

La scissione mediante scorporo

Division by separation

Gianluca Guerrieri *

ABSTRACT:

Il d.lgs. 2 marzo 2023, n. 19, con il quale è stata recepita, in Italia, la direttiva (UE) 2019/2121, relativa alle trasformazioni, alle fusioni e alle scissioni transfrontaliere, ha introdotto nel testo del codice civile l'art. 2506.1, che disciplina la scissione mediante scorporo: istituto dotato di portata rivoluzionaria, se non addirittura eversiva dei principi generali che hanno sino ad ora governato, all'interno del nostro ordinamento giuridico, la scissione e la costituzione di società.

The D.lgs. 2 March 2023, n. 19, which has transposed the Directive (EU) 2019/2121, relating to transformations, mergers and cross-border divisions, in Italy, introduced art. 2506.1 in the Italian Civil Code, which regulates the "division by separation": an institution with a revolutionary, if not even subversive, scope of the general principles that have up to now governed, within our legal system, the division and the incorporation of companies.

SOMMARIO:

1. Introduzione. – 2. Scissione, scorporo, conferimento. – 3. Gli elementi identificativi della fattispecie. – 3.1. *Segue*: l'assegnazione parziale del patrimonio della società scissa. – 3.2. *Segue*: la continuazione, da parte della società scissa, della propria attività. – 3.3. *Segue*: la costituzione *ex novo* della società beneficiaria, o delle società beneficiarie. – 4. L'alternativa scorporo – conferimento. – 4.1. *Segue*: le differenze di disciplina. – 5. Vantaggi e svantaggi della disciplina dello scorporo. – 6. L'autonomia statutaria.

1. *Introduzione.*

Per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 51 d.lgs. 2 marzo 2023, n. 19¹, pub-

* Professore ordinario di diritto commerciale, Alma Mater Studiorum Università degli Studi di Bologna; e-mail: gianluca.guerrieri@unibo.it.

blicato nella Gazzetta Ufficiale del 7 marzo 2023, è stato novellato il codice civile mediante la modifica degli artt. 2437, 2473, 2506-*bis*, 2506-*ter* e 2510-*bis* e l'introduzione, nel capo normativo sulla scissione, dell'art. 2506.1², rubricato «Scissione mediante scorporo»³.

In tal modo il legislatore italiano ha dato attuazione all'art. 3 della Legge di delegazione europea 2021 – l. 4 agosto 2022, n. 127 – emanata per recepire, all'interno del nostro ordinamento giuridico, la direttiva (UE) 2019/2121 del Parlamento europeo e del Consiglio, modificativa della direttiva (UE) 2017/1132 «per quanto riguarda le trasformazioni, le fusioni e le scissioni transfrontaliere», fra cui le scissioni mediante scorporo (stando al testo della direttiva, «division by separation»).

L'intervento normativo comunitario, particolarmente incisivo, mira a favorire le operazioni straordinarie che coinvolgano società di capitali sottoposte a leggi nazionali di diversi Stati membri dell'Unione Europea⁴, facilitandone l'attuazione⁵.

¹ Entrata in vigore regolata dal successivo art. 56, il cui secondo comma – volendo limitarsi alle scissioni oggetto di analisi nel presente contributo – prevede che l'art. 51 si applichi a decorrere dalla data di entrata in vigore dello stesso d.lgs. n. 19/2023 (data coincidente col quindicesimo giorno successivo alla sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale – avvenuta, come detto, il 7 marzo 2023 – e dunque con il 22 marzo 2023).

² Articolo chiaramente caratterizzato da un refuso, le parole «sé stessa» essendo ripetute due volte: «Con la scissione mediante scorporo una società assegna parte del suo patrimonio a una o più società di nuova costituzione e a sé stessa le relative azioni o quote a sé stessa, continuando la propria attività. La partecipazione alla scissione non è consentita alle società in liquidazione che abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo».

³ Su cui si vedano, senza pretese di completezza, A. BUSANI, *La scissione mediante scorporo*, in *Società*, 2023, 401 ss.; F. MAGLIULO, *L'attuazione della direttiva (UE) 2019/2121 nell'ordinamento italiano*, in *Riv. not.*, 2023, 481 ss.; D. BOGGIALI, N. ATLANTE, *La scissione mediante scorporo*. Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 45/2023-I; ASSONIME, *Le operazioni straordinarie transfrontaliere*, Circolare n. 16 del 7 giugno 2023, in *Riv. not.*, 2023, 925 ss.; G. DIBATTISTA, *La scissione mediante scorporo tra norme comunitarie e trasposizione interna*, in *Società*, 2023, 927 ss.; M. PETA, *La "scissione mediante scorporo": profili civilistici e fiscali, abuso di diritto e approccio aziendalistico*, in *Notariato*, 2023, 683 ss.; G. TRINCHESE, *La scissione mediante scorporo: analisi della disciplina civilistica e profili applicativi*, Roma, Fondazione Nazionale di Ricerca dei Commercialisti E.T.S., 2024, 3 ss.; L. BOGGIO, *Libertà di stabilimento delle società*, *Profili di diritto societario europeo*, a cura di P. MONTALENTI, Torino, Giappichelli, 2023, 28 ss.

⁴ Ai sensi dell'art. 118 dir. (UE) 2017/1132, rimasto inalterato anche a seguito dell'emanazione della dir. (UE) 2019/2121, le fusioni transfrontaliere disciplinate da tali direttive sono «le fusioni di società di capitali costituite in conformità della legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale nell'Unione, a condizione che almeno due di esse siano soggette alla legislazione di Stati membri diversi ("fusioni transfrontaliere")»; ai sensi dell'art. 86-*bis* della stessa dir. (UE) 2017/1132, introdotto dall'art. 1 dir. (UE) 2019/2121, le trasformazioni transfrontaliere ivi disciplinate sono le «trasformazioni di società di capitali costituite in conformità della legislazione di uno Stato membro e aventi la propria sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale nell'Unione in società di capitali

In questa sede, nel tralasciare lo studio dei profili di disciplina relativi, in particolare, alle operazioni transfrontaliere regolate dagli artt. 1-50 d.lgs. n. 19/2023⁶, si

soggette al diritto di un altro Stato membro»; ai sensi dell'art. 160-*bis* della medesima dir. (UE) 2017/1132, anch'esso introdotto dall'art. 1 dir. (UE) 2019/2121 (la direttiva 2017/1132 disciplinando dunque, in origine, unicamente le fusioni – e non anche le trasformazioni e le scissioni – transfrontaliere), sono del resto scissioni transfrontaliere quelle relative a «società di capitali costituite in conformità della legislazione di uno Stato membro e aventi la propria sede, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale nell'Unione, a condizione che almeno due delle società di capitali interessate dalla scissione siano disciplinate dal diritto di Stati membri diversi».

⁵ E v. il Considerando 1 della dir. 2019/2121, che mette in luce come la disciplina delle fusioni transfrontaliere dettata dalla dir. 2017/1132 costituisca «una pietra miliare verso un miglior funzionamento del mercato interno per le società e il relativo esercizio della libertà di stabilimento», ferma la necessità, oltre che di modificare le relative norme alla luce delle problematiche emerse in sede di loro valutazione, di «regolamentare la trasformazione e la scissione transfrontaliere», anche in considerazione del fatto che «la direttiva (UE) 2017/1132 prevede soltanto norme sulla scissione delle società per azioni sul piano nazionale». Il Considerando 5, del resto, mette giustamente in luce che «L'assenza di un quadro giuridico per le trasformazioni e scissioni transfrontaliere causa una frammentazione delle regole e un'incertezza del diritto, pertanto un ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento. Determina altresì una tutela non ottimale dei dipendenti, dei creditori e dei soci di minoranza nel mercato interno».

La citata direttiva, stando alle informazioni reperibili sul sito Eur-lex (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/NIM/?uri=CELEX:32019L2121&qid=1704629780628>), all'inizio di aprile 2024 risulta recepita nella maggior parte degli Stati membri dell'Unione Europea; risultano non avervi dato attuazione, in particolare, Bulgaria e Lussemburgo.

⁶ E su cui, per un primo inquadramento, v. A. BUSANI, *Fusione transfrontaliera e fusione internazionale*, in *Società*, 2023, 407 ss.; ID., *Scissione transfrontaliera e scissione internazionale*, *ivi*, 427 ss.; ID., *La trasformazione transfrontaliera e internazionale*, *ivi*, 446 ss.; F. MAGLIULO, *Il ruolo del notaio nella nuova disciplina sulle operazioni straordinarie transfrontaliere*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 86-2023/I.; A. SACCO GINEVRI, *Appunti sui profili regolamentari delle operazioni societarie transfrontaliere*, in *DB non solo diritto bancario*, 3 ottobre 2023.

