

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Studio n. 126-2006/I

Sulla forma delle decisioni dei soci di società di persone aventi ad oggetto la fusione/scissione tra società di persone e società di capitali

Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 27 ottobre 2006

1. Oggetto dello studio

Oggetto del presente studio è la forma delle decisioni dei soci nelle società di persone quando hanno ad oggetto la fusione/scissione tra società di persone o con altra società di diverso tipo.

In altre parole si discute sulla competenza a redigere l'atto di approvazione del progetto di fusione/scissione nelle società di persone.

Come è noto il procedimento con il quale viene ad essere approvata la fusione con una o più società è caratterizzato da un *iter* complesso formato da tre fasi: la prima ha per protagonisti gli amministratori delle società partecipanti alla fusione, i quali devono redigere, tra l'altro, il progetto di fusione e depositarlo al Registro Imprese; la seconda fase, regolata dall'art. 2502 c.c., ha per protagonisti i soci delle società partecipanti alla fusione, che devono approvare il progetto di fusione con le maggioranze previste per le modifiche statutarie nelle società di capitali o con la maggioranza dei soci (come per la trasformazione *ex art. 2500-ter*) calcolata secondo la partecipazione agli utili nelle società di persone (in deroga al "principio unanimitario" di cui all'art. 2252 c.c.); la terza fase vede nuovamente coinvolti gli amministratori (in particolare coloro che hanno la legale rappresentanza) delle società partecipanti alla fusione i quali partecipano alla redazione dell'atto pubblico di fusione (art. 2504 c.c.) ⁽¹⁾.

La fase oggetto del presente studio è la seconda, quella della decisione dei soci, con particolare riferimento alla forma giuridica che deve assumere la decisione, nonché alla forma necessaria per la sua iscrizione nel Registro delle Imprese.

In particolare si vuole verificare se alla luce della nuova normativa il legislatore ha inteso modificare le formalità previste per tali decisioni che, pur in mancanza di un testuale inquadramento normativo, venivano annoverate tra quelle modifiche che richiedevano come forma obbligatoria l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata in quanto equiparabili per sostanza ed importanza, ed anche giuridicamente, alle modifiche del contratto sociale che richiedono tale forma ai fini della pubblicità nel Registro delle Imprese e dell'opponibilità ai terzi.

2. La normativa (artt. 2502 e 2502-*bis* c.c.)

Il legislatore si è espressamente occupato dell'approvazione del progetto di fusione da parte dei soci negli artt. 2502 e 2502-*bis* c.c., i quali sanciscono che "se l'atto costitutivo o lo statuto non dispongono diversamente, tale approvazione" (decisione in ordine alla fusione) "avviene nelle società di persone con il consenso della maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili"; inoltre, "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'art. 2501-*septies*; il deposito va effettuato a norma dell'art. 2436 se la società risultante dalla fusione o quella incorporante è regolata dai capi V, VI, VII".

Non vi sono altre disposizioni che si occupano esclusivamente e specificamente della forma di tali decisioni né nel codice civile, né nella disciplina relativa al Registro delle Imprese. Né vi è una disposizione che richiede un controllo diverso rispetto agli altri atti da parte del Registro Imprese per l'iscrizione.

In ordine agli adempimenti pubblicitari relativi alla decisione di fusione non è variata la normativa se non per alcuni aspetti terminologici e per l'adeguamento dei richiami normativi alla nuova numerazione conseguente alla riforma.

Mentre per la decisione di fusione di una società di capitali o nel caso in cui la società nascente dalla fusione sia una società di capitali il legislatore si è preoccupato di rinviare all'art. 2436 c.c. e quindi al controllo notarile previsto per le delibere modificative dell'atto costitutivo, non altrettanto ha fatto quando ha disciplinato la decisione assunta nella fusione tra società di persone.

Si pone pertanto il problema di verificare se tali decisioni debbano essere assunte necessariamente con l'intervento del ministero notarile.

Nel precedente quadro normativo era indubbio che: a) l'approvazione della fusione doveva avvenire all'unanimità in quanto modifica del contratto sociale ex art. 2252 c.c.; b) non si doveva procedere all'omologazione giudiziale qualora la fusione intervenisse tra due società di persone, mentre l'intervento dell'autorità

giudiziaria diveniva obbligatorio nel momento in cui la società nascente dalla fusione o incorporante fosse una società di capitali ⁽²⁾.

Per far luce su tale problematica è necessario verificare se i principi propri in materia di fusione, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla sua natura e le novità introdotte dalla riforma in materia societaria abbiano modificato il quadro di riferimento dal quale venivano desunte le regole applicate dalla magistratura onoraria.

3. Dottrina: la fusione come modifica del contratto sociale (art. 2252 c.c.)

La diversa dizione usata dal legislatore nell'art. 2504 *bis* c.c., dove si prevede che la società incorporante assume i diritti e gli obblighi dell'incorporata, ha causato anche a livello di ricostruzione giurisprudenziale una decisa modifica del quadro normativo decisivo ai fini della ricostruzione della natura giuridica della fusione.

Ciò ha determinato un importante *revirement* della stessa Cassazione che ha di recente abbracciato una tesi diversa da quella sostenuta negli ultimi decenni ⁽³⁾.

Prima di soffermarsi su tale pronuncia è opportuna una breve disamina delle principali tesi che esistono sulla natura giuridica della fusione.

I principali orientamenti sul punto sono la tesi c.d. tradizionale della successione a titolo universale ⁽⁴⁾ (o particolare ⁽⁵⁾) e la tesi dell'integrazione contrattuale o, più in generale, della modifica del contratto sociale ⁽⁶⁾. Una dottrina intermedia, inoltre, afferma che la fusione è sì una modifica dell'atto costitutivo, ma presenta anche effetti estintivi e successori, in ossequio al disposto di cui all'art. 2504-*bis* c.c. ⁽⁷⁾.

Parte della dottrina ⁽⁸⁾, così come la prevalente giurisprudenza e, *in primis*, quella della Suprema Corte ⁽⁹⁾ (prima del cambiamento del 2006), considerano la fusione come fenomeno successorio a titolo universale tra vivi, ove l'atto di fusione determina l'estinzione delle società partecipanti e l'ingresso della società risultante dalla fusione in tutti i rapporti reali ed obbligatori, attivi e passivi, sostanziali e processuali facenti capo alle estinte, ad eccezione dei rapporti intrasmissibili per natura ⁽¹⁰⁾, sulla scorta di principi analoghi a quelli che regolano (per le persone fisiche) la successione a titolo universale *mortis causa*. A sostegno di tale inquadramento la giurisprudenza e la dottrina tradizionali richiama la dizione dell'art. 2504 comma 4 c.c. del testo in vigore sino al 1991 che recitava: "La società incorporante o quella che risulta dalla fusione assume i diritti e gli obblighi delle società estinte" ⁽¹¹⁾.

La critica a tale ricostruzione che, come noto, ha avuto poco successo in dottrina (ma molto in giurisprudenza) era basata sull'analisi del fenomeno della

fusione e del carattere essenzialmente dinamico della stessa, che le parti utilizzano non già per estinguere, bensì per concentrare ed accrescere due o più organismi produttivi. Infatti la fusione determina non tanto l'estinzione-succezione delle società ma è un fenomeno con il quale vengono potenziate le attività delle società che vi partecipano. I soci deliberando la fusione modificano i rispettivi contratti sociali e ne integrano il contenuto in modo da portarli a coincidere con il contenuto del contratto sociale risultante dalla fusione. Si assiste perciò ad un fenomeno di unificazione o "integrazione reciproca" dei preesistenti contratti sociali, attuato in via di modificazione di ciascuno di essi ⁽¹²⁾; modificazione che forma oggetto delle deliberazioni di fusione adottate da ciascuna delle società.

In conseguenza di ciò, quindi, la fusione veniva inquadrata nell'ambito delle modifiche dell'atto costitutivo, ossia in una vicenda modificativa degli originari contratti sociali delle società coinvolte senza estinzione del precedente contratto e la costituzione di uno nuovo e senza trasferimento della qualità di socio, perché ciascun socio conserva la qualità di parte del contratto e dell'organizzazione così unificata. La partecipazione sociale non viene meno con la fusione ma i soci ricevono in virtù del rapporto di cambio azioni e quote della nuova società o dell'incorporante. Non vi è neppure trasferimento di beni ma conservazione della proprietà di essi in capo al soggetto unificato ⁽¹³⁾.

Quindi, secondo tale inquadramento, il risultato finale, ossia l'integrazione reciproca degli originari contratti di società ⁽¹⁴⁾, si realizza mediante una previa modifica statutaria reciproca che ha per effetto la redistribuzione delle partecipazioni sociali ⁽¹⁵⁾.

L'inquadramento dottrinario della fusione come modifica dell'atto costitutivo, si diceva, ha avuto un formale riconoscimento legislativo con la Novella del 2003 che modificando l'art. 2504 *bis* primo comma c.c. ha tolto ogni riferimento all'estinzione delle società. La novità legislativa ha indotto la stessa giurisprudenza a modificare quello che era ormai il suo consolidato orientamento, accogliendo la tesi della fusione come fenomeno modificativo e non estintivo delle società.

La Corte Suprema, infatti, con l'*Ordinanza Sez. Un. 8 febbraio 2006, n. 2637* ha sancito il principio per cui la fusione tra due società non determina l'estinzione della società incorporata (nell'ipotesi di fusione per incorporazione), né crea un nuovo soggetto di diritto (nell'ipotesi di fusione paritaria), ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione, risolvendosi in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo ⁽¹⁶⁾.

Altra disposizione normativa introdotta con la Riforma a sostegno di tale teoria è rinvenibile proprio nell'art. 2502 primo comma c.c. che regola il procedimento di approvazione della fusione, laddove per le società di capitali si stabilisce che

l'approvazione della delibera avviene secondo le norme previste "per la modificazione dell'atto costitutivo o statuto".

La dottrina per lo più ha analizzato il fenomeno della fusione senza distinguere le società di persone dalle società di capitali. Inoltre, proprio perché per lo più è un fenomeno di aggregazione di società di medie e grandi dimensioni dove prevale l'elemento capitalistico su quello personalistico, l'attenzione della dottrina è per lo più riferita alle società di capitali rispetto che alle società di persone ⁽¹⁷⁾.

Con particolare riguardo alle società di persone e alla natura della decisione in ordine alla fusione, argomento fondamentale al fine del presente studio, va detto che la diversa ricostruzione della giurisprudenza tradizionale rispetta a quelle della dottrina prevalente non determina comunque conseguenze diverse sull'inquadramento di tale decisione nell'ambito delle modifiche del contratto sociale. Infatti anche i fautori della successione a titolo universale riconoscevano che comunque la stessa determinava nelle società di persone una modifica del contratto sociale soggetta alla disciplina dell'art. 2252 c.c.

E' stato osservato che a ben guardare non esiste un inconciliabile contrasto tra le due interpretazioni poiché una valorizza la volontà di modificazione del rapporto espressa dalle deliberazioni e dall'atto di fusione, mentre l'altra rimarca gli effetti legali prodotti dall'operazione sulle situazioni giuridiche soggettive facenti capo alle società partecipanti ⁽¹⁸⁾.

Indipendentemente dalla qualificazione non c'è dubbio che per "modifica del contratto di società" si fa riferimento non solo alle modifiche soggettive, cioè quelle modifiche riguardanti mutamenti nella composizione personale della società (ad esempio: la cessione di quota sociale, l'ingresso di un nuovo socio, la sostituzione di un socio, la cessazione della qualità di socio), ma anche a quelle oggettive, cioè le modifiche riguardanti il contenuto dell'atto costitutivo, come, per esempio, la proroga di durata della società, la riduzione o l'aumento del capitale sociale, il trasferimento della sede sociale, la decisione di scioglimento, il cambiamento dell'oggetto sociale, la variazione del numero degli amministratori o dei rappresentanti nominati con l'atto costitutivo, la revoca dell'amministratore nominato con l'atto costitutivo, la modificazione dei criteri di ripartizione degli utili, la trasformazione in altra società e così anche la fusione e scissione.

La fusione, dunque, rientra a pieno titolo nel concetto di "modifica del contratto di società", che secondo la vecchia normativa andava adottata dai soci all'unanimità (art. 2252 c.c.) dei consensi.

