

Consiglio Nazionale del Notariato

Studio n.128-2020/I

TRASFORMAZIONE FUSIONE E SCISSIONE DEGLI ENTI ESERCENTI IMPRESE SOCIALI

estensore Federico Magliulo

(Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa l'11 giugno 2020)

Abstract

Il D. Lgs. 3 luglio 2017 n. 112 ha operato una significativa revisione della disciplina in materia di impresa sociale, in esecuzione della delega conferita al Governo dall'articolo 1, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106.

Nel contesto di tale decreto il legislatore ha provveduto anche a dettare, all'art. 12, specifiche disposizioni in materia di trasformazione, fusione e scissione delle imprese sociali, che prevedono particolari limitazioni a siffatte operazioni, al fine di preservare l'assenza di scopo di lucro, i vincoli di destinazione del patrimonio, ed il perseguimento delle attività e delle finalità da parte dei soggetti risultanti dagli atti posti in essere.

L'art. 12 fa, tuttavia, salvo quanto specificamente previsto dal codice civile per le società cooperative, senza precisare come operi in dettaglio tale salvezza, ponendo in tal modo numerosi dubbi.

Del pari la legge non chiarisce in modo esplicito cosa accada in caso di operazioni straordinarie delle imprese sociali dalle quali risulti un ente del Terzo settore non avente la qualifica di impresa sociale.

Ulteriori interrogativi nascono per le operazioni straordinarie che coinvolgano enti religiosi civilmente riconosciuti, data la particolare natura di siffatti enti.

SOMMARIO: 1. Le operazioni straordinarie nel contesto della riforma della disciplina dell'impresa sociale - 2. Il carattere polimorfico dell'impresa sociale - 3. La disciplina codicistica delle operazioni straordinarie delle imprese sociali - 4. Il limite della compatibilità all'applicazione delle norme codicistiche: il problema dell'opposizione dei creditori nella trasformazione causalmente omogenea - 5. Il regime autorizzatorio delle operazioni straordinarie delle imprese sociali - 6. La necessità dell'autorizzazione ministeriale indipendentemente dalla natura di impresa sociale esercitata dall'ente risultante dall'operazione - 7. La salvezza delle regole civilistiche delle cooperative - 8. Gli effetti della mancanza dell'autorizzazione ministeriale - 9. La perdita volontaria della qualifica di impresa sociale e la sua incidenza sulla possibilità di porre in essere operazioni straordinarie - 9.1. La devoluzione patrimoniale - 9.2. Le operazioni straordinarie delle imprese sociali dalle quali risulti un ente del Terzo settore non avente la qualifica di impresa sociale - 10. La situazione patrimoniale - 10.1. Generalità - 10.2. La data di aggiornamento della situazione patrimoniale - 10.3. La necessità della situazione patrimoniale anche in caso di trasformazione non soggetta all'applicazione dell'art. 42-bis c.c. - 10.4. La sostituzione della situazione patrimoniale

con l'ultimo bilancio di esercizio - 10.5. Il supplemento di informativa - 10.6. Contenuto e struttura della situazione patrimoniale - 11. La relazione dell'organo amministrativo - 12. Irrinunciabilità della situazione patrimoniale e della relazione dell'organo amministrativo - 13. Il deposito della situazione patrimoniale e della relazione dell'organo amministrativo - 14. L'applicazione del procedimento autorizzatorio agli enti religiosi civilmente riconosciuti - 14.1. Le speciali regole prescritte per gli enti religiosi civilmente riconosciuti - 14.2. La disciplina del procedimento di trasformazione, fusione e scissione degli enti religiosi civilmente riconosciuti - 14.2.1. La speciale natura degli enti religiosi - 14.2.2. La tendenziale applicabilità delle norme del codice civile in materia di operazioni straordinarie - 14.2.3. La situazione patrimoniale - 14.2.4. La relazione dell'organo amministrativo - 14.2.5. L'autorizzazione ministeriale - 15. La pubblicità delle operazioni straordinarie delle imprese sociali ed il regime tutorio delle associazioni riconosciute e delle fondazioni - 16. La pubblicità delle operazioni straordinarie degli enti religiosi civilmente riconosciuti.

1. LE OPERAZIONI STRAORDINARIE NEL CONTESTO DELLA RIFORMA DELLA DISCIPLINA DELL'IMPRESA SOCIALE

Il D. Lgs. 3 luglio 2017 n. 112 (*"D. Lgs. n. 112/2017"*) ha operato una significativa revisione della disciplina in materia di impresa sociale, in esecuzione della delega conferita al Governo dall'articolo 1, comma 2, lettera c) della legge 6 giugno 2016, n. 106¹.

Nel contesto di tale decreto il legislatore ha provveduto anche a dettare, all'art. 12, specifiche disposizioni in materia di trasformazione, fusione e scissione delle imprese sociali. La relativa normativa di attuazione è stata emanata con D.M. 27 aprile 2018, n. 50/2018 (*"D.M. n. 50/2018"*).

Non si tratta in realtà di una disposizione del tutto nuova.

Anche la precedente disciplina dell'impresa sociale di cui al D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155 all'art. 13 prevedeva, infatti, che *"per le organizzazioni che esercitano un'impresa sociale, la trasformazione, la fusione e la scissione devono essere realizzate in modo da preservare l'assenza di scopo di lucro di cui all'articolo 3 dei soggetti risultanti dagli atti posti in essere"*, rinviando a linee guida che furono poi approvate con il D. M. 24 gennaio 2008.

2. IL CARATTERE POLIMORFICO DELL'IMPRESA SOCIALE

Per quanto interessa in questa sede, deve evidenziarsi che quella dell'impresa sociale è una disciplina polimorfica, quanto alla forma giuridica, nel senso che le imprese sociali possono assumere la forma della società o quella di qualsiasi ente del Primo Libro del codice civile².

Esplicito al riguardo è l'art. 1 del D. Lgs. n. 112/2017, secondo cui *"Possono acquisire la qualifica di impresa sociale tutti gli enti privati, inclusi quelli costituiti nelle forme di cui al libro V del codice"*

¹ In argomento v. CNN, Studio n. 91-2018/I, *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 19 aprile 2018, est. A. RUOTOLO e D. BOGGIALI

² In senso analogo *in parte qua* si esprimeva anche l'art. 1 del D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155, il quale definiva come impresa sociale *"tutte le organizzazioni private, ivi compresi gli enti di cui al libro V del codice civile, che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale, e che hanno i requisiti di cui agli articoli 2, 3 e 4"*.

civile, che, in conformità alle disposizioni del presente decreto, esercitano in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti e favorendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alle loro attività”.

In altri termini *“l'impresa sociale si configura non già come uno status soggettivo di un particolare tipo giuridico, bensì come una qualifica normativa che tutti i tipi di enti giuridici, inclusi quelli societari, possono acquisire se presentano i requisiti essenziali contemplati nel decreto agli articoli da 2 a 13”*³.

A fronte di ciò, il comma 5 del medesimo articolo dispone che *“Alle imprese sociali si applicano, in quanto compatibili con le disposizioni del presente decreto, le norme del codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, e, in mancanza e per gli aspetti non disciplinati, le norme del codice civile e le relative disposizioni di attuazione concernenti la forma giuridica in cui l'impresa sociale è costituita”*⁴.

Tale disposizione è ascrivibile alla scelta del legislatore di considerare l'impresa sociale *“ricompresa nel perimetro degli enti del Terzo settore, in quanto anche essa presenta l'elemento caratterizzante tale categoria giuridica, individuato nell'aspetto teleologico, cioè il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, realizzate attraverso lo svolgimento di attività di interesse generale, ai sensi dell'articolo 118 della Costituzione, mediante la produzione e lo scambio di beni e servizi”*⁵.

Da ciò deriva che alle imprese sociali si applicano:

- in primo luogo le specifiche norme del D. Lgs. n. 112/2017;
- in secondo luogo, ed in quanto compatibili con le disposizioni di quest'ultimo decreto, le norme del codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117;
- in via residuale le norme del codice civile e le relative disposizioni di attuazione concernenti la forma giuridica in cui l'impresa sociale è costituita, sia pure solo in mancanza e per gli aspetti non disciplinati dalle norme di cui sopra⁶.

Se ne deduce che il poliformismo dell'impresa sociale attiene più alla forma che alla sostanza di quest'ultima, in quanto gli aspetti sostanziali sono per lo più disciplinati dalle norme di settore.

3. LA DISCIPLINA CODICISTICA DELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE DELLE IMPRESE SOCIALI

E tuttavia siffatte regole formali sono estremamente importanti per quanto attiene alle operazioni di trasformazione, fusione e scissione, tant'è che il principio polimorfico sopra esposto, con conseguente rinvio alle norme codicistiche proprie della forma giuridica in concreto adottata, è ribadito dal legislatore anche in sede di disciplina di tali operazioni.

³ *Relazione illustrativa* al D. Lgs. 3 luglio 2017 n. 112; CNN, Studio n. 91-2018/I, *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, cit., 5; F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, Milano, 2018, 494.

⁴ CNN, Studio n. 91-2018/I, *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, cit., 6; G.A.M. TRIMARCHI, *Terzo Settore e “Imprese Sociali”: la disciplina delle operazioni straordinarie*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2019, 436, ove si analizza anche l'ulteriore problema della gerarchia delle norme applicabili alle cooperative sociali.

⁵ *Relazione illustrativa* al D. Lgs. 3 luglio 2017 n. 112; CNN, Studio n. 91-2018/I, *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, cit., 3; F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 493.

⁶ F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 493.

Infatti l'art. 3 del D.M. n. 50/2018, emanato in attuazione del citato art. 12, del D. Lgs. n. 112/2017, dispone che *“Alle operazioni di trasformazione, fusione e scissione si applicano le disposizioni di cui agli articoli da 2498 a 2506-quater del codice civile, avendo riguardo alla configurazione giuridica dell'ente avente la qualifica di impresa sociale. Nel caso di operazioni straordinarie poste in essere da soggetti per i quali le norme vigenti richiedono la predisposizione di particolari documenti con contenuto informativo obbligatorio, è necessario adattare le informazioni alla natura degli stessi”*⁷.

Anche in questo caso, dunque, si ribadisce l'applicazione delle regole proprie delle operazioni straordinarie in ragione della forma giuridica assunta dall'impresa sociale⁸, sia pure con un adattamento dei documenti informativi alla natura caratteristica dell'impresa sociale sotto il profilo sostanziale.

Per tali ragioni il generale richiamo alle *“disposizioni di cui agli articoli da 2498 a 2506-quater del codice civile”* va più correttamente inteso come rinvio alle diverse norme codicistiche che disciplinano le operazioni straordinarie in ragione delle caratteristiche tipologiche degli enti partecipanti.

Ne consegue che le operazioni straordinarie delle imprese sociali possono consistere in:

- trasformazioni societarie omogenee disciplinate dalle disposizioni di cui agli artt. da 2500-ter a 2500-sexies c.c.;
- trasformazioni societarie eterogenee disciplinate dalle disposizioni di cui agli artt. da 2500-septies a 2500-nonies c.c.⁹;
- trasformazioni di società cooperative disciplinate dagli artt. 2545-decies c.c. e 2545-undecies c.c. (v. *amplius infra* § 7.);
- reciproche trasformazioni tra associazioni, riconosciute e non riconosciute, e fondazioni, disciplinate dall'art. 42-bis c.c.;
- fusioni o scissioni societarie omogenee, disciplinate dagli artt. 2501 e seguenti c.c.;
- fusioni e scissioni societarie eterogenee, non espressamente previste dalla riforma del diritto societario, ma ammesse da parte della dottrina¹⁰;

⁷ In senso analogo *in parte qua* si esprimevano le linee guida adottate, in attuazione del D.Lgs. 24 marzo 2006 n. 155, con D. M. 24 gennaio 2008, il quale per quanto qui interessa disponeva che:

“2. Rinvio alla disciplina civilistica per le operazioni di trasformazione, fusione e scissione.

2.1. Alle operazioni di trasformazione, fusione e scissione si applicano, a seconda del caso di specie, le disposizioni di cui agli articoli da 2498 a 2506-quater del codice civile.

2.2. Nell'applicare la normativa civilistica si ha riguardo alla particolare natura dell'organizzazione che esercita l'impresa sociale. Nei casi di operazioni straordinarie poste in essere da soggetti per i quali la normativa civilistica richieda la predisposizione di particolari documenti con contenuto informativo obbligatorio, è necessario adattare le informazioni richieste alla particolare natura dell'organizzazione che esercita l'impresa sociale”.

⁸ G.A.M. TRIMARCHI, *Terzo Settore e “Imprese Sociali”*: la disciplina delle operazioni straordinarie, cit., 438.

⁹ Secondo G. M. COLOMBO, *Le operazioni straordinarie delle imprese sociali*, in *Cooperative e Enti Non Profit*, n. 8-9/2018, 8 *“le previsioni per le quali la trasformazione, fusione e scissione devono essere realizzate in modo da preservare l'assenza di scopo di lucro dei soggetti risultanti dagli atti posti in essere, elimina di fatto la possibilità di trasformazione eterogenea ex art. 2500-octies c.c. per le associazioni e fondazioni esercitanti un'impresa sociale e connotantesi come tale, restringendo, apparentemente, la possibilità di attuare le operazioni citate a quelle di tipo omogeneo”*. Tale opinione è in realtà frutto di un equivoco in quanto se, ad esempio, un'associazione esercente un'impresa sociale si trasforma in società, l'ente risultante dalla trasformazione può conservare la qualifica di impresa sociale e la relativa assenza di scopo di lucro in forza nel menzionato principio di polimorfismo sancito dall'art. 1 del D. Lgs. 3 luglio 2017 n. 112, non essendo dubbio che anche una società può esercitare un'impresa sociale. Piuttosto deve osservarsi che in tali casi, come avremo modo di rilevare (v. *infra* § 4.), l'operazione straordinaria è posta in essere fra enti aventi diverse strutture formali ed organizzative, ma tutte aventi la comune natura di impresa sociale, onde essa non determina alcun mutamento causale.

¹⁰ Sia consentito rinviare sul punto a F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, Milano, 2009, 74 e ss.; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, Milano, 2012, 106 e ss.

- fusioni e scissioni fra associazioni, riconosciute e non riconosciute, e fondazioni, disciplinate dall'art 42-*bis* c.c.;
- fusioni e scissioni coinvolgenti le società cooperative, disciplinate dall'art. 2545-*nonies*, secondo comma, c.c. (v. *amplius infra* § 7.).

