

Luglio 2017

Una pronuncia delle Sezioni Unite sulla natura giuridica della scissione. Commento a Cassazione Civile, Sez. Un., 15 novembre 2016, n. 23255.

Domenico Garofalo

1. La pronuncia delle Sezioni Unite

Con la pronuncia in commento le Sezioni Unite, chiamate a risolvere un contrasto in materia di presupposti della compensazione legale di crediti, affrontano – solo incidentalmente – il tema della natura giuridica della scissione, aderendo apparentemente ad un orientamento che pareva ormai superato.

L'occasione per toccare la questione è offerta da un'eccezione di inammissibilità del ricorso per cassazione mossa dalla società controricorrente, che, essendo stata interessata nelle more dei precedenti gradi di giudizio da ben due operazioni di scissione, ha sostenuto che il ricorso avrebbe dovuto essere proposto nei confronti della società risultante dalla scissione. La Suprema Corte, disattendendo il rilievo, ha affermato che la scissione *“si traduce in una fattispecie traslativa, che, sul piano processuale, non determina l'estinzione della società scissa ed il subingresso di quella risultante dalla scissione nella totalità dei rapporti giuridici della prima, ma si configura come una successione a titolo particolare nel diritto controverso”*, cui è applicabile la disciplina dell'art. 111 c.p.c. Ne conseguirebbe, quindi, che *“il processo prosegue fra le parti originarie”*, con facoltà per il successore di resistere all'impugnazione proposta nei confronti del suo dante causa, pur non avendo partecipato al processo nei precedenti gradi di giudizio.

Ad una prima lettura potrebbe ritenersi che con la pronuncia in commento le Sezioni Unite abbiano inteso aderire alle teorie che affermano la natura traslativa della scissione, discostandosi così dai precedenti orientamenti favorevoli alla teoria c.d. modificativa, la quale, al contrario delle prime, nega che la scissione integri un *“trasferimento”* di beni dalla scissa alle beneficiarie.

Tuttavia, una lettura critica della sentenza in commento, che tenga conto dei precedenti arresti giurisprudenziali della Suprema Corte (alcuni dei quali citati dalla stessa pronuncia che si annota) e della circostanza che il tema della natura giuridica della scissione è senz'altro estraneo al contrasto su cui le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi, induce quanto meno a mettere in discussione che la Corte abbia effettivamente inteso mutare orientamento, nonostante la terminologia utilizzata nel provvedimento in esame.

2. L'istituto della scissione

Prima di soffermarsi sulla natura giuridica della scissione, occorre premettere qualche breve cenno di inquadramento di tale istituto, introdotto nell'ordinamento societario con il D.lgs. 16 gennaio 1991, n. 22 – quando il legislatore nazionale ha recepito la sesta direttiva comunitaria in materia societaria¹ – e successivamente oggetto di un nuovo intervento legislativo con la riforma del diritto societario del 2003.

Ai sensi dell'art. 2506, primo comma, c.c. “*con la scissione una società [c.d. scissa] assegna*”, da una parte, *l'intero suo patrimonio a più società [c.d. beneficiarie] preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società*” e, dall'altra, assegna “*le relative azioni o quote ai suoi soci*”. Inoltre, ai sensi dell'art. 2506, terzo comma, c.c. “*la società scissa può, con la scissione, attuare il proprio scioglimento senza liquidazione ovvero continuare la propria attività*”.

La scissione si dice, quindi, *totale*, ove la scissa assegni alle beneficiarie l'intero suo patrimonio, ovvero *parziale*, ove alla beneficiaria (o alle beneficiarie) sia assegnato solo una parte del patrimonio della scissa. Nel primo caso, la società scissa attua “*il proprio scioglimento senza liquidazione*”; nel secondo, invece, la scissa rimane in essere. Si noti poi che solo nella scissione parziale è ammessa l'assegnazione patrimoniale ad una sola beneficiaria, mentre nella scissione totale le beneficiarie devono essere almeno due. Sia nella scissione totale che nella scissione parziale, le beneficiarie possono essere preesistenti ovvero di nuova costituzione.²

La scissione consiste quindi in una riorganizzazione societaria che può riguardare innanzitutto il profilo soggettivo delle società coinvolte e, quindi, la loro compagine sociale. Da questo punto di vista, pur nella varietà delle sue possibili configurazioni, caratteristica tipica della scissione è che le azioni o quote della beneficiaria (o delle beneficiarie), cui è assegnato tutto o parte del patrimonio della scissa, sono assegnate ai soci di quest'ultima (e non direttamente alla scissa, come avverrebbe invece nell'ipotesi di conferimento).

