

LA TRASFORMAZIONE DI SOCIETÀ UNIPERSONALE IN IMPRESA INDIVIDUALE.

1. Lo stato della giurisprudenza.

Con decreto in data 28 marzo 2006¹ il Giudice del Registro delle Imprese di Mantova (Tribunale di Mantova) respinge il ricorso presentato dal Notaio avverso il rifiuto di iscrizione nel medesimo Registro delle Imprese dell'atto "recante cessione delle quote sociali di società in nome collettivo e trasformazione eterogenea di essa in ditta individuale".

La decisione sembra fondarsi su di una premessa concettuale e tre argomenti.

Premessa: la trasformazione di una società in impresa individuale "determina sempre un rapporto di successione tra soggetti distinti, perché la persona fisica e persona giuridica (o avente la semipersonali giuridica) si distinguono appunto per natura e non solo per forma, con la conseguente esclusione di esdebitazione della società "trasformatasi" nella ditta individuale".

Muovendo da tale presupposto si nega la possibilità di procedere alla trasformazione divisata, e alla conseguente "esdebitazione" della società, per tre ragioni:

- a) le trasformazioni eterogenee di cui agli artt.2500 septies e 2500 octies c.c. sono previste solo tra società di capitali e gli enti ivi indicati, ma non sono estese alle società di persone;
- b) nell'elenco "minuziosamente" predisposto dal legislatore non è contemplata l'impresa individuale, ed è quindi plausibile desumere la volontà di non estendere ad essa l'applicabilità della disciplina della trasformazione (ubi tacuit, noluit), perché diversamente l'avrebbe contemplata;
- c) "l'elemento che accomuna le società, i consorzi, le comunioni di azienda, le associazioni non riconosciute, le fondazioni, e ne rende possibile la trasformazione è l'esistenza in capo ad esse di un patrimonio separato, ossia di una possibile connotazione mancante nelle imprese individuali, le quali non sono dotate di autonomia patrimoniale, a differenza di quelle collettive".

Sulla medesima linea interpretativa si pone anche la pronuncia della Corte di Appello di Torino del 14 luglio 2010², anche se, a ben vedere, la decisione, al di là delle motivazioni di valenza generale, sembra risentire in maniera determinante delle caratteristiche della fattispecie concreta.

Si evince dal dispositivo che il contenuto dell'atto notarile non evidenziava in maniera precisa ed inequivocabile la volontà di procedere a trasformazione eterogenea di società di persone rimasta

¹ In Riv. Dir. Dell'Impresa, 2006, p.399, con nota di E. FERRARA, "Trasformazione eterogenea da società in nome collettivo unipersonale in impresa individuale".

² In Notariato 2011, p.26, con nota di A. Bello.

unipersonale in impresa individuale, poiché vi era scritto che si intendeva non ricostituire la pluralità dei soci ed esercitare personalmente l'attività "anche con assegnazione dell'azienda sociale al socio stesso e inizio dell'attività di impresa individuale con partita IVA...".

Il dato letterale è stigmatizzato dalla Corte di Appello, che ha gioco facile nel segnalare la sostanziale omogeneità di contenuto con i precedenti rispetto ai quali si era formata, anteriormente alla riforma, una giurisprudenza contraria a qualificare come trasformazione in senso tecnico la continuazione dell'attività sociale da parte dell'unico socio.

Si evidenzia ulteriormente che "la volontà di porre in essere un'operazione di tale natura non risulta espressa; dalla visura camerale l'atto del 1.10.2009 risulta registrato – giustamente - come cessione d'azienda da Alfa ad X e la società risulta cancellata in data 7 ottobre su domanda presentata il 6 ottobre". Dunque, anche a voler ammettere l'applicabilità dell'art.2500 novies c.c. a tutela del ceto creditorio rispetto alla fattispecie astratta atipica in esame, nel caso concreto la sua operatività è negata dai fatti.

La fattispecie negoziale tradiva la volontà di non accedere alla tesi della trasformabilità della società di persone rimasta unipersonale in impresa (azienda) individuale sub specie di trasformazione eterogenea atipica; né si può trascurare, nella valutazione del peso specifico della decisione, che il richiamo tardivo a tale disciplina era strumentale alla sottrazione dell'unico socio al fallimento.

La tecnica negoziale adottata ed i riflessi della stessa sul piano dell'efficacia dell'atto (immediati, se legittimi – del che si può dubitare alla luce dell'art.2280 c.c. – e non differiti ex art.2500 novies c.c.) sarebbero stati sufficienti a negare la ricorrenza, nella fattispecie concreta, di una trasformazione eterogenea atipica.

La Corte di Appello, tuttavia, ritiene necessario addurre argomentazioni di più ampio respiro, ed in tale prospettiva si rileva una sostanziale consonanza con le motivazioni addotte dal Tribunale di Mantova.

Da un lato, infatti, si afferma il carattere tassativo dell'elencazione contenuta nell'art.2500 septies c.c. ("se il legislatore avesse voluto lasciare aperta la possibilità di qualsiasi trasformazione tra società ed enti diversi, non si vede per quale motivo avrebbe dovuto limitare l'ambito della trasformazione eterogenea alle società di capitali").

Dall'altro si ritiene, in particolare, che la trasformazione di società in impresa individuale sia impedita dalla diversa natura della persona giuridica e della persona fisica, e che pertanto il conseguimento di tale risultato postula necessariamente "un'esplicita enunciazione normativa al riguardo" per rimuovere l'ostacolo sostanziale.

2. La funzione della trasformazione. La trasformazione come mero problema di disciplina.

Le argomentazioni avanzate dalla giurisprudenza potrebbero essere vagliate e contraddette alla luce degli orientamenti interpretativi condivisi dalla dottrina largamente maggioritaria.