Alle operazioni in esame vanno, dunque, applicate le menzionate norme codicistiche, sia pure con il generale limite della compatibilità e con l'integrazione delle norme specificamente dettate per le imprese sociali, in ossequio al principio generale sancito dall'art. 1, comma 5, del D. Lgs. n. 112/2017.

4. IL LIMITE DELLA COMPATIBILITÀ ALL'APPLICAZIONE DELLE NORME CODICISTICHE: IL PROBLEMA DELL'OPPOSIZIONE DEI CREDITORI NELLA TRASFORMAZIONE CAUSALMENTE OMOGENEA

Per quanto attiene al limite della compatibilità, deve rilevarsi che le norme codicistiche disciplinano talvolta operazioni straordinarie che determinano il superamento della c. d. barriera causale.

Ed invero, nel sistema anteriore alla riforma del diritto societario era opinione diffusa che trasformazione, fusione e scissione costituissero istituti endosocietari, nel senso che al relativo procedimento non potessero partecipare, insieme a società, enti non societari, ritenendosi da molti insuperabile la barriera causale che separa le società dagli enti del Primo Libro¹¹.

La lacuna normativa è stata poi colmata a seguito della riforma del diritto societario, che ha espressamente previsto e disciplinato l'istituto della trasformazione eterogenea, di cui agli artt. 2500-*septies* e 2500-*octies* c.c., superando in tal modo la menzionata barriera causale.

Sulla base delle innovazioni apportate dalla riforma del diritto societario, parte della dottrina ha poi ammesso, non senza difficoltà interpretative, anche la legittimità di qualsiasi altra modifica organizzativa che comporti il mutamento causale sopra menzionato, ivi compresa la fusione e la scissione¹².

Ciò posto, deve rilevarsi che nelle operazioni straordinarie poste in essere fra enti aventi diverse strutture formali ed organizzative, ma tutti aventi la comune natura di impresa sociale, l'operazione non determina, a ben vedere, alcun mutamento causale.

Così, ad esempio, se una società esercente un'impresa sociale si trasforma in un'associazione o in una fondazione, anch'essa esercente un'impresa sociale, diversamente da quanto accade di norma, non si tratta di una trasformazione eterogenea in senso tecnico, in quanto sia la disciplina giuridica di partenza che quella di arrivo sono caratterizzate dall'assenza di scopo di lucro e dal perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale¹³.

¹¹ In materia di trasformazione v. A. LAUDONIO, *La trasformazione delle associazioni*, Padova, 2013, 25 e ss., ove ampi riferimenti bibliografici. In materia di fusione e scissione sia consentito rinviare, anche per i relativi riferimenti bibliografici, a F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 76 e ss.; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 103 e ss.

¹² V. retro nota 10.

¹³ V. per tutti M. MALTONI, *La trasformazione eterogenea da o in consorzi e società consortili*, reperibile sul sito <http://elibrary.fondazione-notariato.it/>, secondo cui "la formula "trasformazione eterogenea" ha valore di definizione di sintesi tramite la quale sono accomunate e ricondotte all'istituto della trasformazione una pluralità di ipotesi di mutamento delle regole di organizzazione dell'attività connotate dalla diversità causale rispetto allo schema organizzativo di riferimento prescelto, ovvero le società di capitali".

Ciò pone, pertanto, il problema di verificare se il menzionato limite della compatibilità imponga di escludere nel caso di specie l'applicazione di talune regole codicistiche della trasformazione che presuppongono il mutamento causale dell'ente trasformando, prima fra tutte l'opposizione dei creditori.

Il problema non è del tutto nuovo alla prassi interpretativa, in quanto una questione analoga si è posta in passato con riferimento al fenomeno della trasformazione da consorzio in società consortile.

Ed a tale riguardo è stato sostenuto che non si può escludere *a priori* che la disciplina disegnata per la trasformazione eterogenea *“sia idonea a fornire gli strumenti interpretativi necessari per svolgere conclusivamente il tema della tutela delle ragioni dei terzi in caso di trasformazione di società consortile in consorzio, tramite la generalizzazione interpretativa dell'istituto dell'opposizione laddove venga in gioco una trasformazione potenzialmente lesiva degli interessi dei creditori”*, onde si è concluso che *“il dato di diritto positivo è insuperabile, ragion per cui ogni ipotesi di trasformazione eterogenea normativamente tipizzata, compresa quella in società consortile, è soggetta alla disciplina dell'art. 2500-novies”*¹⁴.

In realtà tale tesi, formulata prima dell'introduzione nell'ordinamento dell'art. 42-bis c.c., trova oggi un'indiscutibile conferma in quest'ultima disposizione.

Essa, infatti, nel disciplinare il fenomeno della trasformazione fra enti causalmente omogenei quanto all'assenza di uno scopo di lucro soggettivo, come le associazioni e le fondazioni, espressamente richiama l'art. 2500-*nonies* c.c., che regola l'istituto dell'opposizione dei creditori.

In altri termini tale disposizione dimostra in maniera inequivocabile che siffatto istituto non è ascrivibile ad un mutamento causale dell'ente, bensì ad un'esigenza di tutela del ceto creditorio che il legislatore, a torto o a ragione, ha ritenuto imprescindibile in caso di profonde modifiche strutturali dell'ente trasformando.

5. IL REGIME AUTORIZZATORIO DELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE DELLE IMPRESE SOCIALI

L'art. 12 del D. Lgs. n. 112/2017, con riferimento agli enti che rivestono la qualità di impresa sociale, pone taluni limiti alla trasformazione, alla fusione ed alla scissione che interessino siffatti enti, sulla falsariga di quanto era già previsto dall'art. 13 del D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155¹⁵.

¹⁴ M. MALTONI, *La trasformazione eterogenea da o in consorzi e società consortili*, cit., secondo il quale *“L'applicabilità diretta dell'art. 2500-novies consente di risolvere in via immediata il problema della tutela del ceto creditorio, sebbene la soluzione normativa appaia sovrabbondante in caso di trasformazione in società consortile. Se quest'ultima adotta lo schema organizzativo di una società di capitali condivide con la società trasformata le regole sia in tema di formazione e protezione del capitale, sia in tema di rappresentazione dei dati contabili, al punto che prima della novella al codice civile si riteneva realizzabile il mutamento tramite la sola modifica dell'oggetto sociale. Dal punto di vista del ceto creditorio pertanto la riqualificazione normativa in termini di trasformazione condurrebbe ad un'assimilazione più immediata alla trasformazione omogenea fra società di capitali che non a quella eterogenea. Qualora poi la società consortile adotti lo schema della società di persone i creditori sociali risultano ulteriormente tutelati dalla responsabilità illimitata dei soci, secondo le regole proprie della trasformazione regressiva, che qui trovano applicazione in forza del rinvio all'art. 2500-sexies contenuto nell'art. 2500-septies e più in generale in virtù della norma dell'art. 2615-ter. Dunque anche in tale circostanza il rimedio dell'opposizione può apparire eccessivo. Probabilmente la logica legislativa travalica l'evidenza di tali considerazioni, per ipotizzare che il cambiamento delle modalità di gestione dell'impresa, che deve essere insito in un mutamento delle finalità di esercizio, possa condurre ad un diverso giudizio di affidabilità del soggetto debitore da parte del ceto creditorio, e quindi renda giustificabile il ricorso all'opposizione”*.

¹⁵ Il menzionato art. 13 disponeva che:

“Gli atti di cui al comma 1 devono essere posti in essere in conformità a linee guida adottate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentita l'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale.

A tale riguardo è, infatti, previsto che:

- 1) Salvo quanto specificamente previsto dal codice civile per le società cooperative, la trasformazione, la fusione e la scissione delle imprese sociali devono essere realizzate in modo da preservare l'assenza di scopo di lucro, i vincoli di destinazione del patrimonio, e il perseguimento delle attività e delle finalità da parte dei soggetti risultanti dagli atti posti in essere (comma 1);
- 2) gli atti di fusione e scissione devono essere posti in essere in conformità alle disposizioni dell'apposito decreto adottato dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentito il Consiglio nazionale del Terzo settore (comma 2);
- 3) l'organo di amministrazione dell'impresa sociale notifica, con atto scritto di data certa¹⁶, al Ministero del lavoro e delle politiche sociali l'intenzione di procedere ad uno degli atti di cui sopra, allegando la documentazione necessaria alla valutazione di conformità al citato decreto ovvero la denominazione dei beneficiari della devoluzione del patrimonio (comma 3);
- 4) l'"efficacia" degli atti di cui sopra è subordinata all'autorizzazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, che si intende concessa decorsi novanta giorni dalla ricezione della notificazione (comma 4);
- 5) in caso di perdita volontaria della qualifica di impresa sociale, il patrimonio residuo è devoluto ad altri enti del Terzo settore costituiti ed operanti da almeno tre anni o ai fondi di cui all'articolo 16, comma 1, del D. Lgs. n. 112/2017 secondo le disposizioni statutarie (comma 5).

6. LA NECESSITÀ DELL'AUTORIZZAZIONE MINISTERIALE INDIPENDENTEMENTE DALLA NATURA DI IMPRESA SOCIALE ESERCITATA DALL'ENTE RISULTANTE DALL'OPERAZIONE

Il menzionato art. 12 non ripete quanto era stato disposto dall'abrogato art. 13, ultimo comma, del D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155, secondo cui *"Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano quando il beneficiario dell'atto è un'altra organizzazione che esercita un'impresa sociale"*¹⁷.

Ciononostante da taluno dei primi commentatori della riforma della disciplina dell'impresa sociale è stata sostenuta la tesi secondo cui *"l'autorizzazione si rende necessaria nel momento in cui l'operazione viene compiuta da una impresa sociale, e destinatario è un ente o società che non riveste tale qualifica; viceversa, non deve essere sottoposta ad autorizzazione del Ministero del*

Salvo quanto previsto in tema di cooperative, in caso di cessazione dell'impresa, il patrimonio residuo è devoluto ad organizzazioni non lucrative di utilità sociale, associazioni, comitati, fondazioni ed enti ecclesiastici, secondo le norme statutarie. La disposizione di cui al presente comma non si applica agli enti di cui all'articolo 1, comma 3.

Gli organi di amministrazione notificano, con atto scritto di data certa, al Ministero del lavoro e delle politiche sociali l'intenzione di procedere ad uno degli atti di cui al comma 1, allegando la documentazione necessaria alla valutazione di conformità alle linee guida di cui al comma 2, ovvero la denominazione dei beneficiari della devoluzione del patrimonio.

L'efficacia degli atti è subordinata all'autorizzazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, sentita l'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale, che si intende concessa decorsi novanta giorni dalla ricezione della notificazione.

Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano quando il beneficiario dell'atto è un'altra organizzazione che esercita un'impresa sociale".

¹⁶ *"Per «atto scritto avente data certa» si intende un atto scritto la cui data di sottoscrizione è attestata da un notaio o da un pubblico ufficiale o con le altre modalità consentite dalla legge"* (art. 1, comma 3, D.M. 27 aprile 2018, n. 50/2018).

¹⁷ CNN, Studio n. 91-2018/1, *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, cit., 18.

*Lavoro l'operazione di trasformazione o fusione di una società o ente, che non rivestono la qualifica di imprese sociale in una impresa sociale"*¹⁸.

In realtà, a ben vedere, l'attuale testo normativo sembra rendere necessario il descritto procedimento autorizzatorio ogni qual volta un ente esercente un'impresa sociale sia assoggettato ad una trasformazione ovvero partecipi ad una fusione o una scissione.

Espresso in tal senso è il provvedimento attuativo portato dal D.M. n. 50/2018, il cui art. 1, comma 1, dispone che *"Il presente decreto definisce, ai sensi dell'art. 12 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112, le modalità con cui le imprese sociali ivi indicate pongono in essere le operazioni straordinarie di trasformazione, fusione, scissione"*.

A tal fine, dunque, non assume più alcuna rilevanza il fatto che l'ente risultante dell'operazione sia qualificato come impresa sociale.

Ed invero anche in quest'ultimo caso la norma sembra richiedere una verifica ministeriale diretta ad accertare la conservazione dell'assenza di scopo di lucro, dei vincoli di destinazione del patrimonio, e del perseguimento delle attività e delle finalità da parte dei soggetti risultanti dagli atti posti in essere.

In altri termini la conservazione della qualifica di impresa sociale da parte dell'ente risultante dall'operazione non può essere in nessun caso presupposta, ma deve essere verificata in concreto.

E' probabile che le ragioni che hanno condotto il legislatore ad adottare un maggior rigore rispetto a quanto previsto dal sistema previgente attengono alla considerazione che un'operazione straordinaria può comportare una significativa modifica dell'assetto organizzativo dell'ente, che può incidere sulle caratteristiche tipologiche dell'impresa sociale, *anche laddove l'ente risultante dall'operazione sia preesistente e già munito della qualifica di impresa sociale*.

Così, in caso di incorporazione in un ente esercente un'impresa sociale preesistente, la fusione può per sua natura comportare profonde modifiche statutarie dell'incorporante in relazione alle quali si è ritenuto opportuno verificare la permanenza delle caratteristiche proprie del nostro istituto. Ed a tal fine poco importa che l'ente incorporato sia munito o meno della qualifica di impresa sociale.

Diverso è il caso della trasformazione di un ente che non rivesta la qualifica di impresa sociale in altra forma organizzativa, cui si accompagni anche la volontà di far acquisire all'ente risultante dall'operazione la qualifica di impresa sociale.

In tal caso, invero, non sarà necessario applicare il procedimento di cui al citato art. 12, in quanto la trasformazione non è posta in essere da un ente munito della qualifica di impresa sociale, bensì da un ente che intende acquisirla all'esito dell'operazione. Del resto nella specie non sarebbe possibile accertare la *permanenza* dei requisiti propri dell'impresa sociale, atteso che tali requisiti non sussistevano all'origine.

7. LA SALVEZZA DELLE REGOLE CIVILISTICHE DELLE COOPERATIVE

L'art. 12 del D. Lgs. n. 112/2017 dispone che le norme ivi contenute si applicano *"Salvo quanto specificamente previsto dal codice civile per le società cooperative"*.

¹⁸ G. M. COLOMBO, *Le operazioni straordinarie delle imprese sociali*, cit., 8.

Tale inciso è stato introdotto dall' art. 4, comma 1, del decreto correttivo di cui al D.Lgs. 20 luglio 2018, n. 95.

Analogamente l'art. 1, primo comma, del D.M. n. 50/2018 dispone che *“Alle società cooperative si applicano le norme speciali previste dal codice civile”*.

La genericità di tale precisazione pone il problema di stabilire se con essa si sia voluto escludere l'applicazione del menzionato art. 12 limitatamente alle sole norme incompatibili con quelle dettate dal codice civile in materia di operazioni straordinarie delle cooperative ovvero si sia voluto escludere *tout court* l'applicazione di detto articolo alle cooperative.