Il citato d.lgs. n. 19/2023 si applica, peraltro, non solo «alle operazioni transfrontaliere» (le trasformazioni, le fusioni e le scissioni «alla quale partecipano o dalla quale risultano una o più società regolate dalla legge italiana e almeno una società regolata dalla legge di uno Stato appartenente all'Unione europea»: art. 1, lett. f); e v., del resto, l'art. 160-*bis* dir. (UE) 2017/1132, riportato *supra*, alla nota 4) «riguardanti una o più società di capitali italiane e una o più società di capitali di altro Stato membro che hanno la sede sociale o l'amministrazione centrale o il centro di attività principale stabilito nel territorio dell'Unione Europea» (art. 2, primo comma, lett. a); dovendosi precisare che, ai sensi dell'art. 1, lett. c), è «società italiana» quella «regolata dalla legge italiana»; ai sensi dell'art. 1, lett. d), è «società di altro Stato membro» la «società regolata dalla legge di uno Stato appartenente all'Unione europea anche non avente la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale nel territorio dell'Unione europea», ma anche alle operazioni transfrontaliere «riguardanti società diverse dalle società di capitali o società di capitali che non hanno nel territorio dell'Unione Europea la sede sociale né l'amministrazione centrale né il centro di attività principale, se l'applicazione della disciplina di recepimento delle direttive (UE) 2017/1132 e (UE) 2019/2121 a tali operazioni è parimenti prevista dalla legge applicabile a ciascuna delle società di altro Stato membro partecipanti o risultanti dall'operazione» (art. 2, primo comma, lett. b)), oltre che alle operazioni transfrontaliere che non rientrano nelle predette ipotesi e alle «operazioni internazionali», «nel rispetto dell'art. 25, comma 3, della legge 31 maggio 1995, n. 218» (a norma del

porrà l'attenzione sulla sola scissione mediante scorporo di cui al citato art. 2506.1 c.c.⁷, mettendo in luce le peculiarità che caratterizzano tale istituto e che consentono di attribuirgli una portata rivoluzionaria, se non addirittura eversiva dei principi generali che hanno sino ad ora governato, all'interno del nostro ordinamento giuridico, la scissione e la costituzione di società.

2. Scissione, scorporo, conferimento.

In effetti, è noto come, sino all'introduzione, nel tessuto codicistico, dell'art. 2506.1 c.c., la scissione venisse definita, ai sensi dell'art. 2506 c.c., come l'operazione mediante la quale una società trasferisce in tutto o in parte il proprio patrimonio a una o più società, preesistenti o di nuova costituzione, con contestuale assegnazione delle relative partecipazioni nella società beneficiaria – o nelle società beneficiarie – ai soci della società scissa⁸.

Sotto quest'ultimo profilo – si insegnava – l'operazione si differenziava dal conferimento proprio perché la società scissa, a differenza della società conferente, pur effettuando anch'essa un'attribuzione patrimoniale a favore della società beneficiaria – o delle società beneficiarie – non ne acquistava la qualità di socia; qualità che invece – come detto – era attribuita ai suoi soci, a cui, in ultima analisi, era imputato il relativo apporto.

In tale contesto, il termine scorporo, all'epoca estraneo ai dati normativi, veni-

quale, come noto, «I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati») (art. 2, primo comma, lett. c]) e alle operazioni transfrontaliere «a cui partecipano, o da cui risultano, enti non societari, in quanto compatibile», anche in tal caso «nel rispetto dell'art. 25, comma 3, della legge 31 maggio 1995, n. 218» (art. 2, primo comma, lett. d]).

⁷ L'art. 2506.1 c.c. si applica sia alle scissioni a cui partecipino società disciplinate dal diritto italiano, sia alle scissioni transfrontaliere soggette all'ambito di applicazione del d.lgs. n. 19/2023 (e v. la nota che precede): esplicito, in quest'ultimo senso, l'art. 41, primo comma, lett. a), del medesimo decreto legislativo, che precisa come, ai fini del capo sulle scissioni transfrontaliere, per «scissione» si intenda «l'operazione di cui agli articoli 2506, primo comma, e 2506.1, primo comma, del codice civile».

La nuova disposizione codicistica deriva, in particolare, dal recepimento in Italia della disposizione di cui all'art. 160-ter dir. (UE) 2017/1132, introdotta dall'art. 1 dir. (UE) 2019/2121. E v. *infra*, in particolare i parr. 3.1 e 3.2.

⁸ Per un inquadramento generale della scissione si possono citare, senza pretese di completezza, G. SCOGNAMIGLIO, *Le scissioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE 7**2, Torino, Utet, 2004; A. DE PRA, *Scissione di società e protezione dei creditori*, Pisa, Pacini, 2022; P. LUCARELLI, *La scissione di società*, Torino, Giappichelli, 1999; A. PICCIAU, *La scissione di società. Profili di ricostruzione della fattispecie*, Cagliari, Edizioni AV, 2000; M. SARALE, *Le scissioni*, in *Le operazioni straordinarie, Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, V, Padova, 2011, 645 ss.; A. BERTOLOTTI, *Scissione delle società*, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja, Branca, Galgano*, Bologna, Zanichelli, 2015, 1 ss.

va utilizzato quale sinonimo di conferimento e, pertanto, in contrapposizione alla scissione⁹.

Oggi, per contro, grazie all'introduzione dell'art. 2506.1 nel tessuto del codice civile, anche un'operazione tradizionalmente ascritta al *genus* conferimento, quale quella descritta nel predetto articolo, viene attratta nell'alveo della scissione; e coerentemente il termine scorporo, utilizzato per identificare detta tipologia di operazione, vale a connotare una specie del genere scissione¹⁰.

Attraverso la novella di cui al d.lgs. 2 marzo 2023, n. 19, dunque, viene rimodellato l'istituto della scissione, regolato dagli artt. 2506 ss. c.c., e soprattutto viene messa in discussione la possibilità di tenere distinta tale fattispecie dalla fattispecie conferimento; il che induce a tentare un generale riordino delle categorie

⁹ E v., per tutti, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 2. Diritto delle società*¹⁰, Torino, Utet, 2020, p. 681; G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*⁹, Bologna, Zanichelli, 2019, 700.

¹⁰ Specie a cui la legge dichiara inapplicabili le norme che prevedono:

– le indicazioni, nel progetto di scissione, di cui ai numeri 3), 4), 5) e 7) dell'art. 2501-ter, primo comma (sul rapporto di cambio, sulle modalità di assegnazione delle azioni o quote della beneficiaria, sulla data da cui dette azioni o quote partecipano agli utili, sul trattamento eventualmente riservato a particolari categorie di soci e ai possessori di titoli diversi dalle azioni), o altre indicazioni incompatibili con l'assegnazione delle azioni o quote delle beneficiarie alla società scissa, invece che ai suoi soci;

– la necessità di predisporre la situazione patrimoniale di cui all'art. 2501-quater e le relazioni degli amministratori e degli esperti di cui agli artt. 2501-quinquies e 2501-sexies c.c.;

– le disposizioni di cui agli artt. 2473 e 2502 c.c., che prevedono il diritto di recesso dei soci di s.r.l. e di società di persone che non abbiano consentito alla scissione.

Secondo la massima L.G.1 degli Orientamenti Notarili del Triveneto 2023 (in www.notai.triveneto.it), peraltro, sono inapplicabili, alla scissione mediante scorporo, anche la norma che prevede la necessità che il progetto di scissione contenga l'indicazione della data da cui le operazioni delle società partecipanti all'operazione sono imputate al bilancio della nuova società (art. 2501-ter, n. 6), c.c.) e la norma che attribuisce ai soci che non hanno approvato la scissione il diritto di fare acquistare le proprie partecipazioni per un corrispettivo determinato alla stregua dei criteri previsti per il recesso (2506-bis, quarto comma, secondo periodo, c.c.); in realtà, di tale articolo essendo in concreto inapplicabile innanzitutto il primo comma, per cui il progetto di scissione deve indicare anche i criteri di distribuzione delle azioni o quote delle beneficiarie; partecipazioni che per legge devono essere attribuite alla società scissa e rispetto a cui, quindi, non vi sono criteri di distribuzione da individuare).