Affinché il confronto dialettico non risulti in definitiva formalistico, pare opportuno soffermarsi innanzitutto sugli interessi economici sostanziali che nel caso in esame vengono in gioco.

Varrà la pena rimarcare, per le suggestioni che il richiamo all'irriducibile distinzione fra persone fisiche e persone giuridiche sembra alimentare, che il tema non attiene alle metamorfosi naturalistiche di Ovidio, nelle quali Licaone veniva mutato in lupo o Aracne in ragno, ma ha per oggetto solo un problema di disciplina, ovvero di regole applicabili per la soluzione di conflitti economici, come già nitidamente evidenziato dalla dottrina ben prima della riforma, allorché concludeva che la disciplina della trasformazione, "tratteggiata sotto il profilo degli effetti negli artt.2498 e segg ... mira a comporre conflitti di interesse che emergono in occasione di profonde modificazioni dell'assetto originaria, operando delle scelte la cui utilizzazione anche fuori dal suo campo tradizionale può trovare applicazione là dove si ripresentano i medesimi conflitti"³.

Il che impone, a mio avviso, un atteggiamento estremamente pragmatico e scevro da preconcetti, dovendosi por mente essenzialmente alle seguenti questioni preliminari: a) quali siano gli interessi economici coinvolti da una vicenda consistente nella estinzione di una società di persone e nella continuazione della medesima attività da parte chi era rimasto unico socio, e quindi unico gestore l'attività di impresa, e quali i conflitti che fra tali interessi si generano; b) in che modo il legislatore ha risolto tali conflitti secondo la disciplina "ordinaria" che presiede al processo estintivo del soggetto giuridico (alla cessazione della destinazione dei beni all'esercizio dell'attività economica in forma collettiva e quindi al venir meno del sistema normativo che genera autonomia patrimoniale); c) quale soluzione offre la disciplina della trasformazione ai medesimi conflitti, e dunque, in prima battuta, quali siano gli interessi che detta disciplina mira ad assicurare.

La risposta all'ultimo questione sembra oggi sufficientemente condivisa.

Il dato caratterizzante l'istituto è rappresentato dall'affermazione del principio di continuità, ovvero dall'opzione normativa per la conservazione dei diritti e degli obblighi e per la prosecuzione dei rapporti (art.2498 c.c.); principio da intendersi, in sintesi, come non applicazione alla fattispecie di tutte quelle norme che presuppongono un mutamento del centro di imputazione dei rapporti giuridici costituenti un patrimonio e che disciplinano quindi la loro circolazione fra sfere giuridiche autonome.

La logica economica sottesa alla regola della continuità è, pacificamente, quella di evitare gli inutili costi di cessazione e di riorganizzazione di un'attività che si intende continuare ad esercitare con

³ M. SARALE, *Trasformazione e continuità di impresa*, Milano, 1996, pp.261-262.

diverse modalità ed anche per scopi diversi⁴; di evitare, come ben detto, “una pericolosa dispersione dei valori in campo”⁵.

La trasformazione è allora il procedimento tecnico che consente il mutamento della qualificazione della disciplina dell’attività senza soluzione di continuità dei rapporti⁶ e quindi senza soluzione di continuità dell’attività esercitata con il patrimonio; o, per dirla con la dottrina che anteriormente alla riforma ne ha indagato più approfonditamente la dimensione effettiva, “strumento, tecnica di soluzione di conflitti, in operazione caratterizzate dal cambiamento delle forme giuridiche di gestione dell’impresa, a condizione che questa continui immutata nella sua componente soggettiva ed oggettiva”⁷.

Il presupposto della trasformazione è quindi rappresentato dalla ricorrenza di un’attività all’esercizio della quale è destinato un patrimonio⁸.

Il mutamento delle regole di organizzazione dell’attività, qualunque che sia il paradigma normativo di riferimento all’esito rispetto a quello di partenza, solleva due ordini di questioni, quella del

⁴ Efficacemente A. PISANI MASSAMORMILE, Trasformazione e circolazione dei modelli organizzativi, in Riv. Dir. Comm., 2008, p.79, per il quale “l’esigenza di produttività e competitività spinge ad evitare i costi connessi all’interruzione di un’attività in esercizio, se e quando ciò sia determinato, per avventura, non da ragioni intrinseche, ma dalla sopravvenuta inidoneità od insufficienza delle regole di organizzazione applicate”. In tal senso anche A. CETRA, Le trasformazioni “omogenee” ed “eterogenee”, in Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, IV, 2007, p.141, per il quale l’imposizione del principio di continuità, “quale elemento comune a tutte le ipotesi regolate, è evidentemente finalizzata a rendere possibile, con riguardo al fenomeno considerato, la sostituzione di una disciplina organizzativa con un’altra in deroga alle regole comuni: in deroga, in particolare, alle regole che altrimenti condizionerebbero una siffatta sostituzione alla preventiva estinzione della prima veste giuridica e la successiva costituzione della veste in cui si intende approdare; oppure al preventivo conferimento del patrimonio nella nuova veste giuridica e la successiva estinzione della veste giuridica attuale; ecc.. E’ perciò ragionevole ritenere che questa deroga sia stata approntata con lo specifico obiettivo di tutelare la continuità del fenomeno ontologico sottostante, e ciò per i fenomeni in cui può risultare eccessivamente costoso, oltrechè non sempre agevole o possibile, ripristinare *lo status quo ante* una volta eseguita l’operazione”.

⁵ A. CETRA, op.cit., p.143.