E tuttavia la relazione illustrativa al D.Lgs. 20 luglio 2018, n. 95, ad onta delle carenze redazionali del testo normativo, lascia supporre che l'intenzione del legislatore sia chiaramente orientata nel secondo senso¹⁹.

Nella menzionata relazione illustrativa, invero, a tale riguardo si legge che la norma correttiva è volta *“ad integrare l'articolo 12, comma 1, del decreto legislativo n. 112 del 2017, attraverso l'inserimento di una clausola di salvaguardia della normativa in tema di società cooperative, che già contiene alcune disposizioni (articoli 2545-decies e seguenti del codice civile) sufficienti, anche in ragione del loro rigore, a garantire che le operazioni straordinarie avvengano nel rispetto delle finalità tipiche e dell'identità specifica dell'impresa sociale in forma cooperativa”*.

Più precisamente:

- l'art. 2545-decies c.c. dispone che solo le *“società cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente possono deliberare, con il voto favorevole di almeno la metà dei soci della cooperativa, la trasformazione in una società del tipo previsto dal titolo V, capi II, III, IV, V, VI e VII, o in consorzio”*;
- l'art. 2545-undecies c.c. prevede che *“La deliberazione di trasformazione devolve il valore effettivo del patrimonio, dedotti il capitale versato e rivalutato e i dividendi non ancora distribuiti, eventualmente aumentato fino a concorrenza dell'ammontare minimo del capitale della nuova società, esistenti alla data di trasformazione, ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione”*.

Nessuna norma particolare è, invece, dettata dal codice civile in materia di fusione e scissione delle cooperative, limitandosi l'art. 2545-nonies, secondo comma, c.c. a stabilire che *“La fusione e la scissione di società cooperative sono disciplinate dal titolo V, capo X, sezione II e III”*, salvo il principio generale dell'applicazione a siffatte società delle norme in materia di società di capitali nei limiti della compatibilità (art. 2519 c.c.)²⁰.

Ne consegue che, *per quanto attiene alla trasformazione*, la norma introdotta dall' art. 4, comma 1, del decreto correttivo di cui al D.Lgs. 20 luglio 2018, n. 95, assume un triplice significato, nel senso che essa:

- 1) esclude la necessità di assoggettare l'operazione al procedimento autorizzatorio di cui all'art. 12 del D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155²¹;
- 2) sancisce che la devoluzione va effettuata, in conformità all'art. 2545-undecies c.c., ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione e non ad altri enti del Terzo

¹⁹ CNN, Studio n. 91-2018/I, *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, cit., 15; sembra orientato in tal senso anche G. M. COLOMBO, *Le operazioni straordinarie delle imprese sociali*, cit., 9.

²⁰ F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 100; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 141.

²¹ G.A.M. TRIMARCHI, *Terzo Settore e “Imprese Sociali”: la disciplina delle operazioni straordinarie*, cit., 450.

settore costituiti ed operanti da almeno tre anni o ai fondi di cui all'articolo 16, comma 1 del D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155²²;

- 3) impone l'obbligo di devoluzione anche se l'ente risultante dalla trasformazione conservi la qualifica di impresa sociale, in quanto la devoluzione ex art. 2545-*undecies* c.c. scatta per il solo fatto della perdita della forma di società cooperativa²³.

Per quanto attiene alla fusione ed alla scissione, considerato che, come si è visto, il codice civile non prevede norme specifiche in ragione della natura cooperativa della società partecipante all'operazione, occorre distinguere.

Se la fusione o la scissione determinano anche una trasformazione da cooperativa in altro tipo di ente (si pensi all'incorporazione di una cooperativa in una società per azioni), dovranno essere senza dubbio osservati i principi sopra illustrati sub 2) e 3)²⁴.

Ed invero, in materia societaria, è ormai pacifico che alle fusioni e scissioni trasformative debbano applicarsi le norme proprie della trasformazione, come si desume, fra l'altro, dall'art. 2501-*sexies*, penultimo comma, c.c.²⁵.

Per quanto attiene al principio sopra illustrato sub 1), deve, tuttavia, ritenersi che, laddove al procedimento di fusione o di scissione partecipi, oltre alla cooperativa - impresa sociale, anche un altro ente non cooperativo già munito della qualifica di impresa sociale, sarà necessario assoggettare l'operazione al procedimento autorizzatorio di cui all'art. 12 del D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155, in ossequio a quanto esposto nel paragrafo precedente²⁶.

Così, nel caso in cui una cooperativa - impresa sociale sia incorporata in una società per azioni - impresa sociale, l'autorizzazione ministeriale sarà necessaria non già in relazione alla trasformazione della cooperativa incorporata in società per azioni che la fusione determina, bensì per la circostanza che la società per azioni - impresa sociale incorporante partecipi ad un procedimento di fusione.

Può, inoltre, accadere che la fusione o la scissione non determinino anche una trasformazione da cooperativa in altro tipo di ente (si pensi all'incorporazione di una cooperativa - impresa sociale in un'altra cooperativa).

Analogamente è possibile che la società, senza trasformarsi, fondersi o scindersi, perda volontariamente la qualifica di impresa sociale, pur rimanendo cooperativa.

²² CNN, Studio n. 91-2018/I, *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, cit., 16; G.A.M. TRIMARCHI, *Terzo Settore e "Imprese Sociali": la disciplina delle operazioni straordinarie*, cit., 450.

²³ A. FICI, *Impresa Sociale: le novità introdotte dal decreto correttivo*, in *www.vita.it* del 19 luglio 2018; CNN, Studio n. 91-2018/I, *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, cit., 16.

²⁴ CNN, Studio n. 91-2018/I, *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, cit., 16.

²⁵ F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 103; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 139.

²⁶ In tal senso Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Nota 8 maggio 2020, n. 4073, secondo la quale l'autorizzazione è necessaria ogni qual volta alla fusione partecipino, oltre a cooperative sociali, anche imprese sociali non aventi la forma di cooperativa, in quanto *"l'acquisizione volontaria della qualifica - avvenuta in conformità con le citate disposizioni e non per mero effetto della loro entrata in vigore - e conseguentemente la scelta di assoggettarsi al particolare regime vincolistico previsto dal decreto, implicano la necessità di subordinare l'operazione alla preventiva autorizzazione di legge con le modalità definite dal d. lgs. n. 112/2017"*.

Si consideri, tuttavia, che la Nota 20 marzo 2020, n. 2835 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, è giunta ad escludere la necessità dell'autorizzazione ministeriale in caso di cessione di ramo di azienda operata da una cooperativa sociale in favore di impresa non sociale sulla base della sola circostanza che *"La società cedente, in quanto cooperativa sociale, è impresa sociale ex lege ai sensi dell'art. 1 comma 4 del d. lgs. n. 112/2017, restando assoggettata, in virtù di questo, alle disposizioni specifiche recate dalla l. 381/1991 e a quelle in materia di cooperative. Si ritiene pertanto che anch'essa possa ritenersi esclusa dagli obblighi previsti dall'art. 12 comma 4 del medesimo decreto"*

In tali ipotesi sembrano a prima vista inapplicabili le norme di cui agli artt. 2545-*decies* c.c. e 2545-*undecies* c.c., non verificandosi una fattispecie di trasformazione, onde si pone l'arduo problema di stabilire se debba o meno tornare a trovare piena applicazione l'art. 12 del D. Lgs. n. 112/2017²⁷.

A tale riguardo sono astrattamente configurabili due diverse linee interpretative.

Si potrebbe, in primo luogo, ipotizzare che, nelle menzionate ipotesi, la perdita della qualifica di impresa sociale, determini l'obbligo di devoluzione ad altri enti del Terzo settore costituiti ed operanti da almeno tre anni o ai fondi di cui all'articolo 16, comma 1 del D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155 (si pensi all'incorporazione di una cooperativa - impresa sociale in un'altra cooperativa che non abbia la qualifica di impresa sociale)²⁸.

In quest'ottica l'inciso "*salvo quanto specificamente previsto in tema di società cooperative*" contenuto nel comma 5 dell'art. 12 in materia di devoluzione derivante dalla perdita della qualifica di impresa sociale sarebbe diretto a fare salve le diverse regole di devoluzione previste per le società cooperative solo ove ricorra il presupposto che faccia scattare l'applicazione delle medesime e non ad escludere qualsivoglia obbligo di devoluzione.

A sostegno di tale tesi si potrebbe addurre²⁹ che:

- il citato art. 12 è diretto a far sì che, laddove la trasformazione la fusione o la scissione, o comunque la perdita della qualifica di impresa sociale, comportino la distrazione del patrimonio dell'ente dal perseguimento delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, ciò non possa avvenire senza la devoluzione del patrimonio a fini di pubblica utilità;
- con una valutazione legale tipica, il legislatore ha ritenuto, con la salvezza delle norme in materia di cooperative, che la devoluzione di cui all'art. 2545-*undecies* c.c. sia idonea a salvaguardare i fini di pubblica utilità sottesi al fenomeno della devoluzione, trattandosi pur sempre di devoluzione in favore di organismi che perseguono interessi di pubblica utilità (i fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione);
- ma quando si tratti di operazione che comporti la perdita della qualifica di impresa sociale senza applicazione dell'art. 2545-*undecies* c.c., se si disapplicasse anche l'art. 12, le finalità della legge sarebbero disattese;
- l'art. 1, comma 2, del D. Lgs. 112/2017 dispone che non possono acquisire la qualifica di impresa sociale gli enti i cui atti costitutivi limitino, anche indirettamente, l'erogazione dei beni e dei servizi in favore dei soli soci o associati, salvo che si tratti di cooperative sociali³⁰;
- nelle fattispecie in esame può accadere che la cooperativa risultante dall'operazione non sia una cooperativa sociale e abbia un oggetto che limiti l'erogazione dei beni e dei servizi in favore dei soli soci o associati, con conseguente venir meno delle «*finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale*» (si pensi al caso in cui l'ente assuma la forma di una cooperativa edilizia che si limiti a costruire abitazioni solo per assegnarle ai propri soci);

²⁷ Laddove, invece, alla fusione partecipino esclusivamente cooperative sociali, secondo la citata nota ministeriale 8 maggio 2020, n. 4073, l'operazione non sarebbe soggetta ad autorizzazione, poiché "*le cooperative sociali, in quanto imprese sociali di diritto ai sensi dell'art. 1 comma 4 del d. lgs. n. 112/2017, devono ritenersi non assoggettate al regime autorizzatorio e conseguentemente agli obblighi di notifica previsti dal sopra citato art. 12 del predetto decreto legislativo*". In tal senso v. già la Nota n. 29103 del 31 gennaio 2019, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali e del Ministero dello sviluppo economico.

²⁸ *Contra* G.A.M. TRIMARCHI, *Terzo Settore e "Imprese Sociali": la disciplina delle operazioni straordinarie*, cit., 451.

²⁹ In tal senso si è espresso l'estensore di questo studio in un lavoro in corso di pubblicazione sulla Rivista del Notariato. Le altre considerazioni esposte sopra nel testo a sostegno dell'opposta tesi sono, invece, il frutto delle diverse opinioni emerse in seno a questa Commissione.

³⁰ CNN studio n.205-2018/1, *Le cooperative sociali come imprese sociali di diritto*, Est. E. Cusa, § 5.2.2.

- la mancata applicazione a tali fattispecie del citato art. 12 e l'impossibilità di applicare l'art. 2545-*undecies* c.c., non trattandosi di trasformazione di cooperativa in ente non cooperativo, farebbe sì che il patrimonio dell'ente venga destinato ad uno scopo egoistico dei soci, con palese violazione degli interessi pubblici sottesi al fenomeno della devoluzione.

Per altro verso è anche possibile pervenire ad opposte conclusioni, laddove si consideri che:

- la salvezza delle speciali regole in materia di cooperative è prevista non solo dal primo comma del citato art.12, ma anche dal quinto comma dello stesso, che si occupa specificamente del fenomeno della devoluzione;

- la doppia riserva prevista in tal modo dall'articolo 12 ben potrebbe essere interpretata come l'espressione di una generale tendenza del legislatore ad escludere dalla disciplina in esame tutte le società cooperative;

- tale orientamento trova conferma in altre disposizioni del D.Lgs 112, in materia di liquidazione coatta amministrativa (articolo 14, comma 2), di sanzione della devoluzione del patrimonio in caso di irregolarità non sanabili (articolo 15, comma 8), di competenza e svolgimento dell'attività di vigilanza (articolo 15, comma 5);- in altri termini il legislatore potrebbe avere inteso riconoscere l'identità valoriale del modello cooperativo, in conformità all'art. 45 della Costituzione, e attribuire alla sua disciplina un'efficacia equivalente a quella delle imprese sociali, tant'è che alcuni passaggi fondamentali del D.Lgs. 112/2017 - quali ad esempio la limitata possibilità di distribuire dividendi ai soci (articolo 3, comma 3) o i criteri generali in base ai quali (non) sottoporre a tassazione gli utili destinati ad incremento del patrimonio (articolo 18) - sono stati attinti dalla normativa cooperativistica;

- in ogni caso, laddove l'ente risultante dall'operazione fosse una cooperativa non munita della qualifica di impresa sociale, sarebbe incongruo imporre un immediato obbligo di devoluzione, considerato che tale ente è comunque destinato, in sede di successivo scioglimento o di trasformazione in ente non cooperativo, a devolvere il patrimonio residuo ai fondi mutualistici.

Secondo tale diverso modo di argomentare, dunque, laddove una società, senza trasformarsi, perda volontariamente la qualifica di impresa sociale, pur rimanendo cooperativa, essa potrebbe farlo senza alcuna devoluzione di cui al citato art. 12.

Ciò posto, dato atto dell'esistenza di due possibili interpretazioni, deve tenersi presente che sul punto non risultano, allo stato attuale, specifiche prese di posizione a livello normativo né di prassi.

8. GLI EFFETTI DELLA MANCANZA DELL'AUTORIZZAZIONE MINISTERIALE

Dall'art. 12 del D. Lgs. n. 112/2017 sembra potersi dedurre che la mancanza della predetta autorizzazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali non determini l'invalidità degli atti eventualmente posti in essere, ma solo la loro inefficacia fino al rilascio della predetta autorizzazione, che dunque potrebbe utilmente essere emessa dopo il compimento dei medesimi³¹.

³¹ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 47; G.A.M. TRIMARCHI, *Terzo Settore e "Imprese Sociali": la disciplina delle operazioni straordinarie*, cit., 445.

