



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "TOR VERGATA"

**DOTTORATO DI RICERCA IN
ECONOMIA, DIRITTO E ISTITUZIONI**

CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO

XXVIII

Le differenze di fusione

dottorando

MATTEO TOMASSI

A.A. 2015/16

Tutor: Prof. **GIORGIO LENER**

Coordinatore: Prof.ssa **LUISA CORRADO**

“I sometimes wonder if that is what Krishna meant-
 Among other things - or one way of putting the same thing:
 That the future is a faded song, a Royal Rose or a lavender spray
 Of wistful regret for those who are not yet here to regret,
 Pressed between yellow leaves of a book that has never been opened.
 And the way up is the way down, the way forward is the way back.
 You cannot face it steadily, but this thing is sure,
 That time is no healer: the patient is no longer here.
 When the train starts, and the passengers are settled
 To fruit, periodicals and business letters
 (And those who saw them off have left the platform)
 Their faces relax from grief into relief,
 To the sleepy rhythm of a hundred hours.
 Fare forward, travellers! not escaping from the past
 Into different lives, or into any future;
 You are not the same people who left that station
 Or who will arrive at any terminus,
 While the narrowing rails slide together behind you;
 And on the deck of the drumming liner
 Watching the furrow that widens behind you,
 You shall not think ‘the past is finished’
 Or ‘the future is before us’”.
 (T.S. Eliot, *Four Quartets, The Dry Salvages*, III)
 “I think I will do nothing now but listen

To accrue what I hear into myself- to let sounds contribute toward me.
 I hear bravuras of birds, bustle of growing wheat, gossip of flames, clack of steaks
 cooking my meal;
 I hear the sound I love the sound of human voice;
 I hear all sounds running together, combined, fused or following;

Sounds of the city and sounds out of the city- sounds of the day and night;
 Talkative young ones to those who like them- the loud laugh of work-people at their
 meals;
 The angry base of disjointed friendship- the faint tones of the sick;
 The judge with hands tight to the desk, the pallid lips pronouncing a death-sentence”
 (Walt Whitman, *Leaves of grass, Song of myself*, 26)
 A mia madre Stefania e mio padre Cesare,
 vera fonte di conforto e ristoro quotidiano

Al Professore Paolo Spada. Al Notaio Nicola Raiti. Lumi attraverso sentieri di
 conoscenza ed insegnamento

Le differenze di fusione

Capitolo I

Disciplina, tentativo di individuazione delle fattispecie corrispondenti e configurabilità di una speciale categoria univoca

1. Premesse e chiarificazioni lessicali	1
1.1. (...Segue...) Genericità del concetto giuridico di avanzo e, specularmente, di disavanzo	4
1.2. (...Segue...) Preliminari delimitazioni sull'area di influenza della presente disamina	7
2.1. Il perimetro dell'art. 2504- <i>bis</i> c.c.	15
2.2. Dettato ed oggetto del quarto comma dell'art. 2504- <i>bis</i> c.c.	16
2.2.1. (...Segue...) Le deroghe al principio di continuità delle iscrizioni al costo storico come categoria generale di riferimento per l'allocazione delle differenze	23
3. Le regole di legittimazione delle differenze negative di fusione note come disavanzi di fusione	28
3.1. Le regole di legittimazione delle differenze positive di fusione note come avanzi di fusione	36
4. La declinazione teorico-pratica delle differenze nell'ambito della giurisprudenza di legittimità	41
4.1. (...Segue...) Avanzi e disavanzi di fusione e scissione nella giurisprudenza di legittimità	43
5. Considerazioni sui presupposti specifici di individuazione delle differenze di fusione (e scissione)	49
5.1. L'“emersione” delle differenze: stima ed allocazione in bilancio dell'avanzo o del disavanzo	52
5.2. Evento “emersione” e contesto dell'art. 2504- <i>bis</i> c.c.	57
6. Lo sviluppo della categoria delle differenze di fusione (o scissione) nella dottrina tradizionale	59
6.1. I metodi di elaborazione delle categorie di differenze nella dottrina tradizionale	65

6.2. Critica all'accoglimento dei modelli di differenze da annullamento o concambio senza un opportuno adeguamento al diritto comune delle società.....	73
6.3. Il “recupero” delle fattispecie produttive di differenze dalla realtà delle vicende economiche societarie. Le direttrici della ricerca.....	77
6.3.1. (...Segue...) Individuazione delle fattispecie concrete da cui derivano differenze di segno negativo: lineamenti e contenuti.....	82
6.3.2. Individuazione delle fattispecie concrete da cui derivano differenze di segno positivo: lineamenti e contenuti.....	87
7. Considerazioni a margine dei rilievi prospettati e delle critiche mosse	89

Capitolo II

Articolazione del procedimento di fusione (o scissione) e rilievo delle differenze: una visione dinamica dell'emersione di avanzi e disavanzi

1. Il rilievo pratico dell'allocazione di differenze di fusione (o scissione) intese come categoria univoca.....	97
1.1 Il rilievo di avanzi e disavanzi di fusione (o scissione) nella formazione del procedimento: profili introduttivi.....	98
2. La gestione degli organi amministrativi nelle partecipanti e la rilevabilità delle differenze a partire dalla fase preparatoria. Il ruolo del notaio.....	105
3. Atti connessi con le fasi essenziali del procedimento ed opportuni adempimenti informativi	113
3.1. (...Segue...) Le “situazioni patrimoniali” predisposte dagli organi amministrativi delle partecipanti	115
3.1.1. (...Segue...) La relazione del revisore legale dei conti sulla congruità del rapporto di cambio	117
3.2. Gli strumenti dispositivi interni ai procedimenti finalizzati ad agevolare l'esecuzione delle operazioni.....	123
3.2.1. La clausola di retrodatazione nella partecipazione agli utili.....	124
3.3. Notazioni conclusive a proposito del contenuto degli atti fondamentali del procedimento e loro rapporti con il rilevamento di differenze di fusione	127
3.4. La necessità della relazione di stima sui conferimenti in natura per asseverare i disavanzi in vista di un aumento di capitale nominale post-fusione.....	129

3.4.1. I limiti legali all'obbligatorietà della stima sui conferimenti in natura. I limiti funzionali della stima sui conferimenti in natura per l'asseverazione di differenze.....	134
3.4.2. (...Segue...) Notazioni conclusive sulla <i>non</i> necessità di una relazione di stima per l'allocazione di differenze.....	140

Capitolo III

L'organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio della società risultante dalle operazioni di fusione o scissione. Conclusioni

1. Allocazione di avanzi e disavanzi, regime organizzativo del patrimonio netto e poteri dispositivi sul patrimonio della società riveniente dalle operazioni... 147	147
2. Il presunto mancato realizzo delle poste allocative di differenze come presidio all'integrità del capitale nominale	148
3. L'imputabilità al capitale nominale di elementi da rettificare o appostare per l'allocazione di differenze	152
3.1. (...Segue...) Realizzabilità e realizzo. I criteri accertativi la disponibilità dei componenti imputabili al capitale nominale. Con particolare riguardo per i disavanzi.....	155
3.1.1. (...Segue...) Il reale conseguimento delle poste da introdursi a copertura di avanzi	165
4. L'incremento del capitale nominale post-fusione (o scissione) in relazione al tipo sociale risultante	167
4.1. (...Segue...) Le operazioni prive di incrementi di capitale nominale ovvero con diminuzione del capitale nominale delle partecipanti	174
5. Principii contabili internazionali e diritto contabile interno. Fusioni e scissioni effettuate in sede di procedura liquidativa o concorsuale: la valenza della disciplina sulle differenze.....	178
6. Conclusioni.....	183

Le differenze di fusione

Capitolo I

Disciplina, tentativo di individuazione delle fattispecie corrispondenti e configurabilità di una speciale categoria univoca

1. Premesse e chiarificazioni lessicali

In occasione del compimento di operazioni di fusione possono assumere rilevanza giuridica disallineamenti di valore fra la documentata situazione patrimoniale contabile delle società partecipanti e la loro situazione patrimoniale reale. Scostamenti che dottrina, giurisprudenza e prassi denominano “differenze”.

La legge dispone che può essere data contezza a tali scostamenti nell’ambito del primo bilancio di esercizio, *rectius* stato patrimoniale, della società scaturente dall’operazione. Sicché, fondamentalmente, lo scarto fra rappresentazione contabile documentata e realtà economica delle iniziative partecipanti alle operazioni viene “tradotto” in termini contabili nello stato patrimoniale dell’iniziativa riveniente. A tale proposito il codice civile prevede l’applicazione di peculiari tecniche contabili finalizzate ad offrire una versione patrimonialmente più veritiera della nuova società scaturente dalla riunione di più patrimoni sociali: partendo dal confronto fra rappresentazione contabile e situazione economica reale delle singole imprese partecipanti è possibile cioè quantificarne la divergenza e contabilizzarla con la redazione del primo bilancio di esercizio della società riveniente dalla fusione (art. 2504-*bis*, quarto comma, c.c.).

Qualora tali disallineamenti non fossero regolati tramite codeste tecniche, potrebbero emergere minusvalenze o plusvalenze all’interno del bilancio di esercizio della iniziativa scaturente per effetto della unificazione dei diversi patrimoni sociali: nonostante esse dovrebbero evidenziarsi come perdite ovvero utili, resterebbero entità fittizie, in quanto non derivanti dalla gestione bensì da disallineamenti contabili.

L’ausilio delle poste contabili compensative i suddetti quantificati disallineamenti sono finalizzate a conservare *in primis* la parità della partita doppia propria della struttura dello stato patrimoniale. Escludendo infatti incidenze negative di disallineamenti sulla formazione del patrimonio netto-

valore dello stato patrimoniale che rappresenta la quantità di ricchezza concentrata nel patrimonio sociale- si tenderanno ad evitare influenze negative verso l'esercizio dei poteri dispositivi sul patrimonio della società risultante dalla fusione¹.

Dal punto di vista degli effetti giuridici delle poste compensative dei disallineamenti, va rimarcato lo stretto nesso esistente tra regole che governano la formazione dei valori bilancio, segnatamente del patrimonio netto, e quindi la determinazione della misura in cui possono esercitarsi i poteri dispositivi sul patrimonio sociale. Il regime legale di cui è dotato il patrimonio netto influenza infatti l'organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale, e costituisce- come meglio si vedrà- il fulcro della presente trattazione; in quanto diretta essenzialmente a ricavare le funzioni giuridiche corrispondenti alle poste contabili introdotte per riallineare le differenze di fusione manifestatesi.

Le questioni sviluppate nel corso della presente indagine vertono essenzialmente su un dato testuale, il comma quarto dell'art. 2504-*bis* c.c., che secondo la dottrina rappresenta una delle scelte più significative della recente riforma delle società di capitali. Si danno per la prima volta in Italia regole sulla formazione del bilancio post-fusione tenendo conto dell'esigenza di neutralizzare effetti deleteri delle differenze di fusione riscontrabili²: il sistema giuridico italiano è l'unico caso europeo in cui si pongono tali problematiche, in ragione del fatto che si tende a conservare una struttura del bilancio refrattaria a criteri di formazione- di origine anglo-sassone- secondo valori patrimoniali correnti tesi a rispecchiare pienamente la corrispondente realtà economica propria dei patrimoni sociali³.

La locuzione “differenze di fusione” evoca tradizionalmente un campo tematico della dottrina giuscommerciale italiana ed è concettualmente equivalente a quello di “avanzi e disavanzi di fusione”. Nella letteratura, giurisprudenza e prassi sono anche invalse loro diverse denominazioni come “avanzi e disavanzi da concambio o da annullamento di partecipazioni” ovvero ancora “plusvalenze e minusvalenze da fusione”⁴. Senza, per il momento,

¹Si confronti, per una impostazione così affrontata in materia di struttura del bilancio e sue funzioni “patrimoniali”, il testo istituzionale Autori vari, *Diritto delle società*, Giuffrè, 2004, p. 82 e ss. (G. Ferri Jr.). Analisi completa ed approfondita sull'operatività delle scritture contabili e del bilancio attraverso la funzione sociale, in relazione allo istituzionale tipico: G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, in particolare testo p. 71 e ss..

² L.A. Bianchi, *Le differenze da annullamento della partecipazione*, in Liber Amicorum G. F. Campobasso, UTET, 2007, p. 333-335.

³ Si veda in termini generali, l'attitudine alla e (definita) fisiologica discrasia fra realtà contabile e realtà economica del patrimonio sociale nell'ambito del sistema di diritto societario italiano in G. Olivieri, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Cedam, 1989, p. 152 e ss..

⁴ Percezione della varietà terminologica impiegata in materia si coglie diffusamente nella manualistica e in letteratura: cfr. Codice ipertestuale commentato delle società, a cura di M.

potersi soffermare partitamente sui criteri attraverso cui si procede all'individuazione delle fattispecie "differenze" ed alla loro concreta quantificazione, basti per ora conoscere- schematicamente- che esse possono manifestarsi di segno positivo oppure negativo. Il loro segno scaturisce dal confronto fra valore del patrimonio netto e valore globale degli elementi attivi facenti capo ad una determinata società coinvolta nell'operazione di fusione o scissione. Prevalendo il valore del netto sul valore globale dell'attivo si dà un avanzo, prevalendo gli elementi attivi sul netto si dà invece un disavanzo.

La varietà terminologica con cui si fa riferimento a queste situazioni giuridiche si presenta anche in ambiti dottrinali contigui: a seconda della necessità di individuare gli effetti di queste entità contabili "di aggiornamento" sul piano puramente fiscale ovvero economico-aziendalistico varia la prospettiva attraverso cui qualificazione ed effetti di tali grandezze patrimoniali vengono osservate⁵, sfuma così la loro osservazione attraverso una completa analisi giuridica. Permane tuttavia un denominatore comune a tutti i campi di indagine, ravvisabile nella circostanza di una imprescindibile inerenza di queste fattispecie alle disposizioni legislative dettate in materia di redazione del bilancio e tenuta delle scritture contabili, in vista delle esigenze di "aggiornamento" della contabilità di bilancio che esse mobilitano.

Va però messo in risalto come un'analisi condotta concentrandosi di volta in volta sugli aspetti di carattere organizzativo-contabile, aziendalistico o fiscale di queste fattispecie rischia di appiattirne la prospettiva di studio come vicende di pura registrazione contabile.

Le implicazioni di marca aziendalistica e gli effetti economico-fiscali delle fattispecie in parola appaiono come quelle *ictu oculi* maggiormente percettibili

Stella Richter jr., *Effetti della fusione (art.2504bis c.c.)*, Utet, 2010. Associazione Disiano Preite, *Il diritto delle società*, Il Mulino, 2012, operazioni straordinarie-fusione. C. Santagata, *La fusione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 578 e ss..

Esemplarmente in giurisprudenza: Cass. n. 1434/2013; Cass. n. 10550/2011. Negli orientamenti della prassi notarile Comitato interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Massima L.E.9 "Legittimità dell'emersione di un disavanzo o avanzo di fusione o scissione"*; Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, *Massima n. 72 "Imputazione del disavanzo da concambio nella fusione e nella scissione (art. 2504bis c.c.)"*.

⁵ Efficace panoramica circa la possibilità di osservare la materia su diversi piani non strettamente "civilistici", ed *in primis* fiscale, tuttavia segnalati come da coordinarsi con quelli civilistici in C. Santagata, *La fusione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 578 e in particolare p. 579 e ss.. Per alcuni autorevoli esempi di produzione letteraria in materia secondo una "lente" più schiettamente aziendalistica: M. Caratozzolo, *I criteri di formazione del primo bilancio post-fusione. Interpretazione dell'art. 2504-bis, comma 4, c.c.p.*, in *Le società*, 2004, p. 1460; M. Caratozzolo, *Fusione e scissione e principio di continuità dei bilanci*, in *Le società*, 2000, p. 1296; R. Moro Visconti, *Le differenze di fusione tra capacità di indebitamento e dividend covenants*, Riv. dott. comm., 2011, p. 361.

per chi si accinge a studiare settorialmente la alquanto copiosa produzione letteraria in materia. Ma la circostanza altro non rivelerebbe che, al fondo delle questioni, manca una analisi giuridica esaustiva.

Un'analisi di cui potrebbe avvalersi *in primis* il giurista dovrebbe iniziare dalla definizione delle fattispecie, dalle modalità di realizzazione presupposti su cui basare l'applicazione della disciplina di cui all'art. 2504-*bis* c.c., per proseguire poi con lo scrutinio degli effetti di cui esse sono dotate una volta regolamentate nel concreto. Risulta però, imprescindibilmente, che dati normativi testuali sulla configurazione delle fattispecie sono pressoché inesistenti. Si avverte quindi che per addivenire ad una loro completa configurazione occorrerà setacciare tutti gli elementi di disciplina disponibili- compresi quelli fiscali e le decisioni giurisprudenziali-.

Si svilupperà qui una “tabella di marcia” basata su una prima fase definitoria delle fattispecie da cui origina l'insorgenza di avanzi e disavanzi di fusione, studiandone la rilevanza all'interno delle fasi di programmazione/realizzazione delle operazioni straordinarie, fino ad osservarne attentamente gli effetti di articolazione dei poteri esercitabili sul patrimonio sociale risultante.

Occorre comunque prendere atto che ormai, data la condizione socio-economica odierna, il giurista debba- nel bene e nel male- considerare le parole utilizzate nel mondo del diritto contemporaneo come lemmi da “risemantizzate” tramite interpretazione, affinché il significato del lessico usato recepisca un senso coerentemente logico in relazione al significante⁶: non può mancarsi di notare che la terminologia impiegata nei testi legislativi, dalla dottrina e dalla giurisprudenza per identificare le situazioni giuridiche qui specificamente trattate non appaia particolarmente coerente con il contesto giuridico degli istituti e degli interessi in cui la loro rilevanza si colloca (cfr. *infra* §§ 5.2 e 6.2, cap. I).

1.1. (... Segue...) Genericità del concetto giuridico di avanzo e, specularmente, di disavanzo

Prima di tutto, quando si parla sinteticamente di differenze oppure di avanzi o disavanzi, così come di plusvalenze o minusvalenze, va contrassegnata la non coincidenza con i comuni avanzi e disavanzi che emergono da un rendiconto o da un bilancio. Tali entità, se evocate in senso lato, consistono semplicemente in risultati positivi o negativi di un'attività imprenditoriale: (i) risultanti

⁶ E' P. Spada che parla di “funzione che le parole del diritto e le loro mutevoli valenze semantiche assolvono nell'amministrare interessi”, prefazione a *Diritto Commerciale, Vol. I, Parte generale*, Cedam, 2004, p. VIII e ss..

rispettivamente dall'incameramento di ricavi o dall'aver sostenuto costi, risultando quindi dalla somma algebrica di un conteggio numerario in conto economico. I normali avanzi e disavanzi, poi, *transitando* (ii) dal conto economico allo stato patrimoniale, vengono iscritti e cumulati ad utili o perdite già registrate nello stato patrimoniale; comportando l'evidenziazione di un saldo positivo o negativo: vale a dire di una perdita od utile dell'esercizio sociale⁷. I termini menzionati, quindi, sono utilizzati sia per indicare profitti o perdite di periodo, che utili o perdite di esercizio dalla gestione delle attività ricomprese in un determinato oggetto sociale⁸. Avanzo o disavanzo sono in uso anche per indicare una plusvalenza o minusvalenza rispettivamente riconducibile all'incremento o decremento del valore dei beni destinati al patrimonio d'impresa. Esse derivano, essenzialmente, da ragioni legate al trascorrere del tempo ed introducono la fondamentale problematica del realizzo (*alias* conseguimento) o meno di una pari frazione del patrimonio netto di bilancio che esse determinano o influenzano⁹. La problematica del realizzo ha a che fare con il grado di utilizzabilità- ossia *disponibilità*- della corrispondente parte di patrimonio netto nell'ambito degli scopi sociali, sia poi ai fini dell'imposizione fiscale del reddito derivante dall'eventuale avvenuto realizzo. Questi ultimi aspetti, relativi alla realizzazione nel tempo di plusvalenze o minusvalenze sono adiacenti alla tematica qui esaminata in misura di gran lunga maggiore rispetto agli altri *sub (i)* e *(ii)*¹⁰.

⁷ Ampia disamina su tali punti sistematizzata in G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 163 e ss; in nota si ricorda agli studi di G. E. Colombo e S. Scotti Camuzzi la riflessione sulla necessità di approvazione del bilancio rispetto alla qualificazione di utile dei profitti acquisiti.

⁸ Così precisa la stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione: n. 22849/2010, che parla di fusione come operazione in cui non si ha transito di plusvalenze o minusvalenze in senso proprio, da una società ad un'altra, non trattandosi cioè nel caso di differenze di fusione (ovvero anche scissione) di perdite o guadagni della società risultante dall'operazione. Si può unicamente predicare il realizzo o meno delle plusvalenze (o avanzi) emersi con la fusione, come accade per ogni altra posta di bilancio, nel senso di disponibilità o meno da parte della società riveniente. Nel primo caso, fra l'altro, gli avanzi recepiti in bilancio post-fusione sono fiscalmente neutri, mentre nel secondo sono imponibili ai fini del TUR.

⁹ Si rinvia all'esemplare prospettazione di G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 169-170, p. 178, dove ben si coglie la varietà dell'uso.

¹⁰ Esistono, infatti, non trascurabili analogie fra plusvalenze o minusvalenze da fusione e rivalutazioni in aumento o in diminuzione dei cespiti aziendali in ragione del trascorrere del tempo, e ciò in punto di rilievo del realizzo di dette entità patrimoniali; l'analogia è riscontrabile, a parte sotto il profilo strutturale delle fattispecie, primariamente sotto quello del loro trattamento normativo sostanziale (cfr. ad esempio la possibilità pratica, come si vedrà, di combinazione del disposto fra art. 2504-*bis*, quarto comma, e 2426 c.c., in particolare con il n. 6 esplicitamente richiamato dal primo).

L'abbinamento all'operazione di fusione (ma anche di scissione) dei concetti di avanzo e disavanzo non va dunque a coincidere con i comuni utili o perdite di esercizio. Infatti, come ormai acquisito in dottrina e chiaramente confermato dalla giurisprudenza teorica¹¹, fusione (e scissione) non costituiscono vicende in senso proprio produttive di elementi patrimoniali attivi o passivi: essendo bensì vicende modificativo-evolutive di enti societari che danno luogo alla aggregazione di patrimoni già esistenti, ancorché mutevoli, tali quindi da non poter creare o estinguere avanzi o disavanzi in senso lato¹².

