sia una fondazione di partecipazione.

In tal caso non si vede per quale motivo non si possa attribuire direttamente la qualità di associato ai c.d. “*conferenti*”, atteso che in definitiva l’assunzione di tale qualità nell’associazione risultante dalla

trasformazione, almeno laddove questa abbia uno scopo altruistico (64), non attribuirebbe a costoro alcun vantaggio di tipo patrimoniale, considerata l'impossibilità per gli associati di ripetere i contributi versati o di vantare diritti sul patrimonio dell'associazione (art. 24, ultimo comma, c.c.).

7.10. *Il diritto di recesso nelle associazioni.*

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

In particolare non sono richiamate le norme che, in materia di società di capitali (artt. 2437, primo comma lett. b), e 2473 c.c.) o di società di persone (art. 2500-*ter*, primo comma, c.c.), prevedono la trasformazione quale autonoma causa di recesso.

Ne consegue che la trasformazione fra enti *non profit* non può essere considerata *ex se* causa di recesso, ma può dare luogo al recesso stesso solo ove ricorrano le condizioni a tal fine previste in via generale dalle norme in materia di associazioni.

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

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

Nondimeno la dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno ritenuto che "*L'adesione ad un'associazione non riconosciuta, presupponendo l'accordo delle parti anche in ordine allo scopo dell'associazione stessa ed alle regole del suo ordinamento interno, comporta — come espressione del libero estrinsecarsi dell'autonomia privata in ragione dell'espressa previsione dell'art. 24, comma 2, cod. civ., applicabile analogicamente anche alle associazioni non riconosciute, che consente l'assunzione da parte*

(64) v. *infra* § 7.10.

dell'associato dell'obbligo di far parte dell'associazione per un tempo determinato — l'assoggettamento dell'aderente a siffatte regole nel loro complesso e può legittimamente comportare — senza che risulti violata la libertà negativa di associazione, tutelata, al pari della libertà (positiva) di associazione, dall'art. 18 Cost. — il differimento, per un periodo di tempo determinato negozialmente o statutariamente stabilito, dell'efficacia dall'atto di recesso dell'associato e quindi la permanenza dell'associato nell'associazione per tale periodo con conseguente persistenza di tutti gli obblighi associativi (e non solo di quelli di natura finanziaria) anche in presenza del dissenso sopravvenuto dell'associato dagli scopi e dalle modalità operative dell'associazione. Rimane però salva la facoltà di recesso per giusta causa con effetto immediato, come quando venga meno un requisito essenziale per la partecipazione all'associazione, ovvero — nel caso di organizzazioni di tendenza (associazioni su base ideologica, politica o religiosa) — allorché l'associato dissenta dalle finalità dell'associazione, dovendo in tal caso prevalere il diritto (costituzionalmente garantito ed assolutamente non comprimibile ex artt. 2 e 21 Cost.) di manifestare le proprie opinioni e di autodeterminarsi in ordine ad esse, con conseguente cessazione immediata del vincolo associativo, anche se possono persistere vincoli meramente finanziari” (65).

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

Ma non è detto che la trasformazione determini sempre siffatte conseguenze.

È, infatti, ben possibile che:

— un'associazione non riconosciuta con scopo egoistico si trasformi in un'associazione riconosciuta con scopo sostanzialmente identico o viceversa;

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

In dottrina v. per tutti D. RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, cit., 196; A. AURICCHIO, voce *Associazioni riconosciute*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 904 ss.; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., 318 e, con specifico riferimento alla trasformazione eterogenea, G. FRANCHI, *Commento all'art. 2500-octies*, cit., 392; E. TRADII, *Trasformazione eterogenea in cui intervengono enti non profit*, cit., 67; R. GUGLIELMO, *La trasformazione eterogenea da associazioni a società di capitali*, in *Quaderni della fondazioni Italiana per il Notariato*, Milano, 2007, 224; M. MALTONI, *La trasformazione delle associazioni*, cit., 406; A. LAUDONIO, *La trasformazione delle associazioni*, cit., 290 e ss.

— un'associazione non riconosciuta con scopo altruistico si trasformi in un'associazione riconosciuta con scopo sostanzialmente identico o viceversa.

In tali ipotesi, laddove in sede di trasformazione non siano apportate allo statuto modificazioni che incidano in modo significativo sugli elementi sopra illustrati (66), non sembra che si possa configurare una giusta causa di recesso per la sola circostanza che l'associazione non riconosciuta diventi non riconosciuta o viceversa, trattandosi di tipi organizzativi che, seppur differenti, sono caratterizzati da una struttura simile.

Al contrario laddove, ad esempio:

— un'associazione non riconosciuta con scopo egoistico, sia pure non lucrativo, si trasformi in un'associazione riconosciuta con scopo altruistico o in una fondazione,

— un'associazione non riconosciuta con scopo altruistico si trasformi in un'associazione riconosciuta con scopo egoistico,

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

Per altro verso deve rilevarsi che l'ultimo comma del citato art. 24 c.c. dispone che "*Gli associati, che abbiano receduto o siano stati esclusi o che comunque abbiano cessato di appartenere all'associazione, non possono ripetere i contributi versati, né hanno alcun diritto sul patrimonio dell'associazione*". Nello stesso senso dispone, per le associazioni non riconosciute, l'art. 37 c.c.

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

Nondimeno è opinione diffusa in dottrina (67) che il principio di cui all'art. 24, ultimo comma, c.c. non sia applicabile alle associazioni caratterizzate da uno scopo egoistico, nelle quali, dunque, l'associato recedente potrebbe ripetere i contributi versati per servizi non usufruiti.

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

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

Contra sulla scorta della concezione dell'associazione come ente che deve perseguire finalità ideali, F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., 1972, 307.

7.11. *L'approvazione dell'autorità governativa ed i suoi surrogati.*

La trasformazione in esame è in linea di principio soggetta ad un provvedimento da parte dell'autorità governativa, laddove essa interessi o dia luogo ad un ente dotato di personalità giuridica.

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

— in caso di trasformazione di associazione non riconosciuta in associazione riconosciuta o in fondazione, esso consiste nel riconoscimento dell'ente trasformando come persona giuridica;

— negli altri casi esso assume il ruolo di approvazione ai sensi dall'art. 2 del D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361, secondo cui *“le modificazioni dello statuto e dell'atto costitutivo sono approvate con le modalità e nei termini previsti per l'acquisto della personalità giuridica dall'articolo 1, salvo i casi di riconoscimento della personalità giuridica per atto legislativo”*.