Ed invero il comma 4 del citato articolo 12, laddove afferma che *“L'efficacia degli atti di cui al comma 1 è subordinata all'autorizzazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali”*, configura siffatta autorizzazione come una vera e propria condizione di efficacia delle delibere di trasformazione, fusione o di scissione.

Ma ciò implica che l'evento dedotto in condizione può verificarsi dopo il compimento dell'atto condizionato, essendo insito nel concetto di condizione l'incertezza e la futurità di tale evento. Tant'è che la c.d. *“condicio in praeteritum vel in praesens collata”* viene addirittura tradizionalmente ritenuta una forma di condizione impropria.

E' ben vero, peraltro, che:

- il D.M. 16 marzo 2018, recante la *“Definizione degli atti da depositare presso l'ufficio del registro delle imprese da parte dell'impresa sociale e delle relative procedure”*, all'art. 2, comma 7, prevede che *“In caso di operazioni di trasformazione, fusione, scissione ... Nella delibera ... deve darsi atto dell'intervenuta autorizzazione da parte del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, anche nella forma del silenzio assenso, ai sensi dell'art. 12, comma 4, del decreto legislativo n. 112 del 2017”*;
- l'art. 4, primo comma, del D.M. n. 50/2018, emanato in attuazione del citato art. 12, dispone che *“In caso di trasformazione, fusione o scissione, l'organo di amministrazione dell'impresa sociale deve notificare al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, almeno novanta giorni prima della data di convocazione dell'assemblea o di altro organo statutariamente competente a deliberare sull'operazione straordinaria, l'intenzione di procedere al compimento dell'operazione”*.

Ne consegue che:

- il menzionato D.M. 27 aprile 2018 prevede che la richiesta di autorizzazione debba essere preventiva e fa supporre, dunque, che, nel termine che di novanta giorni che deve intercorrere fra la richiesta di autorizzazione e la riunione dell'organo deliberante, debba intervenire l'autorizzazione espressa ovvero si formi il silenzio - assenso, considerato che, per la formazione di quest'ultimo, si prevede il medesimo termine di novanta giorni;
- il menzionato D.M. 16 marzo 2018 conferma espressamente che nella delibera di trasformazione, fusione o di scissione debba darsi atto della citata autorizzazione o del relativo silenzio assenso.

Tuttavia deve rilevarsi che, dal punto di vista della gerarchia delle fonti, i citati D.M., che costituiscono semplici decreti attuativi, non paiono in grado di derogare al principio espresso dal citato comma 4 dell'art. 12 del D. Lgs. n. 112/2017, che costituisce un provvedimento avente forza di legge ordinaria.

A tale proposito ci si deve chiedere se ed in che modo il rilascio posteriore di siffatta autorizzazione, per provvedimento espresso o per silenzio - assenso, interferisca sugli adempimenti pubblicitari previsti per le operazioni in esame.

In mancanza di un'espressa disposizione al riguardo, deve ritenersi applicabile per analogia al caso di specie la disposizione, introdotta dalla riforma del diritto societario, di cui all'art. 223-*quater* disp. att. c.c., secondo cui *“Nel caso in cui la legge prevede che le autorizzazioni di cui agli articoli 2329, numero 3), e 2436, secondo comma, del codice civile siano rilasciate successivamente alla stipulazione dell'atto costitutivo o, rispettivamente, alla deliberazione, i termini previsti dalle suddette disposizioni decorrono dal giorno in cui l'originale o la copia autentica del provvedimento di autorizzazione è stato consegnato al notaio”*.

Ne consegue che, in pendenza dell'autorizzazione in questione, non si può escludere che il notaio rogante possa ricevere atti o delibere inerenti alla trasformazione, fusione o scissione in questione, ma in tal caso egli potrà e dovrà iscriverli nell'apposita sezione del registro delle imprese (v. *infra* § 15.) solo dopo il rilascio dell'autorizzazione medesima³².

9. LA PERDITA VOLONTARIA DELLA QUALIFICA DI IMPRESA SOCIALE E LA SUA INCIDENZA SULLA POSSIBILITÀ DI PORRE IN ESSERE OPERAZIONI STRAORDINARIE

9.1. La devoluzione patrimoniale

Per altro verso parrebbe che i requisiti prescritti dai commi 1 e 2 dell'art. 12 del D. Lgs. n. 112/2017 siano necessari solo se l'ente intenda conservare la qualifica di impresa sociale.

Pertanto laddove esso:

- deliberi la *“perdita volontaria della qualifica di impresa sociale”* in conformità al comma 5 di detto articolo, devolvendo il proprio patrimonio ad altri enti del Terzo settore costituiti ed operanti da almeno tre anni o ai fondi di cui all'articolo 16, comma 1, del D. Lgs. n. 112/2017,
- ricostituisca mediante contribuzioni degli associati o dei fondatori un patrimonio idoneo a continuare la propria attività,

esso potrebbe dare corso ad operazioni di trasformazione, fusione e scissione senza dover rispettare le condizioni di cui ai menzionati commi 1 e 2³³.

Ciò posto, non pare implausibile ipotizzare che, in questi casi, la perdita volontaria della qualifica di impresa sociale e la trasformazione, la fusione e la scissione prive dei requisiti prescritti dai commi 1 e 2 dell'art. 12 del D. Lgs. n. 112/2017 possano essere poste in essere contestualmente, subordinando l'efficacia dell'operazione a quella della delibera diretta ad attuare la perdita volontaria della qualifica di impresa sociale³⁴.

Del resto in tal senso sembra deporre proprio la lettera del citato art. 12, terzo comma, del D. Lgs. n. 112/2017, laddove afferma che l'organo di amministrazione dell'impresa sociale notifica, con atto scritto di data certa, al Ministero del lavoro e delle politiche sociali l'intenzione di procedere ad un'operazione di trasformazione, fusione o scissione, allegando la documentazione necessaria alla valutazione di conformità al decreto di cui al comma 2 *“ovvero la denominazione dei beneficiari della devoluzione del patrimonio”*.

³² F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 47; G.A.M. TRIMARCHI, *Terzo Settore e “Imprese Sociali”: la disciplina delle operazioni straordinarie*, cit., 445.

³³ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 48.

³⁴ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 48.

Sul problema, in parte analogo, della possibilità di deliberare contestualmente l'eliminazione delle clausole della mutualità prevalente e la trasformazione in società lucrativa e sul coordinamento tra l'art. 2545-*octies*, ultimo comma, c.c. e l'art. 2545-*undecies*, ultimo comma, c.c. v. per tutti G. PETRELLI, *Le cooperative nella riforma del diritto societario - analisi di alcuni aspetti controversi*, Studio CNN n. 5306/1, par. 8, ove ampi riferimenti bibliografici; M. MALTONI, *Società cooperative e trasformazione*, in M. MALTONI - F. TASSINARI, *La trasformazione delle società*, Milano, 2011, 334 ss.; CNN, Studio n. 7-2006/1, *Brevi considerazioni sul problema della trasformazione di società cooperativa in società lucrativa contestuale alla perdita della mutualità prevalente*, Approvato dal Gruppo di studio sulla Riforma delle Società Cooperative il 14 gennaio 2006, est. G. A. M. TRIMARCHI; *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari* (massima K.A.32).

In altri termini tale disposizione sembra porre la devoluzione del patrimonio, che consegue alla perdita della qualifica di impresa sociale, quale alternativa alla necessità di rispettare le disposizioni del predetto decreto. Ma tali disposizioni, a loro volta, dovrebbero essere dirette a far sì che la trasformazione, la fusione e la scissione delle imprese sociali siano realizzate in modo da preservare l'assenza di scopo di lucro, i vincoli di destinazione del patrimonio, ed il perseguimento delle attività e delle finalità da parte dei soggetti risultanti da tali operazioni.

Per altro verso proprio il dettato letterale del citato art. 12, terzo comma, induce a ritenere che, anche in caso di operazione straordinaria deliberata contestualmente alla perdita volontaria della qualifica di impresa sociale, sia necessario chiedere ed ottenere, per provvedimento espresso o per silenzio assenso, l'autorizzazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. Ed invero la necessità di indicare nell'istanza diretta ad ottenere siffatto provvedimento *“la denominazione dei beneficiari della devoluzione del patrimonio”* è con ogni evidenza finalizzata a consentire all'autorità competente di verificare che tali beneficiari siano muniti dei requisiti prescritti dal quinto comma del citato art. 12³⁵.

In tal senso depone del resto anche l'art. 6 del D.M. n. 50/2018, il quale dispone al riguardo che:

“1. In caso di ... perdita volontaria della qualifica di impresa sociale, ai fini della prevista devoluzione del patrimonio ai sensi dell'art. 12, comma 5, del decreto legislativo n. 112 del 2017, l'organo di amministrazione dell'impresa sociale notifica al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con atto scritto avente data certa, i dati identificativi dell'ente che devolve e dell'ente o degli enti beneficiari della devoluzione - ivi inclusi, per questi ultimi, qualora siano enti del terzo settore costituiti e operanti da almeno tre anni, gli estremi di iscrizione al Registro unico del Terzo settore - e l'ammontare del patrimonio da devolvere.

2. All'atto di cui al comma 1 sono allegati:

a) il verbale dell'assemblea o di altro organo statutariamente competente, contenente ... la decisione di rinunciare alla qualifica di impresa sociale;

b) copia dell'atto costitutivo o dello statuto del soggetto che devolve, contenente le disposizioni sulla devoluzione nonché dell'atto costitutivo e dello statuto del beneficiario qualora lo stesso sia un ente del Terzo settore costituito e operante da almeno tre anni ai sensi dell'art. 12, comma 5, del decreto legislativo n. 112 del 2017;

c) accettazione della devoluzione da parte del beneficiario”.

Resta, tuttavia, da verificare in quale maniera operi siffatta devoluzione, considerato anche quanto previsto dalla lettera c) che precede.

Appare, al riguardo, possibile ricorrere all'applicazione analogica di altre disposizioni che prevedono obblighi di devoluzione patrimoniale in caso di operazioni straordinarie.

Si tratta dell'art. 2545-undecies c.c. che, in caso di trasformazione di cooperativa in società, dispone che *“La deliberazione di trasformazione devolve il valore effettivo del patrimonio, dedotti il capitale versato e rivalutato e i dividendi non ancora distribuiti, eventualmente aumentato fino a concorrenza dell'ammontare minimo del capitale della nuova società, esistenti alla data di trasformazione, ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione”*³⁶.

Se ne deve dedurre che la devoluzione debba essere prevista dalla delibera di trasformazione.

³⁵ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 49.

³⁶ Sull'applicabilità di tale disposizione in caso di fusione o di scissione eterogenea v. F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 103; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 139.

Ma l'autorizzazione ministeriale funge da condizione di efficacia, non solo della deliberazione stessa, come di consueto, ma anche dell'accettazione della devoluzione da parte del beneficiario, che la normativa prevede debba essere prodotta prima dell'autorizzazione ed ai fini dell'ottenimento della medesima³⁷.

Per altro verso deve rilevarsi che la devoluzione di cui trattasi implica una vera e propria attribuzione traslativa avente ad oggetto *“il patrimonio residuo, dedotto, nelle imprese sociali costituite nelle forme di cui al libro V del codice civile, il capitale effettivamente versato dai soci, eventualmente rivalutato o aumentato, e i dividendi deliberati e non distribuiti nei limiti di cui all'articolo 3, comma 3, lettera a)”* e non un *“valore”*, come è invece previsto dal menzionato art. 2545-undecies c.c.³⁸.

A tale riguardo non sembra che la delibera di trasformazione possa assumere, unitamente all'accettazione da parte del beneficiario della devoluzione, il ruolo di atto traslativo, considerato che la deliberazione assembleare rappresenta un'*interna corporis* dell'ente.

In altri termini l'atto traslativo di devoluzione, in quanto atto negoziale e non atto collegiale deliberativo, va posto in essere dal legale rappresentante dell'ente, rispetto all'attività del quale la delibera di trasformazione assume un ruolo antecedente ed in qualche modo autorizzativo³⁹.

In tale atto, dunque, e non nella delibera di trasformazione, troveranno collocazione, in caso di trasferimento di beni immobili, le consuete menzioni urbanistiche, di conformità catastale, ecc.

I principi sopra esposti devono a loro volta essere coordinati con la circostanza che, in caso di fusione o di scissione, non si tratta di un'operazione che si realizza *uno actu*, quale è la trasformazione, bensì di operazioni che prevedono una o più delibere interne seguite da un atto di fusione o di scissione.

E tuttavia appare ragionevole ritenere che:

- la devoluzione patrimoniale debba essere prevista già nella delibera di fusione o di scissione, la quale determina in via programmatica le condizioni che regolano l'operazione;
- l'attuazione di siffatta devoluzione sia, tuttavia, rinviata all'esito dell'attuazione della fusione o della scissione, come qualunque altro effetto caratteristico delle stesse.

Ne consegue che nel caso di specie non può escludersi che l'autorizzazione ministeriale possa utilmente sopraggiungere dopo la delibera inerente all'operazione e prima della stipula dell'atto di fusione o di scissione, considerato che, come si è già avuto modo di osservare, in sede di deliberazione di approvazione del progetto, la statuizione in ordine alla devoluzione non costituisce un atto di devoluzione in senso tecnico, bensì solo una statuizione di carattere programmatico.

Essa, dunque, ben può essere subordinata, nella sua attuazione, alla sussistenza, per provvedimento espresso o per silenzio assenso, dell'autorizzazione di cui trattasi al momento della stipula dell'atto di fusione o di scissione, che contiene in sé l'atto di devoluzione vero e proprio.

Nell'atto di fusione e di scissione, in quanto atto negoziale sottoscritto dal legale rappresentante dell'ente che deve effettuare la devoluzione, potrà trovare collocazione anche l'atto traslativo sopra menzionato.

³⁷ G.A.M. TRIMARCHI, *Terzo Settore e “Imprese Sociali”: la disciplina delle operazioni straordinarie*, cit., 447.

³⁸ G.A.M. TRIMARCHI, *Terzo Settore e “Imprese Sociali”: la disciplina delle operazioni straordinarie*, cit., 448.

³⁹ In senso analogo v. G.A.M. TRIMARCHI, *Terzo Settore e “Imprese Sociali”: la disciplina delle operazioni straordinarie*, cit., 448.

9.2. Le operazioni straordinarie delle imprese sociali dalle quali risulti un ente del Terzo settore non avente la qualifica di impresa sociale

Ciò posto, ci si deve chiedere se, laddove l'ente risultante dalla trasformazione, fusione o scissione di un'impresa sociale sia un ente del Terzo settore non avente la qualifica di impresa sociale, si debba fare luogo alla devoluzione patrimoniale poc'anzi illustrata.