⁶ Per A. PISANI MASSAMORMILE, op.cit., p.96, “la trasformazione è appunto un fenomeno di estinzione di una disciplina nel suo insieme e di applicazione di una nuova disciplina nel suo insieme, in ragione dell’evoluzione di un’attività che deve continuare ..”; in senso analogo P. SPADA, Dalla trasformazione delle società alle trasformazioni degli enti ed oltre, in Scritti in onore di Vincenzo Buonocore, Vol.III, Milano, 2005, p.3890, per il quale la trasformazione consiste in una consecuzione di qualificazione incompatibili senza che tale vicenda comporti soluzione di continuità dei rapporti.

⁷ M.SARALE, op.cit., p.302.

⁸ Risulta pertanto concettualmente chiara e completamente condivisibile l’analisi proposta da A. PISANI MASSAMORMILE, op.cit, pp.81 e ss., per il quale “l’attività non ha bisogno di un soggetto titolare, ma di regole di organizzazione e proprio perché sono regole e solo regole, le si può cambiare liberamente” e che di conseguenza propone una “chiave di lettura oggettiva e normativa” della trasformazione a cui ritengo di aderire senza compromessi perché riconosce all’istituto la sua natura di mero procedimento tecnico ed alle norme, qualunque ne sia il contenuto, il mero valore di scelte giuspolitiche volte a regolare il possibile conflitto fra interessi diversi scegliendo quello di volta in volta da privilegiare per il bene collettivo.

D’altro canto, la lettura in chiave oggettiva della vicenda organizzativa denominata “trasformazione” non rappresenta certamente oggi una peculiarità, poiché è certamente condivisa con la fusione e con la scissione. In proposito, in maniera emblematica, P.LUCARELLI Scissione e circolazione dell’azienda, in Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gianranco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, IV, 2007, pp.441, ove invita a leggere la scissione come vicenda meramente organizzativa al di fuori di ogni logica traslativa, abbandonando al contempo la logica per cui il modo giuridico ruota inevitabilmente intorno ai suoi protagonisti esclusivi, i soggetti ed i beni, e per la quale, di conseguenza “un bene, il cui proprietario cambia nome, non può che circolare dal precedente al successivo”.

conflitto fra soci (ovvero fra investitori di capitale di rischio) e quella con i creditori sociali, come già da tempo evidenziato⁹.

L'evidenza di tale considerazione emerge dai dati normativi, che offrono regole di soluzione di entrambi i conflitti, nell'un caso imponendo quozienti qualificati o riconoscendo il diritto di recesso al socio non consenziente, nell'altro sancendo peculiari regimi di responsabilità transitoria o assegnando ai creditori la facoltà di impedire il mutamento organizzativo mediante l'istituto dell'opposizione.

3. Interessi economici e società di persone rimasta unipersonale.

Il pratico non comprende perchè, nella logica individuata, colui che esercita l'impresa in forma di società unipersonale sia tenuto a liquidare integralmente i rapporti, e quindi a far cessare l'attività, qualora intenda continuarne l'esercizio come impresa individuale.

Chiunque possiede una benchè minima esperienza applicativa è consapevole del fatto che anche la micro impresa si compone di una pluralità di rapporti che non è possibile estinguere preventivamente senza far cessare l'attività: dai rapporti bancari all'insieme dei debiti, di importo singolo non rilevante, nei confronti dei fornitori; dalla titolarità delle licenze e delle eventuali autorizzazioni all'esercizio dell'attività fino ai contratti, i cd. "ordini", da eseguire o ai contratti di rapporto dipendente, con il conseguente debito da T.F.R..

Val la pena rammentare, in proposito, che la Raccomandazione della Commissione Europea del 7 dicembre 1994, nell'art.4 lett. a), invitava gli stati membri "ad adottare gli strumenti idonei a consentire un diritto di trasformazione delle imprese medesime che possano passare, nel rispetto dei diritti dei terzi e dei soci, da una forma giuridica all'altra, senza che sia necessaria la dissoluzione o la costituzione di un nuovo soggetto".

Dunque, le ragioni di plausibilità economica per invocare l'applicazione del principio di continuità anche alla transizione da società unipersonale ad azienda (impresa) individuale ricorrono integralmente¹⁰.

La razionalità economica della questione in esame sembra ulteriormente enfatizzata da un dato normativo: a mente dell'art.2272 n. 4) c.c., decorsi sei mesi da quando si è generata la situazione di unipersonalità, qualunque ne sia la causa, non è consentito continuare ad esercitare l'impresa con le

⁹ Si veda M. SARALE, op.cit., diffusamente.

¹⁰ Già prima della riforma avevano evidenziato il problema e proposto una soluzione nel senso dell'applicabilità della disciplina della trasformazione A. MAZZONI, Costituzione uni personale di r.l. mediante "incorporazione" dell'impresa individuale del fondatore, Relazione al Convegno di studi del Consiglio Nazionale del Notariato, Roma 19 novembre 1993, inedito, riportato da C. IBBA, La società a responsabilità limitata con unico socio, Totino, 1995, pp. 42 e ss; M. SARALE, op.cit., pp.289 e ss.

regole di organizzazione della società di persone e pertanto è imposta ex lege l'evoluzione verso modelli organizzativi diversi.

L'unico socio deve cambiare.

Nella visione tradizionale sembra allora posto di fronte ad un'unica alternativa: continuare l'esercizio solitario dell'attività secondo regole organizzative della società di capitali unipersonale, e decidere quindi la trasformazione in tal senso, oppure cessare la stessa liquidando il patrimonio sociale.