In seguito alla Novella del 2003 è ora sufficiente la maggioranza dei soci determinata secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili (art. 2502 c.c.), salvo il diritto di recesso per il non consenziente.

4. Principio generale della libertà delle forme: necessità della forma scritta per l'iscrizione della delibera nel Registro Imprese ai sensi dell'art. 11 D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581 ("Regolamento di attuazione dell'art. 8 della Legge 29 dicembre 1993, n. 580, in materia di istituzione del Registro delle Imprese di cui all'art. 2188 c.c.")

E' noto che il principio generale in ambito di società di persone (dettato in tema di società semplice) è quello della libertà delle forme, che comporta la non necessità di particolari requisiti di forma perché la volontà dei singoli valga come volontà sociale. La volontà di tutti i soci di costituire o modificare un contratto sociale nelle società di persone non è soggetta a forme vincolate e può essere desunta anche da atti e comportamenti che dimostrino inequivocabilmente l'unanime volontà dei soci medesimi.

Particolari requisiti formali vanno rispettati solamente in relazione ai beni conferiti (immobili o mobili registrati) *ex art. 2251 c.c.* In tal caso il requisito di forma è prescritto per l'atto di conferimento e non per il contratto sociale. Per le sole società commerciali il codice richiede la forma pubblica o autentica dell'atto ai fini dell'iscrizione dello stesso nel Registro delle Imprese (art. 2296 c.c.) ⁽¹⁹⁾ e la modifica dell'atto costitutivo deve essere iscritta *ex art. 2300 c.c.*

Solo al fine dell'iscrizione, quindi, il legislatore ha imposto la forma minima della scrittura privata con sottoscrizione autenticata o dell'atto pubblico (di cui viene depositata copia conforme) *ex art. 2296 c.c.*. Per un principio di simmetria delle forme, è stata prevista la medesima forma per le modifiche del contratto sociale che vanno iscritte (*ex art. 2300 c.c.*) e che ai sensi dell'art. 11 D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581 ("Regolamento di attuazione dell'art. 8 della Legge 29 dicembre 1993, n. 580, in materia di istituzione del Registro delle Imprese di cui all'art. 2188 c.c.") devono rivestire la forma della sottoscrizione autenticata o dell'atto pubblico.

Il requisito di forma è richiesto ai soli fini dell'iscrizione nel Registro delle Imprese per gli effetti di pubblicità legale conseguenti a tale adempimento (art. 2193 secondo comma c.c.).

L'iscrizione delle modifiche ha efficacia dichiarativa (art. 2193 secondo comma c.c.) incidendo solo sul profilo dell'opponibilità ai terzi, determinando una presunzione assoluta di conoscenza; di quanto iscritto non è ammessa la prova dell'ignoranza incolpevole creandosi una presunzione assoluta di conoscenza da parte dei terzi (c.d. efficacia positiva) ⁽²⁰⁾.

Il legislatore del 1942 prevedeva l'iscrizione delle sole società commerciali, in seguito, però, ha previsto anche l'iscrizione delle società semplici in un'apposita sezione del Registro ⁽²¹⁾.

Successivamente anche per il settore agricolo è stato istituito per gli esercenti tali attività, e quindi anche per le società semplici, una sezione speciale del Registro delle Imprese (art. 2 D. Lgs. 18 maggio 2001, n. 228), dando a tale iscrizione la medesima portata delle società commerciali ex art. 2193 c.c. Si sono quindi equiparate le società semplici e quelle commerciali ai fini pubblicitari ⁽²²⁾.

Dall'equiparazione non è discesa però una chiarificazione legislativa sulle forme degli atti delle società semplici laddove il sistema della pubblicità delle società commerciali è fondato sul principio dell'intervento notarile per l'iscrizione nel Registro Imprese (e quindi ai fini pubblicitari) ⁽²³⁾.

Tale equiparazione è importante anche perché due degli argomenti più dibattuti in ordine alla fusione tra società di persone erano quelli della possibilità di applicare tale disciplina alle società semplici ed alle società irregolari ⁽²⁴⁾.

Nonostante per le società semplici la previsione dell'iscrizione nel Registro delle Imprese con efficacia di pubblicità legale (art. 2 D. Lgs. 228/2001) porta a ritenere oggi operante una disciplina identica a quella della società in nome collettivo, si potrebbe sostenere che dal punto di vista formale tale adempimento segua le regole dettate per le società semplici stesse. ⁽²⁵⁾

Gli autori che ritengono (per altro contro la prassi operativa del Registro Imprese) che le modifiche dell'atto costitutivo di società semplice devono comunque sottostare ad un controllo di legalità formale e che tale controllo non compete al Registro delle Imprese (che è competente solo ad un controllo di legalità formale) riterranno anche per le decisioni di fusione/scissione di società di persone necessaria la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata. ⁽²⁶⁾

Si è detto che la fusione rappresenta una vicenda dell'organizzazione societaria e precisamente una modificazione e integrazione dell'atto costitutivo e dei preesistenti contratti sociali ⁽²⁷⁾.

In quest'ottica costituendo una modifica del contratto sociale la delibera dovrà essere iscritta entro trenta giorni - a cura degli amministratori - al fine di renderla opponibile ai terzi (art. 2300 c.c.) e dovrà essere assunta nella forma minima della scrittura privata autenticata non essendo richiesto l'atto pubblico ⁽²⁸⁾.

La disciplina generale delle modifiche dell'atto costitutivo è, infatti, anche per la società in nome collettivo quella dell'art. 2252 c.c., integrato dall'art. 2300 c.c. e parzialmente modificato, con specifico riferimento alla fusione, dall'art. 2502 c.c., norma che prevede l'approvazione da parte della maggioranza dei soci (e non dall'unanimità).

Il sacrificio del principio della libertà delle forme in materia di società di persone trova ancora una volta la sua giustificazione nel sistema di pubblicità delle società regolari e cioè nella necessità di rendere opponibile ai terzi quanto deliberato.

La deliberazione di fusione delle società di persone deve dunque necessariamente rivestire la forma della scrittura privata autenticata o dell'atto pubblico, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2296 e 2300 c.c. e 11 D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581, per poter essere iscritta e divenire così opponibile ai terzi. L'art. 2504 primo comma, infatti, impone testualmente la forma pubblica solo per l'atto di fusione. La tesi della generalizzazione della forma pubblica alla decisione dei soci di società di persone potrebbe trovare un appiglio sistematico nelle norme degli artt. 2505 e 2505 *bis*, nelle quali il legislatore si premura di stabilire che la deliberazione degli amministratori deve risultare da atto pubblico. In realtà il legislatore ha voluto ribadire, con tale disposizione, la necessità che la delibera sia comunque sottoposta al vaglio notarile anche quando assunta dagli amministratori e, per quanto detto, ritenendosi comunque l'approvazione del progetto di fusione una delibera modificativa del contratto sociale, la stessa necessiterà unicamente delle forme minime (scrittura privata autenticata ed atto pubblico) ai fini della pubblicità legale e quindi dell'iscrizione nel Registro delle Imprese.

Vedremo il perché della scelta legislativa di sacrificare il principio di libertà delle forme a favore di un intervento del Notaio.

Trattasi, comunque, di una scelta di sistema nell'ambito delle società di persone, che si giustifica con gli interessi da proteggere nel caso di decisioni che possono coinvolgere non solo delle parti contraenti ma anche la sicurezza dei traffici giuridici, interessi di terzi e dei creditori sociali a ché ci sia un controllo non solo sulla sottoscrizione degli atti da parte dei soci ma anche un controllo di legalità sostanziale sugli stessi spesso attribuito al Notaio nei paesi di *Civil Law*.

Fin qui si è parlato unicamente di decisioni (e non di delibere) di società di persone ⁽²⁹⁾. Va ricordato che per queste società raramente è previsto l'organo assembleare e che le modifiche dei contratti sociali presuppongono una decisione normalmente non collegiale dei soci, tant'è che lo stesso legislatore utilizza il termine "decisione" dei soci anziché "delibera" (artt. 2502 e 2502 *bis* c.c.) ⁽³⁰⁾.

Certo è che l'uso del termine decisione, in piena coerenza con il principio espresso dall'art. 7 Legge Delega Castelli 3 ottobre 2001 n. 366 di favorire la semplificazione del procedimento di fusione e scissione, consente di ritenere non necessaria l'approvazione del progetto in seduta assembleare ⁽³¹⁾.

L'art. 2502 c.c. nel regolare la fase di approvazione del progetto di fusione, fase oggetto del predente studio, non a caso usa il termine "decisioni" sia perché nelle S.r.l. non sempre dopo la riforma del 2003 le decisioni devono essere assunte nel rispetto del metodo collegiale (le delibere possono infatti essere adottate mediante consultazione scritta o sulla base del consenso per iscritto *ex art.* 2479 c.c.) sia perché nelle società di persone il legislatore non ha mai espressamente previsto un organo assembleare.

Il breve cenno fatto alla possibilità di introdurre, anche nelle società di persone, il sistema assembleare ha delle conseguenze sulle modalità redazionali dell'approvazione della fusione e sull'attività di controllo affidata al Notaio.

A differenza di quanto previsto per le società di capitali (artt. 2363-2379 c.c. e artt. 2479 ss.) il legislatore non ha disciplinato in maniera altrettanto univoca le modalità di espressione della volontà dei soci di società di persone ⁽³²⁾.

In dottrina si registrano posizioni differenti; parte cospicua di autori accoglie l'impostazione giurisprudenziale negando, così, l'esistenza di un organo assembleare nella società in nome collettivo (e nelle società di persone in genere). In particolare, per taluno è proprio la struttura stessa della società di persone ad essere incompatibile con l'esistenza al suo interno di un organo assembleare ⁽³³⁾. Altra dottrina nega, invece, quest'ultima tesi ed ammette l'esistenza del sistema collegiale anche nelle società di persone, almeno per quanto riguarda le ipotesi in cui la legge prevede che la decisione vada presa a maggioranza ⁽³⁴⁾.

La tesi che ci sembra più corretta è tuttavia quella che si basa sulla fedele interpretazione del dato normativo: laddove la legge richiede solamente il "consenso dei soci" (all'unanimità o a maggioranza) si dovrà intendere come indifferente la modalità di raccoglimento della loro volontà (in assemblea o separatamente a seconda di quanto previsto, o non previsto, nei patti sociali), mentre ove la legge fa espresso riferimento al termine "deliberazione" si dovrà intendere come necessario il metodo collegiale per la formazione della volontà sociale. Ciò vale sulla base del fondamentale presupposto che "la società di persone non è positivamente strutturata sulla collegialità dei propri organi" ⁽³⁵⁾, differenza, questa, notevolissima rispetto a quanto previsto per le società di capitali ⁽³⁶⁾, soprattutto per le conseguenze che produce in merito all'intervento del notaio quale "filtro di legalità" della decisione dei soci (come vedremo tra poco). Questa differenza strutturale porta a ritenere che i soci di società di persone possano prevedere delle forme assembleari per l'espressione della volontà sociale, ma queste non integreranno mai un organo collegiale analogo a quello delle società di capitali, se così non sia espressamente previsto nei patti sociali, ma regoleranno solamente la forma dell'espressione della volontà sociale ⁽³⁷⁾.

Agli operatori economici può interessare di usufruire di un sistema assembleare per l'assunzione delle decisioni onde consentire ad esempio deleghe non in forma notarile, decisioni assunte senza la necessaria partecipazione del socio (purché ritualmente convocato), l'adozione di un procedimento più snello quale quello assembleare rispetto alla raccolta delle sottoscrizioni tra i soci e comunque l'adozione di un sistema a maggioranza rispetto a quello unanime ⁽³⁸⁾.

Se il contratto sociale prevede l'organo assembleare la delibera dovrà essere verbalizzata dal notaio secondo le regole di tale tipo di atto, fermo restando che

essendo comunque la delibera una modificazione del contratto sociale potrà comunque essere approvata attraverso un atto di tipo negoziale (modifica dei patti sociali) approvato e sottoscritto da tutti i soci o dalla maggioranza (secondo la parte attribuita a ciascuno negli utili) ⁽³⁹⁾.

Se viceversa, come più frequentemente avviene, i patti sociali non prevedono un organo assembleare la decisione in ordine alla fusione andrebbe preferibilmente fatta sotto forma di modifica del contratto sociale (atto pubblico o scrittura privata autenticata).

La previsione pattizia di un organo assembleare, come si vedrà, potrebbe agevolare la soluzione della disciplina dei vizi delle decisioni dei soci e consentire quelle garanzie che la legge richiede ai fini della trasparenza delle decisioni e del diritto di impugnazione dei soci.

5. Controllo di legalità del notaio

La normativa in materia di fusione è complessa nel senso che è previsto un procedimento articolato, composto di varie fasi, allo scopo di tutelare gli interessi non solo dei soci, ma anche dei terzi.

E' notevolmente valorizzato il diritto di informazione e il procedimento molte volte ha carattere cogente nel senso che gli adempimenti di carattere sostanziale, contabile e pubblicitario sono predisposti nell'interesse ineludibile di soci, creditori e terzi.

Ne consegue che, salvo il consenso dei soggetti nel cui interesse sono previsti tali adempimenti, la normativa ha carattere cogente e inderogabile con un minor grado di autonomia per le società che fanno ricorso al mercato di scambio dove sono ancora più accentuate le esigenze di pubblicità e trasparenza ⁽⁴⁰⁾.

In questo quadro il ruolo del notaio è ancor più significativo rispetto ad altre decisioni che pure necessitano della forma notarile per l'iscrizione degli atti nel Registro Imprese.

Spetta al notaio, quale professionista altamente qualificato, terzo ed imparziale, abilitato dallo stato ad esercitare la funzione pubblica, di indagare la volontà delle parti traducendole in negozi leciti e validi svolgendo anche quell'insieme di attività che assicurano la serietà e certezza dell'atto giuridico posto in essere e la sua immissione nel mondo giuridico ⁽⁴¹⁾.

Laddove si vuole affermare la preminenza di un interesse collettivo su quello dell'autonomia negoziale il legislatore si serve di norme inderogabili e il notaio rappresenta un "filtro" che ferma gli atti lesivi di tali interessi prima che abbiano esecuzione e creino affidamento nei terzi ⁽⁴²⁾.

In questo quadro il controllo *ex ante* ridurrà al massimo la possibilità di violare norme inderogabili.

In materia di società di capitali il legislatore tramite il meccanismo dell'efficacia subordinata all'iscrizione al Registro Imprese delle delibere modificative dello Statuto (art. 2436 quinto comma c.c.) ⁽⁴³⁾ mostra di ritenere indispensabile il filtro di legalità affidato al notaio non solo al fine di rendere opponibile ai terzi una determinata delibera ma addirittura per darle efficacia ⁽⁴⁴⁾.

Queste esigenze, ovviamente, sono più marcate nel caso di operazioni più complesse come quelle di fusione/scissione che coinvolgono interessi di terzi quali ad esempio i creditori sociali e come si vedrà sono soggette ad un vaglia di legalità più articolato essendo la normativa caratterizzata da più norme inderogabili e da un procedimento a più fasi e alquanto articolato.

Oltretutto eventuali vizi vengono superati definitivamente per effetto non del decorso del termine (come avviene per quasi tutte le delibere ad eccezione di quelle con oggetto illecito od impossibile *ex art. 2379 c.c.*) ma in conseguenza dell'adempimento pubblicitario che conclude il procedimento in oggetto ⁽⁴⁵⁾. Vi sono pertanto due interessi contrapposti: da un lato la necessità di garantire, al di sopra degli interessi dei soci, interessi considerati prioritari (quali quelli dei creditori e dei terzi), e dall'altro la necessità di stabilizzare gli effetti degli atti societari, risultato che si ottiene – nel procedimento di fusione – con l'efficacia sanante della pubblicità dell'atto di fusione (art. 2504 c.c.).

L'armonizzazione di tali interessi, è stato detto (in riferimento alle delibere soggette al controllo di legalità *ex art. 2436 c.c.*), avviene tramite il controllo preventivo di legittimità affidato al notaio che ferma gli atti lesivi per l'interrata collettività (tutelati da norme inderogabili) prima che essi abbiano esecuzione e creino affidamento nei terzi, e tramite il controllo successivo di regolarità formale affidato al Registro Imprese, il quale dovrà rifiutare di iscrivere delibere assunte senza i requisiti formali previsti dalla legge, tra cui, per quanto qui più interessa, la forma della scrittura privata autenticata, forma minima richiesta per l'iscrizione della decisione al Registro Imprese ⁽⁴⁶⁾.

In quest'ottica il ruolo del controllo notarile, sebbene esaltato per lo più in riferimento nelle delibere delle società di capitali, è altrettanto importante nell'ambito delle società di persone, soprattutto dopo che il legislatore della riforma ha previsto che le decisioni in ordine alla fusione (così come quelle in tema di trasformazione) siano adottate a maggioranza in deroga al principio unanimitario di cui all'art. 2252 c.c. ⁽⁴⁷⁾.

L'esigenza di trasparenza ed informazione dei soci e dei creditori, la necessità di evitare possibili abusi o elusioni determinano in queste delibere molto più che in altre (esempio, trasferimento di sede) la necessità che esse siano affidate a chi è

esperto di tale materia e che svolge allo stesso tempo anche pubbliche funzioni per garantire quegli interessi pubblici sottesi e protetti dal sistema, soprattutto laddove il controllo del Registro Imprese non è un controllo sostanziale ma un controllo formale nel quale non rientra il controllo di merito e di rispondenza del regolamento pattizio con l'ordinamento giuridico ⁽⁴⁸⁾.

Si può quindi concludere che il richiamo contenuto nell'art. 2502-*bis* all'art. 2436 c.c. solo per le società di capitali non significa superamento della necessità di una forma più solenne, quale quella "notarile", nel caso di delibera (o di decisione non assembleare dei soci) di società di persone, ma unicamente l'accoglimento dei principi dottrinari e giurisprudenziali (già in vigore prima della Riforma) per cui le decisioni delle società di persone per essere iscrivibili e opponibili ai terzi dovranno essere assunte necessariamente quale forma obbligatoria mediante scrittura privata autenticata o atto pubblico, con la precisazione che le stesse non sono soggette al c.d. controllo omologatorio (affidato al notaio con la legge 340/2000), ma soltanto al controllo di legalità *ex art. 28 Legge Notarile*, che vieta al notaio di ricevere o autenticare ⁽⁴⁹⁾ atti espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico ⁽⁵⁰⁾.

In seguito all'estensione dei divieti di cui all'art. 28 L.N. alla scrittura privata (art. 12, primo comma, lett. a) L. 28 novembre 2005, n. 246) il notaio dovrà rifiutare il ricevimento della decisione viziata anche se assunta non in forma pubblica.

Corollario di questo principio è che ove il notaio ritenesse non ricevibili tali atti non potrebbe invitare gli amministratori alla presentazione del ricorso per l'omologazione, ma dovrebbe solamente valutare se la delibera sia ricevibile oppure no, a differenza di quando le delibere medesime hanno ad oggetto decisioni di società di capitali, per le quali l'art. 2436 c.c. prevede che se il notaio ritiene non adempite le condizioni stabilite dalla legge ne dovrà dare comunicazione tempestivamente agli amministratori, i quali, nei trenta giorni successivi, potranno convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti oppure ricorrere al Tribunale per chiedere ed ottenere decreto che ordini l'iscrizione nel Registro delle Imprese ⁽⁵¹⁾. Può pertanto dirsi che mentre per le società di persone il controllo viene fatto prima del perfezionamento dell'atto e quindi prima della sottoscrizione della decisione/delibera modificativa dei patti sociali, nel caso di società di capitali il controllo di legalità viene fatto dopo poiché va distinto concettualmente e giuridicamente il verbale che documenta l'assemblea dalla delibera che ne costituisce la manifestazione di volontà e sulla quale il notaio svolge il suo controllo di conformità alla legge ⁽⁵²⁾.

Viceversa, qualora il notaio ritenga ricevibile la decisione dei soci perché conforme all'ordinamento giuridico e quindi non rientrante negli atti proibiti dalla

legge e quindi irricevibili *ex art. 28 L.N.*, dovrà nell'espletamento dei suoi incarichi professionali procedere all'iscrizione della decisione nel Registro delle Imprese altrimenti la stessa potrà essere iscritta a cura degli amministratori *ex art. 2300 c.c.* ⁽⁵³⁾.

Nessun vaglio di legalità sostanziale spetterà al Registro Imprese, che sia per le società di persone che per le società di capitali ha un solo controllo di regolarità formale sulle decisioni/delibere oggetto di iscrizione.

Si è detto che l'art. 11, VI comma del D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581 (regolamento di attuazione del Registro Imprese istituito con l'art. 8 della Legge 29 dicembre 1993, n. 580) prevede, che prima di procedere all'iscrizione l'Ufficio accerta: l'autenticità della sottoscrizione della domanda, la regolarità della compilazione del modello di domanda, la corrispondenza dell'atto o del fatto del quale si chiede l'iscrizione a quello previsto dalla legge, l'allegazione dei documenti dei quali la legge prevede la presentazione, nonché il concorso delle altre condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione. L'art. 2189 c.c., inoltre, stabilisce che il Registro delle Imprese deve accertare l'autenticità della sottoscrizione e le condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione.

Ora in forza dell'art. 2 *ter* della legge 27 dicembre 2002 n. 284 "i pubblici ufficiali roganti e autenticanti da cui dipendono le formalità di cui ai commi 2 e 2 *bis* possono in ogni caso richiederne direttamente l'esecuzione al Registro delle Imprese che esegue le formalità verificata la regolarità formale della documentazione".

L'art. 2436, 2° comma, introdotto dal D. Lgs. n. 6 del 2003, chiarisce ulteriormente che "l'Ufficio del Registro Imprese, verificata la regolarità formale della documentazione, iscrive la delibera nel registro" ⁽⁵⁴⁾.

Si è definitivamente superata la tesi che attribuisce al Registro Imprese il controllo sulle decisioni iscritte della società di persona. Quindi anche per gli atti diversi da quelli già soggetti ad omologazione il vaglio di legalità è affidato unicamente al notaio e il Registro delle Imprese è competente a verificare la mera regolarità formale della documentazione.

In dottrina ⁽⁵⁵⁾ si affermava, prima dell'entrata in vigore di detta normativa, che il controllo dell'ufficio del Registro Imprese si estendeva non solo al piano formale, ma anche a quello di legalità sostanziale, essendo tenuto ad accertare "la corrispondenza dell'atto o del fatto del quale si chiede l'iscrizione a quello previsto dalla legge" ai sensi dell'art. 11 comma sei lett. c) D.P.R. 581/1995; spettava pertanto al notaio in prima battuta per i soli vizi di nullità mentre al Registro Imprese per quei vizi che investivano la legittimità sostanziale di quell'atto.

Che spetti al solo notaio il controllo della legittimità sostanziale delle delibere si desume anche dalla normativa in tema di firma digitale di cui al D.P.R. n. 445 del

28/12/2000, che all'art. 24 sancisce che l'autenticazione della firma digitale consiste nell'attestazione da parte del notaio che previo accertamento dell'identità della parte il documento sottoscritto risponde alla volontà della parte "e non è in contrasto con l'ordinamento giuridico ai sensi dell'art. 28, primo comma, n. 1 della L. 6 febbraio 1913 n. 89".

Ancora una volta il legislatore mostra di affidare solo al notaio rogante il controllo di legittimità sostanziale della delibera e la conformità della stessa all'ordinamento ⁽⁵⁶⁾.

Se, come è indubbio, nel nostro sistema giuridico un controllo su tali decisioni vi deve essere e, se nessuna norma, affida ad altri soggetti il controllo di legalità sostanziale, lo stesso non può che essere affidato al Notaio così come per le modifiche dei patti sociali soggetti ad iscrizione.

Per tali ragioni si potrebbe anche sostenere che il consentire che tali decisioni siano assunte senza vincoli di forma e senza controllo del Registro Imprese sul rispetto delle norme e dei principi che regolano l'attività delle stesse, urta con il sistema creato dal legislatore per le società soggette a pubblicità legale. Pertanto, anche in tali società la forma dovrebbe essere quella richiesta dalla legge per l'iscrizione al Registro Imprese.

6. I vizi della delibera/decisione di fusione

Mentre per le società di persone il Notaio è soggetto al divieto di ricevere atti pubblici od autenticati espressamente proibiti dalla legge *ex art. 28 L.N.*, per le società di capitali il relativo verbale che approva la fusione rientra nelle attività di documentazione che il Notaio comunque è tenuto ad effettuare (purché vi sia un'assemblea – convocata o totalitaria – e purché non sia viziata da nullità) mentre è l'iscrizione al Registro Imprese che non può essere effettuata qualora la delibera non superi il vaglio di legalità sostanziale e quindi il controllo di conformità della stessa all'ordinamento giuridico, attività che, a seguito dell'abolizione dell'omologa giudiziaria, è attribuita al notaio stesso. ⁽⁵⁷⁾

Manca per le società di persone una disciplina di invalidità delle decisioni dei soci proprio perché in queste società manca una disciplina dell'organo assembleare, dove la creazione di tale organo si è già detto essere puramente eventuale.

La legge non vieta la previsione della collegialità così come non lo vieta per le associazioni non riconosciute e quindi anche gli enti privi di personalità giuridica possono dotarsi di organi (collegiali).

L'autonomia privata è sovrana ed i soci possono ritenere più adatta alle loro esigenze l'esistenza di un organo deliberante allo scopo di garantire, ad esempio, il

diritto di informazione e di intervento sulle decisioni della società e, laddove il legislatore ha fatto una scelta di *favor* verso delibere importanti quali la trasformazione o la fusione consentendone l'approvazione a maggioranza, la previsione di un organo collegiale pur se non necessaria (così come la collegialità della decisione) ⁽⁵⁸⁾ potrebbe essere una valida tutela anche per le minoranze ⁽⁵⁹⁾.

La dottrina tradizionale, nell'affrontare il problema dell'invalidità delle decisioni delle società di persone, indica l'applicabilità degli artt. 1109 e 1137 c.c. dettati per la comunione e per il condominio. Se la decisione assunta è nulla si applicherebbero le regole generali sui contratti ⁽⁶⁰⁾.

In mancanza di una disciplina *ad hoc* per i vizi di tali decisioni, sembra più logico applicare anche alle società di persone il sistema delle impugnative assembleari, e in particolare quello delle S.r.l. (art 2479-*ter*) essendo tale tipo sociale il più affine a quello personale, poiché, pur fondandosi sulla limitazione di responsabilità di tutti i soci e sulla personalità giuridica dell'ente, il cui patrimonio offre l'unica garanzia ai creditori sociali, in esso, soprattutto in virtù della riforma, conservano un forte rilievo le figure dei soci, alla cui iniziativa personale sono affidati i controlli interni. ⁽⁶¹⁾

Va peraltro evidenziato che l'effetto sanante dell'iscrizione al Registro Imprese *ex art. 2504-*quater** c.c. rende difficile un'azione per la dichiarazione di invalidità della delibera di fusione. Infatti, in concreto, lo spazio utilizzabile per impugnare la decisione di fusione è compreso tra l'assunzione della delibera e l'ultimo adempimento degli oneri di pubblicità. In un tale quadro la tutela reale, ovvero la possibilità di invalidare la delibera, appare inconsistente perché in concreto impraticabile: anche se impugnata per tempo la delibera diviene inattuabile dal momento in cui l'iscrizione viene effettuata, anche se ciò avviene in corso di giudizio ⁽⁶²⁾.

Tra l'altro, l'iscrizione della decisione dei soci nel Registro Imprese sembra assumere progressivamente una valenza sempre maggiore: dal punto di vista effettuale si assiste alla tendenza di passare dalla mera inopponibilità (effetto classico) al riconoscimento, in certi casi, di effetti sananti (come accade proprio per la fusione), per approdare probabilmente in futuro a riconoscere a tale adempimento pubblicitario addirittura efficacia costitutiva della delibera che si vuole iscrivere. ⁽⁶³⁾

Ancora una volta sarà importante definire il ruolo del notaio nel controllo della delibera di fusione ed il perimetro della sua attività di controllo della legalità sostanziale della delibera che investirà non solo la conformità del suo contenuto allo schema legale tipico, ma anche la correttezza giuridica del procedimento, quanto meno in riferimento a quei vizi che possono essere dallo stesso ravvisati.

Così per esempio il Notaio dovrà verificare il rispetto dei termini temporali, l'aggiornamento della situazione patrimoniale, la sussistenza dei presupposti per l'adozione della procedura semplificata, o ancora, nel caso di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (art. 2501 *bis*) l'indicazione nel progetto delle risorse finanziarie per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione ⁽⁶⁴⁾.

Spetterà invece al Registro delle Imprese valutare la presenza di quei documenti e fatti che rientrano nell'attività di controllo formale al medesimo attribuito. Quindi l'esistenza di una delibera assunta nelle forme previste dalla legge, l'avvenuto deposito del progetto di fusione e dei documenti di cui all'art. 2501 *septies* c.c., il decorso dei termini procedurali previsti in materia, l'esistenza dei presupposti documentali che consentono l'attuazione della fusione prima del decorso del termine dei 60 giorni, le autorizzazioni necessarie (es. Banca d'Italia).

Può quindi concludersi che le decisioni dei soci comportanti l'approvazione del progetto di fusione assunte da società di persone devono rivestire la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata in quanto modifiche del contratto sociale e pertanto soggetto ad iscrizione *ex art.* 2300 c.c.. Per tale forma di pubblicità il legislatore impone una forma più solenne.

Tale scelta si giustifica ancor più dopo l'attuazione del Registro delle Imprese e dopo i recenti interventi in materia che vanno tutti verso l'affidamento al Notaio, quale Pubblico Ufficiale e quindi quale soggetto terzo rispetto alle parti, del ruolo di controllore della legalità sostanziale dell'atto soggetto a pubblicità legale.

Giova, infine, precisare che la dottrina e la giurisprudenza sono d'accordo nel rinvenire un evidente affinità tra la fusione e la scissione ⁽⁶⁵⁾. Anche la scissione, infatti, genera una modifica soggettiva (a seconda della tesi che si accoglie circa la natura giuridica da attribuire all'istituto), patrimoniale ed organizzativa, per la cui disciplina il legislatore rinvia espressamente alle norme in tema di fusione (art. 2506 *ter* c.c.). Per questo motivo nel corso di questo studio si è parlato di fusione, con la consapevolezza, tuttavia, che le tematiche trattate sono generalmente attinenti alla scissione e lo sono in particolare con riferimento alla forma della decisione di approvazione della scissione che, ovviamente, come la fusione è una modifica del contratto sociale soggetto a pubblicità legale.

-
- 1) Il procedimento di fusione è identico sia per l'ipotesi in cui la fusione viene ad eseguirsi mediante la costituzione di una nuova società che in quella in cui si attua mediante l'incorporazione in una società di una o più altre.
 - 2) *Giurisprudenza societaria milanese, Rassegna del Tribunale-sezione ottava civile e della Corte d'Appello-sezione prima 1989-1993*, a cura di B. Quatraro, 1994, Milano, p. 302: "Le fusioni di società di persone non vanno sottoposte ad omologazione (art. 2502-bis, comma 2, c.c.) salvo quanto previsto per le c.d. fusioni miste. Competerà quindi all'Ufficio del Registro, in sede di iscrizione delle relative delibere, effettuare i controlli (di competenza del Tribunale dell'omologa negli altri casi), in quanto la relativa normativa sia applicabile. Va comunque sottolineato che anche per le società di persone va seguita la procedura di cui agli artt. 2501-bis ss. c.c., con particolare riferimento anche al disposto dell'art. 2501-quinquies (nomina degli esperti). Per quanto concerne le fusioni miste: a) se la società risultante dalla fusione o la società incorporante è una società di capitali, anche le delibere delle società di persone vanno sottoposte ad omologazione (art. 2502-bis comma 2 c.c.); b) se trattasi di fusione di società di capitali che danno vita a (o sono incorporate da) una società di persone, le deliberazioni delle società di capitali vanno sottoposte ad omologazione".
 - 3) Per un commento a questa importante decisione a Sez. Un. si rinvia a A. Ruotolo, *La fusione societaria non è un fenomeno successorio*, da *C.N.N. notizie* del 27 marzo 2006, Settore Studi-Segnalazione Novità Giurisprudenziali; A. M. Pellizzeri, *Sulla natura della fusione per incorporazione e sugli effetti della stessa sui processi pendenti*, Nota a Ord. Cass. Civ. S.U. 8 febbraio 2006, n. 2637, in *Vita Notarile n. 1*, Palermo, Gennaio-Aprile 2006.
 - 4) Trattasi dell'orientamento prevalente della giurisprudenza (Cass. 2 aprile 2002, n. 4679; Cass. 2 agosto 2001, n. 10595; Cass. 22 settembre 1997, n. 9349, in *Studium Juris*, 1998, 191; Cass. 27 agosto 1997, n. 8100; Cass. I, 27 gennaio 1994, n. 833, in *Giur. Comm.*, 1996, II, 470; Cass. 5 luglio 1993, n. 7321, in *Banca Borsa*, 1994, II, 503) e dell'insegnamento tradizionale della dottrina (B. Quatraro, *La fusione: profili e natura giuridica*, in *Dir. Fall.*, 1994, 376; A. Graziani, *Diritto delle società*, Napoli, 1963, 521; L. Vicentini, *La fusione fra società*, Roma, 1942, 37; G. Pettarin, *Acquisizione, fusione e scissione di società*, Milano, 1992, 73 ss.; V. Salafia, *Responsabilità illimitata dei soci nella fusione eterogenea*, in *Società*, 1993, 1033): con la fusione si verificherebbe un fenomeno successorio a carattere universale connotato dall'estinzione delle società che si fondono (nell'ipotesi della fusione in senso stretto o propriamente detta) ovvero dell'incorporata, nelle cui posizioni giuridiche subentra integralmente la nuova società risultante dalla fusione o quella incorporante sulla scorta di principi analoghi a quelli che regolano, nel campo delle persone fisiche, la successione a titolo universale *mortis causa*.
 - 5) Per la tesi minoritaria secondo la quale la fusione avrebbe natura successoria a carattere particolare, Santoro-Passerelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, p. 95.
 - 6) Trattasi dell'orientamento più recente: nella fusione si ravvisa una modificazione ed integrazione dell'atto costitutivo o dei preesistenti contratti sociali. Il che, peraltro, meglio si concilierebbe, rispetto all'insegnamento tradizionale, con la permanenza dei precedenti rapporti sociali e col carattere e lo scopo essenzialmente dinamico dell'istituto della fusione che i soggetti interessati nell'operazione utilizzano non tanto per estinguere i rapporti in essere al momento della fusione stessa, quanto piuttosto per concentrare ed accrescere le potenzialità operative delle rispettive imprese, atteso che l'unificazione dei patrimoni e delle strutture organizzative impone l'integrazione reciproca dei contratti preesistenti per la disciplina di tutti i rapporti pertinenti alle società partecipanti al procedimento in discorso (F. Di Sabato, *Manuale delle società*, Torino, 1996, 758; C. Santagata, *La fusione tra società*, Napoli, 1964, p. 63; E. Simonetto, *Della trasformazione e fusione delle società*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 2498-2510, Bologna-Roma, 1976, 208; G. Tantini, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Tratt. Galgano*, VIII, Padova, 1985, 282).

- 7) G. Cottino, *Diritto commerciale*, I, 2, 1987, Padova, p. 641; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, II, 1995, Torino, p. 550.
- 8) A. Graziani, *Diritto delle società*, 1963, Napoli, 1963, p. 521; V. Salafia, *Responsabilità illimitata dei soci nella fusione eterogenea*, in *Società*, 1993, p. 1033.
- 9) Cass. 2 aprile 2002, n. 4679; Cass. 2 agosto 2001, n. 10595; Cass. 22 settembre 1997, n. 9349; Cass. 27 agosto 1997, n. 8100; Cass. 5 luglio 1993, n. 7321.
- 10) Per una disamina completa dei vari schieramenti dottrinali e giurisprudenziali e per una approfondita analisi delle diverse tesi cfr. C. Santagata, *Le fusioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 2004, Torino, p. 3 ss., e F. Magliulo, *La fusione delle società*, in *Notariato e nuovo diritto societario*, Collana diretta da G. Laurini, 2005, Torino, p. 12 ss.
- 11) Notevoli erano le conseguenze che discendevano dall'accoglimento di tale ricostruzione; la più nota che è stata pure oggetto dell'ultimo pronunciato della Cassazione a Sez. Un. del 2006 era l'interruzione del processo ai sensi dell'art. 300 c.p.c. che poteva essere evitata solo se l'incorporante si fosse costituita in giudizio come successore dell'incorporata. Per una disamina delle conseguenze derivanti dal suddetto inquadramento cfr. A. M. Pellizzeri, *Sulla natura della fusione per incorporazione e sugli effetti della stessa sui processi pendenti*, Nota a Ord. Cass. Civ. S.U. 8 febbraio 2006, n. 2637, cit.
- 12) C. Santagata, *La fusione tra società*, cit., p. 63 ss.
- 13) E. Simonetto, *Della trasformazione e della fusione*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1969, p. 81 ss. Non sono pertanto necessari né la stipula di atti di trasferimento né l'adempimento delle forme di pubblicità corrispondenti alla natura dei beni trasferiti. E' sufficiente la pubblicità della fusione per rendere opponibile ai terzi la diversa intestazione dei beni conseguente alla realizzazione dell'operazione societaria.
- 14) C. Santagata, *La fusione tra società*, cit., p. 63 ss.; E. Simonetto, *Della trasformazione e fusione delle società*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 2498-2510 c.c., 1976, Bologna-Roma, p. 208; G. Tantini, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Tratt. Galgano*, VIII, 1985, Padova, p. 282.
- 15) A questa configurazione del fenomeno si può pervenire solamente se si cessa di considerare la fusione come vicenda alla quale più società partecipano quali soggetti di diritto, e se la si considera piuttosto come vicenda alla quale prendono parte gli originari contraenti delle società partecipanti alla fusione. Trattandosi di integrazione reciproca di contratti preesistenti si deve pertanto ammettere per ciascuna delle società partecipanti alla fusione la persistente efficacia dell'originario contratto sociale (F. Di Sabato, *Manuale delle società*, cit., p. 758; C. Santagata, *La fusione tra società*, cit., p. 63; E. Simonetto, *Della trasformazione e fusione delle società*, op. cit., p. 208; G. Tantini, *Trasformazione e fusione delle società*, op. cit., p. 282), senza alcuna estinzione. Del resto nessuna norma dell'attuale Codice Civile prevede la fusione tra le cause di scioglimento, a differenza di quanto era stabilito nell'abrogato Codice di Commercio del 1882.
- 16) Tale ordinanza a Sez. Un. riprende dunque l'orientamento della dottrina attualmente prevalente: *supra* nota 6.
- 17) In tema di coinvolgimento nelle operazioni di fusione/scissione di una società di persone cfr. M. Maltoni, *Fusione, scissione e società di persone*, in Commissione Studi d'Impresa, Studio n. 5620/I CNN del 31 marzo 2005.
- 18) F. Guerrera, *Diritto delle società*, a cura di N. Abriami, L. Callosa, G. Ferri jr., G. Giannelli, F. Guerriera, G. Guizzi, C. Motti, M. Notari, A. Pacello, D. Regoli, G. A. Restio, R. Rosapepe, M. Stella Richter jr, A. Toffoletto, Introduzione di B. Libonati, Milano, 2004, p. 419: "La dottrina ravvisa nell'operazione di fusione una modifica dell'atto costitutivo, sottolineando che essa è finalizzata essenzialmente a consentire la riorganizzazione della struttura societaria, mediante la reciproca integrazione delle società partecipanti, in vista dell'ulteriore svolgimento dell'attività sociale. La giurisprudenza propende, piuttosto, a descrivere la vicenda in termini di successione universale fra enti, alla luce del disposto dell'art. 2504-bis, in base al quale «<la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione». Ma non vi è alcun inconciliabile contrasto fra queste visioni: l'una incline a valorizzare la volontà di modificazione del rapporto espressa dalle deliberazioni e dall'atto di fusione; l'altra, a rimarcare

gli effetti legali prodotti dall'operazione sulle situazioni giuridiche soggettive facenti capo alle società partecipanti. Piuttosto, occorre precisare che la fusione si perfeziona a conclusione di un procedimento complesso, articolato in diverse fasi (redazione del progetto di fusione, decisione di fusione, atto di fusione), ciascuna delle quali impegna la competenza di vari organi sociali, risulta scandita da tempi precisi e soprattutto assoggettata a rigorose prescrizioni di forma e di pubblicità, a salvaguardia dei molteplici interessi coinvolti nell'operazione".

- 19)** In mancanza di tale iscrizione la società è comunque valida ma si qualifica come irregolare. Se l'atto costitutivo non viene iscritto nel registro imprese, la società in nome collettivo viene comunque ad esistenza; tuttavia, l'omessa iscrizione dell'atto costitutivo comporta che i rapporti fra la società e i terzi non verranno disciplinati dalle norme dettate per la società in nome collettivo, ma dalle norme, meno favorevoli per i soci, dettate per la società semplice proprio per la mancanza di pubblicità relativa all'esistenza di tale soggetto.

Nella collettiva irregolare le modificazioni dell'atto costitutivo devono essere portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei e non sono opponibili a coloro che le abbiano senza colpe ignorate.

- 20)** Si utilizza il termine di "pubblicità costitutiva" quando concorre al perfezionamento dell'atto o comunque incide sugli effetti *inter partes*. Diversa è al c.d. pubblicità notizia che rende l'atto conoscibile ma non incide né sull'efficacia né sulla validità. La pubblicità dichiarativa come quella in oggetto rende l'atto iscritto opponibile ai terzi incidendo sulla sua efficacia e ampliandone l'estensione. Si rimanda a C. Ibra, *Gli effetti dell'iscrizione*, in G. Marasà-C. Ibra, *Il Registro delle Imprese*, Torino, 1997, p. 209.

- 21)** Art. 10, Legge 580 del 1993, che ha previsto ai soli fini di pubblicità notizia l'iscrizione di tali società in apposita sezione, senza quindi gli effetti tipici dell'iscrizione (opponibilità ai terzi). Successivamente con la variazione introdotta dal D. Lgs. 18 maggio 2001 le società semplici sono ormai a tutti gli effetti società iscritte. Le società semplici sono tenute ad iscriversi nella Sezione Speciale del Registro delle Imprese (art. 8 comma 4 L. 580/1993) senza che sia richiesto alcun requisito di forma del contratto sociale. La domanda di iscrizione e l'atto da iscrivere solo per queste società può anche non essere autenticato o pubblico, anzi, la domanda di iscrizione può essere pure verbale purchè sottoscritta da tutti i soci.

- 22)** Sull'equiparazione a fini pubblicitari tra società semplici e società commerciali, G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 2, in *Diritto delle società*, Torino, 2002, p. 60 ss.

- 23)** Per quanto concerne la forma degli atti delle società semplici, con particolare riferimento al sistema pubblicitario, sembrano esserci due orientamenti, dei quali il primo (studio C.N.N. n. 5416/05 di M.C. Lupetti) è diretto a distinguere la forma richiesta per gli atti "di iscrizione" e "di deposito", la cui competenza non spetta strettamente al notaio ma può essere devoluta a professionisti (avvocati, commercialisti) in veste di soggetti autenticanti le firme, da quella richiesta per gli atti da iscrivere, la cui competenza spetta esclusivamente al notaio in veste di garante della legittimità dell'atto. Il secondo, invece, sembra coinvolgere il notaio fin dall'inizio della procedura di iscrizione degli atti, e cioè anche nella fase dell'autenticazione delle firme sulle richieste di iscrizione o deposito dell'atto al Registro Imprese (F. Magliulo, *La fusione delle società*, 2004, Milano, p. 217 ss.). Con particolare riferimento al primo dei due orientamenti appena citati si rinvia allo studio della Commissione Studi d'Impresa n. 5416/I, approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 28 gennaio 2005 e dal Consiglio Nazionale del Notariato il 18 marzo 2005.

E' noto che per l'accesso alla pubblicità legale è normalmente necessaria l'autenticità del titolo (come avviene ad esempio anche per la pubblicità immobiliare). La dottrina ha precisato al riguardo che la stessa autenticazione, benché concettualmente presupponente una formazione a sé stante dell'atto autenticando, nondimeno viene ad esplicare una funzione di controllo, tutt'altro che trascurabile, in ordine alla legalità dell'atto medesimo (S. TONDO, *Appunti sul ruolo del notaio nella pubblicità del registro delle imprese, in Trasparenza e pubblicità nell'attività dell'impresa*, CNN, Milano, 1996, p. 275). Tale controllo si esplica oltre che sui presupposti dell'assetto negoziale (art. 54 R.N.) anche sulla liceità dell'assetto stesso (art. 28 L.N.) (S. TONDO, *Appunti*, cit., pp. 275-276)... Ne consegue che, fin quando si tratta di svolgere attività di mera certificazione, il legislatore affianca al notaio altri soggetti attribuendo loro analoghi poteri. Quando invece si tratta di svolgere un più penetrante controllo di legalità sull'atto - al fine di

garantire la liceità e validità del documento che verrà reso pubblico e sul quale i terzi faranno affidamento - ridiventa esclusiva la potestà notarile. Da quanto esposto ..., considerata la funzione che il notaio viene ad espletare nella fase costitutiva e modificativa (anche) delle società semplici, si dovrebbe concludere nel senso di ritenere indispensabile l'intervento notarile per l'iscrizione nel registro delle imprese degli atti costitutivi e modificativi delle società semplici. Si badi bene, per l'accesso alla pubblicità e non certo per la validità dell'atto, in quanto l'art. 2251 cod. civ. stabilisce che il contratto non è soggetto a forme speciali, salve quelle richieste dalla natura dei beni conferiti. Di contrario avviso è peraltro la dottrina prevalente e Unioncamere. Il ragionamento in genere seguito dalla dottrina, senza peraltro particolare approfondimento della questione, può così sintetizzarsi. Poiché la società semplice può costituirsi con contratto verbale e poiché l'art. 18, comma 6, del Regolamento stabilisce che in caso di contratto verbale la domanda di iscrizione (o di modificazione o di cancellazione) della società deve essere sottoscritta da tutti i soci (a differenza di quanto avviene in caso di contratto scritto dove la domanda di iscrizione è presentata dagli amministratori: art. 18, comma 4, Reg.), se ne deve dedurre la non necessità del deposito dei patti sociali, essendo all'uopo sufficiente che la domanda di iscrizione (della quale il legislatore si premura di indicare un analitico contenuto: v. art. 18, comma 4, Reg.) sia sottoscritta da tutti i soci (O. CAGNASSO, La società semplice, in Trattato di diritto civile, diretto da R. SACCO, I singoli contratti, 6, Torino, 1998, pp. 75-76; A. PAVONE LA ROSA, Il registro delle imprese, in Trattato di diritto commerciale, diretto da V. BUONOCORE, Sezione I - Tomo 4, Torino, 2001, pp. 133-134; R. CROSTA, La giurisprudenza del registro delle imprese, Padova, 2004, p. 12; E. BOCCHINI, Manuale, cit., pp. 84-85, il quale inoltre si interroga (a p. 290) se in futuro l'obbligo di registrazione nel registro delle imprese comporterà, per le società semplici, l'obbligo della forma scritta del contratto sociale con sottoscrizione autentica, dando risposta negativa, anche se in via dubitativa. Sulla stessa scia sembra porsi anche G. MARASA', op. cit., p. 65, il quale distingue a seconda che il contratto sia stato concluso per iscritto o verbalmente). Altra dottrina afferma, invece, in generale, riguardo alla società semplice, che per l'iscrizione nella speciale sezione del registro delle imprese, si richiede in via principale che sia depositato l'originale dell'atto costitutivo con sottoscrizione autenticata delle parti contraenti oppure una copia autentica dell'atto rogato dal notaio (G. COTTINO e R. WEIGMANN, in G. COTTINO - M. SARALE - R. WEIGMANN, Società di persone e consorzi, in Trattato di diritto commerciale, diretto da COTTINO, III, Padova, 2004, p. 82). In sintesi, secondo l'opinione prevalente in dottrina, occorrerebbe distinguere a seconda che la società semplice sia stata costituita con contratto scritto o con contratto verbale. Nel primo caso sarebbe necessario l'intervento del notaio ai fini dell'iscrizione dell'atto nel registro delle imprese; nel secondo caso non occorrerebbe l'intervento notarile, non esistendo materialmente alcun contratto sociale da autenticare o da ricevere. Tale opinione risulta recepita nelle istruzioni per l'iscrizione ed il deposito degli atti nel registro delle imprese diffuse da Unioncamere.

Si ritiene che non debbano esserci differenze di disciplina, sotto il profilo del procedimento di iscrizione, tra società semplice, società in nome collettivo e società in accomandita semplice. Tutte e tre possono essere costituite con contratto verbale, ma nel momento in cui i soci decidano di "regolarizzare" la società sembrerebbe, dal sistema, doversi ottemperare alla regola generale disposta dall'art. 11, comma 4, Reg. in tema di forma dell'atto da iscriverne. Si consideri, altresì, che l'art. 2 del D.Lgs. 18 maggio 2001, n. 228 attribuisce oggi funzione di pubblicità legale - e quindi efficacia dichiarativa ex art. 2193 cod. civ. - all'iscrizione nella sezione speciale delle società semplici esercenti attività agricola.

Da ultimo, ad ulteriore riprova delle conclusioni qui raggiunte, soccorre la normativa fiscale ed in particolare l'art. 65, comma 4, del D.P.R. 26 aprile 1986 n. 131 il quale dispone che: "Gli impiegati delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e gli impiegati addetti alla tenuta di albi previsti dalle vigenti leggi non possono procedere all'iscrizione di società nell'anagrafe delle ditte o negli albi se non venga prodotto l'atto scritto e registrato da cui risulti la costituzione della società". Ora, considerato che in caso di contratto verbale gli impiegati delle camere di commercio non avrebbero l'obbligo di richiedere la prova dell'avvenuta registrazione presso l'agenzia delle entrate del contratto costitutivo o modificativo di società semplici - in quanto non richiesta nelle istruzioni diffuse da Unioncamere, sopra citate - la soluzione qui offerta

risulta essere altresì la più idonea a garantire il rispetto dell'imposizione fiscale attraverso il puntuale intervento del notaio, nella sua veste, tra l'altro, di responsabile di imposta.

- 24)** Il legislatore nel disciplinare il procedimento di fusione all'art. 2502-*bis* c.c. richiama espressamente il capo II relativo alle società semplici, a differenza del vecchio testo che faceva riferimento solo alle società previste nei capi III e IV. Per una disamina delle problematiche e delle varie opinioni in ordine alle fusioni in cui partecipano società irregolari si rinvia a F. Magliulo, *La fusione delle società*, in *Notariato e nuovo diritto societario*, cit., p. 217 ss.
- 25)** Ciò significa che l'iscrizione avverrebbe in modi diversi a seconda che la società semplice sia stata costituita con atto pubblico od autenticato, scrittura privata non autenticata o contratto verbale. Nel primo caso le formalità di iscrizione nella Sezione Speciale del Registro Imprese devono essere eseguite e sottoscritte dal notaio o da un socio amministratore e deve essere allegata copia integrale dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata. Nel caso di società semplice costituita con scrittura privata non autenticata le formalità di iscrizione delle modifiche nella Sezione Speciale devono essere eseguite e sottoscritte da un socio amministratore e va allegata copia integrale della scrittura privata non autenticata (già iscritta presso il competente Ufficio dell'Agenzia delle Entrate). Nel caso, infine, di società semplice costituita sulla base di contratto verbale, le formalità di iscrizione delle modifiche di quest'ultimo nella Sezione Speciale del Registro imprese devono essere eseguite e sottoscritte da tutti i soci.
- 26)** Si rinvia a quanto indicato nella nota n.23.
- 27)** Anche i seguaci della tesi della successione ravvisano nella fusione un fenomeno che determina comunque l'estinzione delle società che si fondono, ovvero dell'incorporata o incorporante, nelle cui posizioni giuridiche subentra la nuova società o l'incorporante e pertanto comunque una modificazione del preesistente contratto, e quindi equiparano tali decisioni a quelle di cui all'art. 2252 c.c.
- 28)** M. Maltoni, *Fusione, scissione e società di persone*, in Commissione Studi d'Impresa, Studio C.N.N. del 31/03/2005 n. 5620/I, p. 6 ss: "... giova ribadire, sotto il profilo formale, che l'atto di approvazione del progetto di fusione/scissione può essere stipulato per scrittura privata autenticata, forma minima richiesta dalla legge per l'iscrivibilità delle modifiche dei patti sociali di una società di persone. L'art. 2504 primo comma, infatti, impone testualmente la forma pubblica solo per l'atto di fusione. La tesi della generalizzazione della forma pubblica alla decisione dei soci di società di persone potrebbe trovare un appiglio sistematico nelle norme degli artt. 2505 e 2505 *bis*, nei quali il legislatore si premura di stabilire che la deliberazione degli amministratori deve risultare da atto pubblico. Si tratta, tuttavia, di norma coerente con il sistema delle società di capitali e con la necessità del momento collegiale che caratterizza l'approvazione del progetto di fusione/scissione in tale contesto, al fine di assicurare, per simmetria con la decisione assembleare, il controllo di legittimità notarile anche rispetto alla decisione degli amministratori nelle medesime materie. Le medesime esigenze sono altrimenti soddisfatte nel sistema delle società di persone, dove l'intervento del notaio è richiesto per legge ai fini dell'iscrivibilità dell'atto modificativo, iscrivibilità imposta nella circostanza dalle regole procedurali della fusione e della scissione".
- 29)** La disciplina previdente (art. 2502 *bis* II comma c.c.) nel testo ante-riforma faceva riferimento alle "delibere" di approvazione della fusione anche per le società di persone e questo riferimento normativo veniva richiamato dalla dottrina favorevole alla collegialità delle decisioni anche per tali tipi sociali.
- 30)** O. Cagnasso, *Il nuovo diritto societario, artt. 2484-2548*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Motalenti, Bologna, 2004, p. 2333: "Il termine «decisione» nel linguaggio usato dal legislatore della riforma – come fatto palese in particolare dalla disciplina della società a responsabilità limitata – pare assumere una portata generale, mentre il termine «deliberazione» viene riferito alle decisioni adottate secondo il metodo collegiale. Insomma, fermo restando che la decisione in ordine alla fusione – quale modificazione dell'atto costitutivo – consiste in una deliberazione assembleare quando adottata dalla società per azioni e dalla società a responsabilità limitata, la norma pare sottolineare che, per contro, in ipotesi di società di persone, si tratta di attribuzione dei soci che non richiede l'adozione del metodo collegiale, in conformità alla disciplina

generale prevista per tale categoria di società. Tale interpretazione è confermata dal testo dell'art. 2502 *bis*, che distingue appunto tra «deliberazione di fusione» adottata dalle società di capitali e «decisione di fusione» adottata dalle società di persone». Ritengono altresì superfluo il metodo assembleare nelle società di persone: G. Ferri, *Le società*, 249 ss.; F. Galgano, *Il principio di maggioranza*, 223 ss.; citazioni tratte da G.F. Campobasso, *Diritto commerciale 2, Diritto delle società*, quinta edizione, 2002, Torino, p. 115, nota 1. In giurisprudenza: Cass. 3 febbraio 1965 n. 6394; Cass. 15 luglio 1996 n. 6394; Cass. 10 gennaio 1998 n. 153.

31) M. Maltoni, *Fusione, scissione e società di persone*, in Commissione Studi d'Impresa, Studio C.N.N. del 31/03/2005 n. 5620/1, p. 6 ss: l'autore affronta anche il problema dell'esistenza o meno di un diritto di informazione dei soci concludendo sull'inesistenza di tale diritto alla luce del diritto positivo, sussistendo al più un'azione contro gli amministratori nel caso di carenza di informazione.

32) I modelli conosciuti per far emergere la volontà dei soci sono, come tutti sanno, quello assembleare (o collegiale), ove viene costituito un organo ove i soci si riuniscono per formare la loro volontà, e quello che prescinde dalla costituzione di un organo deliberante e si basa unicamente sull'espressione del singolo consenso che, insieme a tutti gli altri, concorre a formare la volontà sociale.

In mancanza di un'espressa previsione normativa in merito al modello di manifestazione della volontà dei soci da utilizzare in ambito di società di persone, la giurisprudenza ha da sempre affermato l'inesistenza, in mancanza di un'apposita previsione nei patti sociali, di un organo assembleare.

Cass. 10 maggio 1984, n. 2860; Cass. 6 marzo 1953, n. 536. In particolare, nel merito, Trib. Monza 10 aprile 1990, secondo cui nelle società di persone, non esistendo l'organo assembleare, la volontà sociale può formarsi in qualunque modo e senza l'osservanza delle regole che disciplinano il metodo collegiale.

33) In particolare G. Ferri, *Le società*, in *Tratt. Dir. civ.*, diretto da Vassalli, Quarta edizione, 1989, Torino, p. 253-254: "Nella organizzazione delle società di persone non sono attribuiti particolari poteri e particolari competenze ai soci riuniti in assemblea. Data la struttura dell'organizzazione, in questi tipi di società, nelle quali le modificazioni dell'atto costitutivo richiedono il consenso unanime dei soci, i poteri di gestione spettano agli amministratori e i poteri di controllo sono attribuiti individualmente ai soci che non amministrano, non vi è addirittura spazio per un organo assembleare. ... Vero è che in talune situazioni la legge fa riferimento al principio di maggioranza ... ma anche in queste ipotesi la legge non fa riferimento ad un organo collegiale e ad una manifestazione di volontà di tale organo formatasi in apposita riunione debitamente convocata e assistita da particolari garanzie, ma fa riferimento ad una pluralità di soci e alla somma delle volontà da questi manifestate, comunque siano manifestate, contemporaneamente o successivamente non importa". Citazione tratta da: L. Balestra, A. De Rosa, F. Gradassi, F. Mariani, *La S.N.C.*, in *Giurisprudenza critica*, Collana diretta da P. Cendon, 2004, Torino, p. 275.

34) A. Venditti, *Nuove riflessioni sull'organizzazione collegiale delle società di persone*, in DG, 1962, 385-403, p. 50-56: "Il principio maggioritario presuppone soltanto un'organizzazione in collegio dei singoli membri del gruppo, la quale sottopone la costituzione e la manifestazione della volontà del gruppo all'organica e complessa disciplina del procedimento collegiale per la formazione dell'atto giuridico ...; la collegialità va esaminata come modo di essere dell'atto e come procedimento per giungere alla formazione di tale atto ... occorrerà perciò autonomamente accertare quale sia l'estensione della collegialità, quali cioè siano, per diritto positivo, gli elementi costitutivi del collegio, gli indici in presenza dei quali può e deve parlarsi di formazione collegiale della dichiarazione di volontà". Ritiene che il metodo collegiale nella S.n.c. sia strettamente collegato (salva diversa volontà dei soci espressa nel contratto sociale) alle ipotesi in cui la legge prevede che la decisione vada presa a maggioranza, A. Serra, *Unanimità e maggioranza nelle società di persone*, 1980, Milano, p. 156: "Ciò non significa ... estensione alle deliberazioni prese dai soci nelle società di persone della disciplina propria delle deliberazioni delle società di capitali, ma ... osservanza della formalità e dei tempi in cui si sostanzia il procedimento deliberativo di una qualsiasi collettività organizzata in collegio". Citazioni tratte da: L. Balestra, A. De Rosa, F. Gradassi, F. Mariani, *La S.N.C.*, cit., p. 276.

- 35) M. Ghidini, *Società personali*, 1972, Padova, p. 345-347, citato da L. Balestra, A. De Rosa, F. Gradassi, F. Mariani, *La S.N.C.*, cit., p. 277.
- 36) In tema di invalidità delle delibere assembleari nelle società di capitali: L. Zampaglione, *Su alcuni aspetti dell'invalidità delle delibere assembleari*, in *Notariato*, n. 6/2005, p. 665 ss.
- 37) G. Ferri, *Le società*, in *Tratt. Dir. civ.*, cit., p. 256, citato da L. Balestra, A. De Rosa, F. Gradassi, F. Mariani, *La S.N.C.*, cit., p. 278. *Contra* G. Cottino, *Tratt. di diritto commerciale*, III, p. 164 ss., che non vede alcun ostacolo alla creazione di un organo (collegiale) anche sulle società di persone pur se le stesse non hanno personalità giuridica.
- 38) *Tratt. Di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, III, p. 165, ove si sottolinea come solo i soci possono piegare l'ordinamento societario alle loro esigenze scegliendo il sistema collegiale piuttosto che quello non assembleare, alla luce del principio dell'autonomia contrattuale.
- 39) Una volta previsto il sistema assembleare per le decisioni dei soci si presenterà il problema dell'applicabilità della normativa in tema di società di capitali a tale tipo di verbale, così ad esempio la possibilità della sottoscrizione del relativo verbale da parte del solo notaio e quello della redazione e sottoscrizione differita che, come noto, costituiscono due importanti novità della Riforma del 2003 in materia.
- 40) C. Santagata, *Le fusioni, operatività e caratterizzazione dell'istituto*, Sezione seconda, in *Trattato delle società per azioni*, 7**1, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 2004, Torino, p. 89.
- 41) R. Torre, *Rivista del notariato*, LX, 2006 p. 344 ss.
- 42) In particolare: M. Maltoni, *Il valore della stabilità degli atti societari dopo la riforma, tra rimedi risarcitori e invalidità sanabili. Chi proteggerà le norme inderogabili?*, XLI Congresso Nazionale del Notariato – Pesaro, 18-21 settembre 2005, in www.notariato.it. Cfr. L. Milone, *La verifica di legalità*, in *Italia Oggi* del 2 luglio 2003, *Guida completa al nuovo diritto societario* – (Seminari della Cassa Forense), p. 206; G. Laurini, *Dal controllo giudiziale al controllo notarile: la Legge 24 novembre 2000 n. 340*, in *Riv. Not. N. 4*, Milano, 2001; G. Casu, *Controllo di iscrivibilità nel Registro delle Imprese di atti societari*, da *Dizionario Enciclopedico del Notariato*, Vol. 1, Roma, 1973; S. Fortunato, Saggio riprodotto la Relazione svolta in occasione della Tavola Rotonda sul tema *L. n. 340/2000 sulla semplificazione del procedimento di controllo in materia societaria: problemi interpretativi ed applicativi*, tenutasi a Bari il 6 giugno 2001 ed organizzata dal Comitato Regionale fra i Consigli Notarili Distrettuali della Puglia.
- 43) Per una critica alla costruzione che vuole subordinata l'efficacia della delibera alla sua iscrizione e per una disamina delle varie opinioni in materia, N. Atlante, *Gli effetti dell'iscrizione nel Registro delle Imprese di delibere modificative dello statuto di società di capitali: il nuovo art. 2436 comma 5 c.c.*, in *Rivista del Notariato LX*, 2006, p. 839 ss.
- 44) Nel sistema vigente il notaio è comunque tenuto a verbalizzare senza poter esercitare sulla delibera il controllo di legittimità che esercita sugli atti negoziali a meno che non esistano vizi di nullità che comportano vizi di nullità della delibera. Il notaio però diviene controllore di legittimità della delibera e quindi anche se la ritiene in qualche sua parte *contra legem* dovrà comunque procedere alla verbalizzazione purché la riunione abbia comunque struttura e dignità di assemblea. Se però riterrà la delibera non conforme all'ordinamento non dovrà iscriverla pena l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 138-*bis* Legge Notarile che vieta al notaio di iscrivere la delibera quando manchino "in modo manifesto" le condizioni per la sua iscrizione. Non bisogna confondere l'atto delibera dall'atto verbale. Il notaio non è né giudice unico né arbitro assoluto in tempo reale della vita societaria e pertanto la fase di documentazione va distinta da quella del controllo di legalità sul verbale che è attività successiva a quella di documentazione e che attiene ad una valutazione *ex post* della stessa e che riguarda il controllo di conformità alla legge. Cfr. G. Laurini, *Dal controllo giudiziale al controllo notarile: la Legge 24 novembre 2000 n. 340*, in *Riv. Not.*, Milano, 2001, p. 787-792.
- 45) F. Guerrera, *Diritto delle società*, a cura di N. Abriami, L. Callosa, G. Ferri jr., G. Giannelli, F. Guerriera, G. Guizzi, C. Motti, M. Notari, A. Pacello, D. Regoli, G. A. Restio, R. Rosapepe, M. Stella Richter jr, A. Toffoletto, Introduzione di B. Libonati, cit., p. 429: "Una volta eseguite tutte le formalità pubblicitarie prescritte dall'art. 2504, non può più essere pronunciata l'invalidità dell'atto di fusione; anche se resta salvo il diritto al risarcimento spettante ai soci ed ai terzi danneggiati dall'operazione. La previsione dell'art. 2504-*quater* costituisce l'archetipo della moderna tendenza

legislativa a salvaguardare la stabilità delle modificazioni strutturali della società, spostando la tutela degli interessi eventualmente pregiudicati dalla vicenda dal piano «reale» dell'invalidità al piano «obbligatorio» della responsabilità». In questo sistema analogamente a quanto avviene nei paesi di *Common Law* la tutela è sostanzialmente *ex post* e si sostanzia nella tutela risarcitoria (oltre al diritto di recesso del socio).

- 46) M. Maltoni, *Fusione, scissione e società di persone*, Commissione studi d'impresa, Studio CNN n. 5621/I del 31 marzo 2005.
- 47) Con la deroga al principio unanimistico (accolto anche in tema di trasformazione dall'art. 2500-ter) a favore di quello maggioritario il legislatore ha dimostrato un *favor* per quelle vicende modificative-evolutive delle società di persone. Si è detto che in tal modo viene combattuto il fenomeno del cd. "nanismo" delle società, ovvero si vuole ridurre le società con un esiguo numero di addetti ed incrementare di conseguenza la competitività delle nostre aziende sul mercato. Al socio comunque viene garantita tutela attraverso il diritto di recesso.
- 48) Si pensi alle difficoltà tecniche di diritto transitorio laddove prima della riforma le modifiche del contratto sociale dovevano essere approvate sempre all'unanimità, mentre attualmente in forza degli artt. 2500 *ter* e 2502 *bis* la trasformazione e fusione può essere adottata a maggioranza, disposizione però che non trova ovviamente riscontro nei patti sociali approvati prima dell'entrata in vigore della riforma che normalmente rinviano al principio unimistico per l'approvazione di tutte le modifiche. Sull'argomento si rinvia alla risposta al quesito 5741/I, *Trasformazione di S.n.c. in S.r.l. e consenso dei soci*, a cura di A. Paolini e A. Ruotolo.
- 49) Il termine autenticare e quindi l'estensione alla scrittura privata autenticata dei divieti contenuti nell'art. 28 è stato introdotto dall'art. 12 primo comma lett. a) L. 28 novembre 2005, n. 246.
- 50) Come è noto la problematica relativa all'ambito di applicazione di questa norma è stata oggetto di una lunga e controversa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, che ha portato a ricomprendervi non più tutti gli atti nulli, annullabili ed inefficaci ma solamente quelli nulli. In E. Protetti – C. Di Zenzo, *La legge notarile*, Quarta edizione, 2003, Milano, p. 149 ss., si legge come la norma in esame riproduca sostanzialmente l'art. 24 dell'abrogato T.U. 25 maggio 1879 secondo cui: "Il notaio è obbligato a prestare il suo ministero ogni qual volta ne sia richiesto. Egli deve ricusarlo: se l'atto è espressamente proibito dalla legge o manifestamente contrario al buon costume o all'ordine pubblico". La giurisprudenza sul punto ha per un certo periodo abbracciato una tesi, per poi abbandonarla a partire dal 1997 con un'interpretazione della norma più favorevole ai notai. Fino al 1997, infatti, la giurisprudenza ricomprendeva nella locuzione "atti espressamente proibiti dalla legge" di cui all'art. 28 n. 1) L.N. non solo gli atti singolarmente e specificamente proibiti dalla legge (per esempio, i patti successori), ma anche tutti gli atti che in generale contrastano con disposizioni cogenti o che non sono perfettamente aderenti al dettato normativo, di ordine formale o sostanziale, che prevede in caso di violazione la sanzione della nullità, dell'inesistenza o dell'annullabilità dell'atto medesimo. Questa tesi era stata espressa dal Tribunale di Milano (Trib. Milano, 18 settembre 1969) secondo il quale: "L'espressione «atti proibiti dalla legge» comprende tutte le ipotesi in cui esiste un divieto di legge al compimento di un determinato atto, comunque tale divieto sia stato espresso" e sanzionato. Sulla stessa linea: Cass. 18 febbraio 1969, n. 568; Cass. 11 giugno 1969, n. 2067; Cass. 25 ottobre 1972, n. 3255; Cass. 7 settembre 1977, n. 3893; Cass. 21 aprile 1983, n. 2744; Cass., Sez. III, 10 novembre 1992, n. 12081. A partire dal 1997, come si diceva, anche se in realtà la Corte d'Appello di Napoli aveva preceduto la Corte Suprema con sentenza datata 14 luglio 1984, la giurisprudenza ha mutato orientamento, cominciando ad interpretare l'inciso normativo in maniera più restrittiva. Il principio ormai consolidato che ne è uscito è quello per cui la ricezione da parte del notaio di un atto annullabile non costituisce violazione del divieto previsto dall'art. 28 n. 1) Legge Notarile. In altre parole, la giurisprudenza più recente ha aderito alla tesi, già seguita in dottrina, secondo cui il divieto espresso dalla Legge Notarile riguarda soltanto le ipotesi di nullità assoluta, quelle, per intenderci, previste dall'art. 1418 c.c. Viene, in sostanza, privilegiata una lettura combinata dell'art. 28 L.N. con l'art. 1418 c.c. (lettura che, si sottolinea, si attaglia perfettamente anche all'ipotesi oggetto del presente studio circa l'operatività del notaio quale "filtro di legalità" delle decisioni dei soci, ove si ritenga di accogliere la tesi esposta dell'applicazione analogica in materia di società di persone delle norme dettate in generale per i contratti). Così conclude E. Protetti – C.