La scissione, tuttavia, di regola incide anche su un profilo oggettivo, che è quello del patrimonio delle società partecipanti alla scissione. Proprio intorno all'analisi giuridica dell'incidenza della scissione sul patrimonio delle società partecipanti si sono sviluppate le varie ricostruzioni dogmatiche sulla natura giuridica della scissione.

¹ Direttiva del Consiglio n. 82/891/CEE del 17 dicembre 1982.

² Sottolinea F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, 2012, 4-5 che, in caso di scissione a favore di società di nuova costituzione, la beneficiaria è costituita mediante un atto – l'atto di scissione – al quale partecipa solo il legale rappresentante della scissa, ma non coloro che risulteranno soci della beneficiaria così costituita.

3. Le teorie sulla natura giuridica della scissione

Le varie teorie elaborate dalla dottrina circa la natura giuridica della scissione sono riconducibili a tre distinti filoni.

Secondo i fautori della teoria c.d. traslativa,³ la scissione costituirebbe un'ipotesi di successione a titolo universale (in caso di scissione totale) o a titolo particolare (nell'ipotesi di scissione parziale). Nel primo caso, il fenomeno scissorio sarebbe assimilabile alla successione *mortis causa*, in quanto darebbe luogo all'estinzione della scissa (analogo alla morte della persona fisica) e alla conseguente successione delle beneficiarie in tutti i rapporti facenti capo alla prima.⁴ Nel secondo, pur difettando una vicenda estintiva della persona giuridica, ricorrerebbe in ogni caso un fenomeno successorio, sebbene a titolo particolare. Entrambe le ipotesi sarebbero, quindi, accomunate dal trasferimento, in tutto o in parte, del patrimonio della scissa a favore delle beneficiarie. Era, questa, la tesi largamente seguita dalla giurisprudenza prima della riforma del diritto societario del 2003.⁵

Alla teoria traslativa si contrappone tradizionalmente la teoria c.d. evolutivo-modificativa (o della mera modificazione),⁶ la quale sottolinea la rilevanza nel fenomeno scissorio dell'intento di modificare le strutture societarie coinvolte mediante una particolare tipologia di modificazione dell'atto costitutivo⁷ per effetto della quale l'organizzazione della scissa sopravvive frammentata nelle beneficiarie, le quali operano, quindi, in regime di piena continuità economica e giuridica con la scissa. Così ragionando, tale teoria giunge quindi a negare radicalmente che l'assegnazione patrimoniale a favore delle beneficiarie possa costituire “*trasferimento*” in senso tecnico.

³ U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. comm.*, 1993, 529-532; A. Magrì, *Natura ed effetti delle scissioni societarie: profili civilistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999; A. PICCIAU, *Commento Sub 2506*, in A. L. BIANCHI (a cura di), *Trasformazione – Fusione – Scissione. Artt. 2498 – 2506-quater c.c.*, in P. MARCHETTI, L. A. BIANCHI, F. GHEZZI e M. NOTARI, *Commentario alla riforma delle società*, 2006.

⁴ Così sintetizza F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, 2012, 25-26.

⁵ Si vedano Cass. 6 ottobre 1998, n. 9897 (che ha ritenuto applicabile l'art. 2112 c.c. in caso di scissione con assegnazione di un'azienda proprio sul presupposto della natura traslativa della scissione), Cass. 7 aprile 2001, n. 6143 (“*Nella scissione totalitaria, come si evince dalla complessiva funzione e dalla disciplina dell'istituto, si verifica una vera e propria successione a titolo universale con frazionamento del patrimonio e dei relativi rapporti tra i soggetti implicati, realizzandosi infatti la contemporanea ed immediata estinzione della società originaria con totale omissione della fase di liquidazione*”) nonché Cass. 13 aprile 2012, n. 5874 (relativa ad una vicenda cui era applicabile *ratione temporis* la disciplina anteriore alla riforma del 2003).

⁶ F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, 2012, 27 ss; F. LAURINI, *La scissione di società*, in *Riv. soc.*, 1992, 954.

⁷ La peculiarità della scissione nell'ambito delle modificazioni dell'atto costitutivo è rappresentata dall'inidoneità a produrre effetti della semplice iscrizione nel registro delle imprese della deliberazione dei soci, essendo altresì necessaria – in considerazione del rilievo che la scissione ha nei confronti dei terzi a causa della sua incidenza sui patrimoni delle società coinvolte – la stipulazione e l'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto di scissione. Si veda in tal senso F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, 2012, 24.

Si è andata poi sviluppando una teoria intermedia, detta modificativa – traslativa,⁸ che, pur condividendo con la teoria della mera modificazione la considerazione dell’istituto scissorio quale fenomeno modificativo ed evolutivo dell’originario contratto sociale che provoca una frantumazione dell’unità iniziale della scissa nelle beneficiarie, tuttavia, non nega l’effetto traslativo della scissione, sebbene esso sia comunque ritenuto funzionale ad una modificazione organizzativa.

A seguito della riforma del 2003, a sostegno della tesi evolutivo-modificativa si è aggiunto un argomento storico-testuale legato proprio all’intervento della riforma: da un lato, infatti, il riferimento nell’art. 2506 c.c. al “trasferimento” è stato sostituito dal termine “assegnazione”; dall’altro, nei lavori preparatori si legge che tale sostituzione è stata ispirata alla finalità di chiarire che “*nell’ipotesi di scissione medesima non si applicano le regole peculiari dei trasferimenti dei singoli beni (ad esempio relative alla situazione edilizia degli immobili)*”.

La teoria modificativa – accolta dalle Sezioni Unite con riferimento alla fusione⁹ – ha, quindi, trovato accoglimento anche con riferimento alla scissione nella giurisprudenza di merito,¹⁰ in alcune pronunce della Suprema Corte¹¹ nonché nella prassi notarile.¹²

⁸ S. LANDOLFI, *I valori nella scissione e il trasferimento del patrimonio*, in *Società*, 1994, 890; C. CARUSO, *Osservazioni sul dibattito in tema di natura giuridica della scissione*, in *Giur. comm.*, 2002, II, 195.

⁹ Si veda Cass. SS.UU. 8 febbraio 2006, n. 2637, secondo cui il “*legislatore ha così (definitivamente) chiarito che la fusione tra società, prevista dagli artt. 2501 c.c. e segg., non determina, nella 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. Il fenomeno non comporta, dunque, l’estinzione di un soggetto e (correlativamente) la creazione di un diverso soggetto; risolvendosi (come è già stato rilevato in dottrina) in una vicenda meramente evolutiva-modificativa dello stesso soggetto, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo*”. Nello stesso senso anche Cass. 23 giugno 2006, n. 14526; Cass. 19 settembre 2010, n. 19698 e Cass. 16 settembre 2016, n. 18188.

¹⁰ Trib. Bologna 1° aprile 2016; Trib. Lecce 12 luglio 2016; Trib. Roma 7 novembre 2016.

¹¹ Si vedano in particolare Cass. 30 dicembre 2011, n. 30246 e Cass. 17 giugno 2014, n. 13762. Le pronunce di legittimità successive al 2003 che affermano la natura traslativa della scissione riguardano, infatti, vicende anteriori alla riforma del diritto societario: si veda ad es. Cass. 13 aprile 2012, n. 5874.

¹² Si veda *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari*, Massima L.A.15: “*La riforma del diritto societario ha definitivamente confermato la non riconducibilità ai negozi traslativi delle operazioni di fusione o scissione societaria. È stato infatti abrogato l’unico riferimento testuale ai negozi traslativi contenuto nella vecchia formulazione dell’art. 2504 septies c.c., il quale, definendo la scissione, affermava che la stessa “si esegue mediante trasferimento dell’intero suo patrimonio ...”. La nuova definizione della scissione, contenuta nell’art. 2506 c.c., afferma ora più correttamente che “con la scissione una società assegna l’intero suo patrimonio ...”. Invero le fusioni o scissioni, totali o parziali, proprie o improprie, proporzionali o non proporzionali, sono sempre configurabili come negozi che hanno quale oggetto i soggetti società coinvolti, i cui assetti vengono ridefiniti, e non anche i loro patrimoni; risolvendosi in vicende meramente evolutive e modificative degli stessi soggetti, che conservano la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo (confr. Cass. Sez. Un. 8 febbraio 2006, n. 2637). Stante quanto sopra non è mai possibile individuare in dette fattispecie un soggetto alienante ed uno acquirente. Si può quindi affermare che per gli atti di fusione o scissione aventi ad*