Il problema nasce dalla considerazione che il comma 5 del citato articolo 12 prevede che la devoluzione consegua alla *"perdita volontaria della qualifica di impresa sociale"*, onde, dal punto di vista strettamente letterale, si verifica una perdita di tal fatta anche laddove l'ente continui ad operare come ente del Terzo settore non munito della qualifica di impresa sociale.

E tuttavia la questione deve essere affrontata e risolta mediante un'attenta analisi sistematica piuttosto che sulla base del dettato letterale della norma.

Occorre, pertanto, individuare le differenze tipologiche fra l'impresa sociale e gli enti del terzo settore sprovvisti di tale qualifica.

A tale riguardo si deve innanzitutto evidenziare che, come si è già avuto modo di accennare⁴⁰, tra le due fattispecie sussiste un rapporto fra *genus* e *species*⁴¹.

L'art. 4, comma 1, del Codice del Terzo settore, infatti, prevede che *"Sono enti del Terzo settore" anche "le imprese sociali, incluse le cooperative sociali"*, tant'è che, come si è visto, l'art. 1, comma 5, del D. Lgs. n. 112/2017, dispone che *"Alle imprese sociali si applicano, in quanto compatibili con le disposizioni del presente decreto, le norme del codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117"*.

Ne consegue che le due fattispecie condividono alcuni importanti tratti comuni, previsti dall'art. 1 del D. Lgs. n. 112/2017 e dall'art. 4, comma 1, del Codice del Terzo settore, e precisamente

- l'assenza dello scopo di lucro;
- lo scopo, che in entrambi i casi attiene a *"finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale"*;
- le attività, che in entrambi i casi consistono nello svolgimento di *"attività di interesse generale"* definite dall'art. 2 del D. Lgs. n. 112/2017 e dall'art. 5 del Codice del Terzo settore con riferimento ad aree di operatività puntualmente coincidenti.

Quanto all'assenza di scopo di lucro, sia per le imprese sociali che per gli altri enti del terzo settore, essa è definita quale assenza di lucro soggettivo e non di lucro oggettivo⁴².

Ed invero:

- per gli enti del terzo settore l'art. 8 del relativo codice prevede che *"è vietata la distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominate a fondatori, associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di ogni altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto associativo"*;
- per le imprese sociali l'art. 3 del D. Lgs. n. 112/2017 prevede che *"l'impresa sociale destina eventuali utili ed avanzi di gestione allo svolgimento dell'attività statutaria o ad incremento del patrimonio"* e che a tal fine *"è vietata la distribuzione, anche indiretta, di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominati, a fondatori, soci o associati, lavoratori e"*

⁴⁰ V. retro nota 5.

⁴¹ G.A.M. TRIMARCHI, *Terzo Settore e "Imprese Sociali": la disciplina delle operazioni straordinarie*, cit., 433.

⁴² F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 499.

collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di qualsiasi altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto”.

Ne consegue che la possibilità di esercitare attività in forma di impresa è prevista non solo, come è ovvio, per l'impresa sociale, ma anche per gli altri enti del terzo settore, come risulta evidente dall'art. 4, comma 1, del relativo Codice, secondo cui tali enti possono svolgere non solo *“azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità”*, ma anche attività *“di produzione o scambio di beni o servizi”*. Tant'è che l'art. 11, comma 2, del D. Lgs. 117/2017 dispone che *“Oltre che nel registro unico nazionale del Terzo settore, gli enti del Terzo settore che esercitano la propria attività esclusivamente o principalmente in forma di impresa commerciale sono soggetti all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese”*.

Il tratto differenziale fra le due figure è, dunque, ravvisabile nella circostanza che solo per l'impresa sociale è previsto che tale attività di impresa sia svolta *“in via stabile e principale”* (l'art. 1, comma 1, del D. Lgs. n. 112/2017)⁴³.

Pertanto gli enti del terzo settore non aventi la qualifica di impresa sociale possono non svolgere alcuna attività in forma di impresa ovvero possono svolgerla in via non *“stabile e principale”*. Può, dunque, anche accadere che siffatti enti svolgano attività di impresa in via *“esclusiva o principale”* ai sensi dell'art. 11, comma 2, del D. Lgs. 117/2017, ma in tal caso detta attività non dovrebbe essere esercitata in via *“stabile”*, ricorrendo diversamente la fattispecie dell'impresa sociale, ma dovrebbe essere esercitata solo per un periodo transitorio o comunque non dovrebbe essere programmata per essere necessariamente esercitata per tutta la vita dell'ente.

Alla stregua delle esposte considerazioni, appare evidente che lo scopo della devoluzione prevista dal comma 5 del citato articolo 12 è quello di impedire la fuoriuscita dal perimetro dell'assenza di scopo di lucro e del perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, senza che sia preservata l'originaria destinazione del patrimonio che era stato a tal fine costituito, come del resto si desume facilmente dal primo comma del medesimo articolo.

Ma non v'è chi non veda come tale fenomeno non si verifica nel caso in cui l'ente risultante dalla trasformazione, fusione o scissione di un'impresa sociale sia un ente del Terzo settore non avente tale qualifica.

Se ne deve dedurre che nella specie non può trovare applicazione l'istituto della devoluzione⁴⁴.

Tale conclusione appare confermata dalla circostanza che la devoluzione è prevista non solo per le imprese sociali che perdano siffatta qualifica, ma anche per gli enti del terzo settore che perdano i requisiti necessari per la permanenza nel Registro unico nazionale del Terzo settore, come previsto dall'art. 50 del Codice del Terzo Settore.

Ed al riguardo è interessante notare che le regole di devoluzione in entrambe le ipotesi sono molto simili, in quanto:

- nel primo caso la devoluzione avviene in favore di altri enti del Terzo settore costituiti ed operanti da almeno tre anni o ai fondi istituiti dagli enti e dalle associazioni di cui all'articolo 15, comma 3 del D. Lgs. n. 112/2017, nonché dalla Fondazione Italia Sociale, specificamente ed esclusivamente destinati alla promozione e allo sviluppo delle imprese sociali, secondo le disposizioni statutarie;

⁴³ F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 498.

⁴⁴ Nello stesso senso G.A.M. TRIMARCHI, *Terzo Settore e “Imprese Sociali”: la disciplina delle operazioni straordinarie*, cit., 444 sia pure con diverse motivazioni.

nel secondo caso la devoluzione avviene in favore di altri enti del Terzo settore secondo le disposizioni statutarie o dell'organo sociale competente o, in mancanza, alla Fondazione Italia Sociale (artt. 9 e 50 del Codice). Peraltro, laddove l'ente che delibera un'operazione straordinaria determinante una trasformazione in altro ente del terzo settore fosse una cooperativa munita della qualifica di impresa sociale, dovrebbero comunque trovare applicazione gli artt. 2545-*decies* c.c. e 2545-*undecies* c.c., con conseguente devoluzione ai fondi mutualistici. Ed invero il principio della salvezza delle regole civilistiche delle cooperative, sancito dall'art. 12 del D. Lgs. n. 112/2017, non può non valere anche in tal caso, considerato che, come si è avuto modo di rilevare (v. *retro* § 7.), tale principio impone l'obbligo di devoluzione anche se l'ente risultante dalla trasformazione conservi la qualifica di impresa sociale, in quanto la devoluzione *ex art. 2545-undecies* c.c. scatta per il solo fatto della perdita della forma di società cooperativa. A maggior ragione, dunque, ciò deve accadere se l'ente risultante dalla trasformazione, pur perdendo la qualifica di impresa sociale, conservi quella di ente del Terzo settore.

10. LA SITUAZIONE PATRIMONIALE

10.1. Generalità

Ciò posto, occorre ora analizzare le specifiche norme dettate in materia di trasformazione, fusione e scissione delle imprese sociali dalle disposizioni attuative del D. Lgs. n. 112/2017.

A tale proposito viene innanzitutto in rilievo l'art. 4 del D.M. n. 50/2018, emanato in attuazione dell'art. 12, del citato D. Lgs.

Esso prevede che in caso di trasformazione, fusione o scissione, all'atto di notifica al Ministero del lavoro e delle politiche sociali dell'intenzione di procedere al compimento dell'operazione di cui al menzionato art. 12 deve essere allegata una situazione patrimoniale di ciascuno degli enti coinvolti.

10.2. La data di aggiornamento della situazione patrimoniale

A tale riguardo è disposto che:

“La situazione patrimoniale di ciascuno degli enti coinvolti nell'operazione deve essere riferita:

a) in caso di trasformazione, a una data non anteriore di oltre centoventi giorni rispetto al giorno di convocazione dell'assemblea straordinaria o di altro organo statutariamente competente a deliberare sulla trasformazione;

b) in caso di fusione o scissione, a una data non anteriore di oltre centoventi giorni rispetto a quella in cui il progetto di fusione o scissione viene depositato con le modalità previste dal codice civile”.

Sotto il profilo della data di aggiornamento della situazione patrimoniale, la norma non si discosta dalle disposizioni del codice civile, in quanto:

- in materia di trasformazione di associazioni e fondazioni l'art. 42-*bis* c.c. prevede che *“L'organo di amministrazione deve predisporre una relazione relativa alla situazione*

patrimoniale dell'ente in via di trasformazione ... aggiornata a non più di centoventi giorni precedenti la delibera di trasformazione”;

- in materia di fusione e scissione societaria, l'art. 2501-*quater* c.c., richiamato per le associazioni e le fondazioni l'art. 42-*bis* c.c., prevede che *“L'organo amministrativo delle società partecipanti alla fusione redige ... la situazione patrimoniale delle società stesse, riferita ad una data non anteriore di oltre centoventi giorni al giorno in cui il progetto di fusione è depositato nella sede della società ovvero pubblicato sul sito Internet di questa”*.

10.3. La necessità della situazione patrimoniale anche in caso di trasformazione non soggetta all'applicazione dell'art. 42-bis c.c.

Il contenuto innovativo, rispetto al codice civile⁴⁵, della norma attiene piuttosto alla circostanza che essa richiede la redazione della situazione patrimoniale anche in caso di trasformazione non soggetta all'applicazione dell'art. 42-*bis* c.c.

Ne consegue che in tal modo anche una trasformazione fra enti societari viene ad essere assoggettata ad un adempimento che il codice civile non prevede laddove l'operazione non riguardi imprese sociali.

La ragione di tale appesantimento documentale attiene verosimilmente alla circostanza che la situazione patrimoniale è diretta a consentire al Ministero competente di valutare l'opportunità di concedere o meno l'autorizzazione di cui all'art. 12 del D. Lgs. sempreché sia possibile verificare che l'operazione sia realizzata in modo da preservare l'assenza di scopo di lucro, i vincoli di destinazione del patrimonio, ed il perseguimento delle attività e delle finalità da parte del soggetto risultante dalla medesima.

Proprio per questo la norma non richiede che la situazione patrimoniale sia depositata presso la sede sociale entro determinati termini, ma solo che sia allegata alla comunicazione indirizzata al Ministero.

Naturalmente nulla vieta che essa sia anche messa a disposizione dei soci, pur non essendo ciò a rigore necessario nell'operazione di cui trattasi.

10.4. La sostituzione della situazione patrimoniale con l'ultimo bilancio di esercizio

L'art. 4, comma 4, del D.M. n. 50/2018 dispone altresì che:

“La situazione patrimoniale può essere sostituita dall'ultimo bilancio di esercizio:

⁴⁵ Non si tratta invece di una novità rispetto alla normativa speciale precedente, in quanto anche le linee guida emanate, in attuazione del D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155 all'art. 13, con il D. M. 24 gennaio 2008, all'art. 3.1 prevedevano che:

“3.1. Nel caso di trasformazione, fusione e scissione, gli amministratori dell'organizzazione che esercita l'impresa sociale che pone in essere l'operazione straordinaria devono notificare al Ministero della solidarietà sociale, almeno novanta giorni prima della data di convocazione dell'assemblea chiamata a deliberare sull'operazione straordinaria, con atto scritto di data certa, l'intenzione di procedere all'operazione, allegando la seguente documentazione:

a) una situazione patrimoniale di ciascuno degli enti coinvolti nelle operazioni, riferita:

1) nel caso di trasformazione, ad una data non anteriore di oltre 120 giorni rispetto alla data in cui viene convocata l'assemblea straordinaria chiamata a deliberare sulla trasformazione;

2) nel caso di fusione o scissione, ad una data non anteriore di oltre 120 giorni rispetto al giorno in cui il progetto di fusione o di scissione viene depositato nelle sedi delle società coinvolte nell'operazione”.

a) *in caso di trasformazione, laddove la delibera sia approvata entro sei mesi dalla data di chiusura dell'ultimo bilancio di esercizio approvato;*

b) *in caso di fusione o scissione, nel caso in cui l'esercizio cui si riferisce l'ultimo bilancio approvato sia stato chiuso non oltre sei mesi prima del giorno del deposito del progetto di fusione o scissione secondo le modalità previste nel codice civile.*

In tali casi l'organo di amministrazione è tenuto a fornire un supplemento di informativa a integrazione di quanto indicato nel bilancio, al fine di aggiornare le informazioni”⁴⁶.

Il principio della sostituibilità della situazione patrimoniale con il bilancio di esercizio non presenta apprezzabili differenze con la regolamentazione codicistica della fusione e della scissione, considerato che il medesimo principio è sancito anche dall'art. 2501-*quater* c.c., secondo comma, applicabile alla scissione in forza del rinvio effettuato dall'art. 2506-*ter* c.c.

Esso, invece, sembra discostarsi, almeno dal punto di vista letterale, da quanto prescritto in tema di trasformazione soggetta all'applicazione dell'art. 42-*bis* c.c., atteso che in tale articolo non si prevede la possibilità di sostituire la situazione patrimoniale con il bilancio dell'ultimo esercizio, laddove questo sia stato chiuso non oltre sei mesi prima⁴⁷.

10.5. Il supplemento di informativa

Non appare particolarmente significativo neanche l'obbligo in tal caso imposto all'organo amministrativo di fornire un supplemento di informativa ad integrazione di quanto indicato nel bilancio, al fine di aggiornare le informazioni.

Ed invero in materia di fusione e di scissione, quanto al riferimento temporale della situazione patrimoniale, il legislatore ha da sempre scelto di indicare con precisione i limiti in cui essa possa considerarsi sufficientemente aggiornata (a seconda dei casi 120 o 180 giorni rispetto al giorno in cui il progetto è depositato nella sede della società ovvero pubblicato sul sito *Internet* di questa).