Di Zenzo, *La legge notarile*, cit., p. 157: "... l'avverbio "espressamente" va inteso nel senso di inequivoco contrasto con la legge ..." e nei casi che comportano l'annullabilità o l'inefficacia dell'atto "... è esclusa la violazione della norma citata, ma incombe pur sempre al notaio l'obbligo sancito dall'art. 1 L.N. di avvertire le parti dell'esistenza di vizi dell'atto. In difetto il notaio risponderà della violazione dei propri doveri sancita dall'art. 136 L.N. con le sanzioni della censura e dell'avvertimento e non più con la sospensione, come si riteneva con la precedente giurisprudenza. Questo più recente indirizzo interpretativo è stato costantemente seguito e costituisce ormai, *jus receptum*". Su questa linea: Cass., Sez. III, 11 novembre 1997, n. 11128 ("In tema di responsabilità disciplinare del notaio, poiché l'atto redatto in violazione dell'art. 54 R.D. 10 settembre 1914 n. 1326 ... è solo annullabile e non nullo, non risulta integrata l'infrazione di cui all'art. 28, comma 1, L. 16 febbraio 1913 n. 89"); Cass., Sez. III, 4 novembre 1998, n. 11071 ("In tema di responsabilità disciplinare dei notai, il divieto imposto dall'art. 28, comma 1 n. 1), L. 16 febbraio 1913 n. 89 – sanzionato con la sospensione a norma dell'art. 138, comma 2 – di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge, attiene ad ogni vizio che dia luogo ad una nullità assoluta dell'atto, con esclusione, quindi, dei vizi che comportano l'annullabilità o l'inefficacia dell'atto, ovvero la stessa nullità relativa. Pertanto, non è sanzionabile ai sensi dell'art. 28 della Legge Notarile la condotta del notaio che abbia ricevuto una procura a vendere beni pervenuti in eredità ad un minore senza la previa autorizzazione del tribunale prescritta dall'art. 747 c.p.c., non vertendosi in un'ipotesi di atto inesistente o nullo, ma di atto annullabile"); Trib. Napoli, 31 marzo 2000 ("In tema di responsabilità disciplinare dei notai, il divieto di cui all'art. 28, comma 1, n. 1), L. Not. Di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge, attiene esclusivamente ai vizi che diano luogo alla nullità assoluta dell'atto, con esclusione, quindi, dei vizi che comportano l'annullabilità o l'inefficacia dell'atto"); Cass., Sez. III, 1 febbraio 2001, n. 1394 ("In tema di responsabilità disciplinare dei notai, il divieto imposto dall'art. 28, comma 1, n. 1), L. 16 febbraio 1913 n. 89 di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge attiene ad ogni vizio che dia luogo ad una nullità assoluta dell'atto, con esclusione, quindi, dei vizi che comportano l'annullabilità o l'inefficacia dell'atto ovvero la stessa nullità relativa. Pertanto, incorre nella violazione disciplinare di cui all'art. 28 citato il notaio che abbia ricevuto un atto di compravendita privo della dichiarazione prevista a pena di nullità dalla L. 26 giugno 1990 n. 165, art. 3, comma 13-ter") (dichiarazione dell'alienante di aver ottemperato agli obblighi fiscali"); App. Catania, 2 marzo 2001 ("L'art. 28 n. 1 L. Notarile trova applicazione allorché il notaio riceva verbale di assemblea straordinaria di società a responsabilità limitata inesistente, perché priva della convocazione e perché ad essa assemblea hanno partecipato soci che non ne avevano diritto"); Cass., Sez. III, 7 novembre 2005, n. 21493 ("In tema di responsabilità disciplinare dei notai, il divieto imposto dall'art. 28 comma primo n. 1) della Legge 16 febbraio 1913, n. 89 – sanzionato con la sospensione a norma dell'art. 138, comma secondo – di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge, attiene ad ogni vizio che dia luogo ad una nullità assoluta dell'atto, con esclusione, quindi, dei vizi che comportano l'annullabilità o l'inefficacia dell'atto, ovvero la stessa nullità relativa). (Nella specie, la Corte Suprema ha confermato la sentenza di merito, con la quale si riteneva che fosse affetta da nullità assoluta la clausola, inserita in un atto di costituzione di società rogato dal notaio sottoposto a procedimento disciplinare, con la quale si prevedeva che ogni socio avesse diritto ad un voto per ogni quota, in violazione del principio maggioritario in tema di diritto al voto societario, dettato con norma imperativa dall'art. 1485 c.c., con conseguente configurabilità di una responsabilità disciplinare del professionista)". La dottrina sul punto è orientata sulla stessa linea di questa giurisprudenza più recente. Per avere un quadro riassuntivo delle posizioni dottrinarie, si rinvia a R. Marazzi, *Responsabilità del notaio e articolo 28 della Legge Notarile*, Nota a Cass., Sez. III, 1 febbraio 2001, n. 1394, in <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/Contract/Marazzi1.htm>.

- 51) F. Magliulo, *La fusione delle società*, op. cit., p. 211 ss.
- 52) G. Laurini, *Dal controllo giudiziale ...*, cit., 2001, p. 792 ss.
- 53) Unendo alla delibera in copia autentica i documenti di cui all'art. 2501-septies c.c.
- 54) Per l'inammissibilità di un controllo di merito da parte dell'Ufficio del Registro delle Imprese Trib. di Perugia, 19 aprile 2004, n. 28.

55) G. Serpi, *Atti societari e controllo notarile di legittimità: alcune osservazioni*, in *Riv. Not.*, 2003/3. Vi è ancora oggi chi ritiene che il controllo del Registro Imprese investa la legalità sostanziale: C. Motti, in N. Ariani, L. Calvosa, G. Ferri jr., G. Giannelli, F. Guerrera, G. Guizzi, C. Motti, M. Notari, A. Paciello, D. Regoli, G. A. Rescio, R. Rosapepe, M. Stella Richter jr., A. Toffoletto, *Introduzione di B. Libonati, Diritto delle società di capitali – Manuale Breve*, Milano, 2004, p. 63 ss.

56) Nel paragrafo successivo verranno scanditi i controlli che in tema di fusione la legge attribuisce al notaio ed al Registro delle Imprese.

57) Non è questo il luogo per affrontare la disciplina dell'invalidità delle delibere assembleari delle società di capitali, ricordando solo che a seguito della Riforma del 2003 il legislatore ha affrancato la disciplina delle società per azioni (artt. 2377 ss. c.c.) da quella in tema di S.r.l. (art. 2479-ter c.c.). E' noto che il principio in materia di invalidità delle delibere assembleari è inverso rispetto all'invalidità dei contratti, dove la nullità è sanzione virtuale e cioè è sanzione applicabile ogni qualvolta il contratto è contrario a norme imperative e nelle ipotesi previste nell'art. 1418 c.c. (mancanza dei requisiti essenziali del contratto, illiceità della causa, illiceità del motivo nel caso di cui all'art. 1345 c.c. e la mancanza dell'oggetto e dei requisiti di cui all'art. 1346 c.c.).

Al contrario nelle decisioni assembleari i casi di nullità si limitano alle ipotesi tipiche e testuali e l'annullabilità ha carattere generale e quindi è comminabile tutte le volte in cui la delibera non è conforme alla legge o allo statuto (o atto costitutivo).

Tale impostazione rispecchiava la volontà di privilegiare la stabilità degli atti societari, limitandone la caducazione ai casi più gravi e limitando la discrezionalità dei giudici allo scopo di dare certezza al diritto.

In quest'ottica di stabilità degli effetti della delibera discendono anche (per quasi tutti i vizi) i termini brevi di impugnabilità della stessa (90 giorni o 3 anni), e la sanabilità dei vizi a seguito della conclusione dell'*iter* procedurale che le caratterizza.

Così l'art. 2500 *bis* esclude l'azione di invalidità una volta iscritta la delibera di trasformazione e analogamente in tema di fusione eseguita l'iscrizione dell'atto di fusione l'invalidità non può essere più pronunciata (art. 2504 *quater*).

58) M. Maltoni, op. cit. p. 7 ss.; F. Tassinari, in M. Maltoni-F. Tassinari, *La trasformazione delle società*, in *Notariato e nuovo diritto societario*, Collana diretta da G. Laurini, Milano, 2004, p. 86 ss.

59) *Tratt. Di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, III, p. 166, ove si precisa che la scelta di deliberare collegialmente ed a maggioranza pone il problema di tutelare i soci dissenzienti sia di fronte ai vizi del procedimento sia per quelli di contenuto. E' questo un tema di difficile approccio e rimasto fino a poco tempo fa scarsamente esplorato, anche per la scarsità di precedenti giurisprudenziali.

60) M. Ghidini, *Società personali*, Padova 1972, p. 351 ss.

Altra dottrina critica tale scelta, sia per la diversità tra comunione, diritti reali e società, che rende inapplicabile l'istituto dell'analogia delle norme previste per la comunione alle società, e sia perché caratteristica del fenomeno societario è il godimento dinamico e non statico come quello della comunione. In tal senso G. Cottino, *Diritto commerciale*, I, 2, seconda edizione, Padova, 1987, p. 177 ss che afferma l'applicabilità in via analogica delle norme previste per le società di capitali (artt. 2377-2379 c.c.). Anche tale ricostruzione è ovviamente criticabile. E' stato infatti sostenuto che la società di persone non è positivamente strutturata sulla collegialità dei propri organi come invece la società di capitali. Così M. Ghidini, *Società personali*, cit., p. 351 ss

61) Si noti a conforto di questa opinione, che l'art. 2479-ter primo comma c.c. (come già l'art. 2377 primo comma del vecchio testo) assimila il trattamento delle deliberazioni contrarie all'atto costitutivo a quelle che contravvengono alla legge e che perciò diventa più agevole richiamarlo anche nelle società di persone che statutariamente introducono regole procedurali in ordine alla formazione della volontà collettiva. *Tratt. Di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, III, p. 167.

62) Ciò rende molto importante il controllo sul certificato di non opposizione avverso la delibera. Solo da tale documentazione si può avere la certezza che non è intervenuta alcuna impugnativa della delibera e il controllo di tale documento rientra nell'attività di verifica della regolarità formale di competenza del Registro Imprese.

- 63)** Una volta eseguite tutte le formalità pubblicitarie prescritte dall'art. 2504 c.c. non può più essere pronunciata l'invalidità, sicché diviene irreversibile spettando ai soci e ai terzi danneggiati dall'operazione unicamente il diritto al risarcimento del danno (art. 2504-*quater*). Questa norma, come altre nel nostro sistema, ad esempio art. 2332, 2500-*ter*, ha lo scopo di garantire la stabilità delle modificazioni strutturali della società. Il superamento della categoria dell'inesistenza delle delibere assembleari rende superfluo qualsiasi tentativo di escludere e ridurre l'efficacia sanante conseguente a tale adempimento e quindi la possibilità di far valere il vizio della delibera al fine della sua caducazione tranne nei casi in cui il vizio delle stesse sia talmente grave da determinare la nullità della delibera *ex art.* 2379 c.c. come nel caso di mancanza del verbale ed impossibilità dell'oggetto della deliberazione (vizi che possono essere fatti valere entro tre anni dall'iscrizione della delibera). Nel caso in cui la società nascente dalla fusione abbia un oggetto sociale con previsione di attività impossibili o illecite, la nullità potrà essere fatta valere senza limiti di tempo (art. 2379 per le S.p.a. e 2479-*ter* per le S.r.l.). Andrà altresì valutato se tramite il procedimento di fusione la maggioranza non cerchi di modificare la struttura organizzativa della società modificando l'oggetto dell'attività sociale o i diritti individuali dei soci, operazioni che al di fuori del procedimento di fusione sono soggette al principio unanimistico. C. Santagata, *Le fusioni*, Torino, 2004, p. 404; M. Maltoni, *Fusione, scissione e società di persone*, in Commissione Studi d'Impresa, Studio C.N.N. del 31/03/2005 n. 5620/I, p. 7 ss.
- 64)** C. Santagata, *Le fusioni*, Torino, 2004, p. 453, affronta il problema del controllo notarile della delibera di fusione con particolare attenzione alle società di capitali.
- 65)** F. Guerriera, in N. Ariani, L. Calvosa, G. Ferri jr., G. Giannelli, F. Guerrera, G. Guizzi, C. Motti, M. Notari, A. Paciello, D. Regoli, G. A. Rescio, R. Rosapepe, M. Stella Richter jr., A. Toffoletto, Introduzione di B. Libonati, *Diritto delle società di capitali – Manuale Breve*, cit., p. 433: "Per quanto riguarda la natura della operazione di scissione, possono riproporsi – se pure solo in parte – le considerazioni già svolte in tema di fusione, date le evidenti affinità strutturali. Si tratta, infatti, di una modificazione dell'atto costitutivo, che è volta a realizzare una profonda riorganizzazione delle società partecipanti ed è accompagnata, nella scissione «parziale», da effetti traslativi particolari; nella scissione «totale», da un effetto successorio universale, peraltro soggetto a regole singolari. Appare dunque corretto definire la scissione come «fusione» alla rovescia soltanto quando comporta l'estinzione della società scissa, a seguito della costituzione, per atto unilaterale, di nuove società ovvero dell'assegnazione dell'intero patrimonio a favore di società preesistenti, le quali dovranno deliberare all'occorrenza un apposito aumento di capitale a servizio (scissione totale). Non anche, evidentemente, quando la società scissa sopravvive all'operazione (scissione parziale)". E' indubbio che comunque la scissione ricalca nella struttura e nella procedura il procedimento di fusione mediante una serie di rinvii alla sua disciplina e che la stessa per le cose dette rappresenta una modifica dell'organizzazione e della struttura del contratto di società che analogamente alla fusione di società di persone sarà soggetta alla forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata ai fini della sua iscrivibilità al Registro Imprese.

(Riproduzione riservata)