In seconda battuta, valorizzando gli insegnamenti della miglior tradizione giuridica italiana, va fermamente ritenuto che per risalire alla qualificazione dei fenomeni giuridici radicati nel sistema della codificazione civile non si può assiologicamente far riferimento alla regolamentazione fiscale¹³: così anche l'identificazione delle fattispecie sottese alla locuzione "differenze di fusione [o scissione]" non può concettualmente prendere forma dal sistema delle norme fiscali, sulla base di disposizioni finalizzate ad indicare i criteri dell'imposizione tributaria. Si finirebbe, fra l'altro, per sfuggire al tentativo di armonizzare il dato normativo tributario (artt. 172 e 173 del testo unico in materia di imposte sui redditi [c.d. T.u.r.]) con quello sostanziale del sistema civile (quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c.). Ration per cui gli effetti economico-fiscali degli avanzi e disavanzi da fusione (o scissione) rappresenterebbero più un tassello complementare di una identificazione strutturale sostanziale.

¹¹ In tal senso P. Spada, *Diritto commerciale, Vol. II. Elementi*, Cedam, 2010, nel capitolo dedicata a "la circolazione dell'impresa e della ricchezza imprenditoriale", p. 164 e ss. Cfr. anche P. Spada, *Il nuovo regime della provvista finanziaria*, inedito, relazione al convegno dell'Associazione Gian Franco Campobasso "La riforma del diritto societario: un primo bilancio", 9 aprile 2010, Villa Mondragone, per gentile concessione dell'Autore. Fra le pronunce così orientate, paradigmaticamente: Cass., Sez. Un., n. 19698/2010; Cass., Sez. Un., n. 19509/2010; Cass. n. 1434/2013.

¹² L'appalesamento di un uso discontinuo dei termini avanzo e disavanzo nel lessico giuridico e legislativo corrente è lampante nel recente d.lgs. n. 155/2006 in materia di impresa sociale, dove si fa riferimento all'obbligo di destinazione (art. 3) "di *utili* ed *avanzi di gestione* allo svolgimento dell'attività statutaria od incremento del patrimonio"; e si fa divieto di "distribuzione, anche in forma indiretta di utili e avanzi di gestione, comunque denominati, nonché fondi e riserve in favore di amministratori".

Si lascia da parte, ovviamente, la nozione di avanzo o disavanzo di gestione risultante dal bilancio di enti pubblici, centrali o periferici, oggetto di una specifica ricostruzione ed analisi propria della contabilità di Stato e delle numerose leggi speciali di diritto pubblico in materia di finanza pubblica.

¹³ Questa l'impostazione dottrinale, tratteggiata e più che condivisa, di G. Oppo, *Categorie commercialistiche riforma tributaria*, Giur. Comm., 1977, I, p. 32. Nei termini di non interferenza fra i piani fiscali e civilistici nella misura in cui la configurazione di una categoria civilistica non dovrebbe essere stravolta, bensì dovrebbe recepirsi o comunque armonizzarsi con gli altri settori normativi una volta che è stata regolata ed a maggior ragione se, eventualmente, già elaborata.

In aggiunta, il tentativo di offrire spunti di lettura dei fenomeni in parola anche attraverso parametri di analisi economica del diritto presuppone l'individuazione degli enunciati normativi di sistema che li legittimano, e quindi delle scelte legislative effettuate (efficaci o inefficaci che siano) per regolare quei determinati fenomeni economici. Ciò al fine di giungere a valutare anche le conseguenze economiche della varietà dei rapporti intersoggettivi (fra le diverse società che si fondono, fra i loro organi e compagini sociali, fra le società e terzi, fra le società interessate e il Fisco) che si intersecano nell'ambito di quei campi applicativi. Ancora una volta rilevano, centrali, i dati normativi di legittimazione delle fattispecie in questione, inseriti in un contesto quanto più possibile di sistema, prima ancora dell'analisi sulla varietà di interessi economici concentrati lungo la realtà empirica delle imprese collettive che intraprendono operazioni straordinarie; realtà che, slegata da un quadro generale del bagaglio normativo in cui è "incorniciata", rischia di trasformare l'analisi giuridica in un'argomentazione potenzialmente sterile¹⁴.

1.2. (...Segue...) Preliminari delimitazioni sull'area di influenza della presente disamina

Il quadro degli istituti in cui si dipana la materia qui trattata è notevolmente ampio, e quindi occorre rimarcare che determinati aspetti e relativi concetti appariranno talvolta sottintesi e presupposti: (a) le caratteristiche delle tipologie sociali utilizzabili per l'esercizio dell'attività d'impresa collettiva; (b) le vaste e diversificate modalità di articolazione delle fusioni (o scissioni); (c) le competenze e tecniche di tenuta della contabilità, e così via per molti altri istituti complementari correlati, fatti salvi ovviamente i dovuti riferimenti teorici e giurisprudenziali trasversali utili a meglio comprendere la specificità tematica qui affrontata.

Appare allora inevitabile focalizzare un numero ristretto di istituti pur nel potenziale moltiplicarsi degli elementi concettuali evocabili: a tal proposito l'impiego di un linguaggio specialistico potrà presentarsi forse laconico e complesso, ma si tenterà di volta in volta di chiarire il tutto per una adeguata comprensione di quanto sostenuto.

¹⁴ Nell'analisi economica del diritto G. Calabresi, *Il dono dello spirito maligno*, Giuffrè, 1996, p. 7-33. Pur sempre considerando le riflessioni dell'Autore nel contesto di un ordinamento di *common law* dove le sentenze degli organi giudiziari si collocano con assoluta primazia sulle regole imposte dal legislatore, e quindi in un rapporto di sinergia normativo-ricostruttiva del diritto speculare a quello di *civil law* dell'Europa Continentale. Cfr. diffusamente la ricerca in chiave di analisi economica a partire dai dati empirici, quale esempio di contestualizzazione teorico-pratica nell'ordinamento italiano di G. Figà-Talamanca, *Studi empirici sulle società di capitali*, Piccin-Nuova Libreria, 2010.

Alcune precisazioni di massima sui i confini dello spazio di manovra entro cui l'indagine si sviluppa. Il rilievo delle differenze di fusione si colloca, come è possibile intuire dalle locuzioni usate, all'interno del compimento di operazioni di fusione sotto la varietà di "forme"¹⁵ di cui alla disciplina *ex art.* 2501 e ss., e parallelamente in quello delle operazioni di scissione: l'art. 2506-*ter* e 2506-*quater* c.c. stabilisce una correlazione con il rinvio applicativo espresso verso l'istituto della fusione. Alle operazioni di scissione si applica *direttamente* anche l'articolato stabilito per disciplinare gli *effetti*, compreso il quarto comma in materia di differenze.

Lo spazio di manovra dell'indagine riguarderà quindi solo le imprese esercitate in forma di società, in quanto soggetti di diritto destinatari della disciplina stabilita in materia di fusioni (e scissioni)- con l'esclusione di quelle individuali¹⁶-. Nel suo corso si farà riferimento anche al complesso di regole che disciplinano il funzionamento interno ed esterno dei vari tipi sociali, per ciò che interessa le differenze in rapporto alle operazioni straordinarie: quanto, ad esempio, ad organizzazione ed esercizio delle competenze degli organi che li compongono, in una dialettica più o meno accentuata con i diritti di cui sono portatrici le compagini sociali, nonché i terzi legati da rapporti negoziali con le società¹⁷.

Ciò che si è necessario mettere in risalto è comunque l'impossibilità di identificare le avanzi e disavanzi di fusione (o scissione) *lato sensu* come risultati positivi o negativi della gestione dell'impresa collettiva. Trattandosi bensì di vicende economiche giuridicamente rilevanti, che lasciano registrare uno scarto

¹⁴ Questa è l'espressione della rubrica dell'articolo menzionato, intendendo riferirsi con "forme" alla molteplicità strutturale delle tipologie di fusione regolate nella stessa sezione. Tali forme si rinvencono nella fusione per incorporazione, in cui una società (incorporante) acquisisce il patrimonio di una o più società (incorporata/e), e nella fusione ordinaria (o in senso stretto), in cui due o più società danno vita ad una nuova società terza (anche detta "newco" con linguaggio anglosassone), in cui si ritrovano concentrati i patrimoni di quelle che prima erano le singole società. Il caso speciale di fusione c. d. emerger leveraged bug-out (art. 2501-*bis* c.c.) è inquadrato come sottotipo della prima. Mentre le altre fusioni contemplate, c.d. semplificate, sono fusioni per incorporazione con disciplina appunto semplificata, derivante dal fatto che il capitale dell'una è di titolarità dell'altra (in misura totalitaria o poco meno) integrando così la fattispecie del controllo (art. 2359 c.c.). Inoltre va annoverata la "fusione inversa" per i casi in cui è una società partecipata in misura maggioritaria, o comunque controllata da un'altra, ad incorporare la partecipante (piuttosto che essere incorporata dalla partecipante).

¹⁶ Con l'esclusione inoltre di tutta quella serie di imprese speciali, come quelle a rilievo pubblicistico, che sono assoggettate a statuti legali speciali e sui quali non è qui possibile fare alcun riferimento specialistico.

¹⁷ Si veda G. B. Portale, *Capitale sociale e attribuzione di azioni nella fusione per incorporazione*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 1031; ma anche P. Spada, *Società-II) tipi di società: in generale*, in *Enc. giuridica Treccani*, Ed. enciclopedia italiana, 1993, p. 6-7; P. Spada, *Diritto Commerciale*, Vol. II. Elementi, Cedam, 2010, p. 168-169.

quantitativamente determinabile, fra la reale condizione patrimoniale della società osservata e la rappresentazione che se ne dà mediante le ordinarie tecniche di redazione del bilancio. Proprio tali tecniche, rigidamente imperniate su criterio del costo storico e continuità di valori iscritti, danno luogo ad essi. Nei casi in cui le varie società denotano la presenza di differenze, la legge consente allora di modificare i loro dati contabili tramite nuove iscrizioni e rivalutazioni da attuarsi nel primo bilancio della risultante da fusione. Attraverso questa modifica delle poste contabili provenienti dalle società partecipanti, le cc. dd. differenze (prima solo) economicamente quantificate assurgeranno a veri e propri valori incorporati nello stato patrimoniale di bilancio.

Quest'ultimo passaggio da situazione economica giuridicamente rilevante ad entità patrimoniale concretamente *espressa* nello stato patrimoniale della società nascente con i relativi metodi di riallineamento delle partite all'attivo o al passivo costituisce il punto forse più interessante della presente indagine. Attraverso il suo studio è possibile conoscere le tecniche attraverso cui avanzi e disavanzi sono contabilmente "formati"; ma anche conoscere il rilievo pratico che essi assumono in concreto, cioè il loro *status* giuridico, la misura in cui condizionano formazione e/o disponibilità del patrimonio netto, che si riflette sulla gamma dei poteri dispositivi esercitabili sul patrimonio della società riveniente da fusione. In tal senso si dice che il bilancio ha un effetto organizzativo sui poteri dispositivi esercitabili sul patrimonio sociale¹⁸: cioè che i poteri dispositivi sono organizzati in base al regime delle poste introdotte nello stato patrimoniale¹⁹, e segnatamente il patrimonio netto è il fulcro della disciplina di tali poteri.

¹⁸ *Amplius* in G. Figà-Talmanca, op. ult. cit., p. 99 e ss..

¹⁹ *Amplius* P. Ferro-Luzzi, *Problemi vecchi e nuovi in tema di passivo* ne Il progetto italiano di attuazione della IV direttiva CEE, Giuffrè, 1988, p. 123; P. Spada, *Appunto in tema di capitale nominale e di conferimenti*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 127-2006/I. Per maggior comodità si menziona la raffigurazione del patrimonio netto, parte dello schema di stato patrimoniale del bilancio d'esercizio: il capitale nominale è indicato come *capitale sociale*; e per patrimonio netto si intende la somma di tutte le voci che lo compongono compreso il nominale (il c.d. passivo ideale). Art. 2424 c.c.: "Lo stato patrimoniale deve essere redatto in conformità al seguente schema. (...)

PASSIVO:

A) Patrimonio netto:

I - Capitale.

II - Riserva da soprapprezzo delle azioni.

III - Riserve di rivalutazione.

IV - Riserva legale.

V - Riserve statutarie.

VI - Altre riserve distintamente indicat

Resta fermo che quindi le fusioni non generano avanzi o disavanzi di alcun tipo, bensì da esse possono unicamente scaturire gli atti finalizzati ad attribuire alle differenze rilievo di poste contabili che interagiscono con il regime del patrimonio netto.

Tanto vale anche per le operazioni di scissione, largamente identificabili con le fusioni sotto il profilo della disciplina (procedimento ed effetti), pur essendo le prime operativamente speculari alle seconde. Avendosi con la scissione totale l'attribuzione dell'intero patrimonio di una società- che si estingue- a due o più società mentre con quella parziale l'attribuzione di parte del patrimonio sociale- senza estinzione della società- a una o più società. Ma tali divergenze non paiono affatto ostacolare l'intrapreso discorso generale, né sotto il profilo teorico né pratico²⁰.

2. Il fondamento testuale degli avanzi e disavanzi di fusione e scissione fra disciplina fiscale e disciplina civile sostanziale

Preso atto della necessità di osservare la normativa fiscale senza sovrapporla a quella sostanziale, dati i diversi fini assolti, si considera per prima la

VII –Riserva per operazioni di flussi finanziari attesi

VIII - Utili (perdite) portati a nuovo.

IX - Utile (perdita) dell'esercizio.

X- Riserva negativa per azioni proprie in portafoglio

Totale”.

²⁰*Contra*, senza però delineare le disparità di trattamento ascrivibili alle differenze di fusione rispetto a quelle di scissione nell'ambito dell'art. 2504-*bis* c.c., L. A. Bianchi, *Le differenze da annullamento della partecipazione*, in Liber Amicorum G. F. Campobasso, UTET, 2007, p. 334. Cfr. in linea con quanto qui prospettato gli studi di G. Scognamiglio, *La scissione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 311 e ss. in particolare.

E' impossibile non tenere conto dell'esplicito intervento legislativo riformatore che ha inteso plasmare la scissione come operazione, quanto a procedimento e disciplina, come operazione strutturalmente tributaria alla fusione. Pur cambiando, fra l'una e l'altra la funzione, specularmente, resta un'identità forte fra le regole di contenuti e le forme. La relazione ministeriale alla legge di riforma n. 6/2003, § 14, stabilisce che si è adottata ampiamente la tecnica del rinvio alla fusione per potenziare l'istituto della scissione sotto il profilo di semplificazione del procedimento e tutela dei creditori, nel rispetto delle direttive comunitarie (delle quali quella n. 82/1982, era stata attuata con d.lgs. n. 22/1991 ma non ben sviluppata). Si fa menzione poi della comunanza di disciplina per la redazione del primo bilancio post-scissione, identica a quella post-fusione. Si fa rinvio comunque, per un quadro esaustivo mediante il confronto dei due istituti nel corso del tempo, attraverso le modifiche legislative pre-riforma del 2003, A. Serra, M. S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Giappichelli, 1994.

regolamentazione fiscale sui redditi d'impresa che detta regole specifiche per le differenze di fusione (e scissione) per recepire eventuali spunti di armonizzazione con quella del codice civile.

Il d.p.r. n. 917 del 1986 (T.u.r.) effettua un discrimine fra avanzi e disavanzi *lato sensu* intesi come perdite o utili d'esercizio e *sub art.* 172 come entità contabili peculiari emerse in occasione di fusione. Così dispone al comma primo: *“La fusione tra più società non costituisce realizzo né distribuzione delle plusvalenze e minusvalenze dei beni delle società fuse o incorporate, comprese quelle relative alle rimanenze e al valore di avviamento.”*

Al comma secondo: *“Nella determinazione del reddito della società risultante dalla fusione o incorporante non si tiene conto dell'avanzo o disavanzo iscritto in bilancio (...) I maggiori valori iscritti in bilancio per effetto dell'eventuale imputazione del disavanzo (...) con riferimento ad elementi patrimoniali della società incorporata o fusa, non sono imponibili nei confronti dell'incorporante o della società risultante dalla fusione.”*

Dopo aver dichiarato che la fusione *non genera* di per sé plusvalenze o minusvalenze, essa stabilisce che, di regola, gli avanzi e disavanzi di fusione non sono soggetti ad imposizione fiscale. Ne scaturisce la conclusione che le fusioni *non producono* componenti di bilancio a rilievo “reddituale”. Inoltre avanzi o disavanzi, nell'accezione specifica qui evocata, comportano l'iscrizione di poste a rilievo meramente contabile: cioè a dire non automaticamente produttive di ricchezza disponibile. Continuando a scorrere il resto della complessa normativa dell'articolo, si ricava, poi, la determinazione delle condizioni a cui dette ultime componenti sono assoggettate ad imposizione fiscale: le condizioni in base a cui tali componenti sono attratti nella sfera dell'imposizione fiscale coincidono, in linea generale, con la loro qualificazione come voci effettivamente realizzate, e quindi utilizzabili. Ne consegue, allora, che i componenti iscritti per introdurre in bilancio le differenze possono considerarsi voci reddituali in ragione del loro realizzo, ossia in base alla accertata circostanza di poterne disporre generando un effettivo spostamento di risorse²¹. Sta di fatto che le poste con cui si riallineano avanzi o disavanzi di

²¹ Ben vero il comma 5 dell'art. 172 stabilisce testualmente, ad es., che le riserve cc.dd. in sospensione di imposta devono, con la fusione, essere mantenute nel bilancio della risultante sfruttando prioritariamente l'avanzo iscritto: qualora non fossero imputate nel bilancio post-fusione con la tecnica allocativa dell'avanzo, esse risulterebbero distolte dal vincolo di indisponibilità, dunque diverrebbero utilizzabili e soggette ad imposizione fiscale [ragione ulteriore per considerare l'avanzo come caratterizzato di regola da uno *status* giuridico residuale di indisponibilità]. Similmente, si evince nel seguito (c. 6), che l'avanzo non costituisce imponibile a meno che non sia utilizzato e dia luogo a distribuzione di utili; così anche per la riduzione della parte di capitale nominale in seno a fusioni. Non costituisce imponibile l'avanzo utilizzato per aumentare il capitale nominale in seno a fusioni. Non costituiscono imponibile, espressamente (c. 7), nemmeno le perdite registrate prima o in corso di fusione, che possono essere portate in detrazione del reddito della risultante nei limiti del patrimonio netto della

fusione sono considerate di regola inidonee a produrre una fonte di reddito per l'impresa, a differenza dei comuni avanzi e disavanzi intesi come saldi di bilancio positivi o negativi- profitti o perdite- dell'esercizio sociale, secondo la linea di confine abbozzata dal T.u.r.²².

Inoltre con riguardo alle operazioni di scissione, quali operazioni speculari ma strutturalmente affini a quelle di fusione, la disciplina fiscale di cui all'art. 173 T.u.r. dispone "simmetricamente" con fraseologia analoga²³.

Gli articolati fiscali menzionati, citano inoltre gli avanzi e i disavanzi di fusione o scissione distinguendoli fra "da annullamento" ovvero "da concambio" di partecipazioni, senza dettare alcun lineamento strutturale delle fattispecie enunciate: ne fanno bensì una menzione orientata a stabilire i presupposti in base ai quali essi sono o meno soggetti all'imposta sui redditi, stabilendo precetti utili per determinare l'obbligazione tributaria. Tale distinguo, come si vedrà, ha assunto invece nel tempo rilevanza più che centrale nella letteratura e prassi²⁴. Ma la presenza di tale distinguo nella disciplina fiscale e, correlativamente, la sua assenza dai precetti del quarto comma dell'art. 2504-bis c.c. si pensa dovrebbe indurre a rivisitare la ritenuta cogenza di queste classi di differenze. A meno di non considerarne l'assenza dal codice civile come carenza del redattore- come spesso si evince dal tenore dei commenti in letteratura.

Tuttavia, la scelta di escludere la distinzione dall'unico dato testuale del codice civile da cui è possibile muovere un approccio conoscitivo sostanziale alle figure degli avanzi e disavanzi di fusione (e scissione) [art. 2504-bis c.c.] apparirebbe invece indicativa di un determinato proposito. Quello cioè di non condizionare, di necessità, l'applicazione del menzionato articolo del codice civile sulla base di tale classificazione. Fra l'altro la disciplina fiscale, proprio in quanto priva di finalità interpretative, non ne delinea alcun tratto caratteristico. A sostegno delle divergenti finalità fra le diverse fonti normative sta poi il diffuso orientamento²⁵ - dirimente un sentito dibattito- che afferma

società in cui si registrano le perdite: pertanto si confermerebbe che la tecnica di allocazione del disavanzo entro i limiti del netto confluito nella risultante esula dall'imponibile fiscale.

Cfr. approfondita disamina giuridica, sostanziale, sul concetto e rilievo pratico della disponibilità e del realizzo di componenti di bilancio §§ 3.1., 3.1.1., cap. III, *infra*.

²² Similmente poi per quanto concerne le operazioni di trasformazione v. l'art. 170.

²³ Anche per quanto concerne le riserve in sospensione di imposta e la diminuzione di reddito in virtù di perdite nei limiti del patrimonio netto ricevuto dalla beneficiaria, l'art. 173 richiama l'art. 172 in materia di fusioni (cfr. *supra* nota 21).

²⁴ Si veda la parte dedicata specificamente alle categorie in parola in particolare *infra* § 6, cap. I, e ss..

²⁵ Massima n. 72, Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, "Imputazione del disavanzo da concambio nella fusione e nella scissione (art.2504bis c.c.)" del 2005. Si rammenta la composizione della Commissione suddetta: M. Notari, P. Marchetti, M. Agostini, M. Caspani, F. Laurini, C. Marchetti, A. Marsala, L. A. Miserocchi, G. Rescio, A. Roveda, F. Zabban (i dati

l'applicazione dell'articolo 2504-*bis*, quarto comma, c.c., alle differenze da concambio oltre che a quelle da annullamento di partecipazioni. Il richiamato distinguo dunque, a prescindere dall'accoglimento, non si pone più come rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina civilistica.