Tale circostanza potrebbe, a prima vista, far ritenere che in ogni caso la situazione patrimoniale redatta con l'osservanza di tale limite temporale di aggiornamento sia sufficiente a legittimare la fusione o la scissione.

Ma, a ben vedere, anche la situazione patrimoniale, come ogni altro documento contabile, deve essere idoneo per sua natura a fornire ai soci ed ai terzi una rappresentazione fedele delle condizioni economiche dell'ente.

⁴⁶ Anche in questo caso la norma è mutuata dalle linee guida emanate, in attuazione del D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155 all'art. 13, con il D. M. 24 gennaio 2008, che, all'art. 3.1, prevedevano che:

“Qualora la delibera di trasformazione avvenga entro sei mesi dalla data di chiusura dell'ultimo bilancio di esercizio approvato, la situazione patrimoniale di cui alla lettera a) può essere sostituita dal bilancio medesimo.

Nei casi di fusione o scissione, la situazione patrimoniale di cui alla lettera a) può essere sostituita dal bilancio dell'ultimo esercizio se questo è stato chiuso non oltre sei mesi prima del giorno del deposito del progetto di fusione o di scissione nelle sedi delle società coinvolte nell'operazione.

In questi ultimi due casi, gli amministratori dovranno fornire un supplemento di informativa di modo da evidenziare le attività e le passività relative all'attività economica svolta ai fini di utilità sociale”.

⁴⁷ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 63.

Per tali ragioni in passato gli interpreti erano concordi nel ritenere che, se per il sopravvenire di nuove circostanze la situazione patrimoniale avesse subito rilevanti modificazioni, gli amministratori avevano l'obbligo di darne conto ai soci in sede assembleare⁴⁸.

Tale principio è stato poi codificato dal legislatore con il D. Lgs. 22 giugno 2012 n. 123, che ha attuato la direttiva 2009/109/CE.

Quest'ultimo provvedimento legislativo ha introdotto, sia pure in sede di trattazione della relazione dell'organo amministrativo di cui all'art. 2501-*quinquies* c.c., il principio secondo cui *“L'organo amministrativo segnala ai soci in assemblea e all'organo amministrativo delle altre società partecipanti alla fusione le modifiche rilevanti degli elementi dell'attivo e del passivo eventualmente intervenute tra la data in cui il progetto di fusione è depositato presso la sede della società ovvero pubblicato nel sito Internet di questa e la data della decisione sulla fusione”*.

10.6. Contenuto e struttura della situazione patrimoniale

L'art. 4, comma 3, del D.M. n. 50/2018 dispone che:

“La situazione patrimoniale deve comprendere i documenti costituenti il bilancio di esercizio ai sensi dell'art. 9 del decreto legislativo n. 112 del 2017 secondo le forme normalmente utilizzate

⁴⁸ Cfr., in materia di fusione, F. FIMMANÒ, *Fusione semplificata e situazione patrimoniale aggiornata*, in *Le Società*, 1996, 823; L. SALVATO, *Le operazioni di fusione e di scissione*, in AA.VV., *Manuale di volontaria giurisdizione*, a cura di V. Salafia, Milano, 1999, 618; Trib. Napoli, 20 dicembre 1995, in *Riv. not.*, 1997, 209; *Orientamenti del Tribunale di Milano in tema di omologhe*, 1991, I, secondo cui inoltre è: “opportuno che gli amministratori in sede assembleare, attestino che in realtà non si sono verificate salienti variazioni rispetto alla situazione patrimoniale depositata”. Sul punto v. anche dopo la riforma del 2003 E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003, 59 e N. ATLANTE, *La fusione*, in CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 497; S. CACCHI PESSANI, *Commento all'art. 2501-quater*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, artt. 2498 - 2506-quater, Milano, 2006, 566; CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, *Modificabilità del progetto di fusione e variazioni della situazione patrimoniale*, Quesito n. 83-2007/I, est. D. Boggiali. In materia di scissione v. MULAS PELLERANO, *Scissione di società e tutela dei creditori*, in *Riv. not.*, 1993, 369; P. LUCARELLI, *La scissione di società*, Torino, 1999, 343; G. B. PORTALE, *La scissione nel diritto societario italiano: casi e questioni*, in *Riv. soc.*, 2000, 494; R. DINI, *Scissioni – strutture, forme e funzioni*, cit., 177.

Contra App. Napoli, 18 aprile 1996, in *Riv. not.*, 1997, 210, secondo cui: “l'art. 2501-ter, comma 3, c.c., laddove prevede la possibilità che la situazione patrimoniale sia sostituita dal bilancio dell'ultimo esercizio se questo è stato chiuso non oltre sei mesi prima del giorno del deposito del progetto di fusione presso la sede sociale, contempla implicitamente l'evenienza che nel semestre si siano verificate variazioni nella situazione patrimoniale senza che, per ciò, insorgano, in capo agli amministratori, obblighi specifici (nella specie, tra la chiusura dell'esercizio sociale ed il deposito del progetto di fusione presso la sede della società, l'assemblea dell'incorporante approvava la riduzione del capitale sociale a ripianamento delle perdite dell'ultimo esercizio, evidenziate dal relativo bilancio, nonché di quelle sopravvenute nell'esercizio in corso)”.

Peraltro, secondo Trib. Napoli, 12 novembre 1997, in *Giur. nap.*, 1998, 424 “Non è omologabile la delibera di fusione tra due società (nella fattispecie entrambe società di capitali) qualora la situazione patrimoniale della società della cui delibera è richiesta l'omologazione sia riferita ad una data anteriore di oltre quattro mesi rispetto alla data in cui il progetto di fusione è stato depositato nella sede sociale, anche se il presidente dell'assemblea abbia dichiarato che non si sono verificate successivamente alla prima data variazioni salienti nella situazione patrimoniale della società”.

Va infine segnalata Cass., 22 luglio 1994, n. 6828, in *Le Società*, 1994, 1493, secondo cui: “Le comunicazioni sociali, in previsione di un procedimento di fusione, devono conformarsi a criteri di verità e chiarezza e non sono suscettibili di eccezioni o deroghe. La libertà della scelta dei soci in sede di delibera di fusione richiede la piena consapevolezza dello stato patrimoniale in corso, mentre prescinde, qualora tale stato non sia conforme alle aspettative, dalla conoscenza delle circostanze che lo abbiano menomato. L'annullabilità della delibera di fusione adottata dall'assemblea di una società di capitali, fondata sul presupposto che la volontà espressa dai soci sarebbe viziata da errore sulla consistenza del patrimonio della società medesima, postula una divergenza fra l'entità effettiva e l'entità supposta del valore di quel patrimonio, e, pertanto, non è prospettabile rispetto a pregressi atti di disposizione di beni sociali, quando i soci abbiano in precedenza avuto contezza del loro verificarsi e dei loro effetti sulle sostanze dell'ente, mentre l'eventualità che tali atti siano svantaggiosi ed ascrivibili a decisioni avventate o fraudolente degli amministratori resta rilevante ad altri fini, quale, ad esempio, l'azione di responsabilità contro gli amministratori stessi”.

dall'impresa sociale, ed essere redatta con l'osservanza dei principi di cui agli articoli 2423 e seguenti del codice civile”.

Si tratta anche in tal caso di un principio comunemente accolto in sede di operazioni straordinarie.

In sede di fusione e di scissione l'art. 2501-*quater* c.c. prevede, infatti, che la situazione patrimoniale debba essere redatta *“con l'osservanza delle norme sul bilancio d'esercizio”*.

Per quanto attiene alla trasformazione, l'art. 42-*bis* c.c. si limita a prevedere che *“L'organo di amministrazione deve predisporre una relazione relativa alla situazione patrimoniale dell'ente in via di trasformazione”*. Ma anche in tal caso si è ritenuto che si alluda alla necessità di redigere un vero e proprio bilancio infra annuale, secondo quanto comunemente si ritiene in materia societaria allorché il legislatore richieda la redazione di documenti di tal fatta⁴⁹.

Per altro verso deve ricordarsi che, laddove si tratti di trasformazione fra associazioni riconosciute, associazioni non riconosciute e fondazioni, l'art. 42-*bis* c.c. richiede che la situazione patrimoniale contenga anche l'elenco dei creditori, che normalmente non è richiesto nella redazione del bilancio di esercizio⁵⁰.

11. LA RELAZIONE DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO

Il citato art. 4 del D.M. n. 50/2018 prevede altresì, al comma 5, che in caso di trasformazione, fusione o scissione, all'atto di notifica al Ministero del lavoro e delle politiche sociali dell'intenzione di procedere al compimento dell'operazione di cui al menzionato art. 12 debba essere allegata anche una *“relazione degli amministratori”*.

Tale relazione deve indicare:

- a) le ragioni che inducono a compiere l'operazione straordinaria;
- b) le modalità attraverso cui il soggetto risultante dall'operazione si impegna a garantire il rispetto del requisito dell'assenza dello scopo di lucro, i vincoli di destinazione del patrimonio e il perseguimento delle attività e delle finalità proprie dell'impresa sociale;
- c) la prevedibile evoluzione dell'attività dell'impresa dopo l'effettuazione dell'operazione⁵¹.

Anche in questo caso si tratta di un adempimento non puntualmente coincidente con quanto prescritto dal codice civile per le operazioni in questione.

Ed invero la relazione dell'organo amministrativa è richiesta dal codice civile solo:

- in caso di trasformazione da società di capitali in società di persone dall'art. 2500-*sexies* c.c., secondo comma, c.c.;

⁴⁹ Sia consentito rinviare sul punto a F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 63.

⁵⁰ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 63.

⁵¹ Anche in questo caso la norma è mutuata dalle linee guida emanate, in attuazione del D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 155 all'art. 13, con il D. M. 24 gennaio 2008, che, all'art. 3.1, prevedevano che dovesse essere predisposta *“una relazione degli amministratori nella quale indicare:*

1) le ragioni che inducono ad effettuare l'operazione straordinaria;

2) la prevedibile evoluzione dell'attività dell'ente successivamente al compimento dell'operazione;

3) i miglioramenti previsti in termini di impatto sul tessuto sociale di riferimento;

4) le modalità attraverso le quali il soggetto risultante dall'operazione garantirà il rispetto del requisito dell'assenza dello scopo di lucro”.

- in caso di trasformazione eterogenea da società di capitali in forza dell'art. 2500-*septies* c.c., che richiama l'art. 2500-*sexies*, secondo comma, c.c.;
- in caso di trasformazione fra associazioni, riconosciute e non riconosciute, in fondazioni, in forza dell'art. 42-*bis* c.c., che richiama anch'esso l'art. 2500-*sexies*, secondo comma, c.c.;
- in caso di fusione e di scissione, per effetto dell'art. 2501-*quinquies* c.c. richiamato per la scissione dall'art. 2506-*ter* c.c.

Invece nessuna relazione degli amministratori è richiesta codice civile per la trasformazione societaria omogenea non regressiva, onde in tal caso, laddove si tratti di impresa sociale, per effetto della norma speciale si verifica un appesantimento del corredo documentale dell'operazione.

Peraltro il contenuto delle relazioni previste dal codice civile è in parte diverso da quello dettato dal D.M. n. 50/2018 con particolare riferimento a quanto riportato sopra sub b) e c).

Pare, dunque, evidente che in tal caso si tratta di una relazione *sui generis*, avente un contenuto particolare, finalizzato alla verifica da parte dell'autorità competente dei presupposti di ammissibilità delle operazioni di tal fatta poste in essere dalle imprese sociali.

Ciò risulta evidente anche dalla lettura del sesto comma dell'art. 4 del D.M. n. 50/2018, secondo cui *"Qualora debba essere predisposta la relazione di cui all'art. 2500-sexies del codice civile ovvero la relazione di cui all'art. 2501-quinquies del codice civile, le informazioni di cui al comma 5 possono essere inserite nel medesimo documento"*⁵².

La norma, dunque, nel concedere tale possibilità, presuppone che si tratti di documenti diversi, che non necessariamente devono essere racchiusi in un medesimo contesto.

Ed in particolare anche in questo caso, essa, stante le menzionate finalità della relazione in esame, non richiede che questa sia depositata presso la sede sociale entro determinati termini, ma solo che sia allegata alla comunicazione indirizzata al Ministero.

Laddove, tuttavia, si intenda includere nel medesimo documento il contenuto della relazione di cui all'art. 2500-*sexies* c.c. o di cui all'art. 2501-*quinquies* c.c. e quello della relazione ex art. 4, comma 5, del D.M. n. 50/2018, si verifica di fatto una particolare applicazione del principio di cui l'art. 3 del medesimo D.M., secondo cui *"Nel caso di operazioni straordinarie poste in essere da soggetti per i quali le norme vigenti richiedono la predisposizione di particolari documenti con contenuto informativo obbligatorio, è necessario adattare le informazioni alla natura degli stessi"*.

12. IRRINUNZIABILITÀ DELLA SITUAZIONE PATRIMONIALE E DELLA RELAZIONE DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO

Alla stregua delle esposte considerazioni deve essere risolto anche il problema della rinunziabilità della situazione patrimoniale e della relazione dell'organo amministrativo.

La regolamentazione codicistica della fusione e della scissione espressamente consente che siffatta documentazione sia omessa con il consenso unanime dei soci e dei possessori di altri

⁵² Anche in questo caso la norma è mutuata dalle linee guida emanate, in attuazione del D.Lgs. 24 marzo 2006 n. 155, con il D. M. 24 gennaio 2008, che, all'art. 3.1, prevedevano che *"Nel caso in cui gli amministratori debbano predisporre la relazione ex art. 2500-sexies del codice civile, è possibile inserire in un unico documento le informazioni elencate alla lettera b) e quelle previste dall'art. 2500-sexies. Nel caso in cui gli amministratori debbano predisporre la relazione ex art. 2501-quinquies del codice civile, è possibile inserire in un unico documento le informazioni elencate alla lettera b) e quelle previste dall'art. 2501-quinquies"*

strumenti finanziari che attribuiscono il diritto di voto (artt. 2501-*quater*, ultimo comma, e 2501-*quinquies*, ultimo comma, c.c.).

Al contrario si ritiene che nella trasformazione fra associazioni riconosciute, associazioni non riconosciute e fondazioni, regolata dall'art. 42-*bis* c.c. l'obbligo di predisposizione della situazione patrimoniale non sia derogabile mediante rinuncia da parte degli associati, trattandosi di documentazione richiesta ai fini del controllo di congruità del patrimonio dell'ente risultante dalla trasformazione e, dunque, in ragione di interessi di rango pubblicistico, come tali non disponibili dagli associati⁵³.