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

A mio parere quest'ultima procedura è applicabile:

1) in caso di trasformazione deliberata da associazione riconosciuta o fondazione munite della qualifica di enti del terzo settore, anche laddove sia previsto che l'ente risultante dalla trasformazione assuma la veste di associazione non riconosciuta o di ente non dotato della qualifica di ente del terzo settore;

2) in caso di trasformazione deliberata da associazione non riconosciuta, sia essa munita o meno della qualifica di ente del terzo settore, laddove sia previsto che l'ente risultante dalla trasformazione assuma la veste di ente del Terzo settore dotato di personalità giuridica;

3) in caso di trasformazione deliberata da associazione riconosciuta o fondazione non munite della qualifica di enti del terzo settore, laddove sia previsto che l'ente risultante dalla trasformazione, oltre a mutare forma giuridica da associazione in fondazione o viceversa, assuma la qualifica di ente del Terzo settore dotato di personalità giuridica.

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

risultante dalla trasformazione fosse dotato di personalità giuridica, ma non della qualifica di ente del Terzo settore — in ossequio all'art. 2500, secondo e terzo comma, richiamato dall'art. 42-bis c.c. — la delibera di trasformazione sarebbe soggetta anche all'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, pur essendo stato il procedimento di cui al D.P.R. 10 febbraio 2000 n. 361 surrogato da quello di cui all'art. 22 del Codice.

Nel caso sub 2) la procedura di cui all'art. 22 del Codice sarebbe applicabile in quanto finalizzata ad acquistare la personalità giuridica mediante l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore, in forza del comma 1 di detto articolo.

Nel caso sub 3) l'applicabilità della procedura di cui all'art. 22 del Codice è più dubbia, in quanto a prima vista tale articolo sembra diretto a regolare l'acquisto della personalità giuridica e le modificazioni statutarie degli enti personificati del Terzo settore, mentre nella specie l'ente deliberante, già dotato di personalità giuridica, non è munito della qualifica di ente del Terzo settore, ma intende acquisirla per effetto dell'operazione.

Nondimeno pare possibile ritenere applicabile la procedura di cui all'art. 22 del Codice anche alla fattispecie in esame in considerazione del fatto che, a ben vedere, la procedura di cui all'art. 22 del Codice e quella di cui al D.P.R. 10 febbraio 2000 n. 361 non hanno campi di applicazione reciprocamente esclusivi.

L'art. 22, primo comma, del Codice dispone, infatti, che le associazioni e le fondazioni del Terzo settore “*possono*”, in deroga al D.P.R. 10 febbraio 2000 n. 361, acquistare la personalità giuridica mediante l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore, ma non che “*debbono*” procedere in tal senso.

Tant'è che nei lavori preparatori a tale riguardo si legge che “*Ovviamente, nulla impedisce alle associazioni e fondazioni del Terzo settore di acquisire la personalità giuridica mediante la procedura ordinaria di cui al d.P.R. 1 febbraio 2000, n. 361*” (68).

La circostanza che l'ente ha acquisito a suo tempo la personalità giuridica con la procedura di cui al D.P.R. 10 febbraio 2000 n. 361 non esclude, pertanto, l'utilizzabilità della procedura semplificata di cui all'art. 22 del Codice, laddove l'ente risultante sia ascrivibile a quelli del terzo settore, anche in considerazione del fatto che la disciplina della trasformazione tende ad assoggettare la relativa delibera alle formalità proprie della costituzione dell'ente risultante dall'operazione (cfr. art. 2500 c.c.).

(68) *Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante “Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106”.*

E tuttavia — in ossequio al citato art. 2500, secondo e terzo comma, richiamato dall'art. 42-*bis* c.c. — la delibera di trasformazione sarebbe in questo caso soggetta anche all'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, pur essendo stato il procedimento di cui al D.P.R. 10 febbraio 2000 n. 361 surrogato da quello di cui all'art. 22 del Codice.

A mio parere quest'ultima procedura non è, invece, applicabile:

a) in caso di trasformazione deliberata da associazione, riconosciuta o meno come persona giuridica, o fondazione, sprovviste della qualifica di enti del terzo settore, laddove sia previsto che l'ente risultante dalla trasformazione assuma la veste di ente non dotato di siffatta qualifica di ente del Terzo settore o la veste di associazione non riconosciuta munita della predetta qualifica;

b) in caso di trasformazione deliberata da associazione non riconosciuta munita della qualifica di ente del terzo settore, laddove sia previsto che l'ente risultante dalla trasformazione assuma la veste di ente riconosciuto come persona giuridica, ma non dotato della qualifica di ente del terzo settore.

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

Nondimeno — sempre in ossequio al citato art. 2500, secondo e terzo comma, richiamato dall'art. 42-*bis* c.c. — la delibera di trasformazione sarebbe in questo caso soggetta anche all'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore, laddove l'ente trasformando o quello risultante dalla trasformazione siano muniti della qualifica di enti del terzo settore.

7.12. *La pubblicità dell'atto di trasformazione, la sua forma e la sua efficacia.*

Sono altresì richiamati dall'art. 42-*bis* c.c. gli artt. 2500 e 2500-*nonies* c.c., i quali prevedono, fra l'altro, che:

1) l'atto di trasformazione è soggetto alla disciplina prevista per il tipo adottato ed alle forme di pubblicità relative, nonché alla pubblicità richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione;

2) la trasformazione ha effetto dopo sessanta giorni dall'ultimo di tali adempimenti pubblicitari previsti dallo stesso articolo, salvo che consti il consenso dei creditori o il pagamento dei creditori che non hanno dato il

consenso; i creditori possono, nel suddetto termine di sessanta giorni, fare opposizione, applicandosi in tal caso l'ultimo comma dell'articolo 2445 c.c.

Si tratta di principi sulla cui applicazione nel caso di specie si è già avuto modo di soffermarsi in precedenza.

In questa sede giova, tuttavia, sottolineare che nel nuovo sistema derivante dalla riforma del Terzo settore non può dubitarsi che il principio sub 2) possa e debba essere applicato alla trasformazione in questione senza problemi di sorta.

Devono ritenersi in tal modo superate le perplessità in passato avanzate in merito alla circostanza che:

— “dal disposto degli artt. 3 e 4 del D.P.R. 361/2000 sembra delinearsi un sistema che non pare ammettere la pubblicità iscrizionale di atti la cui efficacia sia condizionata (quale sarebbe l'atto costitutivo della fondazione derivante dalla trasformazione di società per la quale è pendente il termine per l'opposizione dei creditori)”;

— mancherebbero “regole per la pubblicità nel registro delle persone giuridiche del fatto (mancata opposizione) al cui verificarsi la condizione si riferisce” (69).