Nel separare definitivamente la portata dei dati normativi sostanziali da quelli fiscali, gioverà focalizzare l'attenzione sui propositi del legislatore storico in merito ai criteri di formulazione dei primi rispetto ai secondi. Nell'art. 6 della legge di delega al governo per la riforma del diritto delle società di capitali (d.lgs. n. 6/2003) si legge come la disciplina del bilancio (compresa quindi quella della società riveniente da fusione o scissione) debba apprestarsi in modo da: "a) eliminare le interferenze prodotte nel bilancio dalla normativa fiscale sul reddito di impresa...[.]" ; "b) prevedere una regolamentazione delle poste di patrimonio netto che ne assicuri una chiara e precisa disciplina in ordine alla loro formazione e al loro utilizzo"; "f) armonizzare con le innovazioni di cui alle lettere precedenti la disciplina fiscale sul reddito d'impresa..". Tanto rilevato per mettere meglio in luce come la contrapposizione delle previsioni civilistiche con quelle fiscali non dovrebbe portare a comprimere la portata applicativa dell'art. 2504-*bis* c.c. per via dei dati normativi fiscali, sia in senso pratico che teorico. Altro passaggio cruciale per orientare la comprensione degli intenti strettamente sostanziali della disciplina del bilancio d'esercizio e della contabilità nelle operazioni straordinarie emerge nella relazione ministeriale al decreto legislativo di riforma delle società di capitali, laddove nel § 8 (Del bilancio) si apprende che i principi generali che lo regolano sono mutuati dal d.lgs. n. 87/1992 sui bilanci bancari "secondo cui il bilancio è redatto privilegiando ove possibile la rappresentazione della sostanza sulla forma", facendo riferimento alla nuova formulazione dell'art. 2423-*bis* c.c.: in tal senso le iscrizioni e rivalutazioni da effettuarsi a seguito della fusione (o scissione) per recepire avanzi e disavanzi andrebbero lette come deroghe ai criteri ordinari di iscrizione finalizzate a rappresentare una più chiara e veritiera situazione patrimoniale, scevra da interferenze applicative della normativa fiscale.

Si rimarca come nei paragrafi dell'art. 2426 c.c. sono state eliminate le previsioni che consentivano di effettuare rettifiche di valore esclusivamente in applicazione di norme tributarie. Si legge "...l'eliminazione di qualsiasi interferenza di norme fiscali [sulla redazione del bilancio, e quindi anche] sul conto economico consente di ottemperare alla Direttiva [IV Comunitaria, in materia di contabilità di bilancio, recepita in d.lgs. n. 127/1991] senza indicare alcunché nella nota integrativa". Inoltre: "E' stata data attuazione al primo comma dell'art. 6 della legge di delega, disponendo, attraverso l'eliminazione di qualsiasi riferimento a norme tributarie, che i rendiconti economici e

a proposito dei contenuti e i redattori sono ricavabili dal sito ufficiale del Collegio).

patrimoniali siano redatti in ottemperanza alle disposizioni del codice civile *in quanto uniche disposizioni in materia*". Ma v'è di più: con riguardo alle operazioni straordinarie (trasformazione, fusione e scissione) il decreto citato stabilisce sempre nel corpo dell'ottavo paragrafo, correlando la materia del bilancio a quella dell'assetto patrimoniale post-fusione- che la modifica apportata al codice civile- *i.e.* art. 2504-*bis*, quarto comma, c.c.- risponde "a scopi di sostanziale rilevanza", "si limita a tradurre i valori correnti derivanti dalle *Business Combinations* e l'ammortamento con criteri economici degli Intangibili in informazioni comprese nella nota informativa al bilancio e al bilancio consolidato".

Parrebbe evidente come, oltre al collegamento diretto con gli intenti ampiamente espressi dal progetto di legge Mirone²⁶ per la riforma del diritto delle società e con l'introduzione nell'ordinamento italiano dei principi contabili internazionali applicabili²⁷, il legislatore abbia pensato alla disciplina sul bilancio post-fusione e delle differenze in termini di tecnica rappresentativa della condizione economica sociale maggiormente veritiera e completa, tentando di privarla da distorsioni provenienti dai disposti della normativa fiscale.

In definitiva, insomma, pare inevitabile pensare all'esclusione dal testo del codice civile della classificazione delle differenze come "da annullamento" ovvero "da concambio" di partecipazioni come ad una scelta orientata ad isolare nettamente tale qualificazione nel dettato fiscale, senza farla riflettere nella disciplina sostanziale: il momento di recepimento delle differenze in bilancio precede, in termini di qualificazione e disciplina civilistica applicabile, quello dello *status* fiscale ad esse riconducibile.

Tutti questi elementi, si pensa, dovrebbero lasciare logicamente spazio a riconsiderare il rigido accoglimento della richiamata bipartizione tradizionale di avanzi e disavanzi di fusione (o scissione) nell'ambito dell'art. 2504-*bis* c.c., rispetto alla *mens legis* del legislatore.

²⁶ Ampiamente nella stessa relazione allo schema di riforma, prodotta durante i lavori della commissione sotto gli articoli dedicati al bilancio ed alle operazioni straordinarie, in cui si mette bene a fuoco l'impatto distorsivo tendenzialmente determinato dalle norme fiscali sulle iscrizioni di bilancio in occasione di fusioni al fine di ottenere benefici fiscali facendo magari emergere utili fittizi piuttosto che far rilevare disavanzi da ammortizzare all'attivo di bilancio.

²⁷ Si fa riferimento al regolamento del Consiglio Europeo (n. 1606) formalmente adottato il 6 giugno 2002 relativo all'applicazione degli IAS, contenente i cc. dd. principi contabili internazionali. Senza poter ricostruire diffusamente, ora, lo stato e le modalità di armonizzazione dei principi contabili internazionali con il sistema contabile italiano basti tener conto che i principi contabili internazionali (IFRS) attualmente vigenti sono rifusi nel d.lgs. n. 38/2005: si legga, in merito ai limiti dei presupposti applicativi dei detti principi alle società, ed al risultato del tentativo legislativo di armonizzare questi con quelli contabili interni G. Scognamiglio, *Riflessioni generali sull'impatto dei principi contabili internazionali ne Il bilancio spiegato ai giuristi*, Quaderni della rivista "Notariato", 2009, p. 233.

2.1. Il perimetro dell'art. 2504-*bis* c.c.

Senza poter valutare approfonditamente le innumerevoli modifiche ed evoluzioni legislative dei singoli istituti qui via via citati non può comunque sottacersi l'incisività, circa i mutamenti apportati fino ai giorni presenti, della congerie di direttive e regolamenti comunitari dell'Unione Europea.

Si procederà comunque a citare- come già è stato fatto- le fondamentali modifiche legislative avvenute per o determinate dagli atti normativi comunitari.

Il citato articolo 2504-*bis* c.c., per intero, presenta una significativa complessità sia strutturale che terminologica.

Esso è inserito nell'istituto della fusione ed è rubricato "Effetti della fusione": al primo comma si dichiara (a) l'effetto tipico fondamentale comune a tutte le operazioni consistente nella successione della società risultante dalla fusione nei rapporti giuridici provenienti dalle società coinvolte nella fusione; nel secondo (b) l'acquisizione di efficacia dell'operazione attraverso l'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese; nel terzo (c) la possibilità di far retroagire i cc. dd. effetti contabili e di godimento negli utili da parte dei soci in data anteriore a quella in cui ha effetto la fusione; e nell'ultimo- a seguito degli effetti "successori" nei rapporti giuridici delle società partecipanti- (d) i casi di eventuale permanenza della responsabilità illimitata dei soci delle partecipanti all'operazione; nel quarto comma (e) vi sono le norme riguardanti la redazione del primo bilancio successivo alla fusione insieme con le modalità di iscrizione dell'eventuale avanzo o disavanzo rilevabile nel corso dell'operazione.

Appare evidente che quest'ultimo non ha molto a che vedere con l'acquisizione degli effetti propri dell'operazione, riguardando piuttosto l'attribuzione e l'esercizio delle relative competenze di tenuta delle scritture contabili da parte dell'organo di gestione nella società risultante.

Acquisito che il quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c., più che concernere il verificarsi degli effetti di fusione detta i criteri cui attenersi per la contabilizzazione delle differenze nel primo bilancio post-fusione, sarà ora possibile guardarne il contenuto isolandolo tematicamente da quelli che lo circondano. Si fornisce sin da ora l'avvertenza che non si rintracciano né all'interno del codice civile né delle leggi speciali ad esso collegate altri strumenti cui far ricorso per delineare una compiuta configurazione sostanziale delle entità patrimoniali in parola.

2.2. Dettato ed oggetto del quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c.

Il comma quarto dell'art. 2504-*bis* c.c. è stato inserito nel codice civile a seguito della riforma del diritto delle società di capitali risalente al 2003 ed è un testo caratterizzato da intenti innovatori. L'esigenza di dettare finalmente regole atte a disciplinare l'emersione di differenze di fusione risiedeva nel fatto che il codice non proferiva alcuna indicazione normativa a tal proposito e che numerose risultavano le questioni, peraltro più che controverse, a proposito dell'inquadramento di tali differenze e degli effetti patrimoniali sulla società risultante dalla fusione²⁸.

Il legislatore, prima, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 6/2003 ha inserito le regole riguardanti i disavanzi da fusione, e poi, con il d.lgs. n. 310/2004 (ad integrazione e correzione della disciplina del nuovo diritto delle società di capitali) ha inserito quelle riguardanti gli avanzi.

Antecedentemente all'entrata in vigore della nuova formulazione dell'art. 2504-*bis* c.c.²⁹, unica fonte legale di legittimazione (e disciplina) del fenomeno era rappresentata dagli articoli del T.u.r. precedentemente citati nel § 2, in cui si enuncia che avanzi e disavanzi di fusione si considerano voci di bilancio residualmente "patrimoniali" e non "reddituale".

Si enuncia nella prima parte del comma: "Nel primo bilancio successivo alla fusione le attività e le passività sono iscritte ai valori risultanti dalle scritture contabili alla data di efficacia della fusione medesima".

Le parole ripropongono, in un diverso modo, il noto principio enunciato dall'art. 2423-*bis* c.c.³⁰: il "principio di continuità" dei valori del bilancio-

²⁸ Per cogliere una sintesi sullo stato dell'arte prima della sua entrata in vigore, C. Santagata, *La fusione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 585 e ss..

²⁹ Ragioni di convenienza espositiva e di lettura suggeriscono di riportare di seguito il testo del comma quarto dell'art. 2504-*bis* c.c.: "Nel primo bilancio successivo alla fusione le attività e le passività sono iscritte ai valori risultanti dalle scritture contabili alla data di efficacia della fusione medesima; se dalla fusione emerge un disavanzo, esso deve essere imputato, ove possibile, agli elementi dell'attivo e del passivo delle società partecipanti alla fusione e, per la differenza e nel rispetto delle condizioni previste dal numero 6 dell'articolo 2426, ad avviamento. Se dalla fusione emerge un avanzo, esso è iscritto ad apposita voce del patrimonio netto, ovvero, quando sia dovuto a previsione di risultati economici sfavorevoli, in una voce dei fondi per rischi ed oneri. Quando si tratta di società che fa ricorso al mercato del capitale di rischio, devono altresì essere allegati alla nota integrativa prospetti contabili indicanti i valori attribuiti alle attività e passività delle società che hanno partecipato alla fusione e la relazione di cui all'articolo 2501-*sexies* c.c."

³⁰ L'articolo recita al comma primo, numero 1: "Nella redazione del bilancio devono essere osservati i seguenti principi: 1) la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività, nonché tenendo conto della funzione economica dell'elemento dell'attivo o del passivo considerato; (...)

6) i criteri di valutazione non possono essere modificati da un esercizio all'altro."

redatto ed approvato- nel corso dei vari esercizi sociali, lungo i quali si scandisce la vita della società. Tale principio generale vuole la conservazione dei valori assegnati agli elementi patrimoniali nel bilancio (quantitativamente) lungo il corso tempo³¹, di esercizio in esercizio, in modo che essi tali elementi si corrispondano anche circa i criteri di loro valutazione (qualitativamente).

Allo stesso modo, la società scaturente dalla fusione- sia essa incorporante o di nuova costituzione- nel redigere il suo primo bilancio dovrebbe di regola attenersi ai valori riportati nei bilanci delle società partecipanti all'operazione (dunque, relativi stati patrimoniali, conti economici e situazioni patrimoniali *ad hoc*). Venendo ad esistenza la società risultante, inizia il suo primo esercizio sociale, che si concluderà con il bilancio dell'esercizio³²: esso conterrà "il consolidamento" degli elementi patrimoniali provenienti dalle società partecipanti- come risultanti dai loro bilanci regolarmente approvati, e dalle situazioni patrimoniali intermedie richieste dalla legge-. Il c.d. consolidamento consiste normalmente nella eliminazione delle poste reciproche e nell'accorpamento di quelle omologhe, così come nella registrazione degli risultati di gestione propri della società post-fusione (o scissione) nel corso del primo esercizio. All'occorrenza, emergendo differenze, il consolidamento dei conti si estenderà allora anche all'iscrizione delle poste di allocazione³³ di un

³¹Per bilancio, come noto, il codice civile intende una documentazione composta da conto economico, stato patrimoniale e nota integrativa (art. 2423, comma 1, c.c.), in ragione di ciò il principio di continuità permea tutti i documenti di bilancio (si veda, per esempio, l'intenzione di conservare al massimo la continuità dei dati del conto economico, laddove si impone di riportare in esso anche l'ammontare dei dati dell'esercizio precedente).

Sovente il linguaggio della dottrina e della prassi professionale utilizza la locuzione bilancio (a) per indicare direttamente lo stato patrimoniale, che contiene in forma sintetica i dati ricavati elaborati dalle altre scritture contabili; oppure, specialmente quando si dice "saldo di bilancio", anche (b) il "patrimonio netto", che di per sé è un saldo, un valore: questo è parte dello stato patrimoniale, e segnatamente una parte della colonna del passivo; esso esprime, per come è strutturato lo schema dello stato patrimoniale, l'eventuale ammontare di ricchezza dell'iniziativa imprenditoriale e, correlativamente, a seconda dell'inserimento delle cifre nelle apposite voci attraverso cui si articola, la funzione cui le entità patrimoniali occorre siano destinate. Quindi, con riguardo a questo ultimo punto, l'intensità del vincolo con cui esse devono restare inalterate o meno, vale a dire la loro *disponibilità* (o *indisponibilità*). Si veda a proposito G. Ferri jr. in AA. VV., *Diritto delle società*, Giuffrè, 2004.

³² M. Caratozzolo, *I criteri di formazione del primo bilancio post-fusione. Interpretazione dell'art. 2504-bis, comma 4, c.c.*, in *Le società*, 2004, p. 1460; M. Caratozzolo, *Fusione e scissione e principio di continuità dei bilanci*, in *Le società*, 2000, p. 1296.

³³ Gioverà chiarire che il termine "allocazione" è inteso a far riferimento all'azione dell'introduzione in bilancio di determinate poste, che, quindi, vengono create- allocate- in apposite voci dello schema di stato patrimoniale. Il significato può riferirsi sia alla creazione *ex novo* o rettifiche di poste di bilancio, così come alla iscrizione di poste come contropartita di una o più altre.

L'accezione cui qui vuol farsi riferimento è quella di introdurre poste in contropartita di altre. Ma anche, in senso più ampio, come tecnica di distribuzione di proventi, costi, cespiti, o, in

avanzo o disavanzo: se non c'è esigenza di allocare differenze, il consolidamento dei conti avviene integralmente in continuità con i valori risultanti dai bilanci individuali. Potrebbe avvenire in continuità anche qualora le differenze, pur esistendo, non vengano allocate nel suddetto bilancio.

Questa ora cennata è la c.d. continuità oggettiva dei valori di bilancio, tesa a custodire i principi di veridicità, chiarezza e prudenza nella sua redazione lungo il corso del tempo in cui si scandisce la vita giuridico-economica della società. Essa è finalizzata a dare coerenza a tutte le vicende operative giuridico-economiche dell'ente sia in senso quantitativo- di loro consistenza- sia qualitativo- di loro criteri di rappresentazione³⁴. Così le iscrizioni in bilancio (*rectius* nello stato patrimoniale), corrispondono sì a dati quantitativi espressi in moneta corrente di singoli elementi patrimoniali o gruppi di elementi patrimoniali ma nel contempo, dal punto di vista qualitativo, sono il frutto di una valutazione o per meglio dire di un criterio valutativo prescelto dalla legge. Esse rappresentano valori, quantità cioè dotate di una certa qualità (giuridica), che il redigente gli assegna attraverso i criteri legali. Per giunta le singole voci e valori di bilancio non esprimono, in realtà, un singolo atto o situazione giuridica soggettiva isolati, bensì un insieme di atti o situazioni giuridiche (presenti o futuri) sintetizzati nell'unione fra un dato valutativo ad un dato quantitativo. Per mezzo di esse è difficilmente possibile risalire al singolo ed isolato rapporto giuridico che interessa la società, poiché esse rappresentano risultati di gestione che consentono di individuare sinteticamente le varie fasi e vicende della gestione misurate in denaro. Ma, nonostante rappresentino valori sintetici³⁵, esse devono comunque risultare il più possibile aderenti all'esistente giuridico dei rapporti sottostanti che li generano direttamente o, indirettamente, li hanno generati³⁶.

generale quantità numeriche su una pluralità di voci dello stato patrimoniale: in questo senso l'allocatione del disavanzo, significa richiamare la tecnica di cui all'art. 2504-*bis*, con cui l'entità "differenza" viene redistribuita sui valori dell'attivo, i quali vengono rivalutati, tale tecnica è ad esempio denominata anche "spalmatura".

³⁴ Un esempio elementare: se la società Beta s.r.l. acquista dall'impresa individuale "Tizio Impresa del Made in Italy" un marchio per la produzione di scarpe al prezzo di euro 10.000, la prima lo iscriverà allora in bilancio abbinando alla voce relativa ai marchi la cifra 10.000: ciò deriva dalla coniugazione di un criterio qualitativo [quello del costo storico] a quello quantitativo [quello del prezzo corrisposto]; avrebbe magari potuto iscriverlo al valore di mercato, ed allora il dato quantitativo sarebbe potuto risultare una serie *n* di casi, ma la legge impone la convergenza dei criteri ora esplicitati.

³⁵ G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 66 e ss..

³⁶ P. Ferro-Luzzi, *Lezioni di diritto bancario*, Giappichelli, 1995, p. 51, dove evidenzia come all'interno dello statuto dell'impresa, la tenuta della contabilità e redazione del bilancio parte da schemi documentali più semplici (per così dire embrionali), art. 2217 c.c., fino a raggiungere il livello di complessità proprio di quelli delle società di capitali, tali comunque da avere tutti in

Attraverso questa tecnica di rappresentazione contabile si rende in prima battuta effettiva la corretta informazione e tutela delle posizioni soggettive di soci e creditori sociali; nonché- di rilevanza centrale- la commisurazione dei poteri dispositivi esercitabili tramite le competenze organizzate secondo il tipo sociale prescelto (*i.e* modifica di poste, come passaggio di riserve ad altri tipi di riserve; copertura di perdite mediante impiego di riserve; emissione di obbligazioni; distribuzione di utili, e così via).

La continuità soggettiva riguarda invece, evidentemente, il costante adempimento dell'obbligo di tenere il bilancio da parte di un certo ente.

Si appalesa, dunque, come la redazione del primo bilancio post-fusione è un caso del tutto particolare di adempimento dell'obbligo di tenuta della contabilità: sicuramente non vi è continuità soggettiva fra l'ente precedente l'operazione e quello scaturente, essendovi aggregazione di più società. Oggettivamente, poi, non si ha una redazione ed approvazione di bilancio semplicemente agganciata ai valori preesistenti: bensì una vera e propria fusione di valori, basata sul predetto consolidamento, facenti capo ad un pluralità di soggetti di diritto. In più c'è la possibilità di adottare criteri valutativi difformi da quelli precedenti, in vista del recepimento di differenze di fusione.

Ad avviso di chi scrive le suddette peculiarità non si pongono come deroga alle clausole cardine di correttezza, chiarezza e veridicità del bilancio, bensì di un loro concreto sviluppo in senso dinamico, mediante criteri speciali che la legge concede di applicare nelle operazioni straordinarie, ponendo un temperamento agli ordinari criteri legali di iscrizione³⁷.

Essendo il "costo storico" (art. 2426, n. 1, c.c.) criterio fondamentale su cui si basa la formazione delle voci dello stato patrimoniale, si dovrà convenire che esso mira a preservare il principio di stretta continuità dei bilanci. Continuità dei valori e loro costo storico sono due facce della stessa medaglia, che sono concatenati facendo sì che i valori risultino espressi nel divenire temporale secondo modalità di una coerente e certa rappresentazione contabile

Lo schema documentale prescritto per la redazione del bilancio, attraverso conto economico e stato patrimoniale (artt. 2424 e 2425 c.c.)³⁸, da tenersi in

comune la capacità di consentire una logica ricostruzione quantitativa e qualitativa sulle vicende degli affari della gestione e della composizione del patrimonio (si fa l'esempio della possibilità di risalire a ritroso nei vari passaggi dei mutamenti patrimoniali dell'impresa in caso di dissesto).

³⁷ Beninteso che, eccezionalità o specialità non vanno qui riferite, nel significato, ad occasionalità o sporadicità nell'applicazione concreta delle norme di deroga.

³⁸ In G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 61e ss.. un resoconto sulle funzioni fondamentali del conto economico (documento che abbraccia i quantitativi di risorse assunte, dismesse o perdute nel corso di esercizi sociali registrandole "in numerario") e dello stato patrimoniale (come documento che sintetizza quei

base ai principi ora esposti, costituisce la forma tipica di rappresentazione contabile omologata dal legislatore italiano, prescelta per assicurare la massima attendibilità delle informazioni sulla gestione e contestualmente per disciplinare i poteri dispositivi sul patrimonio sociale commisurandoli al regime delle iscrizioni effettuate.