Invece, tanto nelle trasformazioni societarie che in quelle *ex art. 42-bis* c.c., si ritiene che la relazione dell'organo amministrativo sia prevista esclusivamente a tutela dei soci, in quanto diretta a consentire ai medesimi di assumere la decisione in ordine alla trasformazione in modo quanto più possibile informato, onde essa è suscettibile di rinuncia unanime⁵⁴.

Orbene, nelle operazioni straordinarie delle imprese sociali, come si è già avuto modo di rilevare, sia la situazione patrimoniale che la relazione dell'organo amministrativo sembrano dirette a consentire al Ministero competente di valutare l'opportunità di concedere o meno l'autorizzazione di cui all'art. 12 del D. Lgs. sempreché sia possibile verificare che l'operazione sia realizzata in modo da preservare l'assenza di scopo di lucro, i vincoli di destinazione del patrimonio, ed il perseguimento delle attività e delle finalità da parte del soggetto risultante dalla medesima.

Anche in tal caso, dunque, si tratta di interessi di rango pubblicistico, non disponibili dall'autonomia privata.

13. IL DEPOSITO DELLA SITUAZIONE PATRIMONIALE E DELLA RELAZIONE DELL'ORGANO AMMINISTRATIVO

Per altro verso la legge non prevede che la situazione patrimoniale e la relazione dell'organo amministrativo siano necessariamente allegate alla delibera di trasformazione, fusione o scissione, ma solo che esse siano depositate presso il registro delle imprese, unitamente ai documenti previsti dalla normativa civilistica, nel termine di trenta giorni dalla delibera di trasformazione, fusione e scissione (art. 2, comma 7, del D.M. 16 marzo 2018, recante la definizione degli atti da depositare presso l'ufficio del registro delle imprese da parte dell'impresa sociale e delle relative procedure).

⁵³ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 70.

⁵⁴ In materia di trasformazione *ex art. 42-bis* c.c. F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 62. Nello stesso senso in materia societaria G. FERRI JR., *Le trasformazioni omogenee*, in CNN, *Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 542; L. A. MISEROCCHI, *La trasformazione*, in AA.VV., *Il nuovo ordinamento delle società, Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, a cura del Consiglio Notarile di Milano, Scuola del Notariato della Lombardia, Federnotizie, Milano, 2003, 360; E. CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003, 123; O. CAGNASSO, *sub art. 2500-sexies*, in Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti, *Il nuovo diritto societario. Commentario*, ***, Bologna, 2004, 2270; M. S. SPOLIDORO, *La semplificazione del procedimento di trasformazione*, in *Atti del Convegno "La nuova disciplina delle operazioni straordinarie"*, Milano, 11 marzo 2004, 14; A. GENOVESE, *La trasformazione*, in *La riforma delle società di capitali e cooperative*, a cura di Starola, Bologna, 2004, 333; F. TASSINARI, *La trasformazione c.d. regressiva (da società di capitali in società di persone)*, in M. MALTONI-F. TASSINARI, *La trasformazione delle società*, Milano, 2011, 197; G. CESARONI, *Commento all'art. 2500-sexies c.c.*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 2492; C. MOSCA, *sub art. 2500-sexies*, in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2006, 235; *Massime elaborate dalla commissione società del consiglio notarile di Milano* (massima n. 81); CNN, *Quesito n. 168-2008/I, Trasformazione e rinuncia alla relazione di cui al comma 2 dell'art. 2500-sexies c.c.*, est. A. RUOTOLO; *Orientamenti del Comitato Triveneto dei Notai in materia di Atti Societari* (Massima K.A.13);

Naturalmente nulla vieta che essa sia allegata alla delibera, al fine di effettuare con un unico adempimento tutti i depositi prescritti dalla vigente normativa.

14. L'APPLICAZIONE DEL PROCEDIMENTO AUTORIZZATORIO AGLI ENTI RELIGIOSI CIVILMENTE RICONOSCIUTI

14.1. le speciali regole prescritte per gli enti religiosi civilmente riconosciuti

Per quanto attiene agli enti religiosi civilmente riconosciuti, l'art. 1, comma 3, del D. Lgs. n. 112/2017 dispone, che ai medesimi *“le norme del presente decreto si applicano limitatamente allo svolgimento delle attività di cui all'articolo 2, a condizione che per tali attività adottino un regolamento, in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, che, ove non diversamente previsto ed in ogni caso nel rispetto della struttura e delle finalità di tali enti, recepisca le norme del presente decreto. Per lo svolgimento di tali attività deve essere costituito un patrimonio destinato e devono essere tenute separatamente le scritture contabili di cui all'articolo 9”*⁵⁵.

Si tratta, peraltro, di una norma analoga a quella dettata dall'art. 4, comma 3, del Codice del Terzo Settore.

A sua volta l'art. 12 del D. Lgs. n. 112/2017 dispone che per tali enti:

- la procedura finalizzata all'ottenimento dell'autorizzazione ministeriale *“si applica limitatamente alle attività indicate nel regolamento”* prescritto dall'art. 1 comma 3;
- non si applica la devoluzione patrimoniale conseguente alla perdita volontaria della qualifica di impresa sociale.

In coerenza con tale previsione, l'art. 1, secondo comma, del D.M. n. 50/2018 dispone che, per siffatti enti:

- taluni articoli di tale decreto si applichino limitatamente alle attività indicate nel regolamento adottato ai sensi del predetto art. 1 del decreto legislativo; si tratta, per quanto interessa in questa sede:
 - o dell'art. 2 recante la procedura per il rilascio dell'autorizzazione alle operazioni straordinarie,
 - o dell'art. 3, secondo cui alle operazioni di trasformazione, fusione e scissione si applicano le disposizioni del codice civile, salvo l'adattamento dei documenti informativi alla natura degli enti,
 - o dell'art. 4, che prescrive la redazione della situazione patrimoniale e della relazione dell'organo amministrativo;
- non si applica l'art. 6 del medesimo decreto, che disciplina la devoluzione conseguente alla perdita volontaria della qualifica di impresa sociale⁵⁶.

⁵⁵ CNN, Studio n. 91-2018/I, *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, cit., 6.

⁵⁶ G. M. COLOMBO, *Le operazioni straordinarie delle imprese sociali*, cit., 9 osserva che quest'ultima disposizione *“è priva di logica, in quanto contrasta con il principio della separazione del “ramo” di impresa sociale e dell'assoggettamento delle stesse attività svolte dallo stesso alla disciplina di cui al D.Lgs. n. 112/2017. A conferma di ciò, è interessante notare che una simile misura non è prevista per gli enti religiosi di cui al comma 3 dell'art. 4 del D.Lgs. n. 117/2017 che costituiscono un “ramo” ETS. Si deve, pertanto, ritenere, in questo caso, che la destinazione del “ramo”, in caso di scioglimento, debba essere devoluto come prevede l'art. 9, comma 1, ad altri enti del Terzo settore, secondo le previsioni statutarie, o agli altri soggetti ivi previsti”*.

14.2. *La disciplina del procedimento di trasformazione, fusione e scissione degli enti religiosi civilmente riconosciuti.*

14.2.1. La speciale natura degli enti religiosi

A tale riguardo ci si deve chiedere innanzitutto a quale disciplina debba essere assoggettato il procedimento di trasformazione, fusione e scissione degli enti religiosi civilmente riconosciuti.

Il problema nasce dalla considerazione che già in passato si era posta la questione di stabilire "se agli enti ecclesiastici cattolici debbano ritenersi applicabili esclusivamente le norme speciali pattuite nel 1984-1985, o se ad essi vadano applicate ... anche le norme civili relative alle persone giuridiche private. In altri termini, ciò che era stato messo in discussione era la specialità degli enti ecclesiastici in opposizione alla loro eventuale assoggettabilità al diritto comune. Problema, questo, di grande rilievo teorico che per sua natura non può non essere riferito anche agli enti acattolici dal momento che, con la stipulazione delle Intese ex art. 8 Cost., sono entrati anch'essi a far parte della medesima categoria di enti ecclesiastici civilmente riconosciuti"⁵⁷.

Il problema aveva portato alla conclusione di un accordo interpretativo tra Italia e Santa Sede afferente alle disposizioni della legge L. 20 maggio 1985 n. 222⁵⁸, secondo il quale "Le norme approvate con il Protocollo del 15 novembre 1984 nella parte relativa agli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti recano una disciplina che presenta carattere di specialità rispetto a quella del codice civile in materia di persone giuridiche.

In particolare ai sensi dell'articolo 1 delle norme predette e in conformità a quanto già disposto dall'articolo 7 comma 2 dell'Accordo del 18 febbraio 1984 tali enti ecclesiastici sono riconosciuti come persone giuridiche agli effetti civili nel rispetto delle loro caratteristiche originarie stabilite dalle norme del diritto canonico.

Non sono pertanto applicabili agli enti ecclesiastici le norme dettate dal codice civile in tema di costituzione, struttura, amministrazione ed estinzione delle persone giuridiche private. Non può dunque richiedersi ad essi, per esempio, la costituzione per atto pubblico, il possesso in ogni caso dello statuto, né la conformità del medesimo, ove l'ente ne sia dotato, alle prescrizioni riguardanti le persone giuridiche private".

Del resto la scelta dell'art. 1, comma 3, del D. Lgs. n. 112/2017 e dell'art. 4, comma 3, del Codice del Terzo Settore di applicare la normativa dagli stessi dettata agli enti religiosi a condizione che gli stessi adottino un regolamento che recepisca siffatta normativa e costituiscano un patrimonio destinato, è ascrivibile proprio all'intento di rispettare la specialità degli enti in questione ed il loro tendenziale assoggettamento al diritto canonico.

E tuttavia, laddove l'ente religioso procedesse ad un'operazione straordinaria, già prima dell'avvento della riforma del terzo settore, si era posto il problema della disciplina applicabile al relativo procedimento.

⁵⁷ C. CARDIA, *Alcune innovazioni in materia di enti ecclesiastici*, in QDPE, 1997/6, 915 ss.

⁵⁸ Si tratta dello scambio di note con allegati del 30 aprile 1997 tra la Repubblica Italiana e la Santa Sede, costituente un'intesa tecnica interpretativa ed esecutiva dell'Accordo modificativo del Concordato Lateranense del 18 febbraio 1984 e del successivo protocollo del 15 novembre 1984.

Ed invero, per quanto riguarda gli enti di culto cattolico, il Codice di diritto canonico si limita a prevedere talune operazioni di tal fatta:

- al Can. 581, secondo cui *“Spetta all'autorità competente dell'istituto a norma delle costituzioni dividere l'istituto stesso in parti, con qualunque nome designate, erigerne di nuove, fondere quelle già costituite o circoscriverle in modo diverso”*;
- al Can. 582, secondo cui *“Sono riservate unicamente alla Sede Apostolica le fusioni e le unioni di istituti di vita consacrata, come anche le confederazioni e federazioni”*.

Ma il medesimo Codice non contiene una regolamentazione dettagliata del relativo procedimento.

14.2.2. La tendenziale applicabilità delle norme del codice civile in materia di operazioni straordinarie

Per questa ragione, prima dell'avvento dell'art. 42-*bis* c.c., in materia di fusione fra enti ecclesiastici, è stata prospettata dalla dottrina notarile l'applicazione analogica delle norme del codice civile in materia societaria⁵⁹.

In quest'ottica l'emanazione, con il menzionato art. 42-*bis* c.c., di una disciplina organica delle operazioni straordinarie degli enti del Primo Libro dovrebbe, a rigor di logica, condurre all'applicazione diretta di siffatta disciplina.

Tale conclusione è, peraltro, confermata proprio dal menzionato art. 1, secondo comma, del D.M. n. 50/2018, che sancisce l'applicazione agli enti religiosi civilmente riconosciuti dell'art. 3 del medesimo D.M., secondo cui *“Alle operazioni di trasformazione, fusione e scissione si applicano le disposizioni di cui agli articoli da 2498 a 2506-quater del codice civile, avendo riguardo alla configurazione giuridica dell'ente avente la qualifica di impresa sociale. Nel caso di operazioni straordinarie poste in essere da soggetti per i quali le norme vigenti richiedono la predisposizione di particolari documenti con contenuto informativo obbligatorio, è necessario adattare le informazioni alla natura degli stessi”*.

Suscita, tuttavia, perplessità la circostanza che, sempre l'art. 1, secondo comma, da ultimo citato dispone che siffatta applicazione debba essere effettuata *“limitatamente alle attività indicate nel regolamento adottato ai sensi del predetto art. 1” del D. Lgs. 3 luglio 2017 n. 112*.

Ed invero la trasformazione, la fusione e la scissione sono fenomeni riorganizzativi che per definizione coinvolgono l'ente nella sua interezza, onde non pare plausibile ipotizzare un'applicazione del procedimento civilistico limitata a talune attività dell'ente stesso.

14.2.3. La situazione patrimoniale

Piuttosto sembra, invece, plausibile che la situazione patrimoniale richiesta dall'art. 4, comma 2, del D.M. n. 50/2018, da allegare all'istanza diretta al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, possa e debba essere riferita solo alle attività indicate nel regolamento adottato ai sensi del predetto art. 1 del D. Lgs. n. 112/2017, considerato che:

⁵⁹ CNN, *Fusione per incorporazione di enti ecclesiastici*, Quesito n. 138-2006/I, est. D. BOGGIALI e A. RUOTOLO.

- l'art. 1, comma 3, del medesimo dispone per lo svolgimento da parte degli enti religiosi delle attività caratteristiche dell'impresa sociale *“deve essere costituito un patrimonio destinato e devono essere tenute separatamente le scritture contabili di cui all'articolo 9”*;
- tale situazione patrimoniale, come si è già avuto modo di rilevare, appare diretta a consentire al Ministero competente di valutare l'opportunità di concedere o meno l'autorizzazione di cui all'art. 12 del D. Lgs. sempreché sia possibile verificare che l'operazione sia realizzata in modo da preservare le caratteristiche proprie dell'impresa; a tal fine, invero, sembra che possa assumere specifica rilevanza una rendicontazione contabile del ramo di attività proprio dell'impresa sociale.

Per altro verso, tuttavia, non sembra che si possa prescindere anche dalla redazione di ulteriori situazioni patrimoniali afferenti all'intero patrimonio degli enti coinvolti, secondo le ordinarie regole civilistiche, considerato che esse sono richieste nelle operazioni straordinarie fra enti del Primo Libro ai fini della verifica da parte dell'autorità tutoria della congruità del patrimonio dell'ente risultante dall'operazione⁶⁰.

Ed invero, per quanto attiene agli enti religiosi, sia il menzionato accordo interpretativo tra Italia e Santa Sede afferente alle disposizioni della legge L. 20 maggio 1985 n. 222⁶¹ sia la prassi amministrativa in materia⁶² ritengono che anche per gli enti in questione debba, in linea di principio, essere effettuata, ai fini del riconoscimento della personalità giuridica, la verifica della congruità del patrimonio.