E, in effetti, non troverà applicazione alla scissione mediante scorporo alcuna delle disposizioni incompatibili con l'attribuzione delle azioni o quote della beneficiaria alla società scissa, invece che ai suoi soci, oltre che col disposto dell'art. 2506.1 c.c.; fra queste, *inter alia*, le norme che prevedono:

– l'attribuzione, a uno o più soci della scissa, di un conguaglio in denaro (art. 2506, secondo comma, primo periodo, c.c.);

– la possibilità di attribuire ai soci della scissa non azioni o quote delle beneficiarie, bensì azioni o quote della stessa società scissa (art. 2506, secondo comma, secondo periodo, c.c.);

– la possibilità, per quest'ultima, di attuare, mediante la scissione, il proprio scioglimento senza liquidazione (art. 2506, terzo comma, c.c.);

– la possibilità che la scissione si realizzi mediante aumento del capitale di società beneficiarie già costituite (art. 2506-ter, secondo comma, c.c.): e v. *infra*, sub par. 3.3.

normative, la cui (ri)classificazione richiede, *in primis*, una minuziosa analisi del testo normativo dell'art. 2506.1 c.c.

3. Gli elementi identificativi della fattispecie.

«Con la scissione mediante scorporo» – recita l'art. 2506.1 c.c. – «una società assegna parte del suo patrimonio» (non necessariamente, al pari che nella scissione ordinaria, un'azienda o un ramo d'azienda¹¹) – «a una o più società di nuova costituzione e a sé stessa le relative azioni o quote, continuando la propria attività».

Tre, dunque, gli elementi identificativi che, perlomeno stando alla lettera della norma, caratterizzano la scissione mediante scorporo; dovendosi necessariamente trattare di

- a) una scissione parziale,
- b) con continuazione, da parte della società scissa, della propria attività e
- c) attribuzione dell'attivo patrimoniale alienato dalla società scissa a favore di una o più società di nuova costituzione.

3.1. Segue: l'assegnazione parziale del patrimonio della società scissa.

Non del tutto comprensibile, *in primis*, il requisito individuato *supra*, *sub* 3-a): poiché, infatti, la scissione mediante scorporo, al pari di qualsivoglia operazione di conferimento, comporta l'attribuzione delle partecipazioni nelle società beneficiarie alla società scissa, la devoluzione alle stesse beneficiarie dell'intero patrimonio di quest'ultima comporterebbe, semplicemente, la “sostituzione”, nel patrimonio della scissa, delle attività e delle passività attribuite alle beneficiarie con le partecipazioni rappresentative del loro capitale.

Ci si troverebbe di fronte, in altre parole, al passaggio della società scissa da società operativa a holding (o, comunque, a società detentrica) di partecipazioni, senza che detto ente debba andare incontro ad estinzione, secondo quanto si verifica, per contro, nelle ipotesi di scissione totale *ex art.* 2506, che conducono, inevitabilmente, al venir meno della società scissa.

Rimane fermo che la lettera del neo-introdotta art. 2506.1 c.c. – frutto del re-

¹¹ Che pure, di frequente, saranno oggetto dell'operazione *de qua*; in tale ipotesi parendo preferibile ritenere che siano applicabili – perlomeno in linea di principio e salvo il limite della compatibilità con l'apparato normativo in tema di scissione – le norme in tema di trasferimento di azienda, di cui agli artt. 2557 ss. c.c. (e ferme le difficoltà di applicazione, in particolare, dell'art. 2560 c.c., stante la disciplina in tema di passività *ab origine* facenti capo alla società scissa di cui agli artt. 2506-*bis*, secondo comma, e 2506-*quater*, terzo comma, c.c.; e v., per tutti, G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 8), 264 ss.); ma v., in senso contrario, fra gli altri, F. MAGLIULO, (nt. 3), 640.

cepimento dell'art. 160-ter, n. 2), dir. (UE) 2017/1132¹² – pare talmente chiara da non consentire interpretazioni ortopediche e da imporre che almeno una frazione, anche di valore estremamente esiguo, del patrimonio della scissa debba rimanere nella titolarità di quest'ultima.

Ciò, perlomeno, nell'ambito dell'operazione di scissione *de qua*; essendo ovvio che la devoluzione della parte del patrimonio rimasta in capo alla scissa sarà sempre possibile, anche in epoca immediatamente successiva alla scissione, mediante un'operazione di conferimento che conduca, in concreto, al risultato almeno in apparenza impedito dal disposto della norma in commento¹³.

3.2. Segue: *la continuazione, da parte della società scissa, della propria attività.*

Significativi, del resto, anche i dubbi suscitati dall'espressione sintetizzata *supra*, al punto 3-b).

Non è chiaro, infatti, se il riferimento alla continuazione, da parte della società scissa, della propria attività debba essere inteso in senso atecnico, quale sinonimo di mantenimento in vita di detto ente, o debba, per contro, essere concepito avendo riguardo all'esercizio, da parte della società scissa, della “propria” attività di impresa.

La prima interpretazione, invero, finirebbe per rendere pleonastica l'espressione adottata dal legislatore, nella parte finale dell'art. 2506.1, primo comma, c.c., che dunque si limiterebbe a ribadire, indirettamente, il precetto per cui la scissione mediante scorporo, comportando l'attribuzione, alla società scissa, di una partecipazione nella beneficiaria, o nelle beneficiarie, non può mai determinare, in sé e per sé, la dissoluzione della prima.

La seconda interpretazione, per contro, condurrebbe a ritenere necessaria, per configurare una scissione mediante scorporo, la prosecuzione, da parte della società scissa – per un periodo di tempo significativo (anche se, in ogni caso, non determinato) – dell'attività esercitata sino alla data di efficacia della scissione o,

¹² Articolo introdotto dall'art. 1 dir. 2019/2121, che nel dettare la nozione di «società scissa» si riferisce alla «società che ha avviato la procedura di scissione transfrontaliera in cui trasferisce a due o più società la totalità del suo patrimonio attivo e passivo, in caso di scissione totale, *ovvero parte del suo patrimonio* attivo e passivo a una o più società, *in caso* di scissione parziale o di *scissione tramite scorporo*» (corsivo di chi scrive); la successiva disposizione di cui all'art. 160-ter, n. 4), lett. c), dir. (UE) 2017/1132 definisce, del resto, la «scissione per scorporo» mediante riferimento all'ipotesi in cui «la società scissa trasferisce a una o più società beneficiarie *parte* del patrimonio attivo e passivo in cambio dell'attribuzione di titoli o quote delle società beneficiarie alla società scissa» (e anche in tal caso il corsivo è, ovviamente, dell'A. del presente contributo).

¹³ Non sembra, del resto, potersi sostenere, in senso contrario, che sia individuabile, in via interpretativa, un lasso di tempo minimo entro il quale detto conferimento non possa essere deliberato o, comunque, eseguito.

perlomeno, di una diversa attività d'impresa¹⁴; parendo allora possibile, in quest'ottica, scorgere nel precetto normativo un *favor* per la continuità aziendale, nell'ambito di un gruppo in fase di costituzione, ovvero di riorganizzazione.

Ammesso, infatti, che l'attrazione alla fattispecie della scissione delle operazioni di scorporo (di conferimento) di cui all'art. 2506.1 c.c. rappresenti un vantaggio per i soci interessati¹⁵, si potrebbe essere indotti a ritenere che il legislatore abbia inteso attribuire detto vantaggio solo a coloro che, mediante le predette operazioni, diano vita ad una nuova struttura societaria funzionale alla prosecuzione dell'attività (o, quantomeno, di un'attività) di impresa; con la conseguenza – si potrebbe ritenere – che ove la società scissa, a un breve intervallo di tempo dallo scorporo, fosse posta in liquidazione, l'operazione non potrebbe essere ricondotta nell'alveo della scissione e beneficiare del trattamento normativo accordato a tale istituto.

In realtà, un'interpretazione di questo tipo apparirebbe poco convincente sotto una pluralità di punti di vista.

Da un lato, infatti, è evidente che, anche in caso di liquidazione della società scissa, i complessi aziendali coinvolti nell'operazione potrebbero rimanere perfettamente funzionanti; e ciò sia nel caso in cui fossero ricompresi nel patrimonio della società beneficiaria (o delle società beneficiarie), che all'evidenza continuerebbe a esercitare la propria attività di impresa anche se, liquidata la società scissa e alienata la partecipazione rappresentativa del proprio capitale, vedesse mutata la propria compagine sociale, sia nel caso – e si tratta di uno scenario non necessariamente incompatibile col primo¹⁶ – in cui fossero ricompresi nel patrimonio della società scissa, la cui liquidazione ben potrebbe avvenire mediante liquidazione dell'azienda (o di rami d'azienda) in esercizio.

D'altro lato, è parimenti evidente che un'interpretazione volta a richiedere, quale presupposto di “fattibilità” (*rectius*, di legittimità) dell'operazione, la continuazione dell'impresa della società scissa, peraltro (anche) mediante la nuova partecipata (o le nuove partecipate), per un periodo di tempo determinato, si presterebbe a significative ambiguità sul piano applicativo; essendo a dir poco complessa, a tacer d'altro, l'individuazione della tipologia di operazioni vietate dalla norma e dell'arco di tempo di vigenza del predetto divieto.

¹⁴ Si consideri, in effetti, che la sostituzione, all'interno del patrimonio della società scissa, delle attività e delle passività attribuite alle beneficiarie con le partecipazioni nel capitale di queste ultime, potrà comportare, perlomeno in caso di trasferimento dell'intero compendio aziendale, la modifica “sostanziale” dell'oggetto sociale della medesima società scissa; rilievo che si aggiunge alle considerazioni esposte di seguito, nel testo, per escludere che la legge (non solo voglia impedire che la società scissa, in epoca immediatamente successiva alla scissione, entri in liquidazione – e v. *infra*, in questo stesso par. – ma addirittura) voglia impedire la modifica, da parte della società scissa, del proprio oggetto sociale.

¹⁵ Ma v. di seguito, *sub* parr. 4 ss.

¹⁶ Uno o più rami d'azienda potrebbero, infatti, rimanere nella titolarità della scissa e uno più rami d'azienda potrebbero, per contro, venire attribuiti alla beneficiaria, o alle beneficiarie.

Sembra quindi preferibile una lettura riduzionistica della disciplina in esame, che conduca a leggere l'inciso finale del primo comma dell'art. 2506.1 c.c. quale norma volta a ribadire che la scissione mediante scorporo – oltre a non potere risultare una scissione totale – non può mai comportare l'estinzione della società scissa¹⁷; dovendosi allora ammettere che – anche a ridotta distanza di tempo dalla scissione – si possa pervenire alla liquidazione della società scissa.

3.3. Segue: la costituzione ex novo della società beneficiaria, o delle società beneficiarie.

Difficilmente comprensibile, del resto, pure il presupposto delineato *supra*, sub 3-c), sebbene anche in tal caso la lettera della norma appaia talmente chiara da non consentire interpretazioni ortopediche.

Invero lo scorporo, ai sensi dell'art. 2506.1 c.c., deve avvenire a favore di una società beneficiaria, o di più società beneficiarie, di nuova costituzione (che, dunque – stante l'inammissibilità della costituzione per atto unilaterale di società di persone – devono essere, necessariamente, società di capitali, perlomeno se all'atto di costituzione della beneficiaria, o delle beneficiarie, non partecipino altri soggetti¹⁸); con la conseguenza che un'attribuzione patrimoniale effettuata a favore di una società preesistente, in esecuzione di un aumento di capitale deliberato da quest'ultima e con emissione delle partecipazioni rivenienti dall'aumento alla società attribuyente, pare estranea alla fattispecie in parola, dovendo essere ricondotta, in via esclusiva, al *genus* conferimento e sottoposta, di conseguenza, alla relativa disciplina.

La scelta di politica legislativa operata in tal modo dal legislatore italiano – in tal caso riprendendo, anche nel novellare il diritto interno, una limitazione espressa nel testo della direttiva 2019/2121¹⁹ – pare poco convincente, tanto più se si considera che, per contro, la scissione tradizionale ben può avvenire a favore di

¹⁷ Lettura che pare, peraltro, coerente con il disposto di cui all'art. 2506, terzo comma, c.c., ove l'espressione «continuare la propria attività» – utilizzata per descrivere una delle due opzioni concesse, nella scissione, alla società scissa – essendo posta in contrapposizione con l'espressione «attuare il proprio scioglimento», pare sinonimo di rimanere in vita senza andare incontro a scioglimento.

¹⁸ Che, peraltro, parrebbero poter essere anche altre società le quali, a propria volta, si scindano mediante scorporo; e v. D. BOGGIALI, N. ATLANTE, (nt. 3), 10; e v. *infra*, la nota 45.

¹⁹ E v. l'art. 160-ter n. 3) dir. 2017/1132, nella versione introdotta dalla dir. (UE) 2019/2121 (per cui «società beneficiaria» è la «nuova società costituita nel corso della scissione transfrontaliera») e il Considerando 8 della stessa dir. 2019/2121 (per cui tale fonte «regolamenta le scissioni transfrontaliere, totali o parziali, ma tali norme riguardano soltanto le scissioni transfrontaliere che comportano la costituzione di nuove società»), mentre non si prefigge di «armonizzare le norme applicabili alle scissioni transfrontaliere in cui la società trasferisce il patrimonio attivo e passivo a una o più società preesistenti, in quanto si tratta di casi molto complessi che implicano l'intervento delle autorità competenti di vari Stati membri e che comportano ulteriori rischi di elusione delle norme dell'Unione e nazionali»).

una o più società preesistenti e che, quindi, stando al tenore letterale delle norme, se queste ultime aumentano il proprio capitale sociale emettendo partecipazioni a favore dei soci della attribuyente, l'operazione è ascrivibile (*rectius*, deve essere ascritta) al genere scissione, mentre se aumentano il proprio capitale sociale emettendo partecipazioni a favore della società attribuyente, l'operazione è per contro ascrivibile (*rectius*, deve essere ascritta) al *genus* conferimento; e ciò quando invece, ove le beneficiarie siano società di nuova costituzione, il sistema è strutturato in maniera tale che anche nella seconda ipotesi si possa (ma, come si dirà di seguito, non necessariamente si debba) configurare una scissione.

Nonostante l'irrazionalità della scelta di politica legislativa operata, in tal modo, dal nostro legislatore, pare del resto da escludere che il dato normativo possa essere ignorato al punto da ammettere scissioni con scorporo a favore di società già costituite²⁰.

Occorre considerare, infatti, che – prima della novella di cui al d.lgs. n. 19/2023 – l'attribuzione patrimoniale di una società a favore di altri organismi societari, al fine di acquisirne la qualità di socia, era possibile solo ricorrendo allo schema negoziale del conferimento; e ciò, sia che le società beneficiarie fossero preesistenti, sia che le società beneficiarie fossero di nuova costituzione.

In tale contesto, la scelta del legislatore italiano, volta a consentire di pervenire ad identico risultato mediante scorporo con espresso riferimento alle sole società di nuova costituzione²¹, sembra allora un chiaro indice della volontà di limitare soltanto a tali enti l'applicazione della nuova disciplina.

Rimane fermo che le società neo-costituite mediante scorporo possono certamente fondersi con, e venire incorporate da, società preesistenti, sì da determinare un effetto analogo a quello che potrebbe prodursi qualora le stesse beneficiassero direttamente, in esecuzione della scissione, delle utilità patrimoniali attribuite dalla società scissa.

4. *L'alternativa scorporo – conferimento.*

L'indagine relativa alla possibilità di configurare lo scorporo ed il conferimento quali strumenti posti a disposizione dell'autonomia privata in via alternativa fra loro²² rappresenta, invero, uno snodo decisivo per delimitare la fattispe-

²⁰ E v. invece A. BUSANI, (nt. 3), 404; CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massima n. 209 16 novembre 2023*, reperibile in www.consiglionotarilemilano.it/massime-commissione-societa.

²¹ E v. l'art. 51, terzo comma, d.lgs. n. 19/2023, che precisa come l'introduzione, nel tessuto del codice civile, dell'art. 2506.1, ad opera del d.lgs. n. 19/2023, risponda «al fine di consentire alle società il trasferimento di attività e passività a una o più società di nuova costituzione regolate dal diritto interno anche avvalendosi della disciplina della scissione» (corsivo di chi scrive).

²² Il tema è già stato anticipato nella parte finale del precedente paragrafo.

cie regolata dall'art. 2506.1 c.c. e per ricostruirne correttamente la disciplina.

In un sistema nel quale l'operazione delineata nel predetto articolo, da sempre ricondotta alla categoria del conferimento, è stata ascritta, ora, al *genus* della scissione, occorre in effetti chiedersi se la *voluntas legis* sia stata quella di consentire la produzione dei relativi effetti unicamente tramite il procedimento di cui agli artt. 2506 ss. c.c.; quesito a cui, come anticipato, pare di dovere fornire una risposta negativa.

L'introduzione, all'interno del nostro ordinamento giuridico, dell'art. 2506.1 c.c., infatti, *a fortiori* alla luce del primo periodo dell'art. 51, terzo comma, lett. a), d.lgs. n. 19/2023 e, in particolare, dell'espressione «anche» ivi riportata²³, non pare affatto finalizzata a impedire che, ove una società ne voglia costituire un'altra, o ne voglia costituire altre, possa ricorrere alle norme sulla costituzione simultanea mediante conferimento dettate per il tipo sociale di riferimento.

Un tale stravolgimento del nostro assetto normativo, in effetti, avrebbe richiesto una presa di posizione ben più netta; e ciò, senza considerare che la (ipotetica) scelta di limitare la fattispecie conferimento alle sole ipotesi di aumento del capitale sociale e di costituzione di società ad opera di soggetti diversi, escludendo dal relativo insieme le attribuzioni patrimoniali di società a favore di società neo-costituite, si potrebbe in contrasto coi principi generali del nostro sistema giuridico, desumibili, a tacer d'altro, dalla normativa comunitaria in tema di conferimenti²⁴.

Ma, se tale conclusione può dirsi corretta, e se dunque alla costituzione di una o più società da parte di un ente societario destinato a divenirne socio si può giungere, ora, in due modi diversi – mediante conferimento o mediante scissione – diviene inevitabile domandarsi quali siano le ragioni che, nella prassi, potrebbero orientare gli operatori ad avvalersi dell'una o dell'altra opzione.

4.1. Segue: le differenze di disciplina.

Al riguardo, nel passare in rassegna i principali snodi della disciplina della scissione e del conferimento, ponendoli a confronto fra loro perlomeno in relazione alle ipotesi suscettibili di ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 2506.1 c.c.²⁵, pare opportuno distinguere fra operazioni volte alla costituzione di società di persone e operazioni volte alla costituzione di società di capitali, distinguendo ulteriormente, per ciascuna delle due ipotesi, le fattispecie in cui la costituzione avvenga ad opera di società di persone e le fattispecie in cui la costituzione avvenga ad opera di società di capitali.

²³ E v. il testo della citata disposizione, riportato *supra*, alla nota 21.

²⁴ E v., oggi, la dir. 2021/30/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, recante – per riprendere le parole del primo considerando – la “rifusione” della seconda direttiva CEE in materia societaria.

²⁵ Si che, nel procedere al predetto confronto, nell'ambito del presente paragrafo, nel trattare di scissione si farà riferimento, di regola, alla scissione mediante scorporo.

Per ciascuna delle quattro ipotesi delineate (costituzione di società di persone ad opera di società di persone; costituzione di società di capitali ad opera di società di persone; costituzione di società di persone ad opera di società di capitali; costituzione di società di capitali ad opera di società di capitali), pare opportuno, in particolare²⁶,

- individuare il soggetto a cui l'ordinamento attribuisce la competenza ad adottare la relativa decisione;
- individuare eventuali vincoli di forma dell'atto costitutivo *de quo*;
- verificare se occorra la relazione di stima richiesta per i conferimenti di beni in natura dagli artt. 2343 e 2465 c.c. e imposta, dagli artt. 2500-ter, secondo comma e 2501-sexies, settimo comma, nelle ipotesi di trasformazione di società di persone in società di capitali e «di fusione di società di persone con società di capitali»²⁷;
- verificare la tenuta dell'operazione, e in particolare la possibilità di dare vita a rimedi caducatori e invalidanti, a fronte di eventuali vizi di procedimento o di contenuto dell'iter ovvero dell'atto di scissione mediante scorporo.

In quest'ottica, pare possibile mettere in luce come:

A. Nell'ipotesi di costituzione di società di persone mediante conferimento ad opera di società di persone²⁸,

- per dar corso all'operazione è sufficiente una decisione degli amministratori, o eventualmente – se lo statuto lo prevede²⁹ – dei soci, quando invece, in caso di scissione³⁰, è ovviamente necessaria sia una decisione dell'organo amministrativo, sia una decisione degli stessi soci³¹, suscettibile di opposizione da parte dei creditori³²;

²⁶ Per ulteriori – in parte opinabili – elementi di distinzione fra scissione mediante scorporo e conferimento v. ASSONIME, (nt. 3), 969.

Sul punto cfr., inoltre, F. MAGLIULO, (nt. 3), 635 e 642.

²⁷ Dovendosi, peraltro, ricordare che l'art. 2501-sexies – ai sensi dell'art. 2506-ter, terzo comma, c.c. – si applica anche alle scissioni.

²⁸ Possibilità che, ad oggi, pare pacifica; e v., sul punto, per rimanere ai testi istituzionali, G.F. CAMPOBASSO, (nt. 9), 67.

²⁹ E sempre ammesso che possa prevederlo; potendosi dubitare che la competenza decisionale in tema di atti di gestione e, in particolare, di costituzione di società controllate o, comunque, partecipate, possa essere rimessa, in via generale, alla competenza dei soci, invece che degli amministratori.

³⁰ E fermo quanto già rilevato, *supra*, sub 3.3, ove si è evidenziato come la costituzione, mediante scorporo, di società di persone pare ammissibile solo se, all'atto costitutivo, oltre alla società scissa partecipino altri soggetti.

³¹ Ciò, perlomeno,

– se si esclude l'applicabilità, in via analogica, alla scissione mediante scorporo, dell'art. 2505, secondo comma, c.c. (richiamato, per le scissioni, dall'art. 2506-ter c.c.), a norma del quale, in presenza

- non occorre l’atto pubblico, che per contro è richiesto dalla legge in caso di scissione;
- non occorre la relazione di stima di cui all’art. 2343 c.c., come del resto nell’ipotesi di scissione;

dei presupposti ivi previsti, è possibile prevedere statutariamente che la fusione per incorporazione di una società in un’altra, la quale possieda tutte le partecipazioni rappresentative del capitale della prima, sia decisa dai rispettivi organi amministrativi (e v. F. MAGLIULO, (nt. 3), ove ulteriori riferimenti);

– ove la società non si trovi in stato di crisi e la decisione di dar vita alla scissione non rientri nell’ambito di applicazione (oltre che, *inter alia*, dell’art. 116 d.lgs. n. 14/2019, c.c.i.i.) dell’art. 120-bis, primo comma, c.c.i.i. (il cui primo periodo, come noto, stabilisce che «L’accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell’insolvenza è deciso, in via esclusiva, dagli amministratori unitamente al contenuto della proposta e alle condizioni del piano»); ipotesi che fuoriesce dall’oggetto del presente contributo.

³² Per la tesi secondo cui la scissione mediante scorporo può cagionare ai creditori sociali pregiudizi estremamente limitati v., peraltro, F. MAGLIULO, (nt. 3), 639.

In effetti l’operazione, comportando l’attribuzione alla scissa di una partecipazione nella beneficiaria di valore pari, in linea di principio, a quello del patrimonio netto che le è trasferito, non parrebbe *prima facie* in grado di determinare un pregiudizio patrimoniale per il ceto creditorio, a meno che la beneficiaria sia costituita dalla scissa unitamente ad altri soci e la partecipazione attribuitale – per effetto dei criteri di distribuzione delle azioni o quote – sia di valore inferiore a quello del patrimonio netto trasferito.

In realtà la valutazione appare più complessa, richiedendo innanzitutto di comprendere se sia sempre corretto ritenere – come l’A. ora citato sembra presupporre – che i creditori della scissa, all’esito dell’operazione, rimangono tali, senza che per alcuno di essi si ponga il problema di ritrovarsi creditore di altre società; situazione che, a ben vedere, si può verificare unicamente nelle ipotesi in cui alle società beneficiarie siano attribuiti solo elementi dell’attivo.

Infatti, nei casi in cui alle beneficiarie vengono attribuiti anche elementi del passivo, vi saranno necessariamente creditori sociali che divengono creditori delle beneficiarie e creditori sociali che rimangono creditori della scissa, sì da potersi perlomeno astrattamente determinare, e per gli uni e per gli altri, effetti negativi sia sotto il profilo patrimoniale, sia sotto il profilo finanziario, al pari di ciò che accade nelle scissioni ordinarie; ipotesi in cui – contrariamente a quanto talora si è sostenuto – l’art. 2506-*quater*, terzo comma (per il quale ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto assegnatole, dei debiti della società scissa non adempiuti dall’ente a cui, per effetto della scissione, fanno carico) non può essere vista come la panacea di tutti i mali, a tacer d’altro perché limita la responsabilità delle società “altre” in deroga all’art. 2740 c.c. (e v., del resto, l’ultimo periodo dell’art. 2506-*bis*, terzo comma, c.c.); il che può risultare fonte di pregiudizio per i creditori della scissa, ad esempio, nell’ipotesi in cui, rimanendo tali, gli stessi la vedano privata di tutta la liquidità e vedano mantenuti, fra le attività patrimoniali della scissa, solo *assets* difficilmente liquidabili.

Si pensi, ad esempio, all’ipotesi in cui la scissa abbia, in origine, un attivo patrimoniale di € 40 in denaro e di ulteriori € 35 rappresentanti il valore di un immobile difficilmente aggredibile e abbia, per contro, un passivo pari a 39 + 34 €.

Se vengono trasferiti alla beneficiaria di un’operazione di scissione, quanto all’attivo, il denaro di valore pari a 40 € e la passività di 39 €, il creditore che deve ricevere 34 € dalla scissa potrà soddisfarsi sull’attivo (di 40 €) della beneficiaria solo per 1 €, i restanti 38 € dovendo provare a incassarli dalla scissa rimasta priva di liquidità e di beni facilmente smobilizzabili; essendo evidente, allora, il pregiudizio derivato a tale soggetto, perlomeno se titolare di un credito di immediata scadenza, per effetto della scissione.

– è discusso se, in caso di nullità e, più in generale, di invalidità, si applichi l'art. 2332 c.c., quando invece, in caso di scissione, trova senz'altro applicazione l'art. 2504-*quater* c.c.³³, a norma del quale, divenuto efficace l'atto di scissione, l'invalidità dello stesso non può essere pronunciata.

Rimane fermo, tuttavia, che – come già evidenziato in altra sede³⁴ – l'applicazione del predetto art. 2504-*quater* c.c. non esclude necessariamente l'applicazione dell'art. 2332 c.c., o comunque, sia pure con gli opportuni adattamenti, delle norme sull'invalidità dell'ente beneficiario dell'operazione; disciplina che è sostenibile debba applicarsi una volta divenuta efficace la scissione ogni qual volta troverebbe applicazione nell'ipotesi di costituzione mediante conferimento;

– si deve ritenere, d'altronde, che trovi applicazione la normativa in tema di revocatoria, ordinaria e concorsuale³⁵; normativa che, per contro, in caso di scissione rimane di dubbia applicabilità³⁶.

B. Nell'ipotesi di costituzione di società di capitali mediante conferimento ad opera di società di persone,

– per dar corso all'operazione è anche in tal caso sufficiente una decisione degli amministratori, o eventualmente – e sempre che lo statuto lo preveda – dei so-

³³ Dettato in tema di fusione e richiamato, in materia di scissione, dall'art. 2506-*ter* c.c.

³⁴ E v., da ultimo, G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2009, 285 ss. (ma v. anche, in precedenza, ID., *Trasformazione di società, modificabilità dello statuto e disciplina dell'invalidità*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 361; ID., *Limiti alla tutela reale e portata della tutela risarcitoria nell'ipotesi di scissione e altre deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 348); cfr., inoltre, G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 8), 369, ove ulteriori riferimenti.

³⁵ E v., di recente, per rimanere alla giurisprudenza di legittimità e sia pure con riferimento ad attribuzioni eseguite a favore di società di capitali, Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2023, n. 20232, in *Giust. civ., Massimario*, 2023; Cass. civ., sez. VI, 16 settembre 2022, n. 27290, *ivi*, 2022 (nel solco di Cass. civ., sez. I, 18 febbraio 2000, n. 1804 e di Cass. civ., sez. I, 22 ottobre 2013, n. 23891, ambedue in *De Iure*, 2023); cfr., inoltre, nella giurisprudenza di merito, App. Napoli, 6 ottobre 2023, in *De Iure*, 2023; Trib. Savona, 26 gennaio 2021, in *Riv. dott. comm.*, 2021, 112.

Rimane ferma la perlomeno parziale divergenza di posizioni espresse dagli interpreti circa gli effetti determinati dalla revoca del conferimento; e v., per tutti, F.S. MARTORANO, *La revocatoria dei conferimenti nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2000, 141 ss., ove ulteriori riferimenti.

³⁶ E ciò, nonostante di recente, come noto, si siano espresse in senso favorevole alla revocatoria della scissione, anche sulla scia della pronuncia della Corte di Giustizia UE del 30 gennaio 2020, C-394/18, Cass. civ., sez. III, 29 gennaio 2021, n. 2153, in *Giur. comm.*, 2022, II, 1334 ss.; Cass. civ., sez. III, 6 maggio 2021, n. 12047, in *Foro it.*, 2021, 6, I, 1993; Cass. civ., sez. III, 14 ottobre 2022, n. 30184, in *Società*, 2023, 1069 ss.; e, per ampi riferimenti anche ai sostenitori della tesi opposta (perorata, fra gli altri, da C. ANGELICI, *La revocatoria della scissione nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 120 ss. e da A. PICCIAU, *Sulla difficile coesistenza dell'istituto della revocatoria con la scissione di società*, in *Riv. soc.*, 2019, 695 ss.), v. L. ARCHIVOLTI, *Dormientibus iura succurrunt? La Cassazione conferma la revocabilità dell'atto di scissione*, in *Giur. comm.*, 2022, II, 1341 ss.; A. DE PRA, (nt. 8), 195 ss.

ci; anche in tal caso potendosi, dunque, affermare che, rispetto alla scissione, la scelta di dare vita ad un semplice conferimento consente di “risparmiare una decisione” e di evitare l’opposizione dei creditori;

- occorre l’atto pubblico, come nelle ipotesi di scissione;
- occorre la relazione di stima, che in realtà potrebbe dirsi necessaria anche in caso di scissione mediante scorporo³⁷;
- trova senz’altro applicazione l’art. 2332 c.c., quando invece, in caso di scissione, rimane ferma la disciplina sopra descritta;
- si deve ritenere applicabile anche la normativa in tema di revocatoria³⁸, che nell’ipotesi di scissione, come ricordato, è di dubbia applicabilità.

D’altronde, nell’ipotesi di costituzione di società di persone mediante conferimento effettuato da società di capitali³⁹,

- per dar corso all’operazione, perlomeno nelle s.p.a., è sicuramente necessaria una delibera assembleare – quella imposta dall’art. 2360, secondo comma, c.c. – ed anche – e sempre che si escluda la valenza derogatoria di quest’ultima disposizione al disposto dell’art. 2380-*bis* c.c.⁴⁰ – di una delibera consiliare; in quest’ottica dovendosi dare vita ad un iter non dissimile da quello previsto per l’ipotesi di scissione⁴¹;
- non occorre l’atto pubblico, necessario invece nelle scissioni mediante scorporo⁴²;
- non occorre la relazione di stima, che in effetti, trattandosi di attribuzione di attivo da società di capitali a società di persone, non parrebbe necessaria neppure nelle ipotesi di scissione;

³⁷ Al riguardo, si consideri che l’art. 2501-*sexies*, settimo comma – la norma per cui sono gli esperti di cui ai commi terzo e quarto dell’art. 2501-*sexies* c.c. a dover dare vita alla perizia di stima nei casi di fusione di una società di capitali e di una società di persone, la perizia avendo ad oggetto il patrimonio della società di persone – non è dichiarata inapplicabile alle scissioni mediante scorporo, per le quali, all’art. 2506-*ter*, terzo comma, è statuito semplicemente che non sono richieste le «relazioni» di cui agli artt. 2501-*quinquies* e 2501-*sexies*; ed è vero che in quest’ultima norma la perizia è definita «relazione di stima» (l’espressione «relazione» essendo utilizzata anche all’art. 2343 c.c.), ma la *ratio legis* potrebbe dirsi quella per cui, non essendovi rapporto di cambio, non v’è necessità di una relazione sul punto, e non (anche) quella di non considerare l’attribuzione alla società di capitali assimilabile ad un conferimento ai fini di cui all’art. 2343 c.c.

³⁸ Normativa la cui applicazione non pare impedita dal disposto dell’art. 2332 c.c.

³⁹ Possibilità che oggi deve considerarsi pacifica, alla luce dell’art. 2360 e dell’art. 111 *duodecies* d. att. c.c.; e v. nuovamente sul punto, nella manualistica più recente, G.F. CAMPOBASSO, (nt. 9), 65; G. PRESTI, M. RESCIGNO, (nt. 9), 356.

⁴⁰ E v. *infra*, alla nota 52.

⁴¹ Ipotesi in cui pure è prevista l’opposizione dei creditori.

⁴² E fermo quanto già rilevato *supra*, nel testo, al par. 3.3, circa la possibilità di costituire, attraverso scissione con scorporo, società di persone, unicamente ove, all’atto costitutivo, in aggiunta alla società scissa, partecipino terzi soggetti.

– è discusso se si applichi l'art. 2332 c.c., che in ipotesi di scissione potrebbe trovare applicazione, al più, nei limiti già descritti;

– vale quanto precisato *supra, sub A*, in tema di revocatoria.

C. Da ultimo, nell'ipotesi di costituzione di società di capitali mediante conferimento ad opera di società di capitali,

– per dar corso all'operazione è sufficiente una decisione dell'organo amministrativo, se non addirittura di un amministratore delegato, ovvero – nelle s.r.l., e sempre che ricorrano i presupposti di cui ai commi primo o secondo, n. 5), dell'art. 2479 – dei soci; anche in tal caso, dunque, potendosi risparmiare una decisione rispetto all'iter delineato dalla legge in materia di scissione⁴³;

– è imposta la redazione di un atto pubblico, come nelle ipotesi di scissione;

– è di regola necessaria la relazione di stima di cui all'art. 2343 c.c., che stando all'art. 2501-*sexies* c.c. non è, invece, richiesta ove si ricorra al procedimento di scissione; e pare questa l'unica ipotesi in cui il ricorso al conferimento risulta più complesso rispetto al ricorso allo scorporo;

– trova senza dubbio applicazione, in caso di patologie di procedimento o di contenuto, l'art. 2332 c.c., in luogo delle norme, già ricordate, applicabili nell'ipotesi di scissione;

– vale quanto precisato *supra, sub B*, quanto alla disciplina della revocatoria.

5. *Vantaggi e svantaggi della disciplina dello scorporo.*

Come evidente, dunque, se si eccettua l'ipotesi considerata *supra, sub D*, con riferimento alla relazione di stima *ex art.* 2343 c.c., il ricorso alla disciplina della scissione mediante scorporo non sembra apportare alcuna semplificazione all'iter procedimentale dettato dalla legge per la costituzione di società.

Del resto, anche se si analizza il fenomeno avendo riguardo ai vari soggetti che possono essere coinvolti nelle operazioni *de quibus*, pare di poter pervenire a conclusioni analoghe, non essendo dato scorgere alcun apprezzabile vantaggio nell'ipotesi in cui, invece di un conferimento, venga posta in essere un'operazione di scissione.

Ciò vale, in particolare, nel caso in cui la società attribuyente intenda dare vita a più società controllate o, comunque, partecipate; come, infatti, detta società, ove operi mediante scorporo, per espressa previsione dell'art. 2506.1 c.c. ha la possibilità di dare vita a più società beneficiarie, così, ove operi mediante conferimento, ha la possibilità di stipulare più atti costitutivi, eventualmente in via simultanea fra loro (e, si deve ritenere, sopportando costi del tutto analoghi).

⁴³ Iter che, come ricordato, prevede per di più il diritto di opposizione dei creditori.

D'altronde, nell'ipotesi in cui la compagine sociale della società controllata o della società partecipata debba essere costituita non solo dalla società attribuyente, ma anche da terzi, lo stesso risultato che si può ottenere mediante scissione è certamente ottenibile mediante conferimento; se è vero, infatti, che l'atto pubblico di scissione, fungendo da atto costitutivo della società beneficiaria, pare stipulabile anche con soggetti terzi, conferenti⁴⁴, o comunque può essere seguito, in particolare a seguito della costituzione di società di capitali, da una delibera di aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione destinato ad essere sottoscritto – si può immaginare contestualmente – dai terzi di cui si è negoziato l'ingresso nel capitale sociale, è altrettanto vero che la costituzione di una o più società da parte di una pluralità di soggetti è ovviamente consentita anche mediante conferimento.

D'altronde, la circostanza per cui, in caso di scorporo di s.r.l. e di società di persone, i soci che non hanno consentito al compimento dell'operazione non hanno il diritto di recedere, se certo rappresenta una differenza estremamente significativa fra scissione mediante scorporo e scissione tradizionale, non vale a segnare alcun distinguo fra la disciplina del nuovo istituto e la disciplina del conferimento; non essendovi alcun dubbio che, nel caso in cui una società appartenente ad uno dei tipi sociali sopra menzionati⁴⁵ intenda costituirne un'altra destinata ad essere controllata, o anche solo partecipata, dalla prima, i soci non consenzienti non abbiano comunque diritto di recesso, non essendovi – questa la *ratio* della stessa novella – alcun rischio di depauperamento del loro patrimonio.

Apprezzabile, per contro, il vantaggio che la disciplina della scissione può determinare quanto alle entità attribuibili alla società beneficiaria (o alle società beneficiarie); ciò, perlomeno, se si accoglie la tesi per cui lo scorporo può essere il mezzo per attribuire, a favore dell'ente (o degli enti) di nuova costituzione, solo debiti e/o posizioni giuridiche passive⁴⁶, o comunque compendi patrimoniali di valore netto negativo; soluzione che, nel caso di costituzione di società mediante conferimento, ai sensi degli artt. 2251-2255, 2295 c.c. (per le società di persone),

⁴⁴ E fermo restando che uno o più enti societari di nuova costituzione possono venire ad esistenza anche mediante scissione simultanea di più società: e v. *supra*, alla nota 19, e – quanto alla simultanea stipula di un atto di scissione mediante scorporo e di un atto di scissione ordinaria – la massima L.G.2 degli Orientamenti notarili del Triveneto (in www.notaitriveneto.it), che contempla anche la possibilità di dar vita a un (unico) atto di scissione con attribuzione delle partecipazioni rappresentative del capitale della beneficiaria in parte alla società scissa, in parte ai suoi soci.

⁴⁵ S.r.l., s.s., s.n.c. e s.a.s.

⁴⁶ La problematica è richiamata – nel commentare l'art. 2506.1 c.c., accennando ai tratti identificativi della scissione tradizionale – da D. BOGGIALI, N. ATLANTE, (nt. 3), 3; ASSONIME, (nt. 3), 969; e v., in una prospettiva più ampia, G. SCOGNAMIGLIO, (nt. 8), 145.

Pare da escludere, in effetti, che si debbano valorizzare, in senso contrario alla tesi perorata nel testo, le congiunzioni «e» che si ritrovano – laddove il dato normativo fa riferimento al «patrimonio attivo e passivo» – nelle disposizioni di cui all'art. 160-ter, n. 2) e n. 4), lett. c), dir. (UE) 2917/1132, riportate *supra*, alla nota 13.

2328 e 2463 c.c. (per le società di capitali), non sembrerebbe possibile, alla luce del principio per cui i conferimenti devono avere ad oggetto entità suscettibili di valutazione economica⁴⁷.

Rimane fermo che, trattandosi di scissione a favore di società di nuova costituzione, ciò dovrebbe avvenire – quanto meno per le società di capitali – grazie a terzi disponibili ad attribuire alla beneficiaria utilità di valore superiore a quello del compendio attribuito mediante scorporo, sì da dar vita a un patrimonio netto di valore positivo, e a lasciare sottoscrivere una parte delle partecipazioni sociali alla società scissa.

6. *L'autonomia statutaria.*

Salvi, dunque, i vantaggi che la disciplina della scissione può comportare dal punto di vista fiscale⁴⁸, sembra di potere affermare che, avendo riguardo alla normativa legale, la scelta di avvalersi della disciplina della scissione, in luogo della disciplina del conferimento, sotto il profilo civilistico non risulta, di regola, foriera di significativi vantaggi.

Rimane fermo che, dal punto di vista dei soci, la costituzione di società controllate, o partecipate, mediante scorporo, può apparire preferibile, a tacer d'altro perché tale soluzione implica necessariamente un loro coinvolgimento nella relativa decisione e, determinando l'applicazione dell'art. 2504-*quater* c.c., assicura la massima stabilità possibile all'operazione.

Ciò conduce a chiedersi se gli stessi soci abbiano la possibilità di inserire in statuto una clausola che vincoli gli amministratori, intenzionati a costituire una o più nuove società mediante attribuzione di una parte (soltanto) del patrimonio sociale, a procedere mediante scorporo e non mediante conferimento.

Almeno *prima facie*, parrebbe trattarsi di una previsione legittima: ove, in effetti, l'ordinamento metta a disposizione dell'autonomia privata due diversi nuclei di disciplina al fine di pervenire a risultati analoghi, se non addirittura identici, si è indotti a ritenere che i consociati, così come possono optare di volta in volta per lo schema normativo che ritengono più idoneo alle loro esigenze, possano vincolarsi *una tantum* a seguire un percorso piuttosto che un altro.

A ben vedere, in effetti, nella fattispecie esaminata una previsione statutaria

⁴⁷ E v., in tema di s.r.l., ma quale espressione di un principio ritenuto di portata generale (e inteso nel senso per cui si deve trattare di beni di valore positivo; il che, in particolare nelle società di persone, è invero opinabile), l'art. 2464, secondo comma, c.c.