Eppure anche l'esercizio in forma individuale rappresenta una forma di organizzazione dell'impresa, soggetta ad una serie di regole (dall'obbligo di tenuta delle scritture contabili fino agli obblighi in tema di pubblicità delle vicende dell'impresa), così come società, associazione, fondazione, consorzio o società consortile, comunione di azienda¹¹, non rappresentano altro che definizioni sintetiche di discipline volte ad organizzare l'esercizio di un'attività tramite un patrimonio dato¹².

Se, come è stato autorevolmente detto, la trasformazione consiste nel mutamento delle regole di organizzazione dell'attività, per cui il lemma "ente" che compare nell'art.2498 c.c. altro non serve se non "a richiamare le diverse regole di organizzazione messe a disposizione dall'ordinamento, tra le quali l'autonomia privata è abilitata a scegliere quella ritenuta idonea ad esercitare l'attività programmata"¹³, sembra quantomeno doveroso riflettere sull'asserita incompatibilità concettuale del passaggio da società unipersonale ad azienda in proprietà individuale.

Già prima della riforma si evidenziava il disagio di dover applicare la disciplina del conferimento alla costituzione di società unipersonale attuata mediante apporto dell'azienda individuale, "situazione nella quale alla continuità dell'esercizio dell'impresa si accompagna più che un atto di disposizione del patrimonio un mutamento del regime di responsabilità con riferimento al patrimonio che quell'attività serve"¹⁴.

In tale prospettiva, sembra allora da accogliere l'invito ad abbandonare suggestioni antropomorfiche della persona giuridica, superare definitivamente "un ormai datato anelito di ricostruzione in termini

¹¹ Anche una situazione di comproprietà, pur se priva di soggettività giuridica, è soggetta ad una disciplina organizzativa, perché tale è, a ben vedere, la disciplina della comunione, che regola e disciplina, quindi organizza, i rapporti fra i comproprietari. Dunque, anche alla comunione di azienda si può attingere la definizione di ente, intesa come insieme di regole di organizzazione, di cui la soggettività non è che una fra le altre. Così A. PISANI MASSAMORMILE, op.cit., p.p.87. Come evidenziato nel prosieguo del testo, il ragionamento si presta ad essere allargato all'azienda individuale tramite la quale è esercitata un'impresa individuale, poiché, riproponendo un quesito autorevolmente, proposto non può ricorrere anche nella circostanza, allorché si intenda esercitare la medesima impresa con il medesimo compendio patrimoniale (con la medesima azienda) "un succedersi di discipline destinate ad organizzare un'attività, ancorché quella del "prima" non prevedeva e quella del "dopo" preveda una segregazione patrimoniale?" A. PISANI MASSAMORMILE, op.cit., p.81, nt.17.

¹² In tal senso si veda A. PISANI MASSAMORMILE, op.cit., p.91, nt 29, ove altri rinvii.

¹³ A. PISANI MASSAMORMILE, op.cit., p.78.

¹⁴ M. SARALE, op.cit., p.299.

di appartenenza”¹⁵, e muovere dal dato per cui anche il soggetto giuridico non rappresenta altro che una “mera tecnica di organizzazione di un gruppo di persone che gestisce unitariamente un’attività” o una mera tecnica di organizzazione di “un’attività separata dalle altre” esercitate dalla medesima persona¹⁶.

Nella prospettiva assunta non si vede per qual motivo non sia legittimo, concettualmente e funzionalmente, riconoscere all’unico socio la possibilità di adottare, in alternativa all’apparato organizzativo della società di capitali, le regole di organizzazione dell’impresa individuale per continuare l’attività; in altri termini, di cambiare le regole di organizzazione dell’attività, che “sono regole e solo regole” e pertanto le si può cambiare liberamente¹⁷, non sussistendo una controindicazione, per così dire, naturalistica.

L’unica ragione potrebbe essere rappresentata dalla necessità di riconoscere prevalenza ad interessi altrui, segnatamente a quello dei creditori sociali di veder soddisfatti prioritariamente i loro diritti sul patrimonio sociale.

Peraltro, come già rilevato, il problema della tutela del ceto creditorio è comune ad ogni fattispecie che genera un mutamento delle regole di organizzazione dell’impresa (si pensi, per esempio, anche alla fusione o alla scissione) e può (deve) essere risolto sul piano della disciplina applicabile.

4. Le argomentazioni tecniche a sostegno della tesi dell’ammissibilità. Della pretesa tassatività dell’elencazione contenuta nell’art.2500 septies.

Verificata la ragionevolezza economica della questione, e la funzionalità della trasformazione a risolverla, sembra necessario riprendere il filo del discorso iniziato con l’analisi dei provvedimenti giurisprudenziali, al fine di verificare il peso interpretativo delle motivazioni.

Il primo argomento contrario all’ammissibilità della fattispecie in esame è individuato nel preteso carattere tassativo dell’elencazione contenuta nell’art.2500 septies c.c., da cui l’impossibilità di coinvolgere nelle trasformazioni eterogenee le società di persone tramite l’applicazione analogica della relativa disciplina.

In proposito pare sufficiente rammentare che, a parte un’unica voce dissonante¹⁸, dal giorno seguente all’entrata in vigore della riforma la dottrina si è orientata, compatta, a favore

¹⁵ A. PISANI MASSAMORMILE, op.cit., p.77.

¹⁶ Così, condivisibilmente, A. PISANI MASSAMORMILE, p.78: è così dunque chiarita anche la scelta legislativa di avvalersi del termine “enti” nell’art.2498 c.c., “rinunziando a più complesse ed impegnative terminologie e volendo limitarsi a richiamare le diverse regole di organizzazione messe a disposizione dall’ordinamento, tra le quali l’autonomia privata è abilitata a scegliere quelle ritenute idonea ad esercitare l’attività programmata”.

¹⁷ A. PISANI MASSAMORMILE, op.cit., p.90.

¹⁸ G. PALMIERI, Autonomia e tipicità nella nuova trasformazione, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gianranco Campobasso, diretto da Abbadessa e Portale, IV, 2007, pp.103 ss.

dell'applicabilità analogica della disciplina della trasformazione eterogenea a fattispecie non previste, ed in particolare a quelle che vedono, sulla linea di partenza o di arrivo, società di persone. La convinzione è talmente diffusa ed acquisita che quasi sorprende la necessità di ritornare sul tema: per completezza si può rammentare che a favore dell'ammissibilità non ostano né motivi causali, dal momento che le società di persone condividono con le società di capitali lo scopo lucrativo; né istanze di tutela del ceto creditorio, che in taluni ipotesi, e segnatamente quando il tipo personalistico rappresenta lo schema organizzativo di arrivo, risultano addirittura rafforzate per il principio dell'estensione della responsabilità illimitata alle obbligazioni pregresse; né, infine, esigenze di tutela dei soci, poiché troverà applicazione la regola generale sancita nell'art.2252 c.c., dovendosi attribuire al primo comma dell'art.2500 ter c.c. natura eccezionale¹⁹.

Dunque, è opinione comune che il silenzio normativo sul punto possa trovare una valida giustificazione storica nella volontà di evitare il rischio di un eccesso di delega, e che, in termini più generali, la tesi favorevole possa essere adeguatamente motivata con l'argomento autorevolmente intitolato "dell'irrazionalità del doppio passaggio e del principio di economia degli atti negoziali"²⁰, ovvero che non pare logico imporre un percorso più lungo, imperniato sulla preventiva trasformazione in società di capitali, per conseguire il medesimo risultato, laddove si garantisca la tutela dei medesimi interessi come sopra si è cercato di ribadire.

5. Segue: l'inconciliabile diversità ontologica fra società e azienda individuale.

La seconda questione messa sul tavolo dalla giurisprudenza è rappresentata dall'insormontabile diversità ontologica fra persona fisica e persona giuridica, tale da impedire razionalmente la trasformazione da società unipersonale ad azienda individuale.

Non vi è dubbio che nella fattispecie si genera, implicitamente, un mutamento del centro di imputazione dei rapporti giuridici, e che l'operazione si attua in piena discontinuità soggettiva.

Ma è altrettanto indubbio il medesimo effetto implicito è presente anche nella fattispecie tipica della trasformazione eterogenea di società di capitali pluripersonale in comunione di azienda, a cui consegue il mutamento formale della titolarità del patrimonio²¹, e non solo la mera modificazione

¹⁹ Per tutti, G. FRANCH, commento all'art.2500 septies, in Commentario alla riforma delle società diretto da P.G.Marchetti, L.A. Bianchi, F.Ghezzi, M. Notari, Trasformazione – Fusione – Scissione, art.2498 – 2506 quater, Milano, 2006, p. 283; D. SANTOSUOSSO, 237, La trasformazione eterogenea: la disciplina generale, in Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative, in Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2007.

²⁰ A. PISANI MASSAMORMILE, op.cit., p.119.

²¹ In tal senso anche A. CETRA, op.cit., p.185, per il quale, nitidamente "tale operazione consente il cambiamento della titolarità del complesso aziendale, che dai soggetti divisati si sposta su un centro autonomo di imputazione, in deroga alla disciplina sul trasferimento di azienda".

delle regole di organizzazione dell'attività, a differenza di quanto accade in ogni altra fattispecie di trasformazione, anche eterogenea.²²

Anche la trasformazione di o in comunione di azienda si realizza, almeno formalmente, nel segno della discontinuità soggettiva, al punto che pare possibile ravvisarvi una soluzione alternativa o alla liquidazione estintiva della società con assegnazione del complesso aziendale (trasformazione regressiva), o alla costituzione della società con conferimento di azienda (trasformazione progressiva)²³. In caso di trasformazione di società, infatti, si determina un risultato assimilabile, almeno dal punto vista economico, ad un'assegnazione dell'azienda sociale ai soci: effetto che fino ad oggi non poteva prodursi che al termine della fase di liquidazione in vista dell'estinzione dell'ente²⁴. Alla stessa stregua, la trasformazione di comunione di azienda in società di capitali consente di derogare alle norme ed ai principi che regolano il conferimento di azienda²⁵.

Come autorevolmente rilevato, la trasformazione oggi si presta pertanto a designare anche fenomeni di costituzione di società di capitali patrimonializzata con le quote di comproprietà aziendale senza soluzione di continuità, e quindi di creazione di un vincolo di destinazione (trasformazione di comunione di azienda in società), e fenomeni di soppressione dell'organizzazione sociale, e quindi del vincolo di destinazione, senza liquidazione, senza preventivo appuramento ed estinzione delle passività (trasformazione di società in comunione di azienda)²⁶.

²² Si è osservato che la trasformazione di o in comunione di azienda non risulta funzionale alla conservazione del vincolo di destinazione del patrimonio, ma dà luogo alla creazione o alla soppressione di tale vincolo, al punto che si è ravvisata l'esigenza di una risemantizzazione radicale del termine. P.SPADA, op.cit., p.3893.

²³ P.SPADA, op.cit. p.3893.

²⁴ Tenuto conto, infatti, che la società è dotata di autonomia patrimoniale perfetta, la costituzione in capo ai soci di una situazione di contitolarità volontaria sul compendio aziendale, ai sensi dell'art. 1100 c.c., realizza un'uscita di quel complesso di beni dalla sfera patrimoniale della società e il suo ingresso in quelle individuali dei singoli comproprietari, già soci.

²⁵ Per i motivi esposti entrambe le ipotesi di trasformazione determinano un'alterazione della garanzia patrimoniale del ceto creditorio, come nel prosieguo del testo si cercherà di evidenziare.

Infatti, in caso di trasformazione in comunione di azienda viene meno il regime di autonomia patrimoniale cui era assoggettato il patrimonio aziendale a vantaggio dei creditori dell'impresa. In altri termini, viene soppresso il vincolo di destinazione impresso al patrimonio, a garanzia dei creditori sociali.

Nel momento in cui ogni socio si vede assegnata una quota di comproprietà statica disciplinata dagli articoli 1100 e ss., bisogna rilevare in primo luogo che la stessa ha per oggetto tutti ed ogni singolo bene o diritto che concorre a comporre l'azienda e non quest'ultima intesa come universitas iuris, dal momento che la nozione di azienda esprime, ai sensi dell'art. 2555 c.c., un mero concetto funzionale di relazione fra più beni; in secondo luogo, che ogni quota di ogni singolo cespite o diritto entra a far parte della garanzia patrimoniale generica di ogni comproprietario ai sensi dell'art. 2740 c.c..

In altri termini, i creditori di impresa, prima creditori sociali, finiscono per subire, per quota di comproprietà, la concorrenza dei creditori individuali di ogni contitolare sui beni prima riservati al loro soddisfacimento: risultato che l'ordinamento mira solitamente ad evitare imponendo il procedimento di liquidazione.

In modo eguale e contrario i creditori dell'imprenditore individuale o dei comproprietari dell'azienda vedono sottrarre tramite la trasformazione in società parte del patrimonio alla loro garanzia generica.

Nel caso in cui sulla linea di partenza o al traguardo vi sia una società di capitali, la soluzione del conflitto potenziale fra esigenze di riorganizzazione dell'impresa ed istanze del ceto creditorio è affidata al diritto di opposizione di cui all'art.2500 novies c.c..

²⁶ In tal senso P.SPADA, op.cit., p.3893.

Dunque, risulta parzialmente erronea l'asserzione giurisprudenziale secondo la quale "l'elemento che accomuna le società, i consorzi, le comunioni di azienda, le associazioni non riconosciute, le fondazioni, e ne rende possibile la trasformazione è l'esistenza in capo ad esse di un patrimonio separato, ossia di una possibile connotazione mancante nelle imprese individuali, le quali non sono dotate di autonomia patrimoniale, a differenza di quelle collettive", perché è indiscutibile che non esistono regole che facciano della comunione di azienda un patrimonio separato ed autonomo rispetto a quello dei comproprietari.

E' fuor di dubbio che la comunione di azienda sia soggetta alla disciplina degli artt.1100 e ss. c.c. e che ogni quota di ogni singolo cespite o diritto facente parte dell'azienda comune concorre alla garanzia patrimoniale generica di ogni comproprietario ai sensi dell'art. 2740 c.c.: i creditori di impresa, prima creditori sociali, finiscono per subire, per quota di comproprietà, il concorso dei creditori individuali di ogni contitolare sui beni prima riservati al loro soddisfacimento.

Dunque, sotto tale profilo non vi è differenza fra proprietà individuale e proprietà collettiva dell'azienda.

Atteso ciò, già invocando il principio di parità di trattamento di cui all'art.3 della Costituzione, sembra possibile legittimare la trasformazione in azienda individuale di una società di capitali unipersonale, definitivamente accolta nell'ordinamento come tecnica di specializzazione della responsabilità dell'imprenditore individuale grazie alla riforma.

Occorrerebbe dimostrare che vi sono ragioni giuridiche puntuali ed apprezzabili per ritenere che solo una comunione o comproprietà di azienda possa evolvere in o essere il risultato dell'evoluzione di una società senza applicazione delle regole sulla circolazione dei beni; ragioni che invero non si riescono a ravvisare, essendo piuttosto probabile che la previsione normativa sia stata ispirata dall'*id quod plerumque accidit* all'indomani del decesso dell'imprenditore individuale.

Quella che ci interessa ai fini delle presenti note, tuttavia, è l'ipotesi opposta, tipizzata, della trasformazione in comunione di azienda, ovvero in una situazione di comproprietà che conosce il disfavore normativo, come reso evidente dalla previsione degli artt.1111 c.c..

Ne deriva, per coerenza logica, che la legittimazione alla trasformazione trova la sua base razionale non già nel favor legislativo per la comproprietà, bensì nella volontà di consentire il mutamento delle regole di organizzazione laddove non più funzionali, per la loro complessità, all'attività effettivamente svolta.

Si consegna all'autonomia privata un procedimento di adeguamento delle regole all'attività senza imporre la cessazione della medesima.

Per quale ragione giuridica non si dovrebbe consentire all'unico socio di società di capitali (e, in via di applicazione analogica alla luce di quanto detto, all'unico socio di società di persone) di adeguare le regole all'attività svolta, là dove la natura giuridica della situazione finale (proprietà/comproprietà dell'azienda) è la medesima?

Là dove la situazione di comproprietà è suscettibile di evolvere, ex art.1111 c.c., quindi per volontà normativa, in situazione di proprietà? Là dove tale evoluzione può essere il risultato, anche a breve,

di una contrattazione fra le parti che si concretizza nella cessione delle quote di comproprietà dei beni aziendali a favore di uno solo dei comproprietari, che diviene proprietario esclusivo (finanche potendosi immaginare una pluripersonalità creata formalmente per accedere alla trasformazione in comunione di azienda, seguita dalla vendita della quota di comproprietà, in spregio del già invocato principio di economia degli atti giuridici)?

Ma, soprattutto, visto quanto sopra in termini di omogeneità di situazioni giuridiche finali, laddove l'abbandono delle regole di organizzazione della società di persone, rimasta unipersonale, non è frutto della scelta autonoma dell'imprenditore, ma è imposta dall'ordinamento?

Mi pare che non sussistano ragioni giuridicamente plausibili per discriminare trasformazione in comunione di azienda e trasformazione in azienda individuale sulla base delle regole afferenti la titolarità dei beni e diritti, l'imputazione dei frutti e la responsabilità verso i creditori.

La transizione, in definitiva, si traduce in entrambi i casi nella sottrazione dell'azienda alla disciplina del patrimonio autonomo – società, ponendosi in ambedue i casi in alternativa al procedimento noto come "liquidazione".

Poiché quest'ultimo è imposto a tutela dell'interesse dei creditori sociali ad evitare la concorrenza dei creditori personali dei soci o del socio sui beni di impresa, emerge solo un problema di tutela dei primi.

Rispetto alla trasformazione tipica di società di capitali in comunione di azienda il problema è stato risolto riconoscendo il diritto di opposizione ai creditori sociali, secondo quanto previsto nell'art.2500 novies c.c..

Si tratta di verificare se la medesima soluzione può essere applicata in via analogica alla trasformazione di società di persone rimasta unipersonale in azienda individuale.

6. Dell'applicabilità dell'art.2500 novies c.c. alla trasformazione di società di persone rimasta unipersonale in azienda individuale.

Mi pare che sia possibile prospettare una risposta affermativa al quesito proposto, sia sotto il profilo della compatibilità tecnica sia sotto il profilo della ricorrenza dei presupposti.

Di più: l'applicabilità analogica dell'art.2500 novies c.c. potrebbe elevarsi a condizione necessaria di legittimità della trasformazione.

Conviene muoversi con ordine.

Sembra innanzitutto possibile affermare l'applicabilità analogica dell'istituto dell'opposizione a fattispecie non previste poichè l'applicabilità diretta ad ogni ipotesi di trasformazione eterogenea lo rende istituto proprio del procedimento, a prescindere dall'ente coinvolto, e come tale non eccezionale (la disciplina legale della trasformazione eterogenea dimostra che l'ambito di operatività di tale istituto può anche trascendere l'area societaria: l'opposizione, infatti, si manifesta di necessità prima che la trasformazione stessa sia divenuta efficace, quando il codice organizzativo dell'ente non ha ancora subito mutamenti, quindi nei confronti della delibera dell'associazione, del consorzio, della società consortile, o nei confronti della decisione dei comproprietari dell'azienda).

Uniche condizioni di legittimità per l'applicazione analogica sembrano rappresentate: i) dalla ricorrenza del presupposto del cambiamento dello scopo dell'attività esercitata con il patrimonio destinato (cd. eterogeneità degli scopi); ii) dalla possibilità di pubblicizzare il mutamento organizzativo e funzionale dell'attività stessa.

Se nella fattispecie in esame la presenza del secondo requisito è certamente assicurata, poiché le modifiche organizzative e la cessazione della società di persone sono soggette all'onere pubblicitario presso il registro delle imprese, è stata di recente contestata, invece, la possibilità di qualificare come eterogenea la transizione da società di persone a "impresa individuale".

Si è infatti ritenuto²⁷ che nella circostanza non si verifichi alcun mutamento funzionale, a differenza di quanto accade in caso di trasformazione di comunione di azienda, caratterizzata dall'inevitabile cessazione dell'attività da parte del gruppo, poiché l'unica forma ammessa di esercizio collettivo dell'impresa è quella societaria; ragion per cui non sarebbe possibile operare un parallelismo vincolante fra le figure, quella dell'azienda in comproprietà e quella dell'azienda (impresa) individuale. Con argomentazioni di valore più spiccatamente economico, si sostiene che il riconoscimento del diritto di opposizione lascerebbe l'unico socio di società di persone, obbligato *ex lege* a mutare la forma di organizzazione dell'impresa, alla mercé di uno qualsiasi dei suoi creditori, rallentando le operazioni di riorganizzazione e costringendo ad un'insensata sospensione dell'attività, senza peraltro offrire alcuna tutela effettiva agli stessi creditori sociali, poiché l'applicazione dell'istituto dell'opposizione nella circostanza è interpretativa e non letterale, e quindi di incerta conoscibilità da parte degli aventi diritto.

In definitiva, secondo tale orientamento, ferma la legittimità dell'operazione per i motivi in precedenza esposti, "la trasformazione della società di persone con unico socio in impresa individuale costituisce una trasformazione in senso tecnico di tipo omogeneo, alla quale cioè, non trova applicazione il disposto dell'art.2500 novies c.c..²⁸. All'innegabile esigenza di tutela dei creditori sociali si dovrà dar risposta ricorrendo altri ordinari strumenti di tutela nei confronti degli atti pregiudizievoli posti in essere a loro danno dal creditore, a cominciare dall'azione revocatoria.

La trasformazione della società di persone rimasta unipersonale in impresa individuale è così assimilata, quantomeno sotto il profilo della tutela del ceto creditorio, alla trasformazione in società di capitali unipersonale.

La tesi non convince nei suoi esiti estremi.

L'assegnazione dell'azienda in proprietà esclusiva all'unico socio quale effetto della trasformazione (e della soppressione del vincolo formale di destinazione che la connotava) comporta, alternativamente ed indifferentemente, la possibilità che la stessa sia impiegata dal medesimo proprietario per esercitare direttamente un'attività di impresa (e quindi per essere imprenditore individuale) o sia affittata per essere utilizzata da altri: situazione, quest'ultima, identica a quella ravvisata quale presupposto della trasformazione in comunione di azienda.

²⁷ F. TASSINARI, La trasformazione della società di persone con unico socio, in M. Maltoni – F. Tassinari, Le trasformazioni delle società, seconda edizione, Milano, 2011.

²⁸ F. TASSINARI, op.cit..

Il diritto di proprietà non è funzionalmente orientato, poiché la pienezza delle facoltà di godimento e di disposizione in cui consiste ex art.832 c.c. si sostanzia nella possibilità di fare tutto ciò che non è espressamente vietato.

Dunque, mi pare possibile esprimere un giudizio in termini non tanto di omogeneità, ma solo di assenza di necessaria omogeneità, da cui l'impossibilità di postulare l'automatica applicabilità della disciplina che presiede alla trasformazioni omogenee.

Poiché in definitiva la scelta della disciplina dipende dal conflitto di interessi che si intende risolvere, mi pare che il confronto, come già ribadito²⁹, debba essere svolto più opportunamente su questo piano.

In altri termini, si tratta di capire se la trasformazione in esame genera un possibile problema di lesione di quegli stessi interessi alla cui tutela presiede la regola dell'opposizione dei creditori dettata per le trasformazioni eterogenee oppure se siano sufficienti le regole valide per le trasformazioni omogenee.

Mi pare prioritariamente necessario rilevare che il risultato dell'operazione consiste nella cessazione dell'organizzazione sociale, e quindi nell'abbandono del regime di autonomia patrimoniale, in virtù del quale il creditore particolare del socio può compiere, al massimo, atti conservativi sulla quota ma non sui beni sociali ex art.2270 c.c. (art.2305 c.c.), senza preventivo appuramento ed estinzione delle passività sociali, alla stregua di quanto accade in caso di trasformazione in comunione di azienda.

Occorre chiedersi allora se, ferma la derogabilità del procedimento formale di liquidazione, a mente di quanto disposto nell'art.2275 c.c., sia necessario o meno procedere alla preventiva definizione dei rapporti sociali anche nelle società di persone, alla stregua di quanto previsto per le società di capitali.

La questione coinvolge, a ben vedere, l'applicabilità dell'art.2280 c.c., e del divieto in esso contenuto di ripartire i beni ai soci finché non siano pagati i creditori sociali (o accantonate le somme necessarie per pagarli), anche all'ipotesi in cui i soci decidano di omettere il procedimento formale di liquidazione.

Se la dottrina maggioritaria sembra orientata nel senso ritenere inderogabile il principio affermato nella norma richiamata, a tutela dei creditori sociali, "per evitare la confusione del patrimonio sociale nei patrimoni personali dei soci, con conseguente manomissione del diritto di creditori sociali al soddisfacimento preferenziale sui beni sociali"³⁰, la giurisprudenza, anche di legittimità, si muove in direzione opposta, ritenendo che il divieto sancito nell'art.2280 c.c. sia rivolto esclusivamente ai liquidatori, stante il regime di responsabilità illimitata dei soci da cui sono garantite le ragioni dei creditori sociali³¹.

²⁹ Si veda paragrafo 2.

³⁰ M. GHIDINI, *Le società personali*, Padova, 1972, p.827; nel senso della necessità dell'operazione di preventiva liquidazione del patrimonio nell'interesse dei creditori sociali, al punto da rendere necessario il procedimento di liquidazione formale nelle società soggette a registrazione per la loro forma commerciale G. COTTINO – R. WEIGMANN, *Società di persone*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2004, p.325.

³¹ Cass. 27 gennaio 1992, n.860, Mass. Giust. Civ., 1992, 1.

La soluzione giurisprudenziale non convince, per l'evidente ragione che in caso di estinzione del patrimonio autonomo la responsabilità illimitata dei soci nulla aggiunge alla tutela delle ragioni dei creditori sociali a titolo di compensazione per la perdita del diritto di soddisfazione preferenziale sui beni sociali.

Dunque, qualora si ritenga necessario procedere comunque alla preventiva soddisfazione dei creditori sociali, sembrano ricorrere gli estremi per asserire l'analogia con la trasformazione di società di capitali, e quindi per l'applicazione analogica dell'art.2500 novies c.c..

Né sembra coerente nella circostanza invocare, in alternativa, il rimedio dell'azione revocatoria, per incompatibilità con le regole in cui consiste la trasformazione, e quindi con la natura di questa.

Si è detto che l'effetto della continuità che la trasformazione assicura si ottiene autorizzando la disapplicazione delle regole che ordinariamente presiedono alla circolazione dei beni e diritti, comprese quelle in materia di trasferimento dell'azienda.

L'azione revocatoria è diretta a rendere relativamente inefficaci gli atti di disposizione (art.2901 c.c.), e come tale risulta incoerente ed inapplicabile in caso di trasformazione, che si distingue dall'assegnazione dell'azienda all'unico socio perché si sottrae alla disciplina del trasferimento di azienda, e quindi ai rimedi concessi in caso di compimento di atti dispositivi, in ragione del fatto che consiste nel mero mutamento delle regole di organizzazione dell'attività.

Mi pare, in definitiva, che l'unico strumento di tutela, in caso di applicazione del principio di continuità, sia rappresentato dall'opposizione preventiva, come sistematicamente confermato anche dalla disciplina della fusione e della scissione, che risulta altresì strutturalmente collegata alla regola della definitiva stabilizzazione degli effetti dell'operazione di riorganizzazione dell'impresa, sancita nell'art.2500 bis c.c. rispetto alla trasformazione.