14.2.4. La relazione dell'organo amministrativo

Quanto alla relazione dell'organo amministrativo richiesta dall'art. 4, comma 5, del D.M. n. 50/2018, da allegare all'istanza diretta al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, sembra che, ai fini della possibilità che essa sia riferita solo alle attività indicate nel regolamento adottato ai sensi del predetto art. 1 del decreto legislativo, sia necessario distinguere in base ai diversi contenuti della stessa.

Ed invero non pare che siffatta possibilità sussista in relazione alle *“ragioni che inducono a compiere l'operazione straordinaria”* prevista dalla lettera a) del menzionato comma 5, atteso che siffatte ragioni non possono che interessare l'ente nella sua interezza.

⁶⁰ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 95. Ed invero, già prima della riforma del terzo settore, con riferimento alla fusione ed alla scissione fra enti del Primo Libro, si era segnalata *“l'opportunità di redigere una situazione patrimoniale (prevista in materia di fusione dall'art. 2501-quater c.c.), tenuto conto che l'autorità governativa, in sede di controllo ai fini dell'iscrizione della fusione nel registro delle persone giuridiche, dovrà valutare l'adeguatezza del patrimonio ai fini della realizzazione dello scopo”* (CNN, *Fusione per incorporazione di enti ecclesiastici*, cit.; CNN, Quesito n. 29-2009/1, *Scissione di associazione riconosciuta*, est. A. Ruotolo).

⁶¹ In tale accorso di legge, infatti, che *“Gli altri elementi previsti dall'articolo 5 delle norme predette – ad esempio il patrimonio – sono necessari soltanto al fine dell'iscrizione dell'ente civilmente riconosciuto nel registro delle persone giuridiche”*.

⁶² La Circolare del Ministero dell'Interno – Direzione Generale degli affari dei culti. Servizio Affari dei Culti del 20 aprile 1998, n.111 prevede, infatti, che *“il Consiglio di Stato con il parere precitato ha condiviso l'opinione, avanzata da questa Direzione Generale, che ... si possano continuare ad acquisire elementi propri della procedura autorizzatoria ... le finalità cui la richiesta di tali elementi sottende esulano dalle autorizzazioni, in quanto rivolte esclusivamente all'accertamento del patrimonio. Non si può, infatti, prescindere dalla presentazione dell'atto (donazione, testamento) con cui viene conferito il patrimonio; sarà, altresì, necessario ai fini della quantificazione dei beni, ricorrere alla richiesta di perizie estimative salvo che, come accade per le donazioni, il valore non debba essere già quantificato nell'atto, o, come accade per le eredità, venga prodotto il verbale d'inventario concernente tutti i cespiti, immobiliari e non, di spettanza dell'ente”*. Tale circolare, peraltro, distingue, ai fini della necessità della verifica della congruità del patrimonio, in base alla tipologia di ente ecclesiastico per la quale si intende procedere al riconoscimento come persona giuridica.

Diversamente deve ritenersi per quanto riguarda i contenuti indicati nelle lettere b) e c) di quest'ultimo comma, vale a dire:

- le modalità attraverso cui il soggetto risultante dall'operazione si impegna a garantire il rispetto del requisito dell'assenza dello scopo di lucro, i vincoli di destinazione del patrimonio e il perseguimento delle attività e delle finalità proprie dell'impresa sociale;
- la prevedibile evoluzione dell'attività dell'impresa dopo l'effettuazione dell'operazione.

Tali elementi, invero, possono e debbono indubbiamente essere riferiti solo alle attività caratteristiche dell'impresa sociale.

14.2.5. L'autorizzazione ministeriale

Più arduo è stabilire come possa essere applicata *“limitatamente alle attività indicate nel regolamento”* l'autorizzazione ministeriale di cui trattasi con riferimento a operazioni straordinarie che, almeno a prima vista, sembrano coinvolgere gli enti partecipanti nella loro interezza.

Tuttavia è forse possibile dirimere tale questione distinguendo fra operazioni straordinarie suscettibili di essere riferite solo a determinati *assets* patrimoniali dell'ente ed operazioni che non consentano di operare siffatto riferimento.

Possono rientrare nella prima tipologia di operazioni le scissioni, nelle quali è possibile verificare se oggetto di assegnazione da parte della scissa alla beneficiaria o ad una delle beneficiarie sia o meno l'azienda o il ramo di azienda afferente all'esercizio dell'impresa sociale.

Ciò appare confermato dalla disciplina dettata dall'art. 12 del D. Lgs. n. 112/2017 per le cessioni di complessi aziendali, per le quali è previsto che la procedura autorizzatoria si applichi alle sole cessioni d'azienda o di un ramo d'azienda *“relativo allo svolgimento dell'attività d'impresa di interesse generale”*.

Ne consegue che in tal caso il menzionato art. 12 sarà:

- applicabile alle scissioni comportanti assegnazione di azienda o di ramo di azienda afferente all'esercizio dell'impresa sociale;
- inapplicabile alle scissioni comportanti assegnazione di *assets* non inclusi nell'azienda o nel ramo di azienda afferente all'esercizio dell'impresa sociale.

Invece nelle operazioni di fusione o di trasformazione non pare possibile effettuare distinzioni di tal fatta, onde la procedura di cui all'art. 12 citato deve trovare comunque applicazione.

In tal caso, pertanto, la limitazione di siffatta applicazione *“alle attività indicate nel regolamento”* assume un significato diverso, nel senso che la prescritta verifica da parte del Ministero competente dell'attitudine dell'operazione a *“preservare l'assenza di scopo di lucro, i vincoli di destinazione del patrimonio, e il perseguimento delle attività e delle finalità da parte dei soggetti risultanti”*, deve essere condotta con esclusivo riferimento *“alle attività indicate nel regolamento”*.

15. LA PUBBLICITÀ DELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE DELLE IMPRESE SOCIALI ED IL REGIME TUTORIO DELLE ASSOCIAZIONI RICONOSCIUTE E DELLE FONDAZIONI

Il citato art. 2, comma 7, del D.M. 16 marzo 2018, come si è visto, prevede che le operazioni di trasformazione, fusione, scissione siano oggetto di pubblicità nel registro delle imprese.

A tale riguardo occorre chiedersi come tale disposizione debba essere coordinata con il principio di cui all'ultimo comma dell'art. 42-*bis* c.c., che disciplina le operazioni straordinarie degli enti del Primo Libro.

Esso prevede, infatti, che *“Gli atti relativi alle trasformazioni, alle fusioni e alle scissioni per i quali il libro V prevede l'iscrizione nel Registro delle imprese sono iscritti nel Registro delle Persone Giuridiche ovvero, nel caso di enti del Terzo settore, nel Registro unico nazionale del Terzo settore”*.

In altri termini l'art. 42-*bis*, ultimo comma, c.c. si è adeguato ad un principio in passato già enucleato in via interpretativa dalla dottrina, secondo cui i vari atti del procedimento di fusione e scissione devono ricevere *“un'idonea pubblicità secondo la disciplina del tipo di struttura organizzativa coinvolta nell'operazione”*⁶³.

E tuttavia deve rilevarsi che, in base all'art. 11, terzo comma, del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, (*“Codice del Terzo settore”*), *“per le imprese sociali, l'iscrizione nell'apposita sezione del registro delle imprese soddisfa il requisito dell'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore”*.

Ne consegue che per gli enti del Terzo settore in forma di associazione riconosciuta, associazione non riconosciuta e/o fondazione, che rivestano la qualità di impresa sociale, le formalità pubblicitarie in questione dovranno essere effettuate presso l'apposita sezione del registro delle imprese di cui all'art. 5, secondo comma, del D. Lgs. n. 112/2017 in materia di disciplina dell'impresa sociale⁶⁴, come del resto appare confermato dal citato art. 2, comma 7, del D.M. 16 marzo 2018.

Tale principio, peraltro, deve essere applicato anche alle associazioni e fondazioni del Terzo settore già in possesso della personalità giuridica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361.

Per le medesime, infatti, l'art. 22, comma 1-*bis*, del Codice del Terzo Settore prevede che gli enti di tal fatta *“che ottengono l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore ai sensi delle disposizioni del presente articolo e nel rispetto dei requisiti ivi indicati, l'efficacia dell'iscrizione nei registri delle persone giuridiche di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361 è sospesa fintanto che sia mantenuta l'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore”*.

Ma se, come si è detto, per le imprese sociali l'iscrizione nell'apposita sezione del registro delle imprese tiene luogo dell'iscrizione nel registro unico nazionale del Terzo settore, ne consegue che:

- a) l'iscrizione delle associazioni e fondazioni del Terzo settore già in possesso della personalità giuridica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361

⁶³ F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, cit., 81; F. MAGLIULO, *La scissione delle società*, cit., 111; F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 34; S. D'ANGELO, *Le operazioni straordinarie degli Enti del Terzo Settore*, reperibile sul sito www.uneba.org, 3.

⁶⁴ F. MAGLIULO, *Trasformazione, fusione e scissione degli enti non profit dopo la riforma del terzo settore*, cit., 35; F. LOFFREDO, *Gli enti del Terzo settore*, cit., 166, la quale per tale ragione ritiene che l'iscrizione nel Registro unico Nazionale del Terzo settore, pur prevista apoditticamente dall'art. 46, comma 1, lett. d) del Codice, non sia *“indispensabile per le imprese sociali”*. L'art. 53 del Codice dispone, peraltro, che *“Entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, definisce, con proprio decreto, [...] le modalità con cui è garantita la comunicazione dei dati tra il registro delle Imprese e il Registro unico nazionale del Terzo settore con riferimento alle imprese sociali e agli altri enti del Terzo settore iscritti nel registro delle imprese”*.

- nell'apposita sezione del registro delle imprese determina anch'essa la sospensione dell'efficacia dell'iscrizione nel registro delle persone giuridiche;
- b) le associazioni riconosciute e le fondazioni che si costituiscono *ex novo* come imprese sociali dopo l'entrata in vigore del Codice del Terzo Settore e del D. Lgs. n. 112/2017 ottengono la personalità con il procedimento di cui all'art. 22 del Codice del Terzo Settore, che prevede l'intervento notarile, senza iscriversi nel registro delle persone giuridiche, ma solo nell'apposita sezione del registro delle imprese;
 - c) per tutti gli enti sub a) e b) gli atti del procedimento di trasformazione, fusione e scissione devono essere pubblicati esclusivamente nell'apposita sezione del registro delle imprese e non nel registro delle persone giuridiche.

Da ciò consegue altresì che, per le associazioni riconosciute e per le fondazioni, la speciale procedura di cui all'art. 22 del Codice, che prevede l'intervento notarile, sostituisce:

- sia l'approvazione *ex art. 2* del D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 della modifica statutaria degli enti trasformati, fusi o scissi;
- sia il riconoscimento come persona giuridica dell'associazione riconosciuta o della fondazione di nuova costituzione risultante dalla fusione propria o beneficiaria della scissione.

Si tratta, invero, di conclusioni ineludibili alla stregua del principio sancito dall'art. 1, comma 5, del D. Lgs. n. 112/2017, secondo cui *"Alle imprese sociali si applicano, in quanto compatibili con le disposizioni del presente decreto, le norme del codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117"*.

16. LA PUBBLICITÀ DELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE DEGLI ENTI RELIGIOSI CIVILMENTE RICONOSCIUTI.

Resta da verificare come siffatti principi possano essere applicati agli enti religiosi civilmente riconosciuti.

A tale proposito l'art. 2, comma 3, del D.M. 16 marzo 2018, dispone che *"Per gli enti religiosi civilmente riconosciuti di cui all'art. 1, comma 3, del decreto legislativo n. 112 del 2017, l'adempimento di cui al comma 1, lettera a) [vale a dire il deposito dell'atto costitutivo, dello statuto e di ogni successiva modificazione n.d.r.], si esegue mediante deposito del regolamento e delle sue successive modificazioni di cui al citato art. 1, comma 3, e dell'atto di costituzione del patrimonio destinato"*.

In altri termini l'iscrizione nella sezione speciale del registro delle imprese è solo *"parziale"*, in quanto non riguarda tutti gli atti propri dell'ente, ma solo il menzionato regolamento e le sue successive modificazioni.

Se ne deve dedurre che, per gli effetti civilistici della pubblicità degli atti del procedimento di trasformazione, fusione e scissione, si deve in tal caso fare riferimento al registro delle persone giuridiche presso cui l'ente religioso è iscritto e non al registro delle imprese, ove trovano collocazione solo le vicende del regolamento e non quelle relative all'ente *tout court*.

Né a tali enti può evidentemente applicarsi il menzionato art. 22 del Codice del Terzo Settore.

Ciò posto, appare sorprendente che l'art. 2, comma 7, del D.M. 16 marzo 2018, - il quale, con riferimento alla trasformazione, fusione e scissione, prevede la pubblicazione nel registro delle imprese sia dei documenti previsti dalla normativa civilistica che di quelli previsti dal D.M. n.

50/2018 – prevede che *“Per gli enti di cui all'art. 1, comma 3, del decreto legislativo n. 112 del 2017, le disposizioni di cui al presente comma si applicano limitatamente alle attività indicate nel regolamento”*.

Per conferire coerenza sistematica a quest'ultima disposizione appare, dunque, preferibile ritenere che nel registro delle imprese in tal caso debbano essere pubblicate le variazioni del regolamento che l'operazione straordinaria può determinare, in conformità al principio dettato dall'art. 2, comma 3, del D.M. 16 marzo 2018.

Così, ad esempio:

- in caso di fusione propria fra due enti religiosi occorrerà depositare il regolamento che disciplinerà le attività di cui all'articolo 2 del D. Lgs. n. 112/2017 nell'ente di nuova costituzione e dell'atto di costituzione del patrimonio destinato che il nuovo ente dovrà porre in essere;
- in caso di fusione per incorporazione fra due enti religiosi occorrerà depositare le modifiche al regolamento dell'ente incorporante che disciplina le attività di cui all'articolo 2 del D. Lgs. n. 112/2017 derivanti dalla fusione e le modifiche dell'atto di costituzione del patrimonio destinato che l'incorporante aveva in essere per includervi il patrimonio dell'ente incorporato destinato allo svolgimento delle menzionate attività.

Ma in ogni caso tali adempimenti non hanno rilievo ai fini degli effetti civilistici dell'operazione straordinaria, ma solo ai fini dell'applicazione agli enti religiosi delle disposizioni in materia di impresa sociale.