Ed invero in tal senso depone l'espresso recepimento dei menzionati artt. 2500 e 2500-*nonies* c.c. in relazione ad operazioni di trasformazione che coinvolgano enti *non profit*, anche se soggetti ad iscrizione nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero nel Registro unico nazionale del Terzo settore.

Quanto al primo comma dell'art. 2500 c.c., secondo cui “La trasformazione in società per azioni, in accomandita per azioni o a responsabilità limitata deve risultare da atto pubblico, contenente le indicazioni previste dalla legge per l'atto di costituzione del tipo adottato”, deve rilevarsi che il richiamo a tale disposizione appare nel caso di specie sostanzialmente inutile.

Ed invero la forma notarile pubblica sarebbe necessaria, quanto meno ai fini del rispetto degli oneri pubblicitari, se non addirittura per simmetria rispetto alla forma richiesta per l'atto costitutivo *ex art.* 14 c.c. (70).

Se poi si trattasse di associazione o di fondazione muniti della qualifica

(69) CNN, *Quesito di Impresa n. 651-2014/I, Coordinamento della disciplina dell'opposizione nella trasformazione eterogenea con il sistema di riconoscimento delle persone giuridiche*, est. A. Ruotolo e D. Boggiali.

(70) In materia di forma delle delibere e dell'atto di fusione fra enti *non profit* si è ritenuto, ad esempio, che, laddove si tratti di enti il cui atto costitutivo ai sensi dell'art. 14 c.c. deve avere la forma dell'atto pubblico o del testamento, anche la sua modifica deve rivestire la medesima forma (CNN, *Fusione per incorporazione di enti ecclesiastici*, Quesito n. 138-2006/I, est. D. BOGGIALI e A. RUOTOLO).

di enti del terzo settore, la forma pubblica sarebbe comunque richiesta dall'art. 22 del Codice.

7.13. *La sanatoria delle invalidità.*

Costituisce oggetto di espresso richiamo anche l'art. 2500-bis c.c., secondo cui *“Eseguita la pubblicità di cui all'articolo precedente, l'invalidità dell'atto di trasformazione non può essere pronunciata. Resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai partecipanti all'ente trasformato ed ai terzi danneggiati dalla trasformazione”*.

Tale norma è stata a suo tempo introdotta dalla riforma del diritto societario, la quale ha ampliato notevolmente il ruolo del registro delle imprese.

Nel nuovo sistema sono, infatti, previste non poche ipotesi in cui all'iscrizione nel registro delle imprese viene dall'ordinamento attribuita anche un'efficacia sanante degli eventuali vizi dell'atto iscritto.

Si tratta peraltro di una figura non del tutto nuova non solo al diritto societario, ma anche ad altri settori dell'ordinamento (cfr. l'art. 2652, n. 6, c.c.), atteso che già nel precedente sistema era prevista, oltre all'ipotesi della fusione e della scissione — oggi disciplinata dall'art. 2504-*quater* c.c. richiamato per la scissione dall'art. 2506-*ter*, ultimo comma, c.c. — l'efficacia sanante dell'iscrizione dell'atto costitutivo di società di capitali (art. 2332 c.c.).

L'efficacia sanante è diretta con ogni evidenza a garantire la stabilità dell'organizzazione dell'ente e ad evitare i pregiudizi all'affidamento dei terzi che dalla declaratoria dell'invalidità possono derivare, facendo salvo il diritto al risarcimento del danno.

Il legislatore della riforma societaria aveva in tal caso effettuato interventi ampliativi.

Da un lato, infatti, intervenendo sull'art. 2332 c.c., aveva ridotto ulteriormente le cause di nullità della società post iscrizione.

Dall'altro aveva introdotto ulteriori ipotesi di iscrizione sanante:

— nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio l'invalidità della deliberazione di aumento del capitale non può essere pronunciata dopo che a norma dell'art. 2444 sia stata iscritta nel registro delle imprese l'attestazione che l'aumento è stato anche parzialmente eseguito (art. 2379-*ter*, secondo comma, c.c.);

— eseguita la pubblicità prescritta, l'invalidità dell'atto di trasformazione non può essere pronunciata (art. 2500-bis c.c.).

Se ne potrebbe addirittura dedurre che quella della pubblicità sanante

nel diritto societario non è più, come avveniva un tempo, un rimedio del tutto eccezionale (71).

La riforma del Terzo settore conferma tale orientamento di politica legislativa e lo estende anche al di fuori del sistema societario, rendendo applicabile la sanatoria derivante dall'iscrizione anche alla trasformazione — nonché alla fusione e scissione, per effetto del richiamo da parte dell'art. 42-*bis* c.c. alle relative norme societarie — fra enti non societari, quali le associazioni, riconosciute e non, e le fondazioni.

Il richiamo all'art. 2500-*bis* c.c. è effettuato, peraltro, con il consueto limite della compatibilità, onde deve ritenersi che la sanatoria dei vizi dell'operazione si determina a seguito dell'iscrizione nel registro proprio dell'ente trasformando e, dunque, a seconda dei casi, nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero, laddove si tratti di enti del Terzo settore, nel Registro unico nazionale del Terzo settore.

7.14. *Gli effetti della trasformazione.*

7.14.1. *La continuità soggettiva dell'ente.*

L'art. 42-*bis* c.c. dispone che “*La trasformazione produce gli effetti di cui all'articolo 2498*”.

Si allude in particolare alla c.d. continuità dei rapporti giuridici, secondo cui “*Con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione*”.

Nel caso di specie, peraltro, non v'è dubbio che siffatta continuità debba essere interpretata anche in senso soggettivo, onde l'ente risultante dalla trasformazione non viene ad essere costituito *ex novo* a seguito dell'estinzione di quello trasformato, ma mantiene l'identità originaria, pur subendo una modifica della propria struttura organizzativa.

Ne consegue che il patrimonio dell'ente, per effetto della trasformazione, non è oggetto di alcun trasferimento o di successione in senso tecnico da un soggetto ad un altro, atteso che tale fenomeno presupporrebbe un'alterità fra il soggetto trasferente e quello in cui favore il trasferimento opera, che nel caso di specie non sussiste (72).

(71) Sia consentito rinviare, anche per i relativi riferimenti bibliografici, a F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 536 e ss.; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 810 e ss.