E' però ben noto che spesso il paradigma di bilancio così strutturato non assicura l'aderenza della rappresentazione contabile alla realtà economica delle vicende societarie.

Regole come quelle contenute nel quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c. dimostrano l'esigenza di utilizzare criteri contabili alternativi, speciali, per compensare l'aderenza della rappresentazione documentale del patrimonio alla situazione reale. Ciò non significa che il criterio di valutazione al *fair value*³⁹ abbia soppiantato i suddetti criteri di redazione del bilancio. Lo stato delle cose si pone in modo più complesso.

Un processo storico ed economico sul quale non si può diffusamente soffermarsi ha indotto il legislatore italiano ad optare per la conservazione di una tecnica rappresentativa del bilancio improntata ai principi sinora esposti, accanto alla quale però si sono poste deroghe e temperamenti⁴⁰. Nell'art. 2426 c.c., ad esempio, scorrendo i numeri successivi al primo compaiono regole derogatorie dell'iscrizione al costo storico; similmente, l'art. 2423 c.c. contempla la regola generale a mente della quale è possibile derogare ai casi di iscrizione previsti nell'ambito dell'istituto del bilancio di esercizio. Esistono, insomma, previsioni di legge- disciplinate in maniera più o meno specifica-, che concedono di sostituire la valutazione al costo storico con valutazioni alternative. La lettura sommaria del seguito del quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c. invita ad una riflessione in tal senso: le iscrizioni predisposte per recepire le differenze da fusione (o scissione) paiono atteggiarsi operativamente, e- ciò che più conta- sotto il profilo degli effetti, come deroghe ai criteri ordinari di iscrizione.

Occorre allora inquadrare di necessità il testo delle disposizioni del comma quarto integrandolo suppletivamente- in vista del suo silenzio sul punto- con quello del diritto comune del bilancio in materia di deroghe ai criteri ordinari di

dati in numerario per registrare aumenti o diminuzioni di ricchezza investita ed acquisita negli esercizi sociali).

³⁹ Si veda il commento alle modifiche della disciplina dei conferimenti al *fair value* in L. Salamone, *Le verifiche della valutazione semplificata del conferimento «non in contanti»*, Giurisp. comm., vol. I, 2010, p. 47-72.

⁴⁰ Efficace e approfondita disamina in G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 39 e ss. sull'evoluzione storica della tecnica contabile per la rappresentazione degli investimenti nelle società. Inoltre S. Fortunato, *Dal costo storico al «fair value»: al di là della rivoluzione contabile*, in Riv. soc., 2007, p. 941 per una analisi recente in vista dell'introduzione del criterio di valutazione di cespiti al «*fair value*».

iscrizione dei valori, al fine di individuare la funzione delle iscrizioni da effettuarsi per recepire le differenze di fusione.

La scelta del legislatore riformatore di ribadire esplicitamente il criterio del costo storico unito a quello della continuità anche per la redazione del bilancio post-fusione lascia inferire come egli abbia confermato l'impianto originario dei bilanci societari, pur concedendo spazio a criteri alternativi al costo storico in continuità, senza avallare il *fair value* come criterio generale. La stessa modalità di recepimento dei criteri contabili internazionali nell'ordinamento italiano⁴¹ rispecchierebbe questo intento di fondo. Ragguagliare il lettore sull'intera evoluzione della normativa in materia di tenuta di scritture contabili è qui assolutamente impossibile. Basti sapere comunque che i criteri contabili internazionali, basati sul principio portante del *fair value*, sono oggi valevoli secondo i presupposti e i limiti indicati nel d.lgs. n. 38/2005 (art. 2) per le società quotate (obbligatoriamente) e per quelle che richiedono di farne uso. I principii contabili internazionali IAS/IFRS si applicano oggi anche nel sistema nazionale, pur tuttavia secondo criteri e limiti stabiliti nel decreto⁴², tali per cui il ricorso a criteri contabili estranei a quelli di diritto interno debba comunque conformarsi ai principii cardine di quest'ultimo. Si legga in tal senso il ricavo degli artt. 6 e 7, quando si prevede che la distribuzione di utili e riserve e le variazioni del patrimonio netto registrate a seguito del primo bilancio di esercizio redatto secondo gli IAS/IFRS vanno effettuate nei limiti del reale conseguimento di tali poste contabili. Nonché l'art. 7-ter in cui si fa rinvio ad un decreto ministeriale, basato anche sui rilievi dell'OIC (Organismo italiano di contabilità)⁴³, per l'armonizzazione degli effetti patrimoniali di tali principii con quelli interni. Anche la dottrina più autorevole ha rilevato, a distanza di tempo, come l'impatto innovativo che tali principii avrebbero potuto avere sul sistema di contabilità interno è stato non poco affievolito dai filtri imposti con il d.lgs. n. 38/2005⁴⁴. Le disposizioni di diritto comune del codice civile in materia di

⁴¹ Cfr. Reg. CE n. 1606/2002.

⁴² Già peraltro indicati nella legge di delega n. 366/2001 di riforma delle società di capitali, dove all'art. 8 prescrive la necessità di stabilire solo per le società a vocazione internazionale e ed a carattere finanziario la possibilità di farvi ricorso)

⁴³ I documenti sull'applicazione dei principii contabili internazionali sono presenti sul sito ufficiale dell'Oic. Con riguardo alla fusione e scissione che applicano solo il diritto interno si tratta dell'Oic 04.

⁴⁴ In tal senso si vedano le notazioni in G. Scognamiglio, in Autori vari, *Il bilancio spiegato ai giuristi*, Quaderni della rivista "Notariato", 2009, p. 233.

Nonché M. Bussoletti, *Per una rilettura del principio di realizzazione dei ricavi*, in *Giurispr. comm.*, 2013, p. 1095, quanto alla preponderanza del principio di realizzo dei ricavi (nel senso di utili) nell'ambito della contabilità italiana, nonostante le numerose modifiche codicistiche e l'ingresso degli IFRS. Si rinvia per un approfondimento, all'analitica prospettazione della relazione della Commissione Mirone al progetto di legge sulla riforma societaria, seconda parte art. 7.

bilancio contengono allora i principi regolatori sui quali necessariamente raffrontare anche l'applicazione degli IFRS.

Per queste ragioni si è qui prescelto di concentrarsi sulla portata di tali principi basilari interni, ferma restando la possibilità di svolgere delucidazioni sull'applicazione dei principi di contabilità internazionale rispetto a quella interna, per quanto qui utili.

Seppure l'allocazione delle differenze di fusione, comportante rivalutazioni e nuove poste, si pone come iscrizione di valori discontinui rispetto a quelli dei bilanci precedenti, non può dirsi che essa avvenga in deroga ai detti principi sostanziali di bilancio costituendo piuttosto una variante della loro attuazione e sviluppo⁴⁵. Per meglio dire, il richiamo alla continuità del costo storico immediatamente seguita dalla previsione delle tecniche di recepimento delle differenze non sembra affatto sufficiente a prospettare il rivoluzionamento dei principi operativi del diritto comune del bilancio: alla quale dette poste di allocazione sono comunque soggette, quanto a certezza del realizzo ed impossibilità di esprimerle ai valori correnti.

Va poi chiarito che l'operazione di unificazione, nel bilancio della risultante, dei vari valori provenienti dalle società partecipanti consiste in un fenomeno assai più complesso⁴⁶ rispetto a quello della redazione del bilancio consolidato (d.lgs.

⁴⁵ *Amplius* M. Caratozzolo, *I criteri di formazione del primo bilancio post-fusione. Interpretazione dell'art. 2504-bis, comma 4, c.c.*, in *Le società*, 2004, p. 1460; cfr. poi *infra* C. Santagata, *La fusione*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, Volume VII, Utet, 2004.

Sostiene P. G. Marchetti, *Sulla distribuzione dei saldi attivi di rivalutazione monetaria*, in *Riv. soc.*, 1984, p. 114: per un'esigenza di chiarezza e completezza "a mio avviso, anche di un significativo riconoscimento del principio di continuità intesa nel senso che ogni soluzione di continuità nei criteri di valutazione deve trovare preciso riscontro informativo con rilevanza, direi, plastica ed immediata", con riferimento alla disciplina di iscrizione a deroga dei criteri ordinari di formazione del bilancio l'Autore sostiene si tratti di modalità informazione sulla discontinuità necessaria rappresentare dinamicamente le informazioni di bilancio al fine di verità e chiarezza.

⁴⁶ Ben si coglie la complessità del recepimento, specie di differenze negative, ossia disavanzi, nelle riflessioni di L. A. Bianchi, *Le differenze da annullamento della partecipazione*, in *Liber Amicorum G. F. Campobasso*, UTET, 2007, p. 334 e ss. Che però sembra avvicinare quasi integralmente il primo bilancio di esercizio post-fusione ad un bilancio consolidato (d.lgs. n. 127/1991). In particolare p. 349 e ss.. Va considerato che la disciplina del bilancio consolidato diverge da quella del bilancio d'esercizio sotto più aspetti: primo, il consolidato non sostituisce quello d'esercizio, per il semplice fatto che il primo non è redatto per rappresentare il patrimonio *per valori* ma per proiettare i margini di redditività del gruppo di imprese consolidate; ragion per cui i saldi rilevanti per determinare il raggio dei poteri dispositivi, e quindi gli effetti "organizzativi" del patrimonio netto fanno capo al secondo e non al primo. Secondo, le regole per l'allocazione delle differenze nel consolidato divergono ampiamente da quelle del bilancio post-operazione: sia il disavanzo che l'avanzo sono indifferentemente imputabili ai valori dell'attivo e del passivo; e, solo per il residuo non allocato, la differenza è imputata come posta "vacante" all'attivo (se positiva), e come riserva nel patrimonio netto (se

n. 127/1991). Sul piano degli effetti, quest'ultimo è orientato a proiettare la dimensione concorrenziale dell'impresa "unificata", la sua capacità di produrre utili e reddito al netto dei rapporti infra-gruppo; inoltre esso non sostituisce il bilancio di esercizio, ma si pone come suo allegato, senza che l'ordinamento italiano "ne ammetta autonoma rilevanza per quanto concerne utili da distribuire e perdite da ripianare"⁴⁷. Sorge in questo senso- per quanto qui maggiormente rileva- una importante divergenza fra effetti delle poste del bilancio di esercizio rispetto a quello consolidato, quanto ad effetti organizzativi dei poteri di disposizione sul patrimonio sociale.

Nonostante l'assimilazione delle iscrizioni predisposte per recepire le differenze non è pienamente presente e sviluppata in dottrina- né nella giurisprudenza teorica- come casi di deroghe ai criteri legali secondo l'impostazione qui prescelta, si pensa essa risulti cruciale per dare risposta ai numerosi dubbi sorti in virtù delle classificazioni e modalità argomentative tradizionalmente sviluppate.

2.2.1. (...Segue...) Le deroghe al principio di continuità delle iscrizioni al costo storico come categoria generale di riferimento per l'allocazione delle differenze

La garanzia della continuità di iscrizione al costo storico di acquisto o scambio dei relativi beni e servizi subisce quindi inevitabilmente deroghe in casi speciali contemplati dalla legge. Casi tra i quali si dovrebbero ricondurre le tecniche di allocazione delle differenze, che non derogano ma tendono piuttosto ad incrementare chiarezza e veridicità della rappresentazione contabile. Che tali deroghe risultino ad oggi, in generale, sempre più frequenti è un dato conoscitivo conclamato. Ad esse fanno comunque seguito doveri di giustificazione in base a ragioni obiettive da motivarsi adeguatamente in senso formale (solitamente nella relazione sulla gestione degli amministratori e nella nota integrativa di bilancio), nonché particolari effetti in termini di disponibilità e destinazione delle poste cui danno luogo.

Attualmente, infatti, il sistema italiano di contabilità dei bilanci è grossomodo imperniato su una sorta di schema binario: le iscrizioni nello stato patrimoniale vanno fatte al costo di acquisto o produzione e così conservate in continuità, oppure secondo la pluralità di criteri alternativi indicati da specifiche previsioni *ad hoc*, generali oppure speciali.

negativa) [cfr. art. 33 del citato decreto]. Praticamente, i rimedi, paiono speculari rispetto a quelli delle differenze di fusione.

⁴⁷ Ampiamente, un quadro analitico e puntuale in G. Olivieri, G. Strampelli, *Il bilancio consolidato*, 2016, dattiloscritto gentilmente concesso in lettura.

La lettura dell'art. 2426 c.c. consente ad esempio di individuare una pluralità di criteri alternativi, stabiliti per concretizzare il noto principio di prevalenza della sostanza (economica) sulla forma (contabile) ribadito dal legislatore riformatore⁴⁸ ed inizialmente introdotto solo per i bilanci bancari *sub* d.lgs. n. 87/1992. Si dà il metodo “del patrimonio netto” (secondo l'art. 2426, n. 4, c.c.)⁴⁹, altresì denominato *equity method*; si danno poi casi in cui esplicitamente si fa riferimento al criterio del *fair value* (n. 11, n. 11-*bis*, art. 2426 c.c.; sui lavori in corso di ordinazione e strumenti finanziari derivati): si rammenta che esso corrisponde al prezzo a cui i beni considerati sarebbero scambiati nel mercato in quel certo momento.

Nonostante l'introduzione dei principii contabili internazionali, che ricorrendone i presupposti di applicabilità alla società- consentono di effettuare sempre valutazioni al *fair value* in sostituzione del costo storico-, si evince dall'articolato che il criterio di iscrizione ai valori correnti resta limitato ai casi specificamente autorizzati per legge. Di tal che, quest'ultimo non risulta essere principio informatore di tutti i casi di deroga. La legge infatti detta solitamente criteri che non consentono di arrivare al corrente valore di mercato ma impongono di tener conto di tetti quantitativi coincidenti con il livello di patrimonio netto o le risorse attendibilmente rivenienti dall'effettivo scambio del bene in un determinato momento.

La contabilizzazione di avanzi e disavanzi di fusione appare tutt'affatto riconducibile a questi casi speciali; i precetti dell'art. 2504-*bis* c.c. sono stati inquadrati come meccanismo “ibrido” ove le rivalutazioni ed iscrizioni non sono consentite al *fair value*, ma comunque possono derogare al costo storico. Attuando le rivalutazioni pertinenti all'allocazione del disavanzo negli elementi attivi delle società partecipanti si effettuano rettifiche in aumento del valore dei cespiti non coincidenti con il *fair value*, bensì con il loro valore di realizzo attendibilmente prevedibile. Ciò in applicazione del parametro dell'effettivo realizzo, specificazione del principio di prudenza.

Il rimpiazzo del criterio ordinario di iscrizione al costo storico troverebbe giustificazione nell'interesse di cui sono portatrici le società partecipanti alla fusione (o scissione), consistente nella rappresentazione più veritiera possibile dei loro rispettivi patrimoni sociali al fine di esprimerne al meglio le potenzialità economiche: la specialità della vicenda riorganizzativa societaria

⁴⁸ Al cui intervento si aggiungono interventi più o meno recenti di rivisitazione, come l'ultimo d.lgs. n. 139 del 2015, in recepimento di direttiva comunitaria 2013/34, già salutato con linguaggio giornalistico come “opera di restyling delle norme civilistiche” sul bilancio (Italia Oggi, 04/01/2016).

⁴⁹ A. Vicari, in Autori vari, a cura di Mario Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008, p. 182, ma lo si veda anche a partire da p. 179.

giustifica la specialità dei criteri con cui si configura il patrimonio della società da essa risultante.

Perciò parrebbe del tutto inevitabile avvicinare la normazione delle differenze di fusione e scissione ai casi di deroghe ai criteri ordinari di formazione del bilancio *ex art. 2426 c.c.*-, che vanno collocate nell'alveo delle previsioni di cui rispettivamente all'*art. 2423-bis*, comma 2, c.c.: "*Deroghe al principio enunciato nel numero 6) del comma precedente sono consentite in casi eccezionali [i.e.: 6) i criteri di valutazione non possono essere modificati da un esercizio all'altro]. La nota integrativa deve motivare la deroga e indicarne l'influenza sulla rappresentazione della situazione patrimoniale e finanziaria e del risultato economico.*".

Più in generale, una sorta di clausola generale che consente deroghe ai criteri ordinari di formazione del bilancio quando non è prevista una norma più specifica si rinviene nell'*art. 2423*, comma 4, c.c.: "Se, in casi eccezionali, l'applicazione di una disposizione degli articoli seguenti è incompatibile con la rappresentazione veritiera e corretta, la disposizione non deve essere applicata. La nota integrativa deve motivare la deroga e deve indicarne l'influenza sulla rappresentazione della situazione patrimoniale, finanziaria e del risultato economico".

Si badi bene che non si intende qui operare una sovrapposizione fra deroghe di cui all'*art. 2426* e all'*art. 2423 c.c.* e quelle previste dal quarto comma dell'*art. 2504-bis c.c.* sul piano dei contenuti delle fattispecie, si intende bensì sostenere un avvicinamento in termini di operatività e funzionalità fra i due gruppi di casi.

Pur rifiutando l'associazione concettuale tra deroghe alla formazione dei valori di bilancio al costo storico e le fattispecie predisposte dalle norme sulla fusione arriverà un momento in cui l'estrema sinteticità del comma quarto necessita di un completamento precettivo. Sicché, dato che la dottrina come la giurisprudenza si mostrano spesso silenziose sulle norme suppletive cui far ricorso per rimediare alla laconicità del comma, si pensa qui che il diritto comune del bilancio d'esercizio rappresenti una non trascurabile fonte di sostegno in tal senso.

L'intento derogatorio, innovativo, dell'enunciato del comma quarto richiamato sta nella parte in cui dispone su come regolare le differenze. Anche in assenza della prima parte che ribadisce il criterio di continuità al costo storico, tale criterio fondamentale sarebbe risultato egualmente applicabile al bilancio della società riveniente da fusione: tanto è bilancio quello ordinario d'esercizio, tanto lo è quello previsto dall'*art. 2504-bis c.c.*⁵⁰. Dunque, il regime di converso individuabile per le poste introdotte al fine di recepire le differenze va primariamente ricercato nella sistematica del diritto comune del bilancio. Cioè a dire che la disposizione consente speciali deroghe ma vi associa-

⁵⁰ L.A. Bianchi, op. ult. cit., in particolare p. 339.

implicitamente- i medesimi effetti delle iscrizioni alternative al costo storico. L'ordinamento ritiene giustificate le deroghe in virtù degli interessi sociali e societari mobilitati nelle operazioni ma pone prudenzialmente dei contrappesi agli effetti delle iscrizioni derogatorie, ritenendole poste contabili- non reddituali- e dunque non automaticamente disponibili.

Tale atteggiamento è, peraltro, apertamente dimostrato dalla recentissima introduzione del n. 11-*bis*, art. 2426 c.c., che consente l'iscrizione al *fair value* dei derivati o degli strumenti finanziari che li contengono, ma, nella lunga e analitica disciplina sulle modalità di iscrizione si scorge misure preventive verso l'utilizzo della voce introdotta al valore corrente: in tal senso, il corpo del dettato recita che “non sono distribuibili gli utili che derivano dalla valutazione al *fair value* degli strumenti finanziari derivati non utilizzati o non necessari per la copertura. Le riserve di patrimonio che derivano dalla valutazione al *fair value* di derivati utilizzati a copertura dei flussi finanziari attesi di un altro strumento finanziario o di un'operazione programmata non sono considerate nel computo del patrimonio netto per le finalità di cui agli articoli 2412, 2433, 2442, 2446 e 2447 e, se positive, non sono disponibili e non sono utilizzabili a copertura delle perdite”. Peraltro, nel comma 5, art. 2426 c.c., si dice che “il *fair value* non è determinato se l'applicazione dei criteri indicati al comma precedente non dà un risultato attendibile”.

La formulazione della prima parte del quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c. è da taluni posta in discussione circa il significato dell'espressione “*nel primo bilancio successivo alla fusione*” (avvenuta): alcuni orientamenti dottrinali revocano in dubbio che le parole primo bilancio successivo corrispondano al primo bilancio di esercizio della società neo-nata. Si afferma infatti da parte di taluno che il riferimento va non al bilancio di esercizio in senso proprio bensì ad un documento, denominato bilancio di apertura, avente struttura simile a quella di un inventario richiamato dall'art. 2217 c.c.- in punto di norme generali sulla tenuta delle scritture contabili nell'impresa⁵¹. Si sostiene che la funzione di un siffatto documento, dotato di efficacia meramente interna- informativa-, debba essere unicamente redatto dagli amministratori e “vidimato” dall'organo preposto al controllo contabile (collegio sindacale o revisore legale dei conti-sotto forma di società o meno a seconda dei casi); che diversamente dal bilancio di esercizio, non vada iscritto nel registro delle imprese e quindi non vada approvato dall'assemblea⁵². La sua funzione è ravvisabile nell'esigenza di registrare analiticamente in modo uniformato i dati contabili pervenuti alla

⁵¹ Cfr. F. Magliulo, *Le fusioni*, Ipsoa, 2009, p. 483, anche nota 70. M. Caratozzolo, *I criteri di formazione del primo bilancio post-fusione. Interpretazione dell'art. 2504-bis, comma 4, c.c.*, in *Le società*, 2004, p. 1460.

⁵² Così C. Santagata, *La fusione*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 594-595.

società riveniente da fusione (o scissione). Mancando di conto economico e nota integrativa fungerebbe unicamente da cerniera fra le scritture contabili delle varie partecipanti e quelle del primo esercizio della società-risultato: questo documento lascerebbe perciò spazio per evidenziare tutte le eventuali variazioni in aumento o diminuzione dei valori presenti nelle società coinvolte fra il momento dell'inizio del procedimento di fusione (la redazione del progetto da iscriversi nel registro delle imprese) fino a quello della conclusione⁵³. Le variazioni sarebbero quindi particolarmente utili da conoscere per quantificare le differenze qui studiate.

Questo evocato documento, pur consistendo sicuramente in un utile supporto da cui trarre notizie, informazioni, chiarimenti circa i criteri adottati per formare le poste di del primo bilancio di esercizio post-fusione, così come l'esistenza di utili generici avanzi, disavanzi oppure differenze da regolare opportunamente per non pregiudicare gli effetti dell'operazione, non pare corrispondere a quello cui la legge intende letteralmente far riferimento⁵⁴. Per ragioni di economia interpretativa nella tecnica redazionale legislativa, ed in ossequio al ben noto principio dell'art. 12 delle Preleggi del Codice Civile⁵⁵, non è possibile argomentare l'obbligatorietà di un tale "bilancio straordinario", dotato di efficacia solo interna.

Diverso sarebbe invece dire che tale sorta di inventario *ex art. 2217 c.c.* non risulti essere obbligatorio, pur essendone raccomandabile la redazione per integrare il primo bilancio di esercizio, e ciò a maggior ragione nel caso esista una situazione patrimoniale che necessita di maggior chiarezza ed analiticità in vista di eventuali criticità operative sulla gestione del patrimonio (es.: perdite da evidenziare, contestuale aumento di capitale deciso in occasione della fusione stessa, od avanzi o disavanzi di fusione particolarmente consistenti). Tanto detto per rimarcare la non obbligatorietà di documenti suppletivi del bilancio, al di fuori di quelli contemplati dalla legge. Una lettura estensiva dell'obbligo di tenere documenti contabili si pone contraria ai principi di economia degli atti sociali sia in termini di organizzazione che di spesa. L'obbligatorietà di un siffatto documento implicherebbe maggiori costi per la sua realizzazione, appesantirebbe la speditezza dell'agire sociale. Legittimando inoltre una non troppo virtuosa linea interpretativa inerente ai bilanci straordinari, che potrebbe implicare nei frangenti qui studiati un potenziale aumento di

⁵³ Si parla (C. Santagata, *op. ult. cit.*, p. 594) di "rilevazione consolidata" del tutto analoga a quella del bilancio consolidato di cui alla d.lgs. n. 127/1991 artt. 29 e ss., sottratto ad approvazione dell'assemblea. Cfr. però le discordanze rivelabili sul punto, *infra* § 2.2., n. 45, cap. I

⁵⁴ *Contra* M. Caratozzolo, *I criteri di formazione del primo bilancio post-fusione. Interpretazione dell'art. 2504-bis, comma 4, c.c.*, in *Le società*, 2004, p. 1460, al principio del saggio.

⁵⁵ Si intende il precetto secondo cui non si può attribuire alla legge altro significato di quello fatto palese dalle parole utilizzate e dall'intenzione del legislatore.

contenzioso sul terreno della diligenza cui è tenuto chi amministra⁵⁶, nonché su quello di redazione e limiti di contenuto da parte di chi ne è tenuto alla predisposizione.

3. Le regole di legittimazione delle differenze negative di fusione note come disavanzi di fusione

Il secondo inciso del quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c. sancisce la disciplina propria del disavanzo. Recitando “se dalla fusione emerge un disavanzo, esso deve essere imputato, ove possibile, agli elementi dell'attivo e del passivo delle società partecipanti alla fusione e, per la differenza e nel rispetto delle condizioni previste dal numero 6 dell'articolo 2426, ad avviamento”⁵⁷.

Si tratta dell'unico elemento testuale di legittimazione dei disavanzi di fusione (ed applicabile anche a quelli di scissione in forza della previsione di cui all'art. 2506-*quater* c.c.). Come già accennato, la allocazione in bilancio di una stimata differenza negativa comporta la sua “trasformazione” in una vera e propria entità contabile, il disavanzo, come eccedenza dal lato del passivo.

Essa avrebbe inoltre il carattere di entità meramente contabile, non reddituale, secondo quanto si evince anche dalla disciplina fiscale. Non trattandosi di un vero disavanzo di gestione la sua acquisizione nello stato patrimoniale non è da intendersi come perdita da ripianare e nemmeno consiste nel computo in patrimonio netto, tutt'altro. Rappresentando una grandezza “extracontabile”, non transitante cioè dal conto economico⁵⁸, accedendo direttamente nello stato patrimoniale il disavanzo viene riallineato attraverso la modifica delle poste dell'attivo consistente nella rivalutazione dei cespiti e l'iscrizione di apposite voci- anche per la prima volta (per esempio l'avviamento)-. Rettifiche e iscrizioni avverranno, a seconda della composizione patrimoniale propria della società riveniente dall'operazione, sulla base degli elementi che transitano in essa per effetto della fusione- o attribuiti mediante scissione-. Questa, momentaneamente per sommi capi, la sua tecnica di riallineamento.

⁵⁶ M. A. Polinsky, *Una introduzione alla analisi economica del diritto*, Zanichelli, 1992, p. 146 in particolare. Cfr. specificamente sul punto G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 132 e ss.

⁵⁷ Cfr. successiva nota n. 60 per conoscere le recenti modifiche introdotte con riguardo alla tecnica di ammortizzazione dell'avviamento.

⁵⁸ Che, quale rendiconto numerario, esprime ricavi e costi nell'esercizio della gestione sociale. *Amplius* G. Figà-Talmanca, ult. cit., p.

Il decreto d.lgs. n. 139/2015 (art. 6, comma 2) comporta diverse modifiche allo stato patrimoniale e alla disciplina di bilancio che sono via via evidenziate se utili alla presente trattazione.

Il c.d. disavanzo è dunque un'entità scaturente da una mera stima, puramente congetturata ed assunta come negativa: si tralascia momentaneamente di parlare approfonditamente da quali fattori si ricavi questa stima della differenza negativa. I criteri numerici, quantitativi, con cui le differenze vengono stimate si coniugano assai diversamente nella categoria di differenze "da annullamento" rispetto a quelle "da concambio". Per ora basti conoscere che in linea generale e- secondo la visuale teorica qui adottata, la stima consiste in un confronto fra due "grandezze", e cioè fra il valore del patrimonio netto al passivo e la somma dei valori degli elementi iscritti (al costo storico) all'attivo osservabili in una- o più- delle società partecipanti alla fusione⁵⁹. Prevalendo il patrimonio netto si ha un avanzo, in caso contrario un disavanzo.

Utilità assolutamente primaria assolta da tale tecnica contabile consiste nell'impedire l'emersione di una perdita⁶⁰, che, a seconda della sua entità potrebbe compromettere l'operatività della società riveniente dall'operazione. Si è osservato in dottrina come l'ammontare di una differenza di fusione (o scissione) di segno negativo, se non è recepita e riallineata con le opportune tecniche ora enunciate, dovrebbe essere rilevata come una sopravvenienza passiva pur non consistendo in una vera e propria perdita: si tratterebbe insomma di una sorta di perdita fittizia. Tant'è vero che se non fosse stata inserita la disciplina sostanziale del disavanzo si sarebbero verificate numerose fusioni in cui la società riveniente avrebbe potuto esporre delle perdite fittizie nel suo primo bilancio.

La scelta di politica legislativa si è mossa nel senso di legittimare l'allocazione del disavanzo e sacrificando il principio di continuità dei valori, al fine di evitare effetti distorsivi della rappresentazione contabile consistente ad esempio nella possibilità di dover esporre una passività fittizia, non corrispondente ad una perdita reale. E che, probabilmente, si dovrebbe computare nel patrimonio netto senza forse dover essere ripianata; in tal modo si è introdotta una modalità contabile finalizzata a mantenere rispettato il principio di verità e correttezza dei dati di bilancio.

La disposizione poc'anzi riportata offre la soluzione dell'assorbimento del disavanzo, vale a dire la possibilità della sua allocazione nei valori attivi rivenienti nella società risultante. L'enunciazione del codice ha provocato numerose discussioni circa il modo di perseguire tale soluzione. Sembra tuttavia profilarsi letteralmente una duplice opzione: (I) modificare in aumento

⁵⁹ Cfr. L. Ardizzone-L. Grezzini, in Autori vari, a cura di M. Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008, p. 152-153.

⁶⁰ Ampiamente il problema affrontato in G.E. Colombo, *Differenza di fusione nel bilancio successivo all'incorporazione*, in *Le società*, 1992, p. 959; poi ripreso dall'Autore nel parere del collegio dei docenti del dottorato della Cattolica di Milano, cfr. Autori vari, a cura di M. Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008, *infra* in A. Vicari, p. 176 e ss..

gli elementi dell'attivo attingibili dalle partecipanti fino a concorrenza dell'ammontare della differenza rilevata e la sua residua parte non allocata è ribaltabile sull'avviamento, anche iscritto per la prima volta, ai sensi dell'art. 2426, n. 6, c.c.. Le rivalutazioni effettuate dovranno comunque rispettare i limiti concessi dalla tipologia di cespiti ritoccato in aumento, in termini di elasticità del valore e capienza, senza "truccare" la sua attendibile consistenza. (II) Alternativamente, si profila di modificare in aumento gli elementi attivi rivenienti dalle società partecipanti sempre entro i limiti del loro realizzo attendibilmente stimato, potendo iscrivere- anche per la prima volta- l'avviamento alle condizioni previste nel n. 6 dell'art. 2426 c.c.⁶¹; la parte residua di disavanzo non ancora assorbita iscrivibile in una "posta rettificativa" al passivo denominata "disavanzo di fusione"⁶². Questa seconda modalità, che contempla la possibilità di iscrivere anche una riserva al patrimonio netto, è prospettata da taluno facendo ricorso alla previsione del comma quarto secondo cui "il disavanzo deve essere imputato, ove possibile, agli elementi dell'attivo e del passivo delle società partecipanti". L'ipotesi non è spesso condivisa⁶³: per ragioni di coerenza e trasparenza dell'adottato rimedio

⁶¹ Vale la pena rimarcare come l'iscrizione dell'avviamento dovrebbe ammettersi senza limiti di sorta per le società partecipanti alle operazioni di fusione e scissione, pur sempre se esistente. Non dovendo interpretarsi l'art. 2426, n. 4, c.c. come dettato che impone l'iscrizione sotto la condizione che l'avviamento sia stato acquisito a titolo oneroso dalla società che sta per fondersi o scindersi: a ben vedere, la dottrina più attenta segnala come il riferimento all'acquisto a titolo oneroso riguardi il limite in base a cui l'avviamento può iscriversi in contabilità se è stato acquistato a titolo oneroso. Se non lo fosse, potrebbe essere ugualmente iscrivibile, ammettendosi anche l'iscrizione di quello "autorpodotto": G. Olivieri, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Cedam, 1989, p. 399 e ss., ampiamente. In breve, il riferimento all'acquisto a titolo oneroso rappresenterebbe il criterio di iscrizione generale, al costo storico, come ad esempio accade per le immobilizzazioni.

Come si vedrà nei prossimi paragrafi dedicati alla giurisprudenza sulle differenze, si può ricavare che l'iscrizione dell'avviamento ai fini del disavanzo è percorribile- secondo i giudici- al limite anche nel caso in cui non possono iscriversi o rivalutarsi altri cespiti dell'attivo.

Tuttavia va tenuto in conto come le posizioni dottrinali non sono uniformi, ritenendosi da parte di taluni che l'avviamento possa iscriversi nello stato patrimoniale solo se acquisito a titolo oneroso, dietro corrispettivo, come nel caso in cui si fonde una società controllata da un'altra in qualità di incorporante, o comunque quando nella fusione o scissione una delle società partecipanti possiede quote sociali di un'altra. Ma, in conclusione, parte rilevante della dottrina, la giurisprudenza e l'applicazione pratica dell'art. 2426 c.c., n. 6, in particolar modo in materia di differenze, paiono militare tutte a favore della posizione qui illustrata e condivisa.

⁶² L'Autore, C. Santagata, *La fusione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 592, non identifica però il tipo di posta rettificativa. Fa tuttavia riferimento ad una posta dotata della medesima funzione dei ratei e risconti passivi, p. 593. *Contra* L.A. Bianchi in *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, Il Sole 24 Ore, 2002, p. 360.

⁶³ Si veda, esemplarmente, L.A. Bianchi, *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, Il Sole 24 Ore, 2002, p. 356 e ss., in particolare 360.

dell'assorbimento si preferisce effettuare un ricorso alle sole voci dell'attivo, sempre- probabilmente- per un'esigenza di chiarezza e veridicità del bilancio. Non si tratta però in questo caso di una vera riserva del patrimonio netto o di una voce del fondo rischi ed oneri destinata a far fronte a risultati imprenditoriali sfavorevoli ipotizzati. Se comunque fosse da considerarsi come una riserva sarebbe da mantenersi tutt'affatto come indistribuibile. Lo stesso studioso⁶⁴ che parrebbe ritenere una *extrema ratio* lo sconfinamento delle rivalutazioni nel passivo pone in evidenza, non senza incontrare dissenso⁶⁵, che le rivalutazioni vadano sviluppate attraverso l'allocatione degli elementi all'attivo secondo l'ordine ricavabile dallo stesso stato patrimoniale. L'esigenza sottostante all'osservazione fa capo alla coerenza e trasparenza giuridica dell'allocatione. Si prospetta in tal senso la necessità di effettuare rivalutazioni dando precedenza alle immobilizzazioni immateriali, per poi passare a quelle materiali, e così via. Secondo taluno vanno esclusi dalle rivalutazioni i beni "strumentali" a favore di quelli "accessori" all'attività sociale, in quanto questi ultimi possono essere più facilmente distolti dal patrimonio per realizzare risorse disponibili senza pregiudicare l'attività d'impresa⁶⁶. In ogni caso, condivisibilmente con quanto argomentato da chi espone un ordine "razionalizzato" per procedere all'allocatione del disavanzo, è necessario osservare il caso concreto e la composizione patrimoniale verificando "la capienza" delle diverse classi di attività iscritte secondo lo schema legale, rimettendo alla discrezionalità amministrativa di chi gestisce il *modus procedendi* per riallineare le poste di bilancio in vista del disavanzo da assorbirsi. Questi ultimi punti sono di cruciale importanza, e si esamineranno puntualmente nel terzo capitolo della presente indagine, per quanto concerne la scelta nell'ambito del procedimento di fusione (o scissione) delle misure contabili più idonee e gli effetti patrimoniali di tali misure.

I problemi teorici e pratici sui rimedi previsti per i disavanzi sono purtroppo lunghi dal limitarsi a quelli fin qui enumerati.

Si è sollevato in dottrina l'interrogativo circa la misura delle rivalutazioni: si è affrontato l'interrogativo se tali valutazioni possono arrivare fino al valore di mercato dei beni. In breve se le rivalutazioni possono costituire occasione per valutare i beni al *fair value*, oppure se esse debbano rivalutarsi per quanto necessario a coprire il disavanzo stimato. In effetti non pare che il legislatore

⁶⁴ *Amplius* L.A. Bianchi, *Le differenze da annullamento della partecipazione*, in Liber Amicorum G. F. Campobasso, UTET, 2007, p. 358-360, in cui si sviluppa esaustivamente e puntualmente l'intera problematica dell'allocatione dal punto di vista giuridico. Parla comunque di rettifiche anche del passivo, sembra, sotto forma di "svalutazioni di passività".

⁶⁵ Si veda per gli opportuni riferimenti sul punto A. Vicari, in Autori vari, a cura di M. Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008, p.185-187.

⁶⁶ Op. ult. cit. p. 186; C. Santagata, op. ult. cit., p. 592, in particolare nota 170-*bis*, dove sviluppa un'opinione di T. Onesti.

abbia autorizzato ad effettuare la rivalutazione al valore assoluto di mercato dei beni compresi nell'attivo, bensì di rettificare i loro valori- nella misura in cui siano capienti- al fine di coprire il disavanzo entro i limiti della sua stima⁶⁷. Del resto il criterio di iscrizione al valore di mercato, pur essendo diffuso nelle esperienze giuridiche comunitarie, non ha trovato piena legittimazione nell'ordinamento nazionale: esso è stato recepito marginalmente nei principi contabili nazionali, a riforma del diritto delle società di capitali avvenuta, restando applicabile unicamente alle società soggette ai principi contabili internazionali secondo i limiti del citato regolamento dell'Unione Europea del 2002. Si danno certo sue legittimazioni in materia di contabilizzazione dei conferimenti in s.p.a o s.a.p.a valutati secondo il valore di mercato mediante una procedura di stima semplificata (art. 2434-*ter* c.c.), o nei casi "speciali" derogatori del costo storico *sub* art. 2426 c.c., ma si tratta di norme particolari e nient'affatto generali⁶⁸. Non sembra tuttavia che la *ratio* del quarto comma

⁶⁷V. G. Figà-Talamanca, op. ult. cit., p. 187, nota 26, dubitativo sull'applicazione del valore corrente alla rivalutazione. Favorevoli G. E. Colombo, L. A. Bianchi, opp. citt.. La scelta di non introdurre nel bilancio il principio di stima dei cespiti al valore corrente ("fair value"), pur sempre temperata da deroghe che le consentono, è spiegabile quale espressione di quel principio di *prudenza* cui il legislatore si è da sempre ispirato nella regolamentazione dei criteri legali di redazione del bilancio e delle deroghe ad essi; cui vanno, quindi, considerate sottoposte anche le misure di riallineamento effettuate nel bilancio post-fusion. L'art 2423-*bis* c.c. stabilisce: "Nella redazione del bilancio devono essere osservati i seguenti principi: 1) la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività, nonché tenendo conto della funzione economica dell'elemento dell'attivo o del passivo considerato; 2) si possono indicare esclusivamente gli utili realizzati alla data di chiusura dell'esercizio.

⁶⁸ Assolutamente orientativa in tal senso la recentissima modifica allo schema di bilancio, che prevede all'art. 2426 c.c. la contabilizzazione al valore corrente degli strumenti finanziari derivati acquistati da società. L'art. 6 del d.lgs. n. 139/2015 (attuazione della direttiva 2103/34 del Parlamento Europeo) ha introdotto l'iscrivibilità al *fair value* dei contratti derivati aggiungendo il numero 11-*bis* all'art. 2426; esso stabilisce che "gli strumenti finanziari derivati, anche se incorporati in altri strumenti finanziari, sono iscritti al "fair value"". Starà ai commentatori sviluppare poi i contenuti della disciplina dell'11-*bis*, ma per ciò che qui rileva, si può leggere nel seguito che "le variazioni del "fair value" sono imputate al conto economico oppure, se lo strumento copre il rischio di variazione dei flussi finanziari attesi di un altro strumento finanziario o di un'altra operazione programmata, direttamente ad una riserva positiva o negativa di patrimonio netto". Prosegue poi dicendo che "le riserve ..non sono computate nel patrimonio netto.. e se positive, non sono disponibili e non sono utilizzabili a copertura delle perdite".

Come di consueto ancora, la deroga all'iscrizione al costo storico sotto forma di valutazione al valore corrente impone l'iscrizione di una contropartita, una riserva, che per ragioni cautelative (cfr. art. 2432 c.c.) è inutilizzabile e, più intensamente del solito, non è nemmeno utilizzabile per coprire perdite. Fra l'altro in tal caso non viene nemmeno computata al patrimonio netto per le finalità di cui agli artt. 2412, 2433, 2442, 2446 e 2447.

Da segnalarsi inoltre, fra le modifiche più importanti: il n. 6, art. 2426, secondo la nuova formulazione l'ammortamento dell'avviamento è previsto- residualmente- in dieci anni se non

dell'art. 2504-*bis* c.c., stando alla *mens legis* che lo ha introdotto, integri precetti di legge che legittimano espressamente valutazioni in bilancio al valore di mercato. Larga parte della dottrina è infatti orientata a non avallare le rivalutazioni di tutti gli elementi patrimoniali fino al valore di mercato nel caso di allocazione di disavanzi. In coerenza con la costruzione fondamentale del sistema contabile di bilancio in Italia, non espressamente imperniato sulla sua formazione a valori reali di mercato, si dovrebbe allora intendere l'ammontare della differenza negativa stimata come massimale delle rivalutazioni effettuabili in ossequio al principio della prudenza⁶⁹. Così, se si accoglie la prospettiva sinora affermata dell'affinità sul piano degli effetti tra modalità di allocazione dei disavanzi- od avanzi- e disciplina delle iscrizioni derogatorie del costo storico, ne discende che tutte le poste rivalutate e iscritte all'attivo per riallineare disavanzi sarebbero caratterizzate dai medesimi regimi ricavabili caso per caso dall'art. 2426 e 2423 c.c.⁷⁰.

In termini più puntuali si intende che se sono iscritti costi essi vanno ammortizzati; anche la rivalutazione di elementi attivi comporta

si riesce ad addivenire alla quantificazione della "vita utile", per espressa dichiarazione di chi gestisce nella nota integrativa. Ciò a partire dal primo gennaio 2016, restando impregiudicata la disciplina precedente per chi l'ha già applicata.

Le azioni proprie in portafoglio vanno poi contabilizzate solo al passivo, mediante riserva negativa, senza apporre una contropartita attiva (art. 2357-*ter* c.c.).

Si è introdotta una modifica che indica come i costi iscrivibili all'attivo risultino essere solo quelli di "sviluppo", di impianto e ampliamento, con esclusione di quelli per pubblicità e ricerca.

E' stata introdotta inoltre una modifica assai rilevante al n. 1, art. 2426 c.c., con cui si stabilisce che le immobilizzazioni consistenti in titoli sono possibilmente iscritti in bilancio ed *assoggettati al criterio dell'ammortamento*. Segnale, dunque, che il criterio dell'ammortamento parrebbe risultare ormai comune a tutte le immobilizzazioni attive, a maggior ragione quindi,- per quanto qui rileva- a tutte le rivalutazioni effettuate, comprese quelle a titolo allocativo di disavanzo.

⁶⁹A. Vicari, op. ult. cit., p. 179 e ss. in particolare; è svolta un'attenta analisi critica sulla dialettica avutasi in Italia a proposito della scelta dei metodi di rappresentazione contabile di bilancio nonché di bilancio post-fusione, alquanto complessa e travagliata.

Beninteso, però, ad avviso di chi qui scrive occorre prendere atto che è condivisibile intendere la differenza negativa come tetto massimo per le rivalutazioni a patto di considerarlo tale alla luce della *ratio* dei criteri di formazione del bilancio; piuttosto che in base ad una ricostruzione di marca aziendalistica secondo cui si incentra la validità della fattispecie ascrivibile alla disciplina sulle differenze solo se, in caso di fusione per incorporazione (o scissione), rapporto di partecipazione di una società in un'altra, e quindi in presenza di un prezzo di carico della partecipazione posseduta dalla incorporante nella incorporata, come necessitante massimale di rivalutazione; per meglio dire tale spiegazione ha indubbiamente un valido fondamento anche giuridico, ma non costituisce sempre giuridicamente, come meglio si dirà, l'unico presupposto per l'applicazione dell'art. 2504-*bis* c.c..

⁷⁰ Si fa riferimento, per esempio, al periodo massimo di ammortamento dei costi iscritti e delle modalità con cui documentare il periodo superiore coincidente con "l'utilizzabilità" dell'attivo iscritto.

l'ammortamento (cfr. l'ultima parte dell'art. 2426 c.c., recentemente introdotta)⁷¹ avendo riguardo ai criteri indicati dai diversi numeri dell'articolo 2426 o comunque dando contezza della misura in cui il valore introdotto possa considerarsi effettivo⁷²: ciò viene confermato peraltro dalle recenti modifiche all'articolo in parola, che paiono chiaramente orientate a stabilire l'ammortamento quale tecnica condivisa da tutte quelle voci attive iscritte il cui grado di effettivo realizzo è incerto⁷³. Sicché se non effettivamente realizzato, il valore andrebbe opportunamente coperto con accantonamento di risorse per riportare il suo valore ad effettività. Tirando le fila del ragionamento, l'ammortamento si porrebbe ad oggi come misura cautelativa verso poste attive rettificata il cui effettivo realizzo non è adeguatamente accertato. La regola è, allora, di portata generale ed in tal senso valevole per le rivalutazioni effettuare ai fini del disavanzo.

Dovrebbe emergere palesemente come le misure adottate per riallineare disavanzi si pongono tutte quali deroghe ai criteri ordinari di formazione del bilancio, che danno luogo a voci residualmente contabili e quindi assoggettate al regime cautelativo di inutilizzabilità che la legge impone per questa categoria di entità patrimoniali⁷⁴.

L'inquadramento degli effetti delle poste introdotte ai fini del disavanzo nell'ambito delle deroghe, e così dell'art. 2426 c.c., trova anche conferma nella

⁷¹ La norma impone l'applicazione, se possibile, del criterio di ammortamento per i titoli iscritti all'attivo: evidentemente la norma è testualmente limitata alle immobilizzazioni consistenti in titoli (si potrebbe dire strumenti finanziari), ma tuttavia il suo tenore impone di valutare prospettive generali di applicazione estensiva almeno verso le immobilizzazioni immateriali dotate di caratteristiche affini. Ciò in quanto, l'inciso "ove possibile" implicherebbe una compatibilità applicativa verso i casi in cui è verosimilmente effettuabile in vista del realizzo ancora compiuto dei valori iscritti. L'argomento assume allora importanza centrale per quanto qui sostenuto: se si introducono poste attive rivalutate il cui grado di effettivo realizzo del valore assunto non è certo, occorrerà far fronte all'incertezza con il mezzo cautelativo dell'ammortamento.

⁷² P. Ferro-Luzzi, *Deroghe ai criteri di valutazione e rivalutazione*, in Giur. comm., 1981, I, p. 10, indica come le norme apprestate dal codice per la formazione del bilancio, legali e derogatorie ai criteri legali, siano da considerarsi come criteri di valutazione e non semplici limiti delle valutazioni (contrapponendosi alla visione del G. E. Colombo), come tali sempre applicabili ai casi simili di deroghe accomunate dai medesimi effetti sul patrimonio netto.

⁷³ Per lo stato del dibattito già sviluppatosi in tempi meno recenti a proposito della tecnica di ammortamento quale criterio generale per le rivalutazioni effettuate all'attivo ampiamente G. Olivieri, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Cedam, p. 152 e ss..

⁷⁴ In linea con quanto sostenuto, G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 185 e ss. c'è l'impostazione che valorizza l'inserimento di avanzi e disavanzi da fusione nei "componenti speciali del bilancio" quali valutazioni derogatorie ai criteri "ordinari" di bilancio che determinano ricadute sulla disponibilità dei saldi del patrimonio netto; palese è il parallelo degli effetti dell'avanzo con quelli delle rivalutazioni speciali di cui all'art. 2426, n. 4, c.c..

menzione di detto articolo all'interno del medesimo quarto comma esaminato. Logicamente, l'iscrizione dell'avviamento comporta l'ammortamento del relativo valore assegnatogli; ammettendosi, a tal fine, anche l'iscrizione di costi di sviluppo, il rimedio resterebbe il medesimo, con la conseguente possibilità di distribuire di utili in misura pari a quelli presenti o recuperati nel corso dell'esercizio sociale per via dell'ammortamento⁷⁵.

Da parte di taluno si è poi osservato come sarebbero anche possibili iscrizioni *ex novo* di elementi attivi precedentemente non iscritti, ma pur sempre esistenti nel patrimonio sociale⁷⁶.

Si segnala in chiusura un altro aspetto problematico sulle rivalutazioni a copertura di disavanzi: si opina che le rettifiche di valore delle classi di beni all'attivo possano condursi sugli elementi di bilancio provenienti da tutte le società partecipanti e non solo da quella nell'ambito della quale si è stimata esistere la differenza negativa. In tal senso parrebbe che la rivalutazione *in integrum* di tutti gli elementi confluiti nella società definitiva, come anche di quelli dell'incorporante nel caso di fusione per incorporazione, sia autorizzata dal precetto dell'art. 2504-*bis* c.c. laddove stabilisce che il disavanzo "deve essere imputato, ove possibile, agli elementi dell'attivo e del passivo *delle società partecipanti*".

In conclusione, comunque, è la stessa articolazione linguistica dell'art. 2504-*bis* c.c. a suggerire l'armonizzazione del dettato con la disciplina generale di bilancio⁷⁷. Anzitutto per via del fatto che in esso è contenuto il richiamo espresso al n. 6 dell'art. 2426 c.c. per quanto concerne l'iscrizione dell'avviamento⁷⁸; dipoi, per la circostanza ancora più rilevante, che il

⁷⁵ Da notare, secondo quanto già cennato, come all'ammortamento consegue in altri termini un'indisponibilità di una parte del patrimonio netto pari a quella dei valori iscritti.

⁷⁶ P. G. Marchetti, *Appunti sulla nuova disciplina della fusione*, Riv. not., 1991, p. 39.

⁷⁷ Si rinvia per approfondimenti sulla disciplina generale citata a G.E. Colombo, G. Olivieri, *Bilancio di esercizio e consolidato*, ne Il trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 7, Utet, 2004, p. 197 e ss.

⁷⁸ Giova ribadire, alla luce di recenti riforme su contabilità e bilancio, ed alla luce della giurisprudenza, prassi e dottrina in materia che, come esposto nel corso dell'indagine attraverso gli specifici riferimenti, l'avviamento è attualmente: - iscrivibile in bilancio anche se non acquistato dietro corrispettivo, in quanto il riferimento al corrispettivo cui fa riferimento l'art. 2426, n. 6, c.c. è da intendersi non come condizione dell'iscrizione bensì come limite cui riportarlo in bilancio qualora fosse acquisito fuori da un negozio di scambio. Sicché anche l'avviamento autoprodotta potrebbe iscriversi, come del resto testimoniano le iscrizioni eseguite nell'ambito delle tecniche di allocazione dei disavanzi. Ma anche la stessa conferibilità in società dell'avviamento, pur senza poterlo computare nel capitale nominale (v. G. Olivieri, esemplarmente, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, p. 399 e ss.; p. 423 e ss.). la giurisprudenza ha inoltre sancito l'iscrivibilità del solo avviamento per allocare il disavanzo emerso nell'ambito di fusione (cfr. *infra* § 4, cap. I, in particolare).

legislatore si è astenuto da qualsivoglia esplicita delucidazione sulle conseguenze operative delle differenze contabilizzate. In tal senso orienta anche la fraseologia del comma quarto quando rammenta il principio di continuità al costo storico e ne fissa immediatamente dopo le eccezioni, proprio come risalta dalla lettura in sequenza del n. 1 e ss. dell'art. 2426 c.c.; analogamente lo stesso dettato dell'art. 2423 c.c. detta una regola generale e poi l'effetto operativo dell'iscrizione derogatoria in relazione alla disponibilità della corrispondente quota-parte di patrimonio netto.

3.1. Le regole di legittimazione delle differenze positive di fusione note come avanzi di fusione

L'assente delimitazione delle fattispecie a fronte della determinazione di disciplina dovrebbe iniziare ad apparire come una scelta legislativa consapevole: come opzione cioè effettuata per determinare un ampio campo applicativo delle norme in questione, estendendone l'utilizzo al maggior numero possibile di operazioni straordinarie⁷⁹. Tale tesi va a contrapporsi ad un diffuso indirizzo dottrinale tendente a contingentare la portata applicativa dell'art. 2504-*bis* c.c.: è questa la portata teleologica attribuibile all'elaborazione delle categorie di avanzi e disavanzi secondo il distinguo "da concambio" o "annullamento" di partecipazioni mutuato dalla normazione fiscale, pervero non senza svariati limiti operativi e criticità ricostruttive.

Come già cennato con riguardo ai disavanzi, prescindendo solo per ora da un'analisi specifica dei criteri con cui si individua la fattispecie e si quantifica

- è ammortizzabile, pur sempre nei limiti della sua effettiva esistenza, per un periodo di dieci anni, se gli amministratori non accertano una durata superiore dell'utilizzo, con motivazione nella nota integrativa e consenso del collegio sindacale.

- è ritenuto da parte della dottrina iscrivibile solo se acquistato a titolo oneroso, con esclusione quindi, nel caso di fusioni e scissioni, di iscrizione dell'avviamento fuori dai casi corrispondenti dalle differenze di annullamento o da concambio. Tuttavia, il fatto di poter allocare la differenza da concambio sull'avviamento, anche iscritto per la prima volta, denota fuori di dubbio la possibilità di iscrivere l'avviamento autoprodotta in deroga all'interpretazione del n. 6, art. 2426, come dettato limitativo e condizionante in base al prezzo di acquisto. Per cui, il richiamo nel comma sulle differenze ai rispetto dei requisiti si dovrebbe riferire alla documentazione formale prevista n. 6.

⁷⁹ Si può spiegare la finalità di norme come quella indicata attraverso la ricca e sintetica disamina di G.B. Portale, *Capitale sociale e attribuzione di azioni nella fusione per incorporazione*, in Giur. comm., 1984, I, p. 1031. A p. 1035, che riferisce con efficacia espressiva testualmente "Con ciò confermando l'intuizione di quegli autori che vedono nelle norma sulla fusione un micro-sistema, dominato da principi propri talora coincidenti talora diversi da quelli dettati dal più vasto sistema del diritto societario e, principalmente, dal diritto azionario" (il riferimento va ai citati G. Ferri e A. De Gregorio). Specialità che comunque va sempre integrata e ricondotta nell'ambito delle regole inderogabili e fondanti del diritto societario.

l'ammontare della differenza positiva, è possibile ricondurre l'avanzo alla divergenza fra valore del patrimonio netto e valore globale degli elementi attivi risultanti nella contabilità di una o più società partecipanti. Esso consiste dunque in un'eccedenza di patrimonio netto.

Con fraseologia analoga a quella adottata per le differenze negative, il legislatore ha legittimato le differenze positive di fusione (o scissione) nella seconda parte del quarto comma dell'art. 2504-bis c.c.: *“Se dalla fusione emerge un avanzo, esso è iscritto ad apposita voce del patrimonio netto, ovvero, quando sia dovuto a previsione di risultati economici sfavorevoli, in una voce dei fondi per rischi ed oneri”*.

Fra l'inciso in ultimo citato e quello prima analizzato a proposito dei disavanzi, ne residua uno che, nonostante sia posto subito dopo la disciplina delle differenze negative, è applicabile ad entrambe le fattispecie di differenze occorse con la fusione (o scissione): *“Quando si tratta di società che fa ricorso al mercato del capitale di rischio, devono altresì essere allegati alla nota integrativa prospetti contabili indicanti i valori attribuiti alle attività e passività delle società che hanno partecipato alla fusione e la relazione di cui all'articolo 2501-sexies”*. La disposizione non pone problemi interpretativi. La partecipazione alla fusione di società quotate in borsa, oppure diffuse fra il pubblico in misura rilevante, comporta l'allegazione alla nota integrativa di bilancio di un prospetto illustrativo dei valori che sono stati attribuiti agli elementi patrimoniali modificati in aumento al fine di allocare il disavanzo di fusione. In aggiunta la norma stabilisce l'allegazione della c.d. relazione degli esperti: la perizia elaborata dal revisore legale dei conti per illustrare la congruità del rapporto di cambio nella fusione (o scissione)⁸⁰. La norma in parola ha l'intento di rendere complete le notizie contenute nel bilancio e nella nota integrativa, per mezzo di - formalmente - non meglio specificati prospetti contabili che illustrano gli aumenti che valori precedentemente iscritti in bilancio subirebbero a causa dell'allocazione di un disavanzo. L'applicazione di tale norma sembrerebbe risultare compatibile anche con il caso dell'insorgenza di avanzi.

L'accesso della differenza nello stato patrimoniale - in termini di eccedenza dal lato dell'attivo (avanzo) -, porta di necessità il suo bilanciamento mediante la creazione di una riserva nel patrimonio netto. Non si dice alcunché in merito alla qualificazione della riserva. Se, nell'ambito della disciplina generale del bilancio di esercizio, si va alla ricerca della norma generale operativamente più simile al meccanismo ora menzionato essa potrebbe rinvenirsi *in primis* nella previsione dell'art. 2423, comma 4, c.c.. Laddove, nei casi “eccezionali” di deroga ai principii ordinari di formazione del bilancio, si ammette la disapplicazione delle regole ordinarie a patto di istituire una riserva

⁸⁰ Pur tuttavia lasciando adito a qualche dubbio se si tratti piuttosto di un riferimento alla relazione dell'esperto nominato dal tribunale *ex art.* 2343 c.c., secondo il richiamo fattone dall'art. 2501-sexies c.c., pen. comma.

indistribuibile- se dalla deroga dovesse derivare una plusvalenza. Questo il meccanismo operativo più opportunamente avvicinabile, per recuperare il silenzio legislativo sul punto circa gli avanzi: anche in questo caso avallando che il silenzio normativo intenda implicitamente riferirsi ad iscrizioni alternative al costo storico.

Neanche gli avanzi- al pari dei disavanzi- transitano dal conto economico, dando luogo quindi a poste meramente contabili, nel senso che le plusvalenze ad essi abbinate sono- di regola- non realizzate. Il regime generale delle plusvalenze non realizzate derivanti dall'applicazione di deroghe ai criteri ordinari di iscrizione, salvo diverse indicazioni puntuali da parte della legge, è quello ora richiamato dall'art. 2423 c.c.. Di qui l'appostazione di una riserva da far risultare come indisponibile salvo accertamento della sua realizzazione⁸¹. Meccanismo funzionalmente analogo si riscontra, tuttavia, anche nel n. 4 dell'art. 2426 c.c., quando una partecipazione di controllo è detenuta da una società che la iscrive nel suo bilancio- non al costo storico- ma per un maggior valore corrispondente alla frazione di patrimonio netto della partecipata (con il c.d. metodo del patrimonio netto [*equity method*]). Inoltre- prosegue il n. 4-, ne deriverà l'iscrizione una plusvalenza che va bilanciata con l'appostazione al passivo di una riserva da qualificarsi- se la plusvalenza è meramente contabile- come indisponibile⁸².

La posta di pareggio consistente in una riserva indisponibile è un meccanismo cautelativo spesso, e in via generale, predisposto nell'ordinamento contabile italiano che comporta il computo di una plusvalenza nel patrimonio netto ma la sua non utilizzabilità per coprire perdite o distribuire utili⁸³.

Non si ritiene qui convincente la diretta qualificazione della riserva appostata per riallineare l'avanzo come riserva da sopraprezzo. Da un punto di vista teorico e pratico non è condivisibile l'inquadramento della riserva come posta assoggettata al regime del sopraprezzo. Se l'avanzo va prioritariamente considerato come voce contabile e non reddituale, l'associazione del regime del sopraprezzo alla riserva cui esso dà luogo comporterebbe la possibilità di

⁸¹ V. *infra* Cass. n. 22849/2010.

⁸² Si veda in generale per il trattamento di plusvalenze derivanti da rivalutazioni C. Angelici, C. Angelici, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in Enc. del diritto, vol. XLII, Giuffrè, 1990, p. 1012 e ss.

⁸³Cfr. ad esempio F. Magliulo, *Le fusioni*, p. 275 e ss. parrebbe indicare tale meccanismo come portato generale (residuale) della iscrizione di plusvalenze derivanti da rettifiche di valore di cespiti, in base ad una sorta di condivisibile automatismo legato alla generalità di questo tipo di trattamento dell'eccedenza positiva rispetto a quella passiva; salvo poi definire la riserva sempre come "disponibile" sotto un regime analogo alla riserva da sopraprezzo, però, solo con riguardo agli avanzi da concambio. Quanto alla generale indistribuibilità della riserva costituita dalla registrazione di una plusvalenza, pienamente condivisibile, G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 187, cfr. anche nota 23.

utilizzarla non appena sopraggiungono le condizioni di cui all'art. 2431 c.c.; in tal senso risulterebbe vanificato il meccanismo di cautela poc'anzi invocato, secondo cui la riserva è disponibile a patto di accertarne l'effettivo realizzo, che può avvenire ad opera degli amministratori ma pur sempre ufficialmente con la nota integrativa e il coinvolgimento dell'organo di controllo (cfr. art. 2423, comma quarto c.c.; anche l'art. 2426, n. 4, c.c. che richiama l'art. 2423).

Sul piano "materiale", poi, l'assoggettamento della riserva al sovrapprezzo⁸⁴ implica un'associazione concettuale non percorribile: pressoché pacificamente, fusioni e scissioni non si prefigurano più come fenomeni traslativi⁸⁵, al punto che il transito di patrimoni da una società ad un'altra non si può in questi casi minimamente considerare come momento traslativo a titolo di conferimento, come chiaramente confermato anche dalla giurisprudenza di legittimità. Più in generale quindi, il disavanzo o l'avanzo non possono intendersi come una sorta di prezzo- o parte di prezzo- determinato insieme alle azioni o quote ricevuti in corrispettivo nella società finale per aver conferito in essa determinati patrimoni sociali⁸⁶.

Nella seconda parte del quarto comma, art. 2504-*bis* c.c., è indicata un'altra soluzione per riallineare l'avanzo allocato nello stato patrimoniale. Si tratta della

⁸⁴ Critico per gli stessi motivi verso la qualificazione di riserva da sovrapprezzo G. Figà-Talmanca, op. ult. cit., p. 187, n. 22-23. Cfr. favorevolmente alla distribuibilità e contrario al regime del sovrapprezzo invece, A. Vicari, Autori vari, a cura di Mario Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008, p. 194.

⁸⁵ Discorso a parte va fatto per gli aumenti di capitale non a servizio e quindi volontari nelle fusioni e scissioni. Ma per la precisione essi di regola non possono configurarsi né in termini di situazioni in cui le società partecipanti trasferiscono in senso dominicale il loro patrimonio "conferendolo" nella società neo-costituita per mezzo di fusione o scissione; né in termini di conferimento a titolo di aumento di capitale delle incorporate nella incorporante. Un'ampia ricostruzione dove si assimilano tali operazioni ad un apporto in conferimento con una disamina delle operazioni di fusione e scissione, sotto il profilo economico, come vicende aventi ad oggetto atti traslativi di patrimoni, con ripercussioni (pur non sempre condivise e accettate dall'Autore) in punto sostanziale e contabile per l'inquadramento di avanzi e disavanzi: L.A. Bianchi, *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, Il Sole 24 Ore, 2002. Cfr. ad es. p. 346 e ss..

⁸⁶ La Corte di Cassazione a Sezioni Unite in n. 19688/2010. Intorno a come, in ogni caso poi, il conferimento non possa considerarsi quale atto traslativo in senso tradizionale, al pari di una prestazione in un contratto di scambio, e corretto inquadramento degli effetti, ampiamente in dottrina già da tempo: v. P. Ferro-Luzzi, ne *I contratti associativi*, Giuffrè, (ult. ed.) 2001; cfr. poi P. Spada: *Diritto Commerciale, Vol. II. Elementi*, Cedam, 2010, ove si distingue fra conferimento quale atto di destinazione all'iniziativa collettiva speculativa ed altri atti di disposizione in senso lato nell'esercizio dell'autonomia negoziale. Esemplarmemente, quanto ai più recenti orientamenti notarili: Comitato interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Massima L.A.15 Applicabilità delle norme dettate in materia di trasferimento di immobili alle fusioni o scissioni di società*.

Per una corretta disamina sull'inquadramento del sovrapprezzo in punto di rilevanza "organizzativa" proveniente dalla sistemazione in bilancio: G. Figà-Talmanca, op. ult. cit., p. 167 e ss..

creazione di una apposita sotto-voce all'interno della voce del passivo "fondi per rischi ed oneri".

Tale tecnica si applica quando- come recita la norma- si ha "previsione di risultati economici sfavorevoli". Più precisamente si dice che, se l'avanzo emerso è "dovuto" a risultati economici sfavorevoli, si dovrà costituire allora un fondo per rischi ed oneri. Nonostante la dizione prescelta, sembra che la norma non andrebbe intesa nel senso che i risultati economici sfavorevoli sono la fonte dell'avanzo. Per ragioni di plausibilità logico-giuridica, non paiono darsi plusvalenze scaturenti da perdite o minusvalenze. Sicché, l'inciso andrebbe interpretato nel senso- più plausibile- che, se è emerso un avanzo e si prevedono risultati economici sfavorevoli, allora l'avanzo deve essere controbilanciato con l'istituzione di un fondo per rischi ed oneri: cioè "l'avanzo dovuto" starebbe a significare che l'emersa entità denominata avanzo è da destinarsi alla copertura di futuri oneri o perdite.

Altro problema è, poi, se le perdite od oneri previsti, per comportare l'iscrizione del fondo, debbano riferirsi necessariamente alla società in cui si registra l'avanzo oppure anche ad una delle altre società partecipanti. Pare sensato che l'avanzo possa destinarsi al fondo anche in caso di previsioni negative registrate in altra società da quella in cui si registra l'avanzo: ciò in ragione della confusione fra patrimoni che si andrà a produrre, come effetto tipico delle operazioni straordinarie qui osservate.

L'iscrizione di una sotto-voce nel fondo rischi ed oneri produce l'indisponibilità della relativa posta, la quale non potrà computarsi nel patrimonio netto della società riveniente dal fusione; e che quindi potrà unicamente utilizzarsi per coprire debiti o perdite al momento del verificarsi, cioè, delle sfavorevoli previsioni cui è stata destinata (cfr. l'art. 2424-*bis*, comma terzo, c.c. sull'uso di tali fondi). La disponibilità della posta si avrà solamente se sono state accantonate risorse sufficienti ad integrarla e, contemporaneamente, è venuta meno la situazione di rischio di perdite o debiti accertata di esercizio in esercizio. Tecnicamente, tale posta rappresenta un caso in cui l'iscrizione del fondo al passivo provoca una anticipazione della passività ancora non realizzatasi, che così transita immediatamente nel conto economico come componente negativa⁸⁷. Si tratta di una vera e propria "quantità" patrimoniale passiva non ancora emersa numericamente, che comporta però un'immediata concreta variazione del patrimonio sociale, pur senza corrispondere ad un effettiva perdita patrimoniale immediata.

E' interessante segnalare come, invece, nell'applicazione dell'IFRS 3 per le società cui risulta destinatario, non sia prevista la tecnica di allocazione della futura perdita ora richiamata: non è possibile per i principii contabili internazionali contabilizzare il "badwill" fra i fondi rischi ed oneri oppure tra le

⁸⁷ G. Figà-Talmanca, op. ult. cit., p. 141, nota 6 in particolare.

riserve; bensì, esso dev'essere annullato mediante la rettifica di voci attive e passive acquisite o, infine, del costo di acquisizione erroneamente definito⁸⁸.

Si può ipotizzare un caso simile a quello ora menzionato- come richiamato in dottrina- quando si ha una *mancata* rettifica in diminuzione del valore con cui la società controllante-incorporante iscrive nel proprio bilancio la partecipazione detenuta nella controllata-incorporata, nonostante le perdite subite da quest'ultima⁸⁹: la circostanza induce a bilanciare la plusvalenza derivante dalla mancata svalutazione mediante una posta nel fondo rischi, per far fronte ad una futura svalutazione.

Analogamente ciò si verificherebbe se dalla rivalutazione della stessa partecipazione effettuata in precedenza (sempre con metodo del patrimonio netto) si abbia un durevole affossamento di quella rivalutazione, a causa di perdite subite dalla controllata-incorporata. Tale appostazione in ultimo detta è attuabile quando, in virtù della previsione di risultati economici sfavorevoli (passività congetturate o svalutazioni non ancora effettuate dei beni costituenti il patrimonio), il valore complessivo reale dei cespiti riconducibili alla società che si fonde è in base alle predette cause effettivamente minore rispetto a quello ricavabile sulla base del suo patrimonio netto. L'avanzo allora è solo virtuale, non si tratta di una vera e propria plusvalenza: tanto che in tali casi l'attivo- in quanto non effettivamente "eccedente"- si bilancia con una posta passiva nel fondo rischi ed oneri pari all'ammontare di questo eccesso di plusvalore. E' come se il risultato economico negativo previsto compensasse la pari quantità di patrimonio netto eccedente- rispetto ai valori iscritti all'attivo.

In conclusione, l'allocazione di avanzi comporta: o l'appostazione di riserva da qualificarsi residualmente come indisponibile⁹⁰ fino a realizzo; oppure, anticipando una passività, l'istituzione di un fondo rischi ed oneri che impone di accantonare risorse senza poterle distogliere da quello scopo di copertura dal rischio.

4. La declinazione teorico-pratica delle differenze nell'ambito della giurisprudenza di legittimità

Prima di proseguire l'indagine con l'analisi delle cause generatrici delle differenze ed il tentativo di offrire un loro quadro ricostruttivo da cui poter

⁸⁸ L. Ardizzone-I. Grezzini, Autori vari, a cura di M. Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008, p. 163.

⁸⁹ Mancata iscrizione in diminuzione per perdite subite dalla controllata, secondo il metodo del patrimonio netto previsto dal n. 4 l'art. 2426 c.c. [in sostituzione di quello al costo storico].

⁹⁰ Si rammenta che al concetto di realizzo o realizzabilità è riconosciuto il ruolo di indicare una vicenda in cui una componente attiva può uscire dal patrimonio sociale a fronte di una contropartita numeraria, G. Figà-Talamanca, op. ult. cit., p. 179, nota 1; si confronti sul punto ampiamente G. Olivieri, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Cedam, 1989, p. 63 e ss..

ricavare compiutamente i lineamenti sostanziali di tali fattispecie, occorrerà osservare le fonti di normazione più prossime a quelle legislative, le pronunce della giurisprudenza di legittimità.

Si è visto come vi sia una accentuata affinità funzionale fra le tecniche di cui all'art. 2426 c.c. e quelle previste dal quarto comma, art. 2504-*bis* c.c.. In base all'art. 2426 c.c., dalla parte dell'attivo, i costi vengono "capitalizzati"- ed ammortizzati in più esercizi - e i cespiti rivalutati, stimando che tali poste genereranno un reddito futuro⁹¹. L'emersione del disavanzo di fusione (o scissione) autorizza un suo bilanciamento con la rivalutazione di classi di beni e l'iscrizione di costi all'attivo. La tecnica di attuazione del bilanciamento negli uni e negli altri casi non riflette un'identità di fattispecie, ma la funzione delle norme che disciplinano il bilanciamento è la medesima: si accresce in vario modo l'attivo per evitare l'emersione di perdite.

Le divergenze nel parallelo fra trattamento di plusvalenze collegate ad iscrizioni speciali a deroga dei criteri ordinari di valutazione e di plusvalenze collegate ad avanzi di fusione (o scissione) sembrano assottigliarsi: tanto le une quanto le altre comportano l'iscrizione di una posta di bilanciamento al passivo da qualificarsi come riserva di regola indisponibile. La plusvalenza derivante da mancata svalutazione o rivalutazione eccessiva *ex* art. 2426, n. 4, c.c. comporta, a bilanciamento, l'iscrizione di un'apposita sotto-voce nel fondo rischi ed oneri come accade per la plusvalenza di cui all'art. 2504-*bis* c.c..

Le sorti della presente impostazione non paiono affatto contraddette dalla giurisprudenza e dalla prassi professionale, che espongono in materia di differenze- per lo più implicitamente- la necessaria esigenza di far salve le regole generali del diritto societario comune⁹².

La giurisprudenza di legittimità in materia di differenze lascia acquisire alcuni interessanti spunti per quanto qui rileva.

Si rimarca sin d'ora che comunque l'art. 2504-*bis* c.c. è un enunciato di recente introduzione, la cui disciplina è il prodotto di un lungo tempo di omologazione svolto da giurisprudenza di legittimità, dottrina giuridica ed aziendalistica circa l'applicazione delle tecniche contabili in esso contenute. Per lo più nelle pronunce si rinvengono motivazioni illustrative della modalità più conforme e rispondente alle esigenze di redazione del bilancio per allocare questo o quel disavanzo o avanzo rilevato, argomentando su queste tecniche contabili in base

⁹¹ Analogò è ad esempio il ruolo dell'iscrizione di ratei e risconti di competenza dell'esercizio benché esigibili in un esercizio successivo. Cfr. P. Spada, *Appunto in tema di capitale nominale e di conferimenti*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 127-2006/I. (www.notariato.it).

⁹² Si veda ad esempio il succinto orientamento pubblicato dal Comitato interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Massima L.E.9 "Legittimità dell'emersione di un disavanzo o avanzo di fusione o scissione"*; quanto alla necessità di riconduzione delle regole sulle differenze ai principi fondanti del diritto societario (evitare che le iscrizioni, svalutazioni e rivalutazioni siano "deroga alle regole sostanziali del diritto societario").

all'assenza di un dato testuale sostanziale che le riguardi. Non di rado questa assenza ha comportato rilevanti problemi sul versante di ipotizzate interferenze fra piano civilistico di qualificazione e piano fiscale di imposizione, nella analisi giuridica delle voci rivalutate o introdotte nello stato patrimoniale per bilanciare gli scostamenti di valore creati dalle differenze. Nelle decisioni risalta di tanto in tanto la bipartizione fra differenza da concambio o da annullamento di partecipazioni: si è già detto come la riforma del 2003 abbia poi scelto di non impiegarla nell'ambito del codice civile, si pensa in quanto bipartizione di marca fiscal-aziendalistica creata per finalità impositive o di individuazione delle direttrici economiche seguite nelle operazioni. Tutto sommato, nonostante la dottrina tradizionale abbia proseguito fino ad oggi nel coltivare tale distinguo anche a livello sostanziale, lo stato del dibattito è per lo più maggioritariamente orientato ad applicare oggi l'art. 2504-*bis* c.c. indistintamente ad entrambe le richiamate classi di differenze⁹³. Con ciò evidenziandosi un non trascurabile scemarsi del distinguo sia sul piano pratico che teorico, in vista dell'applicazione della medesima disciplina ad entrambe le figura richiamate.

Dal canto di chi qui scrive si è optato per il tentativo di minimizzare la portata teorico-pratica della bipartizione: ciò è stato fatto al fine di anteporre ed armonizzare fra di loro i dati legislativi disponibili, nel tentativo di affrancarsi da categorie concettuali che si sono mostrate assai problematiche- sotto molteplici fronti che si continueranno a sondare nel prosieguo-. In tal senso non apparirebbe ormai utile parcellizzare tematicamente l'analisi e l'operatività delle differenze fra fusione e scissione, incardinandola sulla bipartizione fra differenze da concambio o annullamento. Ma su tutto ciò si avrà modo di soffermarsi molto più attentamente.

4.1. (...Segue...) Avanzi e disavanzi di fusione e scissione nella giurisprudenza di legittimità

Il contenzioso analizzato verte sulla determinazione del corretto adempimento dell'obbligazione fiscale da parte della società riveniente dall'operazione.

⁹³ Paradigmaticamente: Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano (2005), *Massima* n. 72 "Imputazione del disavanzo da concambio nella fusione e nella scissione (art.2504bis c.c.)".

In modo ancora più stringente, benché succinto e sintetico, Comitato interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Massima* L.E.9 (2010) "Legittimità dell'emersione di un disavanzo o avanzo di fusione o scissione", dove si scorgono gli estremi per una stretta associazione fra poste correttive di differenze recepite in bilancio e diritto comune societario, in particolare in materia di bilancio e misura dell'aumento di capitale a servizio delle operazioni attraverso i principii fondamentali in materia dell'integrità ed effettività del capitale nominale.

L'allocazione di avanzi e disavanzi è indagata dal Fisco quanto alle sue finalità "reali", potendo l'iscrizione o rivalutazione di poste di bilancio configurarsi "di comodo", in vista dell'acquisizione di esenzioni fiscali. Gli artt. 172 e 173 del T.u.r. infatti, a seguito di modifiche normative succedutesi nel tempo, sanciscono ormai definitivamente la neutralità fiscale delle poste correttive introdotte al fine di allocare le differenze. Sicché, di quando in quando, insorge contenzioso sulla bontà degli effettuati correttivi contabili nel bilancio dell'iniziativa scaturente dall'operazione al fine di determinare quanto sarebbe dovuto a titolo di imposta sui redditi. La maggiorazione dei valori iscritti all'attivo di bilancio, così come l'iscrizione di altri valori o riserve, rileverebbero ai fini impositivi sia se effettuate in maniera elusiva- per accedere alla neutralità fiscale-; sia se effettuata sancendo, alla fine, la disponibilità delle voci di allocazione.

Gioverà rammentare i termini fondamentali che gravitano intorno al rapporto fiscale fra società e Fisco. Si tratta fondamentalmente di due aspetti: 1) successivamente alla data in cui la fusione (o scissione) acquista effetti giuridici ai sensi dell'art. 2504-*bis* c.c. il soggetto obbligato nel rapporto fiscale è la società incorporante o comunque risultante da fusione (o scissione), dato che tutti i rapporti attivi e passivi delle partecipanti si trasferiscono ad essa (art. 172, comma 10, T.u.r.); 2) l'amministrazione fiscale ha il potere di accertare che gli atti compiuti o eventi nell'ambito di fusioni o scissioni siano effettuati o si verifichino per evitare l'applicazione di determinate disposizioni fiscali a favore di altre al fine di trarne un vantaggio economico: si tratta del caso, non infrequente, in cui il Fisco adduce che le rivalutazioni di cespiti aziendali avvenute con le operazioni di fusione o scissione sono state effettuate con finalità elusive per escludere voci reddituali dall'imposizione ed accedere- invece- nel campo della neutralità fiscale (art. 37-*bis*, d.p.r. n. 600/1973).

In tal senso l'amministrazione fiscale, a fusione (o scissione) avvenuta, effettua spesso accertamenti con cui riporta a tassazione tutto o parte del "presunto" disavanzo allocato, notificando alla società la liquidazione della maggior imposta ancora da pagarsi. Si tratta sempre di casi in cui le operazioni straordinarie non sono in sé considerate illecite, e quindi invalide, bensì colpite da inefficacia limitatamente alle soluzioni operative accertate come fiscalmente elusive. Di conseguenza, disapplicando gli effetti diminutivi dell'imposta, si rettifica in aumento l'imposizione sui redditi dovuta dalla società risultante⁹⁴.

Posta in questi termini la questione, può caso per caso osservarsi la tecnica con cui la parte privata ha adottato l'allocazione del disavanzo, e se essa ha ricevuto

⁹⁴ Si sofferma a lungo sull'individuazione degli aspetti elusivi di una vicenda negoziale o di riorganizzazione societaria, richiamando la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (C-255/02) diretta a scindere gli aspetti di invalidità ed illecità di atti da quelli degli effetti elusivi: Cass. n. 23633/2008.

riscontro favorevole dal collegio giudicante della Suprema Corte: ciò, in questa sede, più che da un punto di vista fiscale in termini aderenza ai precetti della legge civilistica. A partire dal 2003, si sono presentati alla Corte dei casi in cui la lite verteva sulla modalità di allocazione di disavanzi quando ancora non era entrata in vigore la nuova versione dell'art. 2504-*bis* c.c. ed il T.u.r. non sanciva una completa neutralità fiscale delle fusioni e scissioni. Si contendeva dunque, sotto il profilo fiscale, l'applicabilità del più favorevole regime di imposta sostitutiva di cui all'art. 176, comma 2-*ter* T.u.r. rispetto al regime ordinario stabilito dagli art. 172 e 173⁹⁵. La Corte, pur in assenza di una disciplina civilistica sulle differenze, si è pronunciata a favore della società che riallineava il disavanzo rivalutando immobilizzazioni materiali ed immateriali ed iscrivendo per la prima volta l'avviamento ai sensi dell'art. 2426, n. 6, c.c. con il consenso del collegio sindacale e motivazione degli amministratori in nota integrativa. Tanto sul piano fiscale che sostanziale⁹⁶.

I giudici hanno specialmente ammesso le rivalutazioni, nonché l'iscrizione dell'avviamento per il caso in cui il patrimonio contenente l'avviamento perviene alla società finale per effetto dell'unione di patrimoni quale effetto tipico della fusione, non necessariamente per averlo acquistato verso corrispettivo. La Corte ha talvolta stabilito che dovrebbe constare il presupposto per cui il prezzo sborsato per l'acquisto della partecipazione di controllo nella incorporata deve superare il "valore di libro" di tale partecipazione iscritta nel bilancio della incorporante; tale criterio è ritenuto necessario per fissare un limite all'ammontare dell'avviamento: esso sembrerebbe cioè ricavabile dalla differenza fra il prezzo pagato rispetto al prezzo allibrato senza aver contabilizzato l'avviamento. Si scorge dunque un nesso necessario affinché si abbia iscrizione dell'avviamento: che, fra le società accingenti a fondersi, una possieda una partecipazione nell'altra; in questo modo sarebbe giustificato il recupero di valore dei beni che entrano nel

⁹⁵ Cfr. C. Santagata, *La fusione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 578-580. Per una panoramica chiara e puntuale sul regime fiscale susseguitosi nel tempo. In cui fra l'altro si stabilisce a chiare lettere che ad oggi, e precisamente a partire dal 2003, "il disavanzo assume allora valenza meramente civilistica".

⁹⁶ Cfr., esemplare, Cass. n. 1434/2003, in cui il meccanismo di allocazione di disavanzi attraverso rivalutazioni di cespiti aziendali (della partecipata-incorporante, in quanto beni di secondo grado sottesi a quelli di primo grado rappresentati dalla partecipazione sociale), così come dell'iscrizione di esso ad avviamento (anche integralmente), si considera *implicito* al sistema civilistico anche prima dell'entrata in vigore del quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c.. L'affermazione è assai importate, laddove si considera il meccanismo dell'allocazione di differenze come una modalità implicita alle regole civilistiche, quando ancora i dati testuali non erano affatto espressi sul punto: quasi a delineare le tecniche di recepimento di differenze come soluzioni mobilitate dal tipo di operazione societaria compiuta ed in ragione degli interessi soggettivi ad essa sottesi, anche in assenza di un espresso disposto di legge. Ciò, limitatamente, da parte dei giudici ad avanzi e disavanzi da annullamento di partecipazioni.

patrimonio della risultante mediante l'iscrizione dell'avviamento, e nell'eventualità, anche contestualmente a rivalutazioni dei cespiti aziendali attivi⁹⁷. Tuttavia l'orientamento non è consolidato.

Se ne profila uno maggiormente ampio e condivisibile circa le modalità di allocazione del disavanzo, mediante iscrizione dell'avviamento senza il requisito dell'acquisto a titolo oneroso. E' stato fatto notare in tali occasioni come la fusione stessa costituisca un fenomeno traslativo-oneroso, e che quindi non necessita l'elemento del precedente acquisto dietro corrispettivo dell'avviamento al fine di operare a fusione avvenuta la sua iscrizione nel bilancio della risultante. L'osservazione circa gli effetti della fusione non è in linea con il diffuso attuale orientamento sugli effetti propri di fusione e scissione, ma pone senza dubbio un interessante argomento di ragionevole apertura nella modalità di impiego dell'avviamento come elemento per assorbire il disavanzo. Apertura indubbiamente più rispondente alla realtà empirica delle operazioni compiute, rispetto alla soluzione invece basata su un rigido schema dogmatico. Lo schema cui si fa riferimento rievoca la classe di differenze di annullamento: queste ultime sono quelle in cui si prospetta il rapporto di partecipazione fra società coinvolte nella fusione (o scissione) quale elemento costitutivo tipico per giustificare l'applicazione del quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c..

L'orientamento in ultimo considerato va allora precisato: l'iscrizione dell'avviamento effettuabile- purché esistente- anche a fronte dell'assenza di un prezzo effettivamente pagato, non è giustificata dagli effetti traslativi delle operazioni straordinarie bensì dalla loro tipica attitudine alla riorganizzazione dei rapporti sociali e/o dei loro patrimoni⁹⁸. Sicché gli interessi sociali sottesi alla e tutelati con la riorganizzazione si estende alla rappresentazione di bilancio, i cui i valori dovrebbero essere riespressi nel modo più veritiero e completo possibile. La stessa giurisprudenza che tenta di giustificare in base ad una matrice dogmatica le iscrizioni e rivalutazioni effettuate a copertura di differenze negative, apre nel contempo orizzonti più espansivi all'uso delle tecniche per recepirli in bilancio: così sembra quando si argomenta che “il disavanzo in discorso non perde la sua natura di ‘ non reddito’ per il solo fatto

⁹⁷ Cass. n. 12308/2006.

⁹⁸ Si ha qui a che fare, in realtà, con la controversia riguardante le modalità applicative dell'art. 2426, n. 6, c.c.. La dottrina sul punto è ancora divisa fra chi ritiene potersi iscrivere l'avviamento anche “ autoprodotto”, cioè non acquistato in base ad un atto negoziale a titolo oneroso, in virtù del fatto che l'elemento dell'acquisto a titolo oneroso rappresenti, in sostanza, il riferimento al limite entro cui l'avviamento potrebbe iscriversi in bilancio, e non una condizione all'iscrizione in bilancio. Dall'altra parte c'è chi ritiene che l'acquisto a titolo oneroso risulti essere condizione per l'iscrizione, facendo riflettere pertanto il difetto della condizione sull'iscrivibilità dell'avviamento a fusione o scissione avvenuta, in ragione della mancanza dell'acquisto dietro corrispettivo.

che trovi collocazione nel bilancio dell'incorporante sotto la voce avviamento”.. “anche per l'iscrizione in bilancio di una distinta posta avente ad oggetto il *know-how*, a copertura del disavanzo risultante dalla fusione, vale infatti il rilievo che l'operazione contabile suddetta non rivela in realtà alcun incremento di ricchezza”⁹⁹. Si appalesa insomma una argomentazione favorevole a considerare che una modalità di iscrizione e rivalutazione di poste presenti all'attivo è fungibile ad un'altra pur di coprire il disavanzo evitando conseguenze patrimoniali deleterie nella società risultante.

Sotto questo punto di vista non sono rilevati problemi di attendibilità e veridicità della contabilità per via dell'applicazione di deroghe ai criteri contabili ordinari; del resto- come illustrato- le deroghe sono espressione della prevalenza della sostanza sulla forma e richieste dagli interessi giuridici sottostanti all'operazione.

Viene poi prospettata anche l'iscrizione di poste aventi ad oggetto elementi valutati per la prima volta in occasione della fusione, e prima non iscritti ma pur sempre presenti nel patrimonio sociale. I rilievi in ultimo mossi sono sviluppati su fattispecie concrete a cui non poteva applicarsi *ratione temporis* l'art. 2504-*bis* c.c.. Tuttavia i giudici che li hanno sviluppati non hanno fatto ricorso al neo-introdotto dettato vigente per supportare le loro argomentazioni. Tale dato potrebbe in qualche misura dimostrare che liceità e giustificazione sostanziale dei rimedi applicati contabilmente alle differenze risiederebbe nel sistema dell'istituto della fusione e del bilancio, a prescindere da previsioni legittimanti le fattispecie qualificabili come differenze secondo questa o quella matrice dogmatica.

Quello delle condizioni d'iscrizione dell'avviamento a fini del disavanzo, nonostante l'evoluzione normativa sostanziale, resta comunque un aspetto problematico¹⁰⁰ in ragione del silenzio del comma dedicato.

Per come si è sviluppata la problematica e la sua interpretazione dottrinale si può ad oggi affermare che l'iscrizione dell'avviamento ai fini del recepimento di un disavanzo non presuppone necessariamente il suo acquisto diretto a titolo

⁹⁹ Cass. n. 12308/2006.

¹⁰⁰ L.A. Bianchi, *Le differenze da annullamento della partecipazione*, in Liber Amicorum G.F. Campobasso, UTET, 2007, p. 356.

L. Ardizzone, in Autori vari, a cura di Mario Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008, p. 160, n. 19. Chiaramente, poi, prima della riforma e dell'introduzione del quarto comma, con coincidenza fra l'argomentazione e l'indirizzo avallato dalla Cassazione, A. Serra, M. S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Giappichelli, 1994, p. 181: in cui, condivisibilmente l'esigenza di utilizzo dell'avviamento è inquadrata come “se si trattasse del costo sostenuto per il maggior valore complessivo implicito nel coordinamento e nella produttività aziendale della incorporata”, il che secondo l'Autore vale, benvero, limitatamente al caso in cui fra incorporante ed incorporata sussista un rapporto di partecipazione, ovvero del controllo dell'una sull'altra.

oneroso¹⁰¹: l'affermazione non è di poco peso. Da essa potrebbero trarsi due argomentazioni: la prima, che l'applicazione dell'art. 2426 c.c. attraverso l'art. 2504-*bis* c.c. deve essere orientata alle finalità proprie dell'operazione straordinaria, prevalenti su argomenti ostativi di natura economico-aziendalistica. In breve, tanto l'iscrizione dell'avviamento o di elementi attivi non ancora iscritti purché sempre esistenti, quanto la rivalutazione di elementi attivi già iscritti, apparirebbero come tecniche una fungibile all'altra; ovviamente la scelta fra allocare un disavanzo su un elemento o più elementi, preferibilmente che su altri, dipende della composizione del patrimonio considerato e dello spazio che essi lasciano a modifiche, così come dell'entità del disavanzo da allocare.

La seconda argomentazione ritraibile sta nella circostanza per cui le iscrizioni allocative di avanzi e disavanzi non sono poi così inscindibilmente connesse con il corrispettivo che una società ha sborsato per acquistare il controllo dell'altra che va ad incorporare o con cui si fonde. La giurisprudenza ritiene nella maggior parte dei casi trattarsi di differenze da annullamento di partecipazioni, secondo lo schema elaborato in dottrina, di cui indubbiamente ne risente l'influenza concettuale. In tali casi si dà una società che controlla l'altra, tale che la controllante intende incorporare la controllata, e la differenza (algebraica) fra il costo sostenuto dalla incorporante per acquistare il controllo dell'incorporata e il patrimonio netto dell'incorporata rileva come avanzo o disavanzo.

Tuttavia, però, stando alle modalità applicative di rivalutazioni ed iscrizioni, e all'evoluzione della prassi in materia, appare ragionevole prescindere da un rigido schema di differenze intese come risultato fra la somma algebrica del patrimonio netto della incorporata rispetto al valore sborsato (di carico) dalla controllante-incorporante per acquistarla per aggiudicare l'applicazione del quarto comma. Nella misura in cui il corrispettivo pagato per acquistare il controllo della società che poi si va ad incorporare non dovrebbe intendersi come elemento necessitante delle fattispecie di disavanzi od avanzi, né

¹⁰¹ In Cass. n. 1434/2013 si argomenta come il mancato pagamento del corrispettivo non è ostacolo dell'imputazione ad avviamento (anche di tutto il disavanzo, secondo la prassi cogente nel corso degli anni '90): l'iscrizione in assenza del corrispettivo pagato è motivata in base al fatto che la fusione per incorporazione in particolare è di per sé stessa acquisto a titolo oneroso di un patrimonio da parte di una società verso un'altra. L'opinione su questa "assimilazione" dell'operazione straordinaria ad un fenomeno traslativo-oneroso, qui recisamente non condivisa, lascerebbe invece adito ad un'altra impostazione: è la disciplina stessa della fusione, cioè, a far emergere l'interesse delle partecipanti a poter esprimere con maggior veridicità il complesso dei valori che transitano con la fusione (o scissione) verso la società finale, interesse diversamente codificato ed espresso anche in materia di scissione laddove - pur se ai fini precisamente indicati dalla norma - si fa riferimento alla determinazione degli elementi patrimoniali attribuiti in modo da esprimere il loro "valore effettivo".

dovrebbe costituire presupposto fondamentale per l'applicazione del quarto comma. Andrebbe valutata la *ratio* di più ampio respiro dell'articolo in questione, per meglio individuare i fini cui si presta a realizzare in termini di analisi degli interessi in concreto coinvolti. Tutto ciò, di grande importanza, riceverà la debita attenzione di qui a poco.

In definitiva insomma, le pronunce della Corte di Cassazione, sembrano caratterizzate da una doppia anima: da un canto essa fissa dei limiti dogmatici tradizionali utilizzati per individuare le fattispecie suscettibili di rientrare nell'applicazione delle iscrizioni e rivalutazioni finalizzate al recepimento di differenze di fusione, quando si afferma che “in tema di fusione di società per incorporazione di una società interamente posseduta dall'incorporante (caso di specie), il c.d. disavanzo da annullamento esprime la differenza tra il valore netto del patrimonio dell'incorporata ed il prezzo pagato per l'acquisto delle partecipazioni che lo rappresentano, annullate per effetto della fusione”¹⁰². Dall'altro però soggiunge “dal solo tenore letterale della norma [art. 2426, n. 6, c.c.] non può invece trarsi argomento, non ricorrendo invero la stessa *ratio* su menzionata, per negare l'iscrivibilità in bilancio anche dell'avviamento acquisito da terzi sulla base di un atto a titolo oneroso, anche diverso dalla compravendita, quale è appunto da ritenere l'atto di fusione”... “ non può invero a quest'ultimo negarsi né l'efficacia traslativa (l'unificazione di più società separate ed indipendenti ..e quindi il loro trasferimento in un'unica struttura produttiva) né il carattere oneroso (i trasferimenti delle masse patrimoniali delle singole società che partecipano alla fusione sono fra loro collegati ed interdipendenti)”. Così, pur continuando ad emergere in modo implicito dalle decisioni la distinzione di avanzi o disavanzi da annullamento di partecipazioni rispetto a quelli da concambio di partecipazioni, affiorano nel contempo argomentazioni teleologicamente orientate a contrassegnare l'ampiezza applicativa delle tecniche con cui recepirli in bilancio.

Si può evincere allora un ricavo compatibile con la nuova formulazione dell'art. 2504-*bis* c.c., in cui pare ravvisarsi la volontà di estendere le tecniche di allocazione delle differenze oltre i paradigmi tradizionalmente elaborati in dottrina, che non andrebbero quindi utilizzati per limitare ad un numero circoscritto di casi i benefici legati all'applicazione della disciplina.

5. Considerazioni sui presupposti specifici di individuazione delle differenze di fusione (e scissione)

Dovrebbe essersi ormai acquisito che non v'è traccia degli specifici tratti caratterizzanti le fattispecie in questione nelle disposizioni di cui al quarto

¹⁰² Cass. n. 1434/2013.

comma dell'art. 2504-*bis* c.c., né tantomeno nella disciplina fiscale, e nemmeno in leggi speciali. Riferimenti ad essi emergono nella giurisprudenza di legittimità, la quale tratta casi regolati antecedentemente all'entrata in vigore del suddetto quarto comma e che ha modo di identificare le differenze di fusione come il risultato della somma algebrica tra il valore di libro della partecipazione iscritto nella contabilità della controllante-incorporante- e posseduta nella controllata-incorporata- rispetto al valore del patrimonio netto risultante dalla contabilità della controllata-incorporata. Se il risultato della somma è positivo si ha un avanzo, in caso contrario un disavanzo. Lo schema concettuale corrisponde con quello della categoria di differenze "da annullamento di partecipazioni sociali", di elaborazione dottrinale.

Invero quello delle differenze di fusione non è l'unico caso in cui nel diritto delle società assumono rilievo disallineamenti quantitativi fra i valori risultanti nello stato patrimoniale del bilancio sociale e le vicende economiche reali ad esso sottostanti¹⁰³.

Si danno ad esempio "differenze" nell'ambito dell'acquisto di azioni da parte della medesima società che le emette (azioni proprie *ex* art. 2357 c.c.). Una volta che all'attivo dello stato patrimoniale è iscritto l'ammontare del valore di azioni¹⁰⁴ che l'assemblea ha autorizzato ad acquistare e al passivo la pari riserva obbligatoria indisponibile, possono originarsi differenze ogniqualvolta: rispetto al confronto fra loro valore corrente e quello in contabilità, nel caso di mancata loro alienazione nel termine prestabilito si dia luogo alla riduzione del capitale nominale con conseguente loro annullamento; ma anche quando le azioni proprie vengano alienate dietro un corrispettivo maggiore ovvero minore rispetto al valore prescelto per l'iscrizione nello stato patrimoniale¹⁰⁵.

Il codice civile si esprime con il termine differenze anche ai fini della rivalutazione di partecipazioni possedute in imprese controllate o collegate, riferendosi alla divergenza fra loro valore al costo storico e loro valore ragguagliato al patrimonio netto risultante dalla contabilità della controllata ("metodo del patrimonio netto") [art. 2426, n. 4, II cpv., c.c.; cfr. anche n. 3].

¹⁰³ Nello stesso ordine di idee G. Olivieri, *I conferimenti in natura*, Cedam, 1989, p. 152 e ss..

¹⁰⁴ Si tenga in conto che nella recente modifica dell'art. 2357-*ter* c.c. l'acquisto di azioni proprie comporta direttamente la riduzione del patrimonio netto per l'ammontare del valore ad esse attribuito, e conseguentemente viene iscritta una riserva negativa nel netto *senza procedere ad un appostazione attiva* (d.lgs. n. 139/2105). La norma è in vigore solo dal primo gennaio 2016.

¹⁰⁵ La vicenda, assai interessante, circa le differenze da annullamento o alienazione di azioni proprie è attentamente illustrata in G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 190 e ss. in particolare. Viene illustrato come in caso di alienazione di azioni per un corrispettivo superiore, ovvero inferiore, al valore di iscrizione in bilancio, la plusvalenza o la minusvalenza rivenienti siano alternativamente imputate al sovrapprezzo oppure nella riserva da azioni proprie che resterà indisponibile sino a quando la minusvalenza non è recuperata.

Ancora, nell'ambito del bilancio consolidato (d.lgs. n. 127/1991) il legislatore detta precisi rimedi per regolare le "differenze" derivanti fra i valori della contabilità individuali delle società soggette a controllo e valori della contabilità "consolidata" della controllante. L'art. 33, "Se l'eliminazione determina una *differenza*, questa è imputata nel bilancio consolidato, ove possibile, agli elementi dell'attivo e del passivo delle imprese incluse nel consolidamento". Risulta tuttavia acquisito che i dati iscritti nel bilancio consolidato non costituiscono poste rilevanti in termini organizzativi, nella determinazione dei poteri dispositivi sui patrimoni sociali, in quanto orientati a configurare unicamente la dimensione di redditività del gruppo di imprese¹⁰⁶.

Vieppiù, un'altra situazione di disallineamento fra la realtà contabilmente documentata e la situazione economica reale si può presentare in occasione del conferimento di azienda in società di capitali. Lo stato del dibattito ha ormai subito un'evoluzione tale che l'*an* circa l'iscrizione dell'avviamento di un'azienda nel bilancio della società conferitaria appaia fuori discussione. La dottrina ha fatto a suo tempo notare che se si fosse conferita *in societate* un'azienda dotata di un certo avviamento senza che codesto potesse iscriverne fra le sue immobilizzazioni¹⁰⁷, si sarebbe originata una differenza fra valore reale del complesso di beni acquisito in società e sua rappresentazione contabile. Segnatamente, allorquando il valore di avviamento fosse computato nel capitale nominale senza essere controbilanciato all'attivo si sarebbe creato uno sbilancio tale da far emergere una minusvalenza da cui sarebbero poi provenute perdite fittizie, tanto più elevate quanto fosse il valore di avviamento non contabilizzato¹⁰⁸. Allo stato attuale il problema si presenta su un diverso piano. Nel senso che, ritenendosi l'avviamento generalmente non imputabile al capitale nominale della società conferitaria (cfr. *infra* § 3.1, cap. III), ne discende la circostanza di poterlo sì imputare a patrimonio- contabilizzandolo all'attivo- senza però poterlo computare nel valore della partecipazione assegnata al socio conferente. Ne discenderebbe per il socio l'assegnazione di una quota partecipativa al rapporto avente un minor valore rispetto al valore effettivo del complesso di beni conferiti¹⁰⁹. E' allora necessario rimediare a quest'effetto a carico della partecipazione sociale del conferente l'azienda: la dottrina ha evidenziato a tal fine varie soluzioni¹¹⁰ la più agevole delle quali sembra quella consistente nello "attribuire agli altri soci il compito- ed il peso- di coprire con

¹⁰⁶ *Amplius* G. Olivieri, G. Strampelli, *Il bilancio consolidato*, 2016, dattiloscritto gentilmente concesso in lettura.

¹⁰⁷ Per l'evoluzione dello stato del dibattito sul punto si veda G. Olivieri, *I conferimenti in natura nella società di capitali*, Cedam, 1989, p. 398 e ss..

¹⁰⁸ V. G. Olivieri, op. ult. cit., p. 400-401.

¹⁰⁹ Ampia ed attenta disamina del problema in G. Olivieri, op. ult. cit., p. 407 e ss., su cui non è possibile soffermarsi diffusamente.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 418 e ss., in particolare p. 419.

un supplemento di apporto (che ovviamente non incrementa la loro partecipazione) la quota capitale emessa a fronte del conferimento in tutto o in parte non recuperabile” (cfr. art. 2346, quarto comma, c.c.)¹¹¹.

Una tale eterogenea casistica di differenze non dice molto di più in merito alla specifica costruzione ed origine delle fattispecie oggetto della presente indagine. Certamente però risaltano profili sostanziali comuni, in virtù del fatto che la legge conferisce rilievo giuridico a determinate situazioni economicamente rilevanti per gli enti societari concedendo di trasmutare le differenze in entità contabili dello stato patrimoniale da riallineare in vario modo a seconda che si tratti di eccedenze positive (avanzi) oppure negative (disavanzi).

L'accostamento fra i vari casi dovrebbe dunque aiutare nella comprensione della loro qualificazione giuridica e delle possibili conseguenze patrimoniali una volta che sono allocate in bilancio, indi il loro inquadramento come entità di natura contabile e- almeno di regola- non reddituale. Si pone ancora una volta fondamentale l'agganciamento della disciplina delle operazioni straordinarie di fusione (e scissione) con quella del bilancio¹¹² anche per arrivare a definire l'incidenza delle differenze sulla formazione del patrimonio netto e di conseguenza il vincolo dei poteri di disposizione sul patrimonio sociale.

Nei paragrafi seguenti si vedrà anzitutto la definizione strutturale delle fattispecie per poi vagliarne in concreto gli effetti organizzativi sul patrimonio sociale risultante da fusione (o scissione) nella seconda parte della presente indagine.

5.1. L'“emersione” delle differenze: stima ed allocazione in bilancio dell'avanzo o del disavanzo

L'ulteriore passo fondamentale da cui muovere per individuare le figure denominate avanzi e disavanzi di fusione (o scissione) poggia sulla

¹¹¹ Viene in evidenza come il rimedio così prospettato possa collimare oggi, a riforma del diritto delle società di capitali avvenuta, con l'istituto dell'attribuzione di azioni in misura non proporzionale (art. 2346, quarto comma, c.c.).

¹¹² Spunti da cui ricavare una visuale interpretativa sistematica sulle plusvalenze da fusione si colgono, benché si tratti di un'opera sviluppata in epoca precedente all'entrata in vigore del nuovo art. 2504-*bis* c.c., in G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 185 e ss., con ricche osservazioni nelle note. L'esigenza di commisurare necessariamente il diritto delle operazioni di fusione, ma più in generale delle operazioni straordinarie, al contesto del diritto comune delle società di cui sono “circondate” si coglie in C. Santagata, in Aa. Vv., *Fusioni e scissioni di società*, Milano, Giuffrè, 1995, laddove si parla di fusione intesa come “microsistema” di precetti e funzioni; a meno di non volerlo intendere come istituto isolato e soggetto a precetti del tutto slegati dal contesto sistematico del diritto comune delle società.

constatazione che essi hanno a che fare con lo studio della funzione maestra del bilancio nelle società: ossia quella di fornire una rappresentazione del patrimonio sociale *per valori*, nella misura in cui le entità contabili in esso recepite espletano- oltre ad una funzione informativa- una funzione prettamente organizzativa dei vincoli e quindi dei poteri dispositivi sul patrimonio; laddove il patrimonio sociale è ciò che risulta da quelle entità numeriche, da cui discendono direttamente *misura* ed *intensità* dei poteri dispositivi su di esso esercitabili secondo l'articolazione delle competenze degli organi sociali¹¹³.

E' possibile affermare sulla base di quanto esaminato che il rilievo giuridico delle differenze nei procedimenti straordinari di riorganizzazione dell'impresa si scandisce attraverso due fasi fondamentali: una di emersione sostanziale (cfr. la fraseologia del comma quarto quando dispone "se *emerge* un disavanzo.." o "se *emerge* un avanzo"); l'altra di emersione- per così dire- formale, che consta nell'*allocazione* delle differenze contrassegnate rispettivamente avanzo o disavanzo attraverso l'applicazione delle opportune modalità di riallineamento indicate dalla legge.

Quanto ora detto vale a prescindere dalla distinzione fra differenze da annullamento o concambio di partecipazioni, sempreché si accolga tale distinguo. A ben vedere le notazioni ora svolte si pensa rappresentino un ulteriore mezzo per porre nel giusto rilievo la tanto diffusa bipartizione, per evidenziarne i limiti in relazione alla attuale formulazione codicistica vigente.

Evidentemente il momento dell'emersione sostanziale corrisponde ad un evento consistente per così dire in un atto di identificazione e qualificazione, per valutarne e pianificarne l'iscrizione ad uno dei rimedi contemplati dal comma oggetto dell'analisi. Tale evento richiamato nell'articolo viene giustapposto a quello dell'adozione (in senso dinamico) di una delle tecniche di recepimento nello stato patrimoniale del bilancio; esso pertanto si pone come evento precedente a quello della redazione del bilancio di esercizio della società riveniente da fusione (o scissione), evento quest'ultimo che rappresenta momento di disciplina consistente nella allocazione delle differenza. Si deduce che l'emersione cui fa testualmente riferimento il comma evoca- in via generale- la realizzazione dei presupposti della fattispecie da regolarsi e tale da venire in essere anticipatamente allo svolgersi del procedimento dell'operazione straordinaria, oppure durante il suo decorso e comunque sempre prima della redazione del bilancio di esercizio. Insomma, ad un capo c'è l'emersione sostanziale della differenza, all'altro la sua allocazione mediante una delle tecniche disciplinate. Attraverso l'allocazione la differenza si estrinseca

¹¹³ Esemplarmente P. Ferro-Luzzi, *Lezioni di diritto bancario*, I, Giappichelli, 2012, p. 222-224: "Il numero, allora come espressivo di un valore indicato in termini monetari, serve altresì ad organizzare per valori il patrimonio dell'impresa, e soprattutto delle società, poi di capitali".

definitivamente nel bilancio dispiegando la sua incidenza sul patrimonio netto della società risultante. Si può quindi necessariamente escludere che la causa produttiva delle differenze sia da rinvenirsi nell'acquisizione di effetti della fusione o scissione (art. 2504-*bis*, primo comma, c.c.), così come nella redazione del bilancio d'esercizio della società riveniente dalle operazioni: questo ultimo atto costituisce invece il momento fondamentale in cui si perfeziona l'emersione, atto che "conia" le differenze come avanzo o disavanzo, entità proprie del bilancio. Si può delineare allora come l'emersione cui fa riferimento il codice riguarda la rilevazione dei presupposti delle fattispecie, mentre il momento della allocazione in bilancio costituisce il loro perfezionamento mediante l'applicazione della disciplina del comma quarto. E' possibile semmai affermare che gli effetti "reali" della fusione o scissione sanciscono un definitivo rilievo effettuale alle differenze, nella misura in cui essendosi prescelto da parte dei preposti nell'amministrazione di allocarle in bilancio, si dovrà poi inserirle nello stato patrimoniale redigendolo: ma potrebbe anche accadere che, pur esistendo, esse non vengano contabilizzate per via di una discrezionale scelta di gestione¹¹⁴- e come tali non diverranno entità proprie del bilancio post-fusione. Dunque, in realtà, le operazioni compiute ed i loro effetti tipici non producono direttamente entità da inserirsi in bilancio.

La formulazione complessiva dell'enunciato normativo considerato, corrispondente al tipico enunciato di legge kelseniano, milita a favore dell'argomentazione che precede: considerato con A il tipo di presupposto realizzatosi e con B la disciplina che l'ordinamento stabilisce farne discendere, si dice, "se dalla fusione emerge un disavanzo... (allora)...si iscrive...". Per gli avanzi è lo stesso; si dà così un enunciato del tipo "se A allora B".

Sicché gli eventi che ruotano intorno all'emersione dell'avanzo o disavanzo rappresentano la venuta in essere della fattispecie mentre le iscrizioni effettuate per allocarli nello stato patrimoniale costituiscono la disciplina.

L'allocazione in bilancio- momento attinente alla disciplina- non influisce di per sé sulla fonte di produzione, né sulla effettiva emersione. L'allocazione nello stato patrimoniale costituisce la modalità ammessa dalla legge per recepire le sopravvenute differenze sotto forma di eccedenze negative o positive. Di fondamentale importanza è la constatazione che gli strumenti della contabilità, mezzi di regolamentazione delle differenze nel bilancio, non stabiliscono i

¹¹⁴ In tal senso, secondo un orientamento consolidato e pressoché pacifico C. Santagