

Operazioni straordinarie

Operazioni straordinarie tra enti del Terzo settore

di Angelo Busani e Davide Corsico

La possibilità - in passato non pacifica - di addivenire a reciproche operazioni straordinarie da parte di associazioni (riconosciute e non riconosciute) e fondazioni è stata espressamente prevista nel D.Lgs. n. 117/2017 (c.d. "Codice del Terzo settore"), il quale, introducendo nel Codice civile il nuovo art. 42 *bis*, ha, dunque, "tipizzato" dette operazioni e ne ha dettato un'autonoma disciplina. La norma, introdotta in occasione della riforma del Terzo settore, ma applicabile a tutti gli enti non profit (anche non appartenenti al novero del "Terzo settore"), rinvia - ai fini dell'individuazione della normativa applicabile a queste operazioni - a talune norme dettate in materia societaria, inducendo, dunque, l'interprete a interrogarsi in ordine al coordinamento di tali norme, proprie del diritto societario, con la particolare struttura degli enti non profit.

1. Evoluzione normativa

Anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 117/2007, l'assenza di qualsivoglia disciplina in ordine alla configurabilità di operazioni straordinarie da parte di (o tra) enti *non profit*, ha sospinto a interrogarsi se detti enti potessero legittimamente effettuare operazioni di trasformazione, fusione o scissione.

Un primo indice dell'ammissibilità di tali operazioni (già in precedenza sostenuta, peraltro, da autorevole dottrina) (1) si è avuto con la riforma del diritto societario del 2003, quando il legislatore - nel rivedere l'intera disciplina delle società di capitali - ha introdotto, in materia di trasformazione, le nuove norme di cui agli artt. 2500 *septies* e 2500 *octies* c.c., recanti la disciplina delle c.d. "trasformazioni

eterogenee" (2), includendo, tra gli "altri enti non lucrativi" che possono prendere parte a tali particolari operazioni di trasformazione, proprio le associazioni (riconosciute e non) e le fondazioni; infatti, gli artt. 2500 *septies* e 2500 *octies* c.c. sanciscono rispettivamente che "[l]e società disciplinate nei capi V, VI, VII del presente titolo possono trasformarsi in [...] associazioni non riconosciute e fondazioni" e che "le associazioni riconosciute e le fondazioni possono trasformarsi in una delle società disciplinate nei capi V, VI e VII del presente titolo" (3).

A seguito dell'introduzione di tali fattispecie di trasformazione, larga parte della dottrina (4) ha, quindi, opportunamente desunto un'implicita conferma del principio di atipicità delle operazioni di

(1) Cfr., per tutti, D. Vittoria, *Il cambiamento del tipo per gli enti del libro del codice civile*, in *Contr. e impr.*, 1992, 1163.

Tuttavia, aveva negato la trasformazione da associazione in fondazione Cons. Stato, par. 20 dicembre 2000, n. 288, in *Ragusan*, 2001, 203-3, 36. Nel medesimo senso, in dottrina, cfr. G. Palmieri, *Autonomia e tipicità nella nuova trasformazione*, in *Abbadessa - Portale* (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, vol. 4, Torino, 2007, 103.

(2) Si tratta, in particolare, di quelle trasformazioni che - diversamente dalle c.d. "trasformazioni omogenee", le quali realizzano un passaggio da società lucrativa ad altra società lucrativa - realizzano un passaggio da società lucrativa ad altro ente non lucrativo (anche non societario) o viceversa, determinando quindi - non soltanto il mutamento della "veste giuridica" dell'ente trasformando, ma altresì - il mutamento dello scopo (da lucrativo a non lucrativo o viceversa) dell'ente medesimo.

(3) Sulle trasformazioni eterogenee da e in enti *non profit* del Terzo settore, cfr. A. Busani - D. Corsico, *Atto costitutivo e statuti degli enti del Terzo settore*, Milano, 2020, 204-213.

(4) Cfr. F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato Dir. Comm. Dir. Pubbl. Econ.*, XXIX, Padova, 2003, 526; A. Cetra, *Le trasformazioni omogenee e eterogenee*, in *Abbadessa - Portale* (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, vol. 4, Torino, 2007, 139. In particolare, sull'ammissibilità della trasformazione da associazione a fondazione e viceversa, cfr. M. Basile, *Le persone giuridiche*, in *Trattato Iudica - Zatti*, Milano, 2014, 435; A. Fusaro, *Trasformazioni e fusioni tra enti non profit*, in A. Zoppini - M. Maltoni (a cura di), *La nuova disciplina delle associazioni e delle fondazioni. Riforma del diritto societario e enti non profit*, Padova, 2007, 147.

Nel medesimo senso, cfr. Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Massima n. K.A.28, Trasformazione di associazioni*, 1° pubbl. 9/08: "L'art. 2500 *octies* c.c. contempla espressamente la sola trasformazione di associazioni

trasformazione, cui deriverebbe l'ammissibilità di tale operazione (nonché, per analogia, di qualsivoglia altra operazione straordinaria e, quindi, anche delle operazioni di fusione e scissione) (5) altresì in ipotesi non espressamente regolate dalla legge, ivi incluse, per l'appunto, le operazioni con le quali un dato ente non lucrativo (ad esempio, un'associazione) decide di assumere la forma di un altro ente non lucrativo (ad esempio, una fondazione); e, cioè, in sostanza, delle trasformazioni "reciproche" fra associazioni e fondazioni (6).

Questa (ampiamente argomentata) ammissibilità delle operazioni straordinarie fra enti non profit ha, poi, incontrato il *placet* del legislatore con l'emana-zione del D.Lgs. n. 117/2017 (il c.d. "Codice del Terzo settore", in breve "CTS") (7): con l'art. 98 CTS, infatti, è stato introdotto, nel Codice civile, il nuovo art. 42 bis, il quale (realizzando l'obiettivo di conferire piena cittadinanza alle operazioni straordinarie fra enti non profit) ha sancito che "le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni di cui al presente titolo possono operare reciproche trasformazioni, fusioni o scissioni".

Tale norma, inoltre, con la finalità di eliminare i dubbi già avanzati in passato da coloro i quali già reputavano ammissibili dette operazioni, ha chiarito, come segue, la disciplina applicabile alle medesime: a) relativamente alla trasformazione, è stato previsto che essa "produce gli effetti di cui all'articolo 2498", nonché, quanto alla procedura, che "[l]'organo di amministrazione deve predisporre una relazione relativa

alla situazione patrimoniale dell'ente in via di trasformazione contenente l'elenco dei creditori, aggiornata a non più di centoventi giorni precedenti la delibera di trasformazione, nonché la relazione di cui all'articolo 2500 sexies, secondo comma", rinviandosi inoltre, ai fini della restante disciplina applicabile, al disposto "[de]gli articoli 2499, 2500, 2500 bis, 2500 ter, secondo comma, 2500 quinquies e 2500 nonies, in quanto compatibili";

b) relativamente alle fusioni e alle scissioni, invece, si è provveduto a un mero rinvio a quanto sancito, "rispettivamente, [nel]le disposizioni di cui alle sezioni II e III del capo X, titolo V, libro V, in quanto compatibili".

2. Considerazioni comuni sull'art. 42 bis c.c.

Leggendo l'art. 42 bis c.c., ci si deve porre, anzitutto, il tema (8) di quale sia il suo ambito di applicazione. Anzitutto, occorre rilevare che la norma ha inteso disciplinare le trasformazioni, le fusioni e le scissioni che coinvolgono *esclusivamente* enti non profit, con conseguente perdurante operatività delle norme di cui ai sopra citati artt. 2500 septies e 2500 octies c.c. relativamente alle trasformazioni (nonché alle fusioni o scissioni "trasformative") c.d. "eterogenee". In secondo luogo, vi è da osservare che la norma in questione, pur essendo stata introdotta in occasione della riforma del Terzo settore, riguarda tutti gli enti non profit, a prescindere dalla circostanza che essi siano o meno muniti della qualifica di "ETS"; tale

riconosciute in società di capitali. Si deve tuttavia ritenere legittima - ai sensi dell'art. 1322 c.c. - ogni ulteriore trasformazione di associazioni riconosciute in enti diversi dalle società di capitali, i quali ultimi possano comunque derivare dalla trasformazione di una società di capitali. [...]".

In giurisprudenza cfr. T.A.R. Milano, (Lombardia), Sez. I, 14 febbraio 2013, n. 445, in *Riv. not.*, 2014, 2, 257: "La regola della generale trasformabilità fra enti diversi appare, a seguito delle novità introdotte dalla riforma del diritto societario (art. 2500 septies e 2500 octies c.c.), un principio del nostro ordinamento, risultando ragionevole consentire la trasformazione diretta, senza il passaggio intermedio attraverso le società di capitali, per ovvie ragioni di economia dei mezzi giuridici".

(5) Cfr. F. Magliulo, *La fusione delle società*, Milano, 2009, 74 ss.; F. Magliulo, *La scissione delle società*, Milano, 2012, 106 ss.

(6) In senso positivo si era anche espresso il Cons. Stato, Sez. V, 21/23 ottobre 2014, n. 5226, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 471, con nota di V. Montani, *La trasformazione da associazione a fondazione: il Consiglio di Stato fa e disfa*: "Dopo le modifiche introdotte al codice civile dalla riforma del diritto societario di cui al D.Lgs. n. 6 del 2003, la trasformazione di enti collettivi è un istituto di carattere generale e il passaggio da associazione a fondazione deve considerarsi non solo ammissibile, a fortiori rispetto alle ipotesi di trasformazione eterogenea espressamente previste (art. 2500 septies e 2500 octies cod. civ.), ma altresì costituisce un'ipotesi di trasformazione 'omogenea', poiché lascia inalterato il fine non lucrativo".

L'opinione positiva era altresì sostenuta dal Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima n. K.A.40, *Trasformazione di associazione in fondazione*, 1° pubbl. 9/16 - motivato 9/17.

Tuttavia, era ancora autorevolmente sostenuta l'opinione contraria. In particolare, nel senso di negare cittadinanza, anche a seguito della riforma del diritto societario del 2003, alle operazioni straordinarie reciproche fra enti non profit, cfr. Cons. Stato, Sez. I, 30 gennaio 2015, n. 296, in *Foro Amm.*, 2015, 1, 125; T.A.R. Firenze, (Toscana), Sez. I, 24 novembre 2011, n. 1811, in *Riv. not.*, 2012, 6, 1327; T.A.R. Torino, (Piemonte), Sez. I, 29 giugno 2012, n. 781, in *Foro Amm. TAR*, 2012, 6, 1838; in *Giur. mer.*, 2012, 10, 2200; in *Riv. not.*, 2012, 6, 1327; T.A.R. Torino, (Piemonte), Sez. I, 29 giugno 2012, n. 781, in *Foro Amm. TAR*, 2012, 6, 1838.

(7) L'art. 3 ("Revisione del titolo II del libro primo del codice civile") della c.d. "Legge delega", in particolare, ha previsto, tra i principi e i criteri cui attenersi nella riforma del Terzo settore, quello di "e) disciplinare il procedimento per ottenere la trasformazione diretta e la fusione tra associazioni e fondazioni, nel rispetto del principio generale della trasformabilità tra enti collettivi diversi introdotto dalla riforma del diritto societario di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6".

(8) Cfr. C. M. Bianca, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del Terzo settore*, in M. Gorgoni (a cura di), *Il codice del terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, Pisa, 2018, 142; F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 29 ss.

considerazione è comprovata dalla circostanza che tale norma (a differenza della disciplina del Terzo settore, la quale è contenuta esclusivamente all'interno del CTS) è stata collocata nel Codice Civile, proprio tra le disposizioni dedicate agli "ordinari" enti non profit.

2.1. Clausola statutaria

L'art. 42 bis, comma 1, c.c. sancisce che "[s]e non è espressamente escluso dall'atto costitutivo o dallo statuto, le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni di cui al presente titolo possono operare reciproche trasformazioni, fusioni o scissioni".

Ne consegue che, in mancanza di una clausola statutaria che escluda la possibilità di effettuare operazioni straordinarie, le associazioni e le fondazioni possono (nel rispetto delle modalità e dei quorum previsti dalla legge) partecipare a operazioni di trasformazione, fusione o scissione senza limitazioni di sorta.

Alla questione se sia possibile (in presenza della clausola statutaria che escluda l'adottabilità di tali operazioni) procedere alla previa eliminazione della clausola e, contestualmente, deliberare l'operazione straordinaria, si deve dare risposta positiva (9): infatti, è pur vero che la modifica statutaria (consistente nell'eliminazione del divieto) è efficace solo a seguito dell'iscrizione (trattandosi di ente "non-ETS", nel registro regionale o nel registro prefettizio ai sensi del d.P.R. n. 361/2000; ovvero, trattandosi di "ETS") nel RUNTS, ma è altrettanto vero che nulla vieta all'organo competente (a seguito della delibera di soppressione del divieto) di (deliberare e) sottoporre l'operazione straordinaria alla condizione sospensiva che la delibera di soppressione del divieto divenga efficace (e, cioè, sia iscritta nel registro competente); il tutto secondo la tecnica (ben nota nella prassi delle deliberazioni societarie) delle c.d. "delibere a cascata" (10).

Si discute se una simile operazione "contestuale" debba necessariamente deliberarsi all'unanimità (11) ovvero se sia sufficiente la mera maggioranza dei voti (12); appare preferibile quest'ultima opinione, in quanto sia la soppressione del divieto, sia l'operazione straordinaria costituiscono modifiche statutarie per le quali la legge ritiene sufficiente la maggioranza dei voti; ciò detto, ove si intenda conferire al divieto un'efficacia "rafforzata", può senza dubbio prevedersi, in sede di inserimento della relativa clausola nello statuto dell'ente, che la medesima possa sopprimersi solo con una particolare maggioranza, ovvero, addirittura, solo con la unanimità dei consensi di coloro che hanno diritto a esprimere il loro voto.

2.2. Pubblicità

Le operazioni straordinarie si caratterizzano per la funzione c.d. "costitutiva" della pubblicità e, cioè, per il fatto di esplicitare i loro effetti - non già dalla stipula dell'atto (di trasformazione, fusione o scissione), bensì - dal momento in cui detto atto è pubblicizzato ai sensi di legge:

- quanto alla trasformazione, l'art. 2500 c.c. (come espressamente richiamato dall'art. 42 bis, comma 2, c.c.), ai commi 2 e 3 sancisce che "[l]atto di trasformazione è soggetto alla disciplina prevista per il tipo adottato ed alle forme di pubblicità relative, nonché alla pubblicità richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione" e che "[l]a trasformazione ha effetto dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari di cui al comma precedente";

- quanto alla fusione e alla scissione, analogamente (stante il richiamo contenuto nell'art. 42 bis, comma 3, c.c.) si applicano l'art. 2504 bis, comma 2, c.c., secondo cui "[l]a fusione ha effetto quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte dall'articolo 2504 (13)" e l'art. 2506 quater c.c., secondo cui "[l]a scissione ha effetto dall'ultima delle iscrizioni dell'atto di

(9) Cfr. F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 43.

(10) Relativamente all'ammissibilità delle delibere c.d. "a cascata", cfr. Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 19, *Efficacia dell'iscrizione nel registro delle imprese delle modificazioni statutarie* (art. 2436 c.c.), 10 marzo 2004; Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima n. I.F.1, *Eseguibilità delle decisioni dei soci non iscritte*, 1° pubbl. 9/04.

(11) In tal senso, relativamente alla clausola di cui all'art. 2500 octies c.c., cfr. G. Franch, *Commento sub art. 2500 octies*, in P. G. Marchetti - L. A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari (diretto da), *Commentario alla riforma delle società. Artt. 2498 - 2506-quater*, Milano, 2006, 338 ss.; M. Maltoni, *La trasformazione delle associazioni*, in M. Maltoni - F. Tassinari, *La trasformazione delle società*, Milano, 2011, 399.

(12) In tal senso, cfr. sul punto, cfr. A. Busani - D. Corsico, *Atto costitutivo e statuti degli enti del Terzo settore*, Milano, 2020, 193; F. Loffredo, *Gli enti del terzo settore*, Milano, 2018, 250; C. M. Bianca, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del Terzo settore*, in M. Gorgoni (a cura di), *Il codice del terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017*, n. 117, Pisa, 2018, 145. Nel medesimo senso, relativamente alla clausola di cui all'art. 2500 octies c.c., cfr. A. Ferrucci - C. Ferrentino, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*, vol. 2, Milano, 2005, 1785; G. Cesaroni, *Commento sub art. 2500 octies*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2015, 1617.

(13) L'art. 2504 c.c. ("Atto di fusione"), al comma 2, sancisce quanto segue: "L'atto di fusione deve essere depositato per l'iscrizione, a cura del notaio o dei soggetti cui compete l'amministrazione della società risultante dalla fusione o di quella

scissione nell'ufficio del registro delle imprese in cui sono iscritte le società beneficiarie”.

Perciò, l'art. 42 bis, comma 3 c.c., al fine di coordinare il sistema pubblicitario prescritto in materia societaria (cioè, l'iscrizione presso il registro delle imprese) con il sistema pubblicitario cui sono soggetti gli enti non profit, ha sancito che “[g]li atti relativi alle trasformazioni, alle fusioni e alle scissioni per i quali il libro V prevede l'iscrizione nel Registro delle imprese sono iscritti nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero, nel caso di enti del Terzo settore, nel Registro unico nazionale del Terzo settore” (RUNTS).

Perciò, con riguardo agli enti iscritti nel Registro delle Persone Giuridiche (cioè, gli enti “non-ETS”), la pubblicità è eseguita ai sensi del d.P.R. n. 361/2000 (e, in particolare, in applicazione dell'art. 2 di detto decreto, secondo cui “[l]e modificazioni dello statuto e dell'atto costitutivo sono approvate con le modalità e nei termini previsti per l'acquisto della personalità giuridica dall'articolo 1”).

Al contrario, con riguardo agli ETS, la pubblicità è eseguita ai sensi del CTS e, in particolare, ai sensi dell'art. 48 CTS, il quale sancisce che “[n]el Registro devono inoltre essere iscritte [...] le deliberazioni di trasformazione, fusione, scissione”; inoltre, ove l'ente risultante dall'operazione sia un ente che intende munirsi della personalità giuridica, è necessario che l'atto di trasformazione, fusione o scissione sia posto in essere con l'osservanza di quanto sancito dall'art. 22 CTS e, cioè, con la procedura di omologa notarile finalizzata alla verifica dei presupposti (sanciti dal CTS) al fine dell'acquisizione della qualifica di ETS (e, in particolare, della sussistenza del patrimonio minimo richiesto dall'art. 22, comma 4, CTS) (14). Infine, anche in relazione alle operazioni straordinarie fra enti non profit, la pubblicità dell'atto (di trasformazione, fusione o scissione) esplica altresì un effetto “sanante”: si applicano, infatti, l'art. 2500 bis c.c., secondo cui “[e]seguita la pubblicità di cui all'articolo precedente, l'invalidità dell'atto di trasformazione non può essere pronunciata” (comma 1), “salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai partecipanti all'ente trasformato ed ai terzi danneggiati dalla trasformazione” (comma 2) e l'art. 2504 quater c.c. (la norma è richiamata altresì in materia di

scissione dall'art. 2506 ter, comma 5, c.c.), secondo cui “[e]seguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'articolo 2504, l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata” (comma 1), “salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione” (comma 2).

2.3. (segue): associazioni non riconosciute

Come ampiamente analizzato in precedenza, anche le associazioni non riconosciute (ai fini dell'acquisizione della qualifica di ETS) sono soggette all'iscrizione presso il RUNTS, con la conseguenza che, relativamente alle operazioni straordinarie che coinvolgano tali enti, la pubblicità è eseguita presso detto Registro, in via del tutto identica a qualsiasi ente (sia esso riconosciuto o meno) del Terzo settore (15).

Quanto, invece, alle associazioni non riconosciute “non-ETS”, non essendo queste ultime - per definizione - iscritte in alcun registro, l'operazione straordinaria non è soggetta ad alcuna forma pubblicitaria, con la conseguenza che il diritto di opposizione di cui all'art. 2500 novies c.c. spettante ai creditori dell'ente, può esercitarsi a decorrere dalla stipula dell'atto (di trasformazione o di approvazione del progetto di fusione o scissione) oppure, nell'ipotesi in cui l'operazione coinvolga altresì enti soggetti a pubblicità (si immagini, ad esempio, una fusione fra un'associazione riconosciuta e un'associazione non riconosciuta), a decorrere dall'iscrizione pubblicitaria relativa a detti enti.

Al riguardo, la circostanza che l'operazione possa esplicare effetti anche in mancanza di qualsivoglia pubblicità (si immagini, ad esempio, una operazione di fusione solamente fra associazioni non riconosciute) non può comunque reputarsi di ostacolo all'ammissibilità della medesima, in quanto, come affermato da autorevole dottrina, “[l]a tutela dell'affidamento del creditore è fondata normalmente sull'onere di monitoraggio delle forme di pubblicità cui è soggetto l'ente a cui ha fatto credito” (16); quanto affermato è, altresì, confermato dalla trasformabilità (ampiamente sostenuta in dottrina) (17) delle società di fatto, nonché dalla trasformabilità (espressamente sancita dall'art. 2500 octies c.c.) delle

incorporante, entro trenta giorni, nell'ufficio del registro delle imprese dei luoghi ove è posta la sede delle società partecipanti alla fusione, di quella che ne risulta o della società incorporante”.

(14) Sul punto cfr. F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 34.

(15) In particolare, relativamente alle fusioni e alle scissioni cui partecipino enti non riconosciuti, cfr. F. Magliulo, *La fusione e la*

scissione fra associazioni non riconosciute non iscritte in pubblici registri, in *Notariato*, 2020, 1, 11 ss.

(16) M. Maltoni, *La trasformazione eterogenea in generale*, in M. Maltoni - F. Tassinari, *La trasformazione delle società*, Milano, 2011, 285.

(17) Cfr. M. Sarale, *La fusione eterogenea tra vecchia e nuova disciplina*, in *Giur. comm.*, 2004, II, 75.

comunioni d'azienda, fattispecie anch'esse svincolate da qualsivoglia forma pubblicitaria.

È stata tuttavia suggerita, al fine di garantire un'efficace tutela del ceto creditorio, la possibilità - a scopi prudenziali - di notificare gli atti della procedura ai singoli creditori dell'ente non riconosciuto, di modo da conferire maggiore certezza in ordine alla decorrenza del termine per l'opposizione e garantire così piena tutela ai creditori suddetti (18).

3. Trasformazione

Relativamente alle trasformazioni cui partecipino enti non profit, occorre concentrare l'attenzione, anzitutto, sulle trasformazioni reciproche in/da associazioni o fondazioni e, cioè, sulle trasformazioni regolate dalla norma di cui all'art. 42 *bis* c.c.: esse costituiscono ipotesi di trasformazioni "omogenee", in quanto, al pari delle trasformazioni omogenee societarie (quelle disciplinate dagli artt. da 2500 *ter* a 2500 *sexies* c.c., nelle quali la trasformazione non determina alcuna modifica dello scopo dell'ente, che è - e rimane a seguito dell'operazione - lucrativo) non realizzano alcuna modifica delle finalità dell'ente, in quanto esse (intervenendo fra soli enti *non profit*) non eliminano la causa non lucrativa che contraddistingue detti enti.

3.1. Adempimenti

Quanto agli adempimenti preliminari all'operazione, l'art. 42 *bis*, comma 2, c.c. sancisce che "[l]'organo di amministrazione deve predisporre una relazione relativa alla situazione patrimoniale dell'ente in via di trasformazione contenente l'elenco dei creditori, aggiornata a non più di centoventi giorni precedenti la delibera di trasformazione, nonché la relazione di cui all'articolo 2500 *sexies*, secondo comma".

È, quindi, prescritta una duplice documentazione: da un lato, occorre una situazione patrimoniale aggiornata e munita della relazione degli amministratori, dalla quale risultino la consistenza patrimoniale dell'ente che si trasforma (finalizzata a dare evidenza della congruità del patrimonio rispetto allo scopo) (19), nonché l'elencazione aggiornata dei

creditori (finalizzata a una migliore individuazione dei soggetti cui spetterà il diritto di opposizione sancito dall'art. 2500 *novies* c.c.); dall'altro lato, è prescritta la relazione (prescritta in materia di trasformazione "regressiva") di cui all'art. 2500 *sexies* c.c., il cui comma 2, infatti, richiede che "[g]li amministratori [predispongano] una relazione che illustri le motivazioni e gli effetti della trasformazione".

Al riguardo, si ritiene (20) che soltanto quest'ultima relazione sia rinunciabile (all'unanimità dei consensi), trattandosi, infatti, di una relazione che, come ampiamente argomentato in ambito societario (21), è imposta nell'interesse dei soli soci (in questo caso si tratta degli "associati"); mentre non sarebbe in nessun caso ammessa (nemmeno all'unanimità) la rinuncia della situazione patrimoniale e della sua relazione, trattandosi di documenti i quali (come desumibile dall'espresso riferimento normativo ai creditori dell'ente) sono imposti, anche e soprattutto, nell'interesse dei terzi.

Infine, la circostanza che la norma in commento rinvii a quanto sancito dall'art. 2500 *ter*, comma 2 c.c., costringe a ritenere, altresì, necessario che il patrimonio dell'ente risultante dalla trasformazione sia "determinato sulla base dei valori attuali degli elementi dell'attivo e del passivo e" che risulti "da relazione di stima": la previsione (in perfetta coerenza con la necessaria predisposizione di una situazione patrimoniale aggiornata) consente di conferire certezza in ordine alla sussistenza di un patrimonio congruo allo scopo dell'ente risultante dalla trasformazione e (nell'ipotesi in cui detto ente sia un ente del Terzo settore) consente la verifica in ordine al raggiungimento del patrimonio minimo (di euro 15.000 per le associazioni e di euro 30.000 per le fondazioni) richiesto dall'art. 22, comma 4, CTS.

Tale relazione, in ragione della predetta funzione di verifica circa l'integrità patrimoniale dell'ente, si ritiene irrinunciabile: è stato, tuttavia, opportunamente osservato (22) che, ove l'ente risultante dalla trasformazione sia un'associazione non riconosciuta, tale relazione di stima potrebbe omettersi, in quanto nelle associazioni non riconosciute (anche del Terzo

(18) In tal senso cfr. F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 35.

(19) Cfr. F. Loffredo, *Gli enti del terzo settore*, Milano, 2018, 251; F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 63.

(20) Cfr. C. M. Bianca, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del Terzo settore*, in M. Gorgoni (a cura di), *Il codice del terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017*, n. 117, Pisa, 2018, 146.

(21) Cfr. Consiglio Notarile di Milano, Massima n. 81, *Rinuncia alla relazione degli amministratori nella trasformazione di società di capitali (artt. 2500-*sexies* e 2500-*septies* c.c.)*, 22 novembre 2005; Consiglio Nazionale del Notariato, *Quesito di Impresa n. 191-2015/I, Trasformazione di S.p.A. in cooperativa S.p.a. e relazione degli amministratori ex art. 2500-*sexies*, comma 2, c.c.*, in *CNN Notizie*, del 12 maggio 2016.

(22) Cfr. F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 70.

settore) non sussiste alcun obbligo di patrimonio minimo (si ritiene (23), infatti, che le associazioni non riconosciute possano anche costituirsi senza alcun patrimonio iniziale), circostanza da cui deriverebbe le superfluità della predetta attestazione.

3.2. Delibera

Quanto alle modalità con le quali la trasformazione deve essere deliberata, occorre distinguere fra associazioni e fondazioni:

a) nelle associazioni, la trasformazione è deliberata dall'assemblea degli associati, con il *quorum* (di cui all'art. 21, comma 2, c.c.) prescritto dalla legge ai fini delle modifiche statutarie (tale è, infatti, la natura giuridica della trasformazione), necessitandosi, quindi, "la presenza di almeno tre quarti degli associati e il voto favorevole della maggioranza dei presenti" (24);

b) nelle fondazioni "ordinarie", mancando un organo assembleare, la trasformazione (nel silenzio dello statuto sul punto) è deliberata dall'organo di amministrazione, a maggioranza semplice; non trova, quindi, applicazione la norma recata dall'art. 2500 *octies*, comma 4, c.c., secondo cui "[l]a trasformazione di fondazioni in società di capitali è disposta dall'autorità governativa, su proposta dell'organo competente", in quanto essa è (eccezionalmente) prevista in materia di trasformazione eterogenea, dove (stante la modificazione dello scopo dell'ente, da non lucrativo a lucrativo) è parso opportuno rimettere l'intera decisione a un'entità di diritto pubblico; resta ferma, in ogni caso, la necessità che la trasformazione sia deliberata in conformità alla volontà del fondatore e, comunque, nel pieno e corretto perseguimento dello scopo di destinazione originariamente previsto nell'atto di fondazione;

c) nelle fondazioni "di partecipazione" (25), la competenza a deliberare la trasformazione può essere attribuita all'organo assembleare o di indirizzo, così come espressamente concesso (relativamente agli enti del Terzo settore) dall'art. 25, comma 3, CTS, secondo cui "[l]o statuto delle fondazioni del Terzo settore può attribuire all'organo assembleare o di indirizzo, comunque denominato, di cui preveda la costituzione la competenza a deliberare su uno o più degli oggetti di cui al comma 1", tra i quali sono espressamente contemplate, alla lett. e), le deliberazioni aventi per oggetto "la trasformazione, la fusione o la scissione dell'associazione"; in tal caso, trattandosi di un organo di originazione statutaria, è assolutamente opportuno (se non necessario) che i *quorum* (costitutivo e deliberativo) siano analiticamente individuati nello statuto medesimo.

3.3. Effetti

Quanto agli effetti della trasformazione tra enti non profit, occorre avere riguardo a quanto sancito dall'art. 42 *bis*, comma 2, c.c., secondo cui, in particolare, essa "produce gli effetti di cui all'articolo 2498"; tale norma, sancisce il c.d. "principio di continuità" della trasformazione (esteso, comunque a tutte le operazioni straordinarie), in forza del quale "[...] l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione".

Perciò, nelle trasformazioni fra enti non profit, ugualmente a quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità in materia societaria, la trasformazione determina (non già l'estinzione dell'ente "di partenza" e la costituzione *ex novo* dell'ente "di arrivo", bensì) una vicenda meramente evolutiva-modificativa dell'ente che si trasforma, il cui effetto è il mutamento del suo assetto organizzativo (26).

(23) In tal senso cfr. M. Tamponi, *Persone giuridiche. Artt. 11-35*, in P. Schlesinger (fondato da), in F. D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile - Commentario*, Milano, 2018, 189; F. Galgano, *Delle persone giuridiche. Artt. 11-35*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2006, 244.

(24) Preme comunque segnalare l'opinione di F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 72, secondo cui, nell'ipotesi di trasformazione da associazione a fondazione "ordinaria" (cioè, non "di partecipazione") - estinguendosi ogni diritto di gestione e di partecipazione degli associati, occorrerebbe munirsi del *quorum* - di cui all'art. 21, comma 3 c.c. - prescritto dalla legge ai fini dello scioglimento dell'ente, e cioè, "il voto favorevole di almeno tre quarti degli associati".

(25) La fondazione di partecipazione può definirsi come la fondazione costituita da una pluralità di fondatori, i quali, ai fini di evitare il definitivo "distacco dell'ente dal fondatore" (che inevitabilmente si realizzerebbe con la costituzione una fondazione "ordinaria"), si riservino - mediante la formazione di un apposito organo assembleare - una funzione attiva nella gestione dell'ente. Per maggiori approfondimenti in materia di fondazione di

partecipazione, cfr. A. Busani - D. Corsico, *Atto costitutivo e statuti degli enti del Terzo settore*, Milano, 2020, 60-63.

(26) Cfr. Cass. 14 dicembre 2006, n. 26826, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Società*, n. 888: "La trasformazione di una società da un tipo ad un altro previsto dalla legge, ancorché connotato di personalità giuridica, non si traduce nell'estinzione di un soggetto e correlativa creazione di uno nuovo in luogo di quello precedente, ma configura una vicenda meramente evolutiva e modificativa del medesimo soggetto; essa comporta, in particolare, soltanto una variazione di assetto e di struttura organizzativa, la quale non incide sui rapporti sostanziali e processuali facenti capo alla originaria organizzazione societaria [...]".

In seguito, in senso adesivo, cfr. Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima n. K.A.37, *Trasformazione di società con unico socio in titolarità individuale d'azienda da parte di persona fisica e viceversa*, 1° pubbl. 9/14 - motivato 9/15; Consiglio Nazionale del Notariato, *Quesito di Impresa n. 116-2014/I, Comunione ereditaria dell'azienda con immobili, continuazione dell'attività, menzioni urbanistiche e pubblicità immobiliare*, in *CNN Notizie* del 10 maggio 2016.

Relativamente all'efficacia dell'operazione riguardo ai terzi, la norma in commento richiama altresì l'art. 2500 *quinquies* c.c., secondo cui “[l]a trasformazione non libera i soci a responsabilità illimitata dalla responsabilità per le obbligazioni sociali sorte prima degli adempimenti previsti dal terzo comma dell’articolo 2500, se non risulta che i creditori sociali hanno dato il loro consenso alla trasformazione”: in particolare, essa si applica con riferimento alle sole associazioni non riconosciute e con riguardo a quei soli associati, i quali (avendo agito in nome e per conto dell’ente) siano gravati della responsabilità sussidiaria sancita dall’art. 38 c.c. (27); quindi, trova, altresì, applicazione, per tale ipotesi, la presunzione di cui al successivo comma, secondo cui “[i]l consenso si presume [e quindi, l’associato è liberato da ogni responsabilità] se i creditori, ai quali la deliberazione di trasformazione sia stata comunicata per raccomandata o con altri mezzi che garantiscano la prova dell’avvenuto ricevimento, non lo hanno espressamente negato nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione”.

Infine, è richiamato, altresì, l’art. 2500 *novies* c.c., con la conseguenza che, in deroga all’efficacia “costitutiva” della pubblicità, “la trasformazione [...] ha effetto dopo sessanta giorni dall’ultimo degli adempimenti pubblicitari previsti dallo stesso articolo, salvo che consti il consenso dei creditori o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso”, con diritto dei creditori medesimi, “nel suddetto termine di sessanta giorni”, di “fare opposizione; si rinvia, quindi, a quanto sancisce, in materia di riduzione reale del capitale sociale nelle società per azioni, “l’ultimo comma dell’articolo 2445 (28)”.

3.4. Ipotesi applicative

Esaminata la disciplina generale della trasformazione omogenea fra enti *non profit*, preme analizzare le singole ipotesi applicative che potrebbero configurarsi:

(27) Il legislatore ha invece (del tutto correttamente) omissis qualsivoglia richiamo a quanto sancito dagli artt. 2500 *sexies* e 2500 *septies* c.c. in ordine al necessario consenso dei soci che, per effetto della trasformazione, assumono responsabilità illimitata: nelle trasformazioni fra enti *non profit* di cui all’art. 42 *bis* c.c., infatti, una simile evenienza non potrebbe mai verificarsi, poiché (nelle associazioni non riconosciute) la responsabilità sussidiaria di cui all’art. 38 c.c. discende esclusivamente dal fatto di aver agito in nome e per conto dell’ente; giammai, invece, dalla mera qualità di associato. In tal senso cfr. F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 89.

(28) L’art. 2445 c.c. (“Riduzione del capitale sociale”), all’ultimo comma, sancisce quanto segue: “Il tribunale, quando ritenga infondato il pericolo di pregiudizio per i creditori oppure la società abbia prestato idonea garanzia, dispone che l’operazione abbia luogo nonostante l’opposizione”.

a) anzitutto, si discute se il passaggio da associazione non riconosciuta ad associazione riconosciuta sia o meno qualificabile come “trasformazione”: secondo l’opinione di larga parte della dottrina (29), i due modelli di associazione (differendo sia in fatto di causa sia in fatto di disciplina applicabile) - sarebbero da reputarsi tipologicamente autonomi, con la conseguenza che tale transizione (dal modello “non riconosciuto” a quello “riconosciuto”) dovrebbe necessariamente realizzarsi in forza di un atto di trasformazione.

Appare, tuttavia, preferibile l’opinione (30) (avvalorata peraltro dalla prassi applicativa) (31) secondo cui le associazioni riconosciute e non riconosciute - vantando un’identica struttura giuridica - appartengono al medesimo “tipo” di ente (quello associativo), differenziandosi solo relativamente alla sussistenza, o meno, della personalità giuridica (e, quindi, relativamente al solo regime di responsabilità derivante dagli atti compiuti in nome e per conto dell’ente); stando a tale orientamento, dunque, un’associazione (originariamente costituita in forma di associazione) non riconosciuta che intenda “transitare” al modello dell’associazione riconosciuta, non dovrebbe obbligatoriamente porre in essere una trasformazione (con applicazione delle formalità sopra indicate), ma potrebbe semplicemente limitarsi a domandare il riconoscimento (eventualmente, adeguando, di conseguenza, il suo statuto);

b) in secondo luogo, è configurabile una trasformazione da associazione (riconosciuta o non) a fondazione: tale operazione determina la perdita, in capo agli associati, di tutti i diritti e le prerogative gestorie loro spettanti quali associati, ferma restando, tuttavia, la possibilità che essi (al fine di mantenere determinate competenze decisionali) deliberino di trasformare l’ente in una fondazione di partecipazione, prevedendo loro stessi quali membri iniziali dell’organo di indirizzo (32);

(29) Cfr. F. Loffredo, *Gli enti del terzo settore*, Milano, 2018, 246; F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 52.

(30) Cfr. C. M. Bianca, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del Terzo settore*, in M. Gorgoni (a cura di), *Il codice del terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, Pisa, 2018, 141, sub nt. 11; A. Busani - D. Corsico, *Atto costitutivo e statuti degli enti del Terzo settore*, Milano, 2020, 203.

(31) Infatti, la prassi applicativa di taluni registri prefettizi (o regionali) consente, accettando l’iscrizione a registro, la transizione da associazione non riconosciuta ad associazione riconosciuta anche in forza - non di un vero e proprio atto di trasformazione, bensì - di una mera richiesta di riconoscimento.

(32) Cfr. F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 78.

c) è, inoltre, configurabile una trasformazione da fondazione ad associazione (riconosciuta o non): in tal caso, vista l'assenza degli associati nelle fondazioni, si ritiene di poter applicare analogicamente l'art. 2500 *octies*, ultimo comma, c.c., attribuendo, quindi, la qualità di "associato" "secondo le disposizioni dell'atto di fondazione o, in mancanza, dell'articolo 31 (33)"; qualora, invece, l'ente trasformando sia una fondazione di partecipazione sembra ragionevole che la qualità di "associato" debba riconoscersi in capo ai partecipanti (34);

d) infine, non costituisce trasformazione la modifica della fondazione dal modello della fondazione "ordinaria" a quello della fondazione "di partecipazione" (o viceversa): infatti, la fondazione di partecipazione costituisce (non già un "tipo" autonomo di ente non profit, né è qualificabile in termini di fondazione "atipica", bensì) una fondazione a tutti gli effetti, la cui struttura organizzativa, peraltro, contempla (in aggiunta agli organi di *governance* "tradizionali" della fondazione "ordinaria", altresì) la presenza di tale ulteriore organo "partecipativo"; ne consegue che la transizione da fondazione ordinaria a fondazione di partecipazione configura (non già una operazione di trasformazione, bensì) una mera modifica dello statuto.

4. Fusione e scissione

L'ammissibilità delle operazioni di fusione o scissione cui partecipino enti *non profit* (già riconosciuta in passato da larga parte della dottrina) (35) è stata

confermata dal legislatore con l'introduzione dell'art. 42 *bis* c.c., il quale sancisce la possibilità per "le associazioni riconosciute e non riconosciute e le fondazioni" di "operare reciproche [...] fusioni o scissioni".

La norma in commento, al successivo comma 3, dispone, inoltre, che "[a]lle fusioni e alle scissioni" fra detti enti "si applicano, rispettivamente, le disposizioni di cui alle sezioni II e III del capo X, titolo V, libro V, in quanto compatibili", con conseguente applicabilità delle norme recate in materia societaria dagli artt. 2501, e seguenti, c.c.

Perciò, la fusione (in applicazione dell'art. 2501 (36) c.c.) può essere effettuata sia per incorporazione di un ente non profit in un altro ente non profit, sia mediante costituzione di un nuovo ente non profit. La scissione (in applicazione dell'art. 2506 (37) c.c.) può realizzarsi mediante assegnazione sia dell'intero patrimonio dell'ente a più enti non profit, (preesistenti o di nuova costituzione), sia di parte del proprio patrimonio, in tal caso anche a un solo ente non profit (38); appare, altresì, applicabile il disposto dell'art. 2506, comma 2 (39), c.c., con conseguente configurabilità della c.d. "scissione asimmetrica" e, cioè, di un'operazione in forza della quale, con l'unanimità dei consensi, si preveda che alcuni degli associati dell'ente scisso (conservando la predetta qualità nel medesimo ente scisso) non divengano, tuttavia, associati dell'ente beneficiario. Dunque, ad esempio, potrebbe darsi il caso in cui un'associazione, cui partecipano gli associati Angelo, Bruno, Carlo, e Daniele, si scinda totalmente in due associazioni di

(33) L'art. 31 c.c. ("Devoluzione dei beni"), ai commi 1 e 2, sancisce quanto segue: "I beni della persona giuridica, che restano dopo esaurita la liquidazione, sono devoluti in conformità dell'atto costitutivo o dello statuto.

Qualora questi non dispongano, se trattasi di fondazione, provvede l'autorità governativa, attribuendo i beni ad altri enti che hanno fini analoghi; se trattasi di associazione, si osservano le deliberazioni dell'assemblea che ha stabilito lo scioglimento e, quando anche queste mancano, provvede nello stesso modo l'autorità governativa".

Relativamente alla disciplina di devoluzione dei beni negli enti del Terzo settore, cfr. A. Busani - D. Corsico, *Atto costitutivo e statuti degli enti del Terzo settore*, Milano, 2020, 178 ss.

(34) Cfr. F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 79.

(35) Sull'ammissibilità delle fusioni tra associazioni o tra fondazioni, cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *Quesito di Impresa n. 291-2015/I, Termine di efficacia della fusione tra fondazioni*, in *CNN Notizie* del 4 dicembre 2015; Consiglio Nazionale del Notariato, *Segnalazione Novità Giurisprudenziali, Il procedimento di fusione tra fondazioni (Trib. Roma 25 gennaio 2016)*, in *CNN Notizie* del 24 gennaio 2017; Consiglio Nazionale del Notariato, *Quesito n. 350-2015/I, Fusione tra associazioni riconosciute e applicabilità degli artt. 2503 e 2505-quater, c.c.*, in *CNN Notizie* del 20 gennaio 2016.

Sull'ammissibilità delle fusioni (trasformative) tra associazioni e fondazioni, cfr. Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Massima n. L.E.12, Fusione di associazione in fondazione*, 1° pubbl. 9/16 - motivato 9/17: "Si ritiene legittima la fusione di un'associazione riconosciuta in una fondazione e viceversa, stante il principio dell'economia dei mezzi giuridici in quanto la medesima operazione potrebbe diversamente essere attuata attraverso la previa trasformazione della associazione in fondazione (vedi orientamento K.A.40) e la successiva fusione della trasformata fondazione con altra fondazione".

(36) L'art. 2501 c.c. ("Forme di fusione"), al comma 1, sancisce quanto segue: "La fusione di più società può eseguirsi mediante la costituzione di una nuova società, o mediante l'incorporazione in una società di una o più altre".

(37) L'art. 2506 c.c. ("Forme di scissione"), al comma 1, sancisce quanto segue: "Con la scissione una società assegna l'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società, e le relative azioni o quote ai suoi soci".

(38) Cfr. C. M. Bianca, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del Terzo settore*, in M. Gorgoni (a cura di), *Il codice del terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, Pisa, 2018, 148.

(39) Tale comma consente "che, per consenso unanime, ad alcuni soci non vengano distribuite azioni o quote di una delle società beneficiarie della scissione, ma azioni o quote della società scissa".

nuova costituzione, prevedendosi Angelo e Bruno quali (soli) associati dell'una e Carlo e Daniele quali (soli) associati dell'altra.

Non è, invece, configurabile la c.d. "scissione non proporzionale" (tale è la scissione - di cui all'art. 2506 bis, comma 4 (40), c.c. - nella quale "il progetto preveda una attribuzione delle partecipazioni ai soci non proporzionale alla loro quota di partecipazione originaria", di modo che la minore partecipazione a una società sia compensata da una maggiore partecipazione in un'altra) essendo il concetto di "partecipazione al capitale" del tutto estraneo agli enti non profit (41).

4.1. Adempimenti

Quanto agli adempimenti preliminari alla delibera di fusione o scissione è necessaria, anche nelle fusioni e scissioni fra enti non profit, la redazione del relativo progetto, secondo quanto indicato all'art. 2501 ter c. c. (richiamato, in materia di scissione, dall'art. 2506 ter, comma 5, c.c.): tuttavia, trattandosi di enti incompatibili con il concetto di "partecipazione al capitale", non occorre (in quanto non sarebbe materialmente possibile) indicare alcunché in materia di rapporto di cambio, con la conseguenza che anche le relazioni (degli amministratori e degli esperti) richieste in materia societaria dagli artt. 2501 quinquies e 2501 sexies c.c., non debbono redigersi (42), trattandosi di documenti finalizzati, per l'appunto, a dare conto delle modalità di determinazione (e della congruità) del rapporto di cambio (43).

Si applica, inoltre, l'art. 2501 quater c.c., con conseguente necessità di redigere la situazione patrimoniale aggiornata ivi prescritta; tuttavia, secondo autorevole dottrina (44), non potrebbe ammettersi

la rinuncia all'unanimità degli associati (pure consentita dall'art. 2501 quater, comma 3, c.c.) in quanto, negli enti non profit, essa (attestando la consistenza del patrimonio dell'ente) sarebbe imprescindibile ai fini di certificare la congruità del patrimonio medesimo rispetto allo scopo che l'ente intende perseguire.

Occorre, altresì, ricordare che anche alle fusioni e scissioni fra enti non profit trovano applicazione i medesimi oneri di pubblicazione e deposito dei documenti della procedura sanciti in materia societaria: anzitutto, in applicazione dell'art. 2501 ter, comma 3, c.c., il progetto di fusione deve essere "depositato per l'iscrizione" presso (non già il registro imprese, trattandosi, appunto, di enti non profit, bensì) il RUNTS (o il registro delle Persone Giuridiche) (45), di modo che "[t]ra l'iscrizione [...] del progetto e la data fissata per la decisione in ordine alla fusione [intercorrano] almeno trenta giorni, salvo che i soci rinuncino al termine con consenso unanime" (46); in secondo luogo, occorre, in applicazione dell'art. 2501 septies c.c., che i documenti ivi richiesti restino "depositati in copia nella sede [degli enti] partecipanti alla fusione, ovvero pubblicati sul sito Internet [degli stessi], durante i trenta giorni che precedono la decisione in ordine alla fusione, salvo che [i soggetti aventi diritto] rinuncino al termine con consenso unanime, e finché la fusione sia decisa".

Infine, alla questione se possa reputarsi compatibile con gli enti non profit (e, quindi, applicabile) la norma di cui all'art. 2501 bis c.c., riguardante la fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (c.d. *leveraged by out*) (47) si dà risposta negativa (48), in quanto negli enti non profit (i quali sono caratterizzati dalla regola del voto capitaro) è impossibile che si verifichi la

(40) L'art. 2506 bis c.c. ("Progetto di scissione"), al comma 4, sancisce quanto segue: "Dal progetto di scissione devono risultare i criteri di distribuzione delle azioni o quote delle società beneficiarie. Qualora il progetto preveda una attribuzione delle partecipazioni ai soci non proporzionale alla loro quota di partecipazione originaria, il progetto medesimo deve prevedere il diritto dei soci che non approvino la scissione di far acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso, indicando coloro a cui carico è posto l'obbligo di acquisto".

(41) Sul punto, cfr. F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 98.

(42) La relazione degli esperti di cui all'art. 2501 sexies c.c., tuttavia, potrebbe essere redatta al fine di evitare l'operatività del diritto di opposizione dei creditori e, conseguentemente, di poter attuare l'operazione senza attendere il decorso del termine a tal fine prescritto; l'art. 2503, infatti, sancisce la non operatività del diritto di opposizione nell'ipotesi in cui "la relazione di cui all'articolo 2501-sexies sia redatta, per tutte le società partecipanti alla fusione, da un'unica società di revisione la quale asseveri, sotto la propria responsabilità ai sensi del sesto comma dell'articolo 2501-sexies, che la situazione patrimoniale e finanziaria delle società partecipanti alla fusione rende non necessarie garanzie a tutela dei

suddetti creditori". Sul punto, cfr. A. Busani - D. Corsico, *Atto costitutivo e statuti degli enti del Terzo settore*, Milano, 2020, 215.

(43) In tal senso cfr. F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 96.

(44) F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 95.

(45) Sulle modalità degli adempimenti pubblicitari nelle operazioni straordinarie che coinvolgano enti non profit, cfr., parr. 2.2 e 2.3.

(46) Con particolare riguardo alle modalità con cui debbano effettuarsi detti adempimenti nell'ipotesi in cui all'operazione partecipino solo enti non iscritti in alcun registro, cfr. F. Magliulo, *La fusione e la scissione fra associazioni non riconosciute non iscritte in pubblici registri*, in *Notariato*, 2020, 1, 16.

(47) Preme ricordare come tale operazione sia definita dall'art. 2501 bis, comma 1, c.c. come la "fusione tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, quando per effetto della fusione il patrimonio di quest'ultima viene a costituire garanzia generica o fonte di rimborso di detti debiti".

(48) C. M. Bianca, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del Terzo settore*, in M. Gorgoni (a cura di), *Il codice del terzo*

situazione di “controllo” di un ente su un altro (la quale è, per l'appunto, presupposto essenziale ai fini dell'applicabilità della norma) (49).

4.2. *Delibera*

Vige anche per gli enti non profit, la necessità che la fusione o la scissione siano, dapprima, decise, mediante deliberazione dell'organo competente (l'assemblea degli associati, nelle associazioni; l'organo amministrativo, nelle fondazioni) con la quale ciascun ente partecipante all'operazione approvi il progetto di fusione o scissione, secondo quanto desumibile dall'art. 2502 (50) c.c. (richiamato in materia di scissione dall'art. 2506 *ter*, comma 5, c.c.); e, in seguito, attuate dai rappresentanti di ciascun ente, mediante la stipula dell'atto (di fusione o scissione), nel rispetto di quanto sancito dall'art. 2504 c.c.

In particolare, quindi, l'approvazione del relativo progetto di fusione o di scissione, è deliberata (da ognuno degli enti partecipanti all'operazione) secondo le regole dettate per ciascun ente per l'effettuazione delle modifiche statutarie (il tutto, come già ampiamente trattato sopra in materia di trasformazione (51)) e, quindi:

a) nelle associazioni, con “la presenza di almeno tre quarti degli associati” e con il “voto favorevole della maggioranza dei presenti” ai sensi dell'art. 21, comma 2, c.c.;

b) nelle fondazioni “ordinarie”, dall'organo amministrativo, a maggioranza semplice e nel rispetto

delle disposizioni contenute nello statuto della fondazione;

c) nelle fondazioni “di partecipazione”, dall'organo di indirizzo (sul presupposto che a quest'ultimo sia stata attribuita la relativa competenza sul punto), con i *quorum* a tal fine stabiliti dallo statuto della fondazione.

4.3. *Effetti*

Quanto agli effetti della fusione, trova applicazione l'art. 2504 *bis* c.c. (il cui disposto è pacificamente estendibile anche alla scissione (52)), il quale, analogamente a quanto precedentemente affermato in materia di effetti della trasformazione, sancisce che “[l]a 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”; perciò, le fusioni e scissioni fra enti non profit, ugualmente a quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità in materia societaria (53), costituiscono una vicenda meramente evolutiva-modificativa dell'ente incorporato, il cui effetto è il mutamento del suo assetto organizzativo.

Relativamente, invece, agli effetti dell'operazione nei confronti dei terzi, trova applicazione quanto sancito dall'art. 2503 c.c. (richiamato in materia di scissione dall'art. 2506 *ter*, comma 5, c.c.), secondo cui l'operazione “può essere attuata solo dopo sessanta (54) giorni dall'ultima delle iscrizioni previste

settore. *Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*, Pisa, 2018, 148.

(49) Cfr. F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 93; l'autore, tuttavia, osserva come non sembra potersi escludere che il “controllo” di un ente su un altro si configuri nella forma del c.d. “controllo contrattuale” di cui all'art. 2359, comma 1, n. 3, c.c., circostanza nella quale, di conseguenza, la norma potrebbe trovare applicazione.

Per le medesime ragioni, non possono trovare applicazione le disposizioni di cui agli artt. 2505 c.c. (“Incorporazione di società interamente possedute”) e 2505 *bis* c.c. (“Incorporazione di società possedute al novanta per cento”), trattandosi di norme applicabili nelle sole ipotesi in cui sussista, per l'appunto, una situazione di controllo (totalitario o al novanta per cento) di un ente su altro.

(50) L'art. 2502 c.c., in particolare, sancisce che “[l]a fusione è decisa da ciascuna delle società che vi partecipano mediante approvazione del relativo progetto. [...]”.

(51) Può quindi replicarsi quanto già trattato *sub par.* 3.2.

(52) Sul punto cfr. Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima n. L.A.15, *Applicabilità delle norme dettate in materia di trasferimento di immobili alle fusioni o scissioni di società*, 1° ediz. 9/06; Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima n. L.A.22, *Ammissibilità della scissione a favore di società di persone di nuova costituzione con unico socio*, 1° pubbl. 9/06 - motivato 9/11; Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, Massima n. L.A.33, *Scissione con attribuzione alla beneficiaria di diritti reali parziali*

derivati da un diritto di piena proprietà sussistente nel patrimonio della scissa, 1° pubbl. 9/13 - motivato 9/13.

(53) Cfr. Cass. 19 ottobre 2006, n. 22489, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Valore aggiunto (imposta)*, n. 293: “Nella disciplina previgente alla riforma del diritto societario di cui al d.leg. 17 gennaio 2003 n. 6 - che ha introdotto [...] il principio per il quale la fusione tra società non determina, nelle ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, 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 - il fenomeno della fusione o incorporazione di società realizza[va] una successione universale, corrispondente alla successione universale *mortis causa*, e postula[va] la sussistenza di un soggetto risultante o incorporante, con la conseguente confusione dei rispettivi patrimoni delle società preesistenti [...]”.

(54) Preme tuttavia ricordare come - essendo gli enti *non profit* necessariamente enti non azionari - trovi sempre applicazione il disposto dell'art. 2505 *quater* c.c., secondo cui “[s]e alla fusione non partecipano società regolate dai capi V e VI del presente titolo, né società cooperative per azioni [...] i termini di cui agli articoli 2501 *ter*, quarto comma, 2501 *septies*, primo comma, e 2503, primo comma, sono ridotti alla metà”: perciò, il termine dell'opposizione, nelle ipotesi di cui all'art. 42 *bis* c.c., è pari - non già a sessanta, bensì - a trenta giorni.

Sul punto, cfr. C. M. Bianca, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti del Terzo settore*, in M. Gorgoni (a cura di), *Il codice del*

dall'articolo 2502 bis, salvo che consti il consenso dei creditori delle società che vi partecipano anteriori all'iscrizione o alla pubblicazione prevista nel terzo comma dell'articolo 2501-ter, o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso, ovvero il deposito delle somme corrispondenti presso una banca [...].

4.4. Fusioni e scissioni trasformative

È certamente ammesso, seppur non previsto espressamente dall'art. 42 bis c.c., che la fusione o la scissione fra enti non profit si configurino come fusioni o scissioni "trasformative" e, cioè, che esse, intervenendo fra enti di differente forma giuridica, inevitabilmente determinino (non soltanto gli effetti propri della fusione o della scissione, ma altresì) relativamente a taluni degli enti partecipanti, il mutamento della forma giuridica di origine (55).

A titolo esemplificativo, si immagini il caso di una fusione per incorporazione di un'associazione in una fondazione: tale fusione, relativamente all'associazione incorporata, sarebbe, senza dubbio, da intendere avente natura "trasformativa", in quanto (oltre a determinare l'unione del patrimonio associativo a quello della fondazione incorporante) determinerebbe, altresì, la transizione dell'ente incorporato dalla forma giuridica dell'associazione a quella della fondazione.

In tali ipotesi, verificandosi gli effetti sia della fusione (o della scissione), sia della trasformazione, è necessario (relativamente all'ente che subisce l'effetto trasformativo) applicare le norme regolatrici di entrambe le operazioni, cumulando le formalità al riguardo prescritte dalla legge: nell'esempio sopra recato, quindi, l'associazione incorporata dovrebbe applicare (non soltanto le formalità tipiche della fusione, ma, altresì)- quelle prescritte dall'art. 42 bis, comma 2, c.c. in materia di trasformazione, occorrendo, dunque, la redazione sia del progetto di fusione e della situazione patrimoniale di cui agli artt. 2501 ter e 2501 quater c.c., sia della relazione dell'organo amministrativo di cui all'art. 42 bis, comma 2, c.c. e della relazione di cui all'art. 2500 sexies c.c.

Nemmeno può escludersi, infine, che la fusione o la scissione siano (non soltanto di natura "trasformativa",

ma addirittura) "eterogenee" e, cioè, che esse intervengano fra enti sia lucrativi-societari sia non lucrativi, come accadrebbe, ad esempio, nel caso della fusione per incorporazione di una società a responsabilità limitata in una fondazione (o viceversa).

Anche in tale ipotesi occorre cumulare le discipline prescritte in materia di fusione (o scissione) con quelle prescritte in materia di trasformazione (in questo caso, "eterogenea"): perciò, nell'esempio sopra recato, oltre alle norme in materia di fusione, di cui agli artt. 2501, e sgg., c.c., dovrebbe, altresì, applicarsi (relativamente alla società incorporata) quanto prescritto dall'art. 2500 septies c.c.; ove, al contrario, fosse la fondazione a essere incorporata nella società a responsabilità limitata, dovrebbe altresì applicarsi (relativamente alla fondazione incorporata) quanto prescritto dall'art. 2500 octies c.c.

5. Operazioni straordinarie e impresa sociale

Relativamente alle imprese sociali (56), il D.Lgs. n. 112/2017, all'art. 12, sancisce una disciplina speciale (e integrativa) rispetto a quella di cui all'art. 42 bis c.c.

5.1. Presupposti

In particolare, ai sensi della norma predetta "[s]alvo quanto specificamente previsto dal codice civile per le società cooperative, la trasformazione, la fusione e la scissione delle imprese sociali devono essere realizzate in modo da preservare l'assenza di scopo di lucro, i vincoli di destinazione del patrimonio, e il perseguimento delle attività e delle finalità da parte dei soggetti risultanti dagli atti posti in essere" (57).

La norma in esame, quindi, al fine di evitare che l'operazione straordinaria costituisca il veicolo per consentire (ad esempio, mediante il passaggio a una forma giuridica lucrativa) la distribuzione delle ricchezze accumulate dall'ente grazie alla qualifica di "impresa sociale", impone che l'ente "di arrivo" dell'operazione medesima sia (anch'esso) un ente non lucrativo.

terzo settore. Commento al Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, Pisa, 2018, 149; F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 103.

(55) In tal senso cfr. F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 108.

(56) Per maggiori approfondimenti in materia di impresa sociale, cfr. A. Busani - D. Corsico, *Atto costitutivo e statuti degli enti del Terzo settore*, Milano, 2020, 245 ss.

(57) Detto comma sancisce altresì una disciplina particolare in caso di cessione d'azienda, essendosi infatti previsto che "la cessione d'azienda o di un ramo d'azienda relativo allo svolgimento dell'attività d'impresa di interesse generale deve essere realizzata, previa relazione giurata di un esperto designato dal tribunale nel cui circondario ha sede l'impresa sociale, attestante il valore effettivo del patrimonio dell'impresa, in modo da preservare il perseguimento delle attività e delle finalità da parte del cessionario".

Ciò detto, ove l'intenzione delle parti sia quella di trasformare l'impresa sociale in un ente lucrativo, l'operazione può certamente realizzarsi deliberando:

- in prima battuta, l'eliminazione della qualifica di "impresa sociale" (con relativo adeguamento statutario) e con conseguente obbligatoria devoluzione del patrimonio, ai sensi dell'art. 12, comma 5, D.Lgs. n. 112/2017;
- in seconda battuta, sotto la condizione sospensiva della (e, cioè, "a cascata" rispetto alla) avvenuta devoluzione di cui sopra, la trasformazione dell'ente (ormai "privato" della qualifica di "impresa sociale") nella forma desiderata (58).

5.2. Disciplina

Quanto al procedimento occorrente, anzitutto, il comma 2 sancisce che le operazioni straordinarie "devono essere post[e] in essere in conformità alle disposizioni dell'apposito decreto adottato dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, sentito il Consiglio nazionale del Terzo settore" (59).

A seguire, i commi 3 e 4 sanciscono, rispettivamente che "[l]'organo di amministrazione dell'impresa sociale notifica, con atto scritto di data certa, al Ministero del lavoro e delle politiche sociali l'intenzione di procedere ad uno degli atti di cui al comma 1, allegando la documentazione necessaria alla valutazione di conformità al decreto di cui al comma 2, ovvero la denominazione dei beneficiari della devoluzione del patrimonio" (comma 3) e che "[l]'efficacia [dell'operazione] è subordinata all'autorizzazione del

Ministero del lavoro e delle politiche sociali, che si intende concessa decorsi novanta giorni dalla ricezione della notificazione" (60).

La circostanza che l'autorizzazione costituisca condizione di efficacia dell'operazione (si tratta, dunque, di una *condicio iuris*), costringe a ritenere che il suo rilascio intervenga in seguito alla stipula del relativo atto, trattandosi, quindi, di un'autorizzazione c.d. "successiva" (61): in ordine al termine a decorrere dal quale il notaio debba procedere ai relativi adempimenti pubblicitari, può, quindi, applicarsi quanto sancito dall'art. 223 *quater* c.c., secondo cui "[n]el caso in cui la legge prevede che le autorizzazioni di cui agli articoli 2329, numero 3), e 2436, secondo comma, del codice civile [in questo caso, il riferimento è all'art. 12, D.Lgs. 112/2017] siano rilasciate successivamente alla stipulazione dell'atto costitutivo o, rispettivamente, alla deliberazione, i termini previsti dalle suddette disposizioni decorrono dal giorno in cui l'originale o la copia autentica del provvedimento di autorizzazione è stato consegnato al notaio".

Le formalità ivi prescritte, dunque, devono sommarsi alle formalità già sancite in relazione alla forma giuridica in cui l'impresa sociale è costituita: ove si tratti di un'associazione o di una fondazione, esse si cumulano con quanto prescritto dall'art. 42 *bis* c.c. (se l'operazione è "omogenea") oppure dall'art. 2500 *octies* c.c. (se l'operazione è "eterogenea"); ove si tratti di una società di persone o di capitali, esse si cumulano con quanto prescritto agli artt. 2498 *ss.* c.c. in relazione a tali enti.

(58) In tal senso, cfr. F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 46.

(59) Si tratta, in particolare, del Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 27 aprile 2018, n. 50 (pubblicato sulla G. U., Serie Generale, del 18 giugno 2018, n. 139), intitolato, per l'appunto, "Disposizioni in materia di trasformazione, fusione, scissione, cessione d'azienda e devoluzione del patrimonio da parte delle imprese sociali".

(60) Si prevede inoltre, al medesimo comma 4, che "[a]lverso il provvedimento del Ministero del lavoro e delle politiche sociali che nega l'autorizzazione è ammesso ricorso dinanzi al giudice amministrativo".

(61) Cfr. F. Magliulo, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del Terzo settore*, in *Riv. not.*, 2018, 1, 46.