(72) Il punto è ormai pacifico fra gli interpreti in materia societaria, tant'è che la Cassazione ha ritenuto non soggetto all'obbligo della trascrizione immobiliare l'atto di trasformazione “*trattandosi di un mutamento meramente formale dello stesso ente*” (Cass. 12 novembre 1997 n. 11180, in *Le Società*, 1998, 656, in *Vita not.*, 1998, I, 976). Così anche

7.14.2. *Gli effetti della trasformazione sul regime di responsabilità.*

L'art. 42-bis c.c. dichiara applicabile alla trasformazione in esame l'art. 2500-quinquies, secondo cui *“La trasformazione non libera i soci a responsabilità illimitata dalla responsabilità per le obbligazioni sociali sorte prima degli adempimenti previsti dal terzo comma dell'articolo 2500, se non risulta che i creditori sociali hanno dato il loro consenso alla trasformazione.*

Il consenso si presume se i creditori, ai quali la deliberazione di trasformazione sia stata comunicata per raccomandata o con altri mezzi che garantiscano la prova dell'avvenuto ricevimento, non lo hanno espressamente negato nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione”.

Come si è già avuto modo di rilevare (v. *retro* § 7.3.2.), il richiamo a tale disposizione deve essere applicato nei limiti della compatibilità con i tipi associativi coinvolti, come del resto espressamente dispone l'art. 42-bis c.c.

Ne consegue che, non essendovi nelle associazioni, riconosciute e non, e nelle fondazioni *“soci a responsabilità illimitata”*, non rimane che ritenere che il legislatore abbia inteso nella specie riferirsi a soggetti che assumono responsabilità illimitata per le obbligazioni dell'ente, pur non essendone necessariamente soci.

Si tratta, dunque, di coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione non riconosciuta di cui all'art. 38 c.c. (73)

8. *La fusione e la scissione.*

8.1. *Generalità.*

Il terzo comma dell'art. 42-bis c.c. dispone che *“Alle fusioni e alle scissioni si applicano, rispettivamente, le disposizioni di cui alle sezioni II e III del capo X, titolo V, libro V, in quanto compatibili”.*

Cass. 27 ottobre 2010 n. 21961, secondo cui *“La trasformazione [...] non si traduce nell'estinzione di un soggetto giuridico e nella creazione di uno diverso, ma integra una mera mutazione formale di organizzazione, che sopravvive alla vicenda della trasformazione senza soluzione di continuità ... l'atto di trasformazione, non comportando il trasferimento del diritto immobiliare da un soggetto ad un altro, non è, come tale, soggetto a trascrizione”.* Nello stesso senso Cass. 13 agosto 2004 n. 15737; Cass. 14 dicembre 2006 n. 26826; Cass. 23 aprile 2007 n. 9569; Cass. Sez. Un. 31 ottobre 2007 n. 23019, in *Corr. Giur.*, 2008, 8, 1105; Cass. 1 dicembre 2009 n. 25287.

(73) V. *retro* nota 36.

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

La norma, infatti, conferma innanzitutto l'ammissibilità della fusione e della scissione fra enti *non profit*, che nel precedente sistema era stata affermata in via interpretativa, soprattutto con riferimento alla fusione, dalla dottrina (74) e dalla giurisprudenza (75).

In secondo luogo la nuova disposizione afferma la tendenziale applicabilità, nei limiti della compatibilità, delle regole che disciplinano la fusione e la scissione societarie con particolare riferimento alle diverse fasi del relativo procedimento.

Da tale punto di vista essa si pone in contrasto con l'orientamento dottrinario, formatosi prima della riforma del terzo settore (76), secondo cui:

(74) Con riferimento alla fusione tra associazioni v. F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, cit., 352 ss., secondo cui le deliberazioni di fusione "non dovranno essere riguardate come deliberazioni di scioglimento e, quindi, di autorizzazione alla fusione: esse sono comuni deliberazioni modificative dei rispettivi statuti e, quindi, soggette alla comune disciplina, in fatto di maggioranze e di autorizzazioni alle modifiche statutarie". Dopo la riforma del diritto societario si era poi ritenuto che ogni dubbio sull'ammissibilità di tali fusioni fosse fugato dalla previsione della trasformazione eterogenea (A. FUSARO, *Trasformazioni e fusioni tra enti non profit*, cit., 133 ss.; F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 74; *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari* (massima L.E.12), secondo cui "si ritiene legittima la fusione di un'associazione riconosciuta in una fondazione e viceversa, stante il principio dell'economia dei mezzi giuridici in quanto la medesima operazione potrebbe diversamente essere attuata attraverso la previa trasformazione della associazione in fondazione (vedi orientamento K.A.40) e la successiva fusione della trasformata fondazione con altra fondazione. In assenza di una disciplina specifica, a tale fattispecie si applicano in via analogica le disposizioni legislative che disciplinano le fusioni eterogenee. In ogni caso l'operazione è sottoposta al vaglio dell'autorità amministrativa competente".

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

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

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

Ma *contra* v.:

— *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari* (massima L.E.12), secondo cui "In assenza di una disciplina specifica, a tale fattispecie si applicano in via analogica le disposizioni legislative che disciplinano le fusioni eterogenee";

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

— “non occorrono, inoltre, né la relazione al progetto di fusione di cui all’art. 2501-quinquies c.c., né la relazione degli esperti ex art. 2501-sexies c.c.”;

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

E tuttavia l’attuale integrale richiamo del nuovo art. 42-bis c.c. alle “disposizioni di cui alle sezioni II e III del capo X, titolo V, libro V, in quanto compatibili”, rende evidente che nelle fusioni e nelle scissioni fra enti *non profit* sarà necessario, in linea di principio, redigere il relativo progetto, predisporre la consueta documentazione informativa e stipulare l’atto di fusione o di scissione previo decorso del termine per l’opposizione dei creditori sociali.

— Trib. di Roma 25 gennaio 2016, rinvenibile sul sito giurisprudenzadelleimprese.it, il quale ha ritenuto che il procedimento di fusione doveva “modellarsi quanto più possibile sulla disciplina di cui agli artt. 2501 e ss c.c., riconoscendo appunto all’organo amministrativo degli enti interessati il potere di redigere il progetto di fusione, cui va allegata una relazione in ordine alle ragioni dell’operazione, alle eventuali modifiche statutarie, alla situazione patrimoniale, ecc.; analogamente si deve provvedere al deposito degli atti presso le sede degli enti interessati all’operazione (art. 2501 septies, c.c.)” e che fosse “applicabile la disposizione che prevede la fusione con atto notarile (art. 2504, 1° comma, c.c.: “La fusione deve risultare da atto pubblico”)”; tale decisione, peraltro, avendo ad oggetto la fusione fra fondazioni prive di un organo assembleare ha ritenuto che “la mancanza di delibera assembleare sembra dover comportare l’inapplicabilità anche della previsione di cui all’art. 2502 bis c.c., in tema di pubblicazione della deliberazione di fusione nel Registro delle Imprese, e dell’art. 2503 c.c., in tema di opposizione dei creditori”.

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

8.2. *La pubblicità degli atti del procedimento.*

Si è già avuto modo di rilevare, in termini generali, che:

— gli atti del procedimento soggetti a pubblicità devono essere pubblicati nel registro proprio dell'ente che partecipa al procedimento stesso (a seconda dei casi, Registro delle Persone Giuridiche o Registro unico nazionale del Terzo settore) (v. *retro* § 4.1.);

— laddove all'operazione partecipi anche un'associazione non riconosciuta sprovvista dei requisiti atti a qualificarla come ente del terzo settore, dovrà attuarsi la sola forma di pubblicità relativa all'ente, partecipante o risultante dall'operazione, soggetto ad iscrizione in un pubblico registro, salva la possibilità di attuare la pubblicità nel registro delle imprese, laddove l'associazione non riconosciuta in questione sia comunque assoggettata a pubblicità in quest'ultimo registro in quanto esercente un'impresa commerciale (v. *retro* § 4.2.).

Deve, peraltro, precisarsi che il generale rinvio alle norme sulla fusione societaria implica che debbano trovare applicazione alle fusioni e scissioni fra enti *non profit* anche le norme che consentono la pubblicazione di taluni atti del procedimento sul sito *internet* dell'ente, recentemente introdotte dal D.Lgs. 22 giugno 2012 n. 123, che ha attuato la direttiva 2009/109/CE (77).

Si tratta della possibilità di:

— mettere a disposizione del pubblico il progetto, anziché mediante deposito presso il pubblico registro competente per l'ente in questione, mediante pubblicazione nel sito *internet* dell'ente, con modalità atte a garantire la sicurezza del sito medesimo, l'autenticità dei documenti e la certezza della data di pubblicazione (art. 2501-*ter*, penultimo comma, c.c.);

— mettere a disposizione dei soci la documentazione inerente all'operazione, anziché mediante deposito in copia nella sede degli enti partecipanti, mediante pubblicazione sul sito *internet* degli stessi, durante i trenta giorni che precedono la decisione in ordine alla fusione o alla scissione (art. 2501-*septies* c.c.).

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

Tali norme invero non sembrano presentare alcun elemento di incompatibilità con le caratteristiche proprie degli enti *non profit*.

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

Peraltro la stessa legge delega per la riforma degli enti *non profit*, all'art. 3, prevede che il legislatore delegato, nell'operare la revisione della disciplina del titolo II del libro primo del codice civile, dovrà “*prevedere obblighi di trasparenza e di informazione, anche verso i terzi, attraverso forme di pubblicità dei bilanci e degli altri atti fondamentali dell'ente anche mediante la pubblicazione nel suo sito internet istituzionale*”.

8.3. *La disciplina della fusione a seguito di acquisizione con indebitamento.*

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

Si tratta di una norma che si applica ad ogni forma di fusione, qualunque sia il tipo sociale coinvolto nell'operazione, nonché a mio avviso alle scissioni di tipo “*aggregativo*” (78).

Dalla lettura della nuova norma, infatti, traspare con tutta evidenza che il legislatore della riforma societaria si è preoccupato di evitare per quanto possibile che il *leveraged buyout* venga posto in essere senza valide ragioni imprenditoriali e soprattutto gravando di eccessivi debiti la società *target*, sulla base di un intento meramente speculativo (79).

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

Anche in tal caso, infatti, sussisterebbe il rischio che uno spregiudicato

(78) F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 591 e ss.

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

utilizzo della leva finanziaria possa condurre al dissesto di una struttura organizzativa sana.

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

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

Ma sia il c.d. controllo di diritto di cui all'art. 2359, n. 1 c.c., che ricorre ove una società disponga della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria di un'altra società, sia il c.d. controllo di fatto di cui all'art. 2359, n. 2 c.c., che annovera nella nozione di controllo anche l'ipotesi in cui una società disponga di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria dell'altra, presuppongono una struttura organizzativa che, oltre ad essere dominata dalla democrazia assembleare, sia caratterizzata anche da un funzionamento dell'organo assembleare sulla base di criteri capitalistici.

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

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

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

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

Nondimeno, per quanto l'ipotesi debba considerarsi marginale dal punto di vista dell'*id quod plerumque accidit*, a mio avviso non può escludersi che il fenomeno della fusione o della scissione aggregativa a seguito di acquisizione con indebitamento possa ricorrere anche nel caso in cui si tratti del c.d. controllo contrattuale di cui all'art. 2359, n. 3 c.c. (80).

In tal caso peraltro è evidente che l'assunzione del debito da parte della

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

controllante deve essere finalizzata all'instaurazione del controllo contrattuale sulla *target*.

8.4. *La situazione patrimoniale.*

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

— l'organo amministrativo degli enti partecipanti all'operazione deve redigere, con l'osservanza delle norme sul bilancio d'esercizio, la situazione patrimoniale degli enti medesimi, riferita ad una data non anteriore di oltre centoventi giorni al giorno in cui il progetto è depositato nella sede dell'ente ovvero pubblicato sul sito *internet* di questo;

— la situazione patrimoniale può essere sostituita dal bilancio dell'ultimo esercizio, se questo è stato chiuso non oltre sei mesi prima del giorno del deposito o della pubblicazione sopra indicati.

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

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

Ed invero, come si è già avuto modo di rilevare in sede di trasformazione (v. *retro* § 7.5.3.), la situazione patrimoniale è richiesta nelle operazioni straordinarie fra enti *non profit* ai fini della verifica della congruità del patrimonio dell'ente risultante dall'operazione (81).

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

Pertanto, in coerenza con quanto si è sostenuto in sede di trasformazione e per le ragioni ivi esposte, deve, invece, ritenersi consentita l'omissione della redazione della situazione patrimoniale, con il consenso unanime degli aventi diritto, laddove l'ente risultante dalla fusione fosse

(81) Ed invero, già prima della riforma del terzo settore, con riferimento alla fusione ed alla scissione fra enti *non profit*, si era segnalata "*l'opportunità di redigere una situazione patrimoniale (prevista in materia di fusione dall'art. 2501-*quater* c.c.), tenuto conto che l'autorità governativa, in sede di controllo ai fini dell'iscrizione della fusione nel registro delle persone giuridiche, dovrà valutare l'adeguatezza del patrimonio ai fini della realizzazione dello scopo*" (CNN, *Fusione per incorporazione di enti ecclesiastici*, Quesito n. 138-2006/I, est. D. BOGGIALI e A. RUOTOLO; CNN, Quesito n. 29-2009/I, *Scissione di associazione riconosciuta*, est. A. Ruotolo).

un'associazione non riconosciuta ovvero si trattasse di scissione di un'associazione non riconosciuta in favore di un'altra associazione non riconosciuta.

8.5. *Il rapporto di cambio, la relativa stima e le relazioni degli amministratori.*

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

Ed invero nelle fusioni e scissioni fra enti *non profit* non sembra potersi porre un problema di determinazione e stima del rapporto di cambio, perché, come si è già avuto modo di rilevare (v. *retro* § 7.9.1.), la partecipazione all'ente risultante dall'operazione non comporta di regola l'attribuzione di diritti patrimoniali differenziati, basati sul concetto di quota di partecipazione (82).

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

8.6. *La scissione asimmetrica.*

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

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

Può, invece, ritenersi a mio avviso in parte applicabile ai casi di specie

(82) A. FUSARO, *Trasformazioni eterogenee*, cit., 307; Trib. di Roma 25 gennaio 2016, rinvenibile sul sito *giurisprudenzadelleimprese.it*, secondo cui "Sicuramente non sono invece applicabili, neanche in via analogica, le norme in tema di "rapporto di cambio", di cui agli artt. 2501 *ter*, 1° comma, n. 3, e 2501 *quinqüies*, 2° comma, c.c., in quanto non vi sono quote di partecipazioni al capitale sociale da dover rispettare in relazione all'ente risultante dalla fusione".

l'istituto della scissione asimmetrica di cui all'art. 2506, secondo comma, ultimo disposto, c.c.

Tale norma, come si è avuto modo di rilevare in altra sede (83), intende evitare che si possa sopprimere il diritto di ciascun socio dell'ente scisso a diventare comunque socio di ogni ente beneficiario, onde il diritto individuale del socio è considerato insopprimibile, se non con il consenso del suo titolare.

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

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

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

8.7. *La perizia sul valore del patrimonio dell'ente, la situazione patrimoniale e la relazione dell'organo amministrativo nelle fusioni e scissioni trasformative.*

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

Si tratta, ad esempio, delle ipotesi in cui:

— un'associazione incorpori una fondazione o una fondazione incorpori un'associazione;

— un'associazione non riconosciuta incorpori un'associazione riconosciuta o una fondazione ovvero un'associazione riconosciuta o una fondazione incorpori un'associazione non riconosciuta;

— un'associazione si scinda in favore di una fondazione ovvero una fondazione si scinda in favore di un'associazione;

— un'associazione riconosciuta o una fondazione si scinda in favore di un'associazione non riconosciuta ovvero un'associazione non riconosciuta si scinda in favore di un'associazione riconosciuta o di una fondazione.

(83) F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 290 e ss.

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

Ne consegue che nel caso di specie:

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

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

— deve essere redatta la perizia di cui all'art. 2500-*ter*, secondo comma, c.c., richiamato dal medesimo art. 42-*bis* c.c..

In relazione alle modalità di redazione di tali documenti ed alla loro rinunciabilità conviene qui richiamare quanto si è avuto modo di esporre in sede di trasformazione (v. *retro* § 7.5.).

8.8. *La possibilità che la fusione o la scissione sia deliberata dall'organo amministrativo.*

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

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

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

Ma la scelta del legislatore incorporata nella disposizione di cui al

secondo comma dell'art. 2505 c.c. è pur sempre espressione di un'eccezione in senso tecnico rispetto ai principi generali in materia di procedimento di fusione, onde deve ritenersi che non sia possibile alcuna interpretazione analogica al riguardo.

Naturalmente ciò non toglie che nelle fondazioni sprovviste di organo assembleare munito di competenze decisorie sulla fusione o sulla scissione, la decisione inerente all'operazione competa di *default* agli amministratori, come si è già avuto modo di rilevare in sede di trasformazione (v. *retro* § 7.8.3.) (84).

8.9. *I bilanci degli ultimi tre esercizi.*

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

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

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

8.10. *Le maggioranze ed il procedimento deliberativo.*

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

(84) Trib. di Roma 25 gennaio 2016, rinvenibile sul sito *giurisprudenzadelleimprese.it*, il quale, in una fusione fra fondazioni, ha ritenuto che "A differenza di quanto previsto per le società, per le quali l'approvazione del progetto è attribuita all'assemblea dei soci (art. 2502 c.c.), per le fondazioni, di regola prive di un organo assembleare e deliberativo, il potere di approvazione deve essere necessariamente riconosciuto ai CdA dei vari enti interessati".

nelle società di capitali, secondo le norme previste per la modificazione dell'atto costitutivo o statuto (art. 2502 c.c.).

Tale disposizione conferma quanto si è già avuto modo di rilevare in sede di trasformazione (v. *retro* § 7.8.1.), onde l'operazione deve essere deliberata, secondo le regole proprie del tipo di ente che intenda attuare l'operazione, applicabili a qualunque modificazione statutaria.

E ciò sia con riferimento ai *quorum* sia ai fini dell'individuazione dell'organo competente a deliberare l'operazione, come si è già avuto modo di osservare in sede di trasformazione.

In particolare deve confermarsi anche in questa sede l'inapplicabilità del terzo comma dell'art. 21 c.c., secondo cui "*Per deliberare lo scioglimento dell'associazione e la devoluzione del patrimonio occorre il voto favorevole di almeno tre quarti degli associati*", considerato che, secondo l'opinione a mio avviso preferibile, la fusione e la scissione costituiscono fenomeni meramente modificativi e non traslativi e/o estintivi (85).

Nondimeno il terzo comma dell'art. 21 c.c. può ritenersi applicabile, per le considerazioni a suo tempo illustrate (v. *retro* § 7.8.2), laddove la fusione o la scissione comporti anche una trasformazione di associazione in fondazione non di partecipazione, come accade nel caso di:

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

8.11. *Le forme deliberative*

Quanto alle forme deliberative dell'operazione, deve preliminarmente osservarsi che, laddove la relativa decisione fosse adottata da un'associazione non riconosciuta, non essendo previsto alcun onere formale per le delibere modificative di siffatti enti né l'iscrizione delle stesse in pubblici registri, potrebbe sostenersi la non necessarietà che la relativa verbalizzazione sia rivestita della forma dell'atto pubblico, pur dovendo di tale forma essere rivestito l'atto di fusione o di scissione.

Tale regola, peraltro, è suscettibile di essere derogata laddove trovi comunque applicazione il procedimento omologatorio notarile di cui ai

(85) Sia consentito rinviare, anche per una più puntuale indicazione dei riferimenti bibliografici, a F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 49 e ss.; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 24 e ss.; F. MAGLIULO, *La scissione costituisce un fenomeno traslativo?*, nota a Cass. Sez. Un. 15 novembre 2016 n. 23225, in *Notariato*, 2017, 159 e ss.

commi secondo e terzo dell'art. 22 del Codice, alla stregua di quanto si avrà modo di osservare nel paragrafo successivo.

Invece per gli enti del Terzo settore muniti di personalità giuridica, l'art. 22, sesto comma, del Codice "*Le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto devono risultare da atto pubblico e diventano efficaci con l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore*".

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

Ne conseguirebbe pertanto la necessità che la relativa deliberazione sia rivestita della forma notarile pubblica, quanto meno ai fini del rispetto degli oneri pubblicitari cui la stessa è soggetta, se non addirittura per simmetria rispetto alla forma richiesta per l'atto costitutivo *ex art. 14 c.c. (86)*.

8.12. *Il controllo notarile.*

Particolari problematiche si pongono inoltre in relazione al controllo notarile sulle decisioni di fusione o di scissione.

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

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

Quanto alle società di persone, il secondo comma dell'art. 2502-*bis* c.c., prevede che "*la decisione di fusione delle società previste nei capi II, III e IV deve essere depositata per l'iscrizione nell'ufficio del registro delle imprese, insieme con i documenti indicati nell'articolo 2501-septies; il*

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

deposito va effettuato a norma dell'art. 2436 se la società risultante dalla fusione o quella incorporante è regolata dai capi V, VI, VII".

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

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

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

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

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

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

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

È, infatti, previsto che:

— il notaio rogante, verificata la sussistenza delle condizioni previste dalla legge ed in particolare dalle disposizioni del Codice con riferimento alla sua natura di ente del Terzo settore, nonché del patrimonio minimo di cui al comma 4 del citato art. 22, deve depositare l'atto da lui ricevuto, con i relativi allegati, entro venti giorni presso il competente ufficio del registro unico nazionale del Terzo settore, richiedendo l'iscrizione; a fonte di ciò l'ufficio del registro unico nazionale del Terzo settore si limita ad effettuare

una verifica della mera regolarità formale della documentazione ed iscrive l'ente nel registro stesso;

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

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

— la deliberazione di fusione o di scissione adottata da enti dotati di personalità giuridica ed aventi la qualifica di enti del Terzo settore è assoggettata al procedimento di cui al citato art. 22 del Codice;

— la deliberazione di fusione o di scissione adottata da enti non dotati di personalità giuridica e/o non aventi la qualifica di enti del Terzo settore è assoggetta al procedimento di cui al citato art. 22 del Codice solo se l'ente risultante dalla fusione o quello beneficiario della scissione è dotato di (o destinato ad avere) personalità giuridica e qualifica di ente del terzo settore;

— negli altri casi la deliberazione di fusione o di scissione adottata da enti non dotati di personalità giuridica e/o non aventi la qualifica di enti del terzo settore tale controllo segue le regole generali di cui all'art. 28 della legge notarile, che vieta ai notai di ricevere atti “*espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico*” e impone di rifiutare la stipulazione dell'atto ove tale controllo avesse esito negativo.

8.13. *Il dimezzamento dei termini legali.*

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

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

Il dubbio sulla possibilità di applicare la menzionata disposizione

potrebbe nascere dalla circostanza che il dimezzamento dei termini in questione si pone come eccezione ad una regola generale.

Nel caso delle fusioni — ed eventualmente delle scissioni (87) — fra enti *non profit*, invece, tale dimezzamento finirebbe con l'essere la regola, in quanto siffatti enti non sono caratterizzati dall'emissione di partecipazioni azionarie.

Nondimeno a mio avviso tale dubbio non ha ragion d'essere, in quanto l'intera disciplina della fusione e della scissione societarie viene applicata alle analoghe operazioni fra enti *non profit* per effetto di un richiamo generalizzato effettuato dall'art. 42-bis c.c. nei limiti della compatibilità.

Ne consegue che l'intera disciplina della fusione e scissione degli enti *non profit* costituisce il prodotto di un adattamento delle regole societarie.

Per altro verso i maggiori termini previsti per le società azionarie, come risulta dai lavori preparatori della riforma del diritto societario (88), sono per lo più connessi alla necessità di rispettare inderogabili vincoli di derivazione comunitaria vigenti per taluni tipi di società, onde le agevolazioni procedurali in questione sono state disposte “*al fine di ulteriormente semplificare ed accelerare il procedimento di fusione*”, ponendo in essere “*tutta una serie di deroghe al modello di derivazione comunitaria*”.

Ma non v'è chi non veda come siffatti vincoli comunitari non possono assolutamente configurarsi con riferimento agli enti *non profit*.

8.14. *L'opposizione dei creditori e l'efficacia dell'operazione.*

8.14.1. *L'inderogabilità dell'opposizione.*

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

Non sembra, pertanto, che nel sistema introdotto dalla riforma del Terzo settore possa risultare fondata l'opinione (89), espressa prima dell'emanazione di tale riforma, secondo cui, in caso di fusione fra fondazioni prive di un organo assembleare:

— posto che “*il potere di approvazione deve essere necessariamente*

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

(88) *Relazione ministeriale* § 14.

(89) Trib. di Roma 25 gennaio 2016, rinvenibile sul sito *giurisprudenzadelleimprese.it*.

riconosciuto ai CdA dei vari enti interessati”, stante la mancanza di un organo assembleare;

— “la mancanza di delibera assembleare sembra dover comportare l’inapplicabilità anche della previsione di cui all’art. 2502 bis c.c., in tema di pubblicazione della deliberazione di fusione nel Registro delle Imprese, e dell’art. 2503 c.c., in tema di opposizione dei creditori”.

Del resto, come si è già avuto modo di rilevare in materia di trasformazione (v. *retro* § 7.12.), il nuovo art. 42-bis c.c. richiama in modo specifico l’art. 2500-*nonies* c.c., che prevede il rimedio dell’opposizione dei creditori.

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

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

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

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

8.14.2. *Il coordinamento della disciplina dell’opposizione dei creditori in ipotesi di fusione o scissione trasformativa.*

Per altro verso si è già avuto modo di rilevare (v. *retro* § 8.7.) che, laddove la fusione o la scissione determini anche una trasformazione fra enti *non profit*, all’operazione devono essere applicate anche le norme dell’art 42-bis c.c. che disciplinano siffatta trasformazione.

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

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

Peraltro la circostanza che, come si è più volte sottolineato, la disciplina della fusione o della scissione implicante anche una trasformazione va ricavata dalla simultanea applicazione delle norme che disciplinano tali

istituti, fa sì che, in caso di contrasto, debba applicarsi la norma più rigorosa.

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

Ne consegue, per quanto interessa in questa sede, innanzitutto che la legittimazione ad opporsi all'operazione dei creditori dell'ente che in dipendenza della fusione o della scissione subisce un mutamento tipologico (ad es. i creditori di una associazione che sia incorporata in una fondazione, ma non anche i creditori della fondazione incorporante) non potrebbe a prima vista apparire limitata ai soli creditori anteriori all'iscrizione del progetto, in applicazione dell'art. 2500-*nonies* c.c., che ovviamente non pone una siffatta limitazione, ma sembra ancorare la legittimazione all'opposizione a diversi riferimenti temporali (90).

Ma tale difformità di disciplina viene meno laddove si ritenga, come invece mi pare preferibile (91), di interpretare restrittivamente la disposizione dell'art. 2500-*nonies* c.c., nel caso di fusione o scissione trasformativa.

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

In secondo luogo il termine di sessanta giorni per l'opposizione, per i creditori dell'ente che subisce un mutamento di scopo (ad es. i creditori di un'associazione che sia incorporata in una fondazione, ma non anche i creditori della fondazione incorporante), non può essere dimezzato in applicazione dell'art. 2505-*quater* c.c., poiché tale agevolazione non è prevista dall'art. 2500-*nonies* c.c. (92).

Per altro verso in tal caso sembra conforme ad elementari esigenze di economia del procedimento di trasformazione — fusione/scissione ritenere che detto termine non debba decorrere due volte, una dalla decisione di

(90) G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7***, 2, Torino, 2004, 63.

In materia di trasformazione eterogenea è peraltro discusso, nel silenzio della legge, se il limite temporale che determina la spettanza o meno del diritto di opposizione dei creditori sociali sia la stipula dell'atto di trasformazione o i relativi adempimenti pubblicitari (v. per tutti M. MALTONI, *La trasformazione eterogenea in generale*, cit., 285 ss., secondo cui sono legittimati all'opposizione i creditori anteriori alla pubblicazione dell'atto di trasformazione).

(91) F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 134.

(92) *Contra* A. ZOPPINI, *Fusione eterogenea per incorporazione*, cit., 1283.

fusione o di scissione *ex art. 2503* ed una dall'attuazione dell'operazione che implichi una trasformazione eterogenea *ex art. 2500-nonies c.c.*

È sufficiente, infatti, alla tutela dei creditori, sotto entrambi gli aspetti, che esso decorra unicamente dalla pubblicità delle delibere di fusione o di scissione (93), in quanto la diversa decorrenza del termine per l'opposizione nelle due norme citate dipende esclusivamente dal fatto che la fusione o la scissione è frutto della sequenza procedimentale di una serie di atti (progetto, delibera, atto), mentre la trasformazione si determina *uno actu*.

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

Per altro verso, alla stregua dell'illustrato principio secondo cui il sistema pubblicitario degli atti del procedimento è quello proprio del singolo ente partecipante all'operazione, appare inevitabile concludere che l'efficacia dell'operazione ai sensi dell'*art. 2504-bis*, secondo comma, *c.c.* dipende anche dall'attuazione della pubblicità richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione, ai sensi dell'*art. 2500*, secondo comma, *c.c.*, laddove la fusione o la scissione determini tale effetto (95).

8.15. *L'efficacia sanante dell'iscrizione dell'atto di fusione.*

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

(93) F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 99; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 135 e, sia pure in termini dubitativi, A. FUSARO, *Trasformazioni eterogenee*, cit., 307.

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

Ma in senso contrario v. F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 135 e s..

(95) Cfr. A. FUSARO, *Trasformazioni eterogenee*, cit., 307; F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 100; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 136.

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

Per la verità prima dell'avvento della riforma del Terzo settore, è stato sostenuto (96) che *“attesa la differente funzione del Registro delle persone giuridiche e del Registro delle Imprese”* sarebbe stata inapplicabile alla fusione tra *enti non profit* la disciplina dettata dal citato art. 2504-*quater* c.c.

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

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

Se ne deve dedurre che la riforma del Terzo settore ha esteso anche al di fuori del sistema societario il fenomeno della c.d. pubblicità sanante, come si è già avuto modo di rilevare (v. *retro* § 7.13.).

Del resto non può oggi fondatamente sostenersi che il Registro delle persone giuridiche ed il Registro delle Imprese abbiano funzioni differenti, considerato che l'ultimo comma dell'art. 42-*bis* c.c., nel disporre che *“Gli atti relativi alle trasformazioni, alle fusioni e alle scissioni per i quali il libro V prevede l'iscrizione nel Registro delle imprese sono iscritti nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero, nel caso di enti del Terzo settore, nel Registro unico nazionale del Terzo settore”*, sembra operare una sostanziale equiparazione fra i menzionati registri.

8.16. *Le indicazioni ricavabili dall'art. 42-bis c.c. in merito all'ammissibilità di fusioni e trasformazioni eterogenee.*

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

Si allude al menzionato principio espresso dall'ultimo comma dell'art. 42-*bis* c.c., secondo cui *“Gli atti relativi alle trasformazioni, alle fusioni e alle scissioni per i quali il libro V prevede l'iscrizione nel Registro delle imprese sono iscritti nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero, nel caso di enti del Terzo settore, nel Registro unico nazionale del Terzo settore”*.

(96) Trib. di Roma 25 gennaio 2016, rinvenibile sul sito *giurisprudenzadelleimprese.it*.

Ed invero la possibilità di attuare la pubblicità degli atti del procedimento di fusione o di scissione in un pubblico registro diverso dal registro delle imprese sembra rimuovere il principale ostacolo addotto contro l'ammissibilità di fusioni e scissioni eterogenee (97).

(97) F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 80; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 111.