⁴⁸ E v., per tutti, ASSONIME, *La scissione mediante scorporo (direttiva UE 2019/2121): prima analisi degli aspetti fiscali*, Circolare n. 14 dell'11 maggio 2023; R. MICHELUTTI, E. IASCONE, *La scissione mediante "scorporo" alla prova del regime fiscale di riferimento*, in *Corr. trib.*, 2023, 535 ss.; M. PETA, (nt. 3), 688 ss.

quale quella ora ipotizzata si risolverebbe in una limitazione ai poteri degli amministratori, che si vedrebbero preclusa la possibilità di costituire, in nome della società, società partecipate, se non addirittura controllate, mediante conferimento e, dunque, in forza di decisioni rientranti esclusivamente nella loro competenza⁴⁹; limitazione statutaria ai poteri di rappresentanza la cui eventuale violazione potrebbe peraltro essere giudicata opponibile ai terzi soltanto alle condizioni previste, nei diversi tipi sociali, dalla normativa codicistica⁵⁰ e salve, in tali ipotesi, le norme sulla nullità e l'inefficacia del contratto di società⁵¹.

La lettura del sistema non pare, in effetti, impedire di arginare, in tal modo, la competenza decisionale degli amministratori perlomeno nelle s.r.l. e nelle società di persone, con riferimento alle quali, in particolare a seguito della novellazione degli artt. 2257 e 2475 c.c. operata dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, sembra di dover ritenere che, con la sola eccezione delle ipotesi previste da tali disposizioni e dalle ulteriori norme che attribuiscono una competenza decisionale esclusiva ai componenti dell'organo amministrativo, lo statuto possa attribuire ai soci competenze di ordine gestionale in tutti i settori dell'agire sociale.

⁴⁹ E ciò, a differenza di quanto può accadere in assenza della previsione *de qua*, essendo allora liberi gli amministratori di scegliere fra l'uno e l'altro degli schemi normativi in parola.

⁵⁰ E v., quanto alle s.s., l'art. 2266, terzo comma, c.c. (da cui, generalmente, si desume che le limitazioni originarie ai poteri di rappresentanza degli amministratori sono opponibili ai terzi, senza che trovi applicazione la disciplina di cui all'art. 1396 – opponibilità ai terzi dei limiti portati a loro conoscenza con mezzi idonei o di cui si provi la conoscenza – richiamata solo per le modificazioni e l'estinzione di detti poteri); quanto alle s.n.c. e alle s.a.s. irregolari, l'art. 2297 c.c. (a norma del quale le limitazione *de quibus* non sono opponibili ai terzi, se non si prova la loro conoscenza); quanto alle s.n.c. e alle s.a.s. regolari, l'art. 2298 c.c. (per cui sono opponibili le sole limitazioni iscritte al registro delle imprese o di cui si provi la *scientia* in capo ai terzi); quanto alle società di capitali e alle società cooperative, l'art. 2384 c.c. (a norma del quale, come noto, le limitazioni statutarie ai poteri degli amministratori, anche se pubblicate nel registro delle imprese, non sono opponibili ai terzi, salvo si provi che questi ultimi abbiano agito intenzionalmente a danno della società).

⁵¹ Il problema si pone, in particolare, per le società di capitali, in cui, come noto, le preclusioni alla declaratoria di invalidità delle società e dei loro atti costitutivi (cfr. l'art. 2332 c.c.), oltre che delle delibere di aumento del capitale sociale (e v. l'art. 2379-ter c.c.), impediscono – secondo l'opinione più convincente – di travolgere le relative operazioni anche mediante declaratoria di inefficacia, secondo quanto dovrebbe avvenire nei casi le stesse siano poste in essere in violazione delle norme di cui alla nota che precede.

Ove, d'altra parte, si accetti l'idea che agli amministratori possa essere statutariamente vietato di costituire società mediante scorporo (ed è l'ipotesi opposta a quella considerata nel testo; ipotesi, peraltro, improbabile, in un sistema nel quale i soci hanno comunque la possibilità di impedire l'operazione di volta in volta, mediante adozione di una decisione assembleare di contenuto negativo), si pone non solo il problema di verificare se vi siano terzi a cui riferire le norme di cui alla nota precedente (il che, nello schema-base dell'operazione, parrebbe da escludere, essendo la beneficiaria una società di nuova costituzione, ad opera della sola società scissa), ma ancor prima il problema di comprendere se l'art. 2504-*quater* c.c., impedendo che la scissione possa venire dichiarata invalida, consente comunque di dichiararla inefficace (e v., al riguardo, in senso negativo G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni*, (nt. 34), 292).

Più complessa la questione in relazione alle s.p.a., nelle quali, come noto, vige il principio di cui all'art. 2380-*bis* c.c., a norma del quale la gestione dell'impresa sociale spetta in via esclusiva agli amministratori.

Anche in tal caso, in effetti, vi sono argomenti che depongono a sostegno della possibilità di imporre all'organo amministrativo che intenda dare vita a società partecipate, se non addirittura controllate, di seguire la procedura di cui all'art. 2506.1 c.c.

Da un lato, infatti, i dati normativi dimostrano che anche nelle s.p.a., sia pure in alcune specifiche circostanze⁵², la legge attribuisce ai soci la competenza a decidere atti di gestione; d'altro lato, la portata degli artt. 2380-*bis* e 2364, n. 5, c.c. non esclude testualmente che agli amministratori possa essere precluso decidere in via esclusiva determinate operazioni, ove le stesse possano essere realizzate, *ex lege*, col concorso decisivo della volontà dei soci; ed invero una previsione statutaria quale quella ipotizzata finirebbe, semplicemente, per imporre l'adozione di una delle due procedure alternative attraverso le quali la società può costituire altre società e non precluderebbe agli amministratori la possibilità di giocare un ruolo decisivo nell'operazione, ben potendo gli stessi astenersi dal porla in essere semplicemente evitando di deliberare la presentazione all'assemblea del progetto di scissione.

Tuttavia, sembra più convincente ritenere che la clausola dello statuto di cui si è ipotizzata l'adozione debba essere considerata invalida.

Dal coordinamento fra i citati artt. 2380-*bis* e 2364, n. 5, c.c. sembra, infatti, potersi desumere che, all'interno delle società per azioni, gli amministratori non solo devono avere un ruolo decisivo nelle operazioni gestionali, ma devono anche mantenere, al riguardo, una competenza decisionale esclusiva per tutto l'arco temporale che intercorre fra la data in cui dette operazioni vengono congegnate e la data in cui le stesse devono essere poste in esecuzione; tanto che il legislatore, a partire dall'1 gennaio 2004, ha al più consentito che i poteri dell'organo di gestione siano limitati nel senso che una determinata operazione non possa essere realizzata se non con il consenso dei soci, ma fermo restando che detto organo, una volta autorizzato dall'assemblea, ha sempre la possibilità di astenersi dal porla in essere.

Ove invece si potesse escludere statutariamente la costituzione di società con-

⁵² E v., in particolare, gli artt. 2361, secondo comma, c.c. (e sempre che si acceda all'idea per cui detta disposizione configura un'ipotesi di competenza decisionale dei soci e non si limita a imporre, nelle fattispecie ivi previste, una delibera autorizzativa dell'assemblea: e v. A. BARTALENA, *La partecipazione di società di capitali in società di persone*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. ABBADESSA, G.B. PORTALE, I, Torino, Utet Giuridica, 2007, 110; in senso contrario, tuttavia, fra gli altri, V. DONATIVI, *sub art. 2361*, in *La riforma delle società*, I, a cura di M. SANDULLI, V. SANTORO, Torino, Giappichelli, 2003, 227; A. MIRONE, *sub art. 2361*, in *Società di capitali*. Commentario a cura di G. NICCOLINI, A. STAGNO D'ALCONTRES, I, Napoli, Jovene, 2004, 417) e 2487 c.c.

trollate, o anche solo partecipate, mediante conferimento, si finirebbe per consentire il perfezionamento di dette operazioni secondo un iter procedimentale tale da escludere la possibilità, per i componenti dell'organo amministrativo, di astenersi dall'eseguirle una volta deliberato il progetto di scissione; momento a partire dal quale – perlomeno se si acceda all'idea per cui la stipula dell'atto di scissione, a seguito della delibera assembleare di approvazione del relativo progetto, rappresenta un atto dovuto – gli amministratori sarebbero vincolati alla volontà dell'organo assembleare.

È dunque preferibile ritenere che, nelle società per azioni, l'opzione per la costituzione di società controllate, o anche solo partecipate, mediante conferimento ovvero mediante scissione debba rimanere un'alternativa a disposizione degli amministratori, senza che i soci possano aprioristicamente limitarne i poteri decisionali imponendo loro di avvalersi dello schema negoziale di cui all'art. 2506.1 c.c.