4. Le implicazioni pratiche della ricostruzione della scissione come vicenda traslativa

Deve a questo punto evidenziarsi la rilevanza squisitamente pratica della ricostruzione della scissione quale vicenda traslativa ovvero meramente evolutivo-modificativa. L'adesione all'una o all'altra impostazione, infatti, non è affatto questione meramente accademica, ma ha implicazioni assai rilevanti sui rapporti tra la scissione ed una serie di altri istituti dell'ordinamento.¹³

Così, a titolo esemplificativo, ove si ritenga che la scissione non integri una fattispecie traslativa, non sarà dovuta alcuna garanzia per evizione da parte della scissa in favore delle beneficiarie. Nel caso in cui il patrimonio da assegnare alle beneficiarie comprenda beni immobili, l'atto di scissione non sarà soggetto alle formalità urbanistiche¹⁴ e agli altri adempimenti per il trasferimento di diritti su beni immobili¹⁵ e non potrà né dovrà essere trascritto.¹⁶ La natura non traslativa della scissione comporterebbe, inoltre, l'inapplicabilità delle prelazioni legali o convenzionali o di altre clausole limitative dei trasferimenti. Non sarebbero applicabili le formalità richieste dall'art. 1264 c.c. per l'efficacia della cessione del credito nei confronti del debitore ceduto, con la conseguenza che, con riferimento ai crediti ricompresi nel patrimonio assegnato ad una beneficiaria, l'assegnazione di detti crediti alla beneficiaria sarebbe efficace anche nei confronti dei debitori "ceduti" nel momento stesso in cui diviene efficace la scissione con l'iscrizione nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2506-*quater*, anche laddove tali debitori non abbiano accettato la "cessione" o questa non sia stata loro notificata. Ancora, ricostruendo la scissione in termini evolutivo-modificativi, le procure rilasciate dalla scissa resterebbero pienamente efficaci, come se fossero state rilasciate dalla beneficiaria. E infine – ma solo per esigenza di sintesi – qualora ad una beneficiaria sia assegnata un'azienda, non sarebbero applicabili le disposizioni in materia di trasferimento d'azienda.¹⁷

oggetto società titolari di immobili: - non è dovuta alcuna garanzia per evizione; - non sono esercitabili le prelazioni legali: agraria, urbana, storico-artistica; - non vi è alcun obbligo di trascrizione nei registri immobiliari; - non trovano applicazione le norme urbanistiche circa la commerciabilità degli immobili: dichiarazioni o allegazioni ex lege 47/85 e successive modifiche e integrazioni".

¹³ Per un'ampia trattazione dell'argomento, si veda F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, 2012, 36 ss. Si veda anche *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari*, Massima L.A.15 riportata alla nota precedente.

¹⁴ In particolare, le formalità di cui alla legge 28 febbraio 1985, n. 47, all'art. 2, comma 58 della legge 23 dicembre 1996, n. 662 e al D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

¹⁵ Così, ad esempio, non saranno applicabili gli adempimenti di cui al D. Lgs. 19 agosto 2005, n. 192 in materia di attestato di certificazione energetica né quelli di cui al D.M. 22 gennaio 2008, n. 37 in materia di sicurezza degli edifici.

¹⁶ Per la non trascrivibilità dell'atto di scissione si veda Trib. Lecce 12 luglio 2016.

¹⁷ Al riguardo, deve, tuttavia, segnalarsi che anche i fautori della teoria evolutiva – modificativa ritengono comunque applicabili alla scissione talune disposizioni in tema di trasferimento d'azienda (ad es. il divieto di concorrenza di cui all'art. 2557 c.c.). Sia consentito di rinviare a F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, 2012, 60.

5. Lettura sistematica della pronuncia

Chiarita la rilevanza pratica della ricostruzione della natura giuridica della scissione, è ora possibile procedere ad un breve esame della sentenza in oggetto. Occorre da subito rilevare che la pronuncia in esame è stata severamente criticata da parte dei primi commentatori, che hanno evidenziato una serie di contraddizioni in cui la Suprema Corte sarebbe incorsa.¹⁸

Da un lato, infatti, il provvedimento richiama una delle succitate sentenze di legittimità,¹⁹ che, giungendo alle medesime conclusioni sul piano processuale in termini di applicabilità dell'art. 111 c.p.c., aveva motivato tale conclusione proprio in base alla considerazione che la scissione “*non sia qualificabile come successione a titolo universale*”. Da tale circostanza sembrerebbe potersi quindi inferire una linea di continuità con il precedente indirizzo giurisprudenziale; non può d'altra parte neppure trascurarsi l'ovvia considerazione che il contrasto su cui le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi non riguarda in alcun modo la natura giuridica della scissione. La stessa precedente sentenza richiamata, peraltro, fonda la conclusione della negazione della natura successoria della scissione sull'applicabilità alla scissione – “*giusta il richiamo che ad essa fa l'art. 2506-ter, ultimo comma, c.c.*” – della disposizione dell'art. 2504-bis, primo comma, c.c., che, in tema di fusione, detta il principio della continuità giuridica (anche sul piano processuale) della società risultante dalla fusione con le società partecipanti. Senonché, l'art. 2506-ter, ultimo comma, c.c. in realtà non richiama affatto la citata norma in tema di fusione.²⁰

Dall'altro lato, si è pure segnalato come entrambi gli articoli 110 e 111 c.p.c. presupporrebbero in realtà un'alterità soggettiva tra parte originaria del processo e successore (a titolo universale o particolare, a seconda dei casi), che a ben vedere mal si concilia con la teoria evolutivo-modificativa. Si è visto, infatti, che tale teoria postula la continuazione della scissa nelle beneficiarie tramite una sovrapposizione ed unificazione delle rispettive strutture societarie. Più coerente sarebbe quindi concludere che, in virtù del principio di immedesimazione della società scissa con la beneficiaria cui sia stato assegnato il rapporto controverso, sia quest'ultima a dover proseguire nel processo.²¹

Altri commentatori, pur confermando la sostanziale correttezza dell'impostazione della Suprema Corte per il caso di scissione parziale, ritengono, tuttavia, di dover giungere a conclusioni diverse per la scissione totale. In particolare, secondo tali autori, se la scissione parziale è inquadrabile nello schema della successione a titolo particolare, con conseguente applicabilità dell'art. 111 c.p.c., in caso di scissione totale, verificandosi

¹⁸ F. MAGLIULO, *La scissione costituisce fenomeno traslativo?*, in *Notariato*, 2017, 159 ss.

¹⁹ Il riferimento è, in particolare, a Cass. 30 dicembre 2011, n. 30246, citata alla nota 11 *supra*.

²⁰ Sottolinea l'errore altresì D. DALFINO, *Scissione societaria e processi pendenti*, in *Società*, 2017, 749, nt. 27, commentando proprio la sentenza in esame.

²¹ F. MAGLIULO, *La scissione costituisce fenomeno traslativo?*, in *Notariato*, 2017, 170-171.

un'ipotesi di estinzione della scissa, le beneficiarie subentrano a titolo universale nei rapporti giuridici facenti capo alla scissa e, sul piano processuale, dovrà pertanto applicarsi l'art. 110 c.p.c.:²² il processo, quindi, è proseguito dalla beneficiaria, cui è assegnato il rapporto controverso. È evidente, tuttavia, come tale ricostruzione muova dal presupposto della natura certamente traslativa della scissione, sia essa totale o parziale.

In conclusione, non può che rilevarsi che il quadro delle elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali circa la natura giuridica della scissione non sia ancora del tutto chiaro, nonostante l'enorme rilevanza pratica della questione.

²² D. DALFINO, *Scissione societaria e processi pendenti*, in *Società*, 2017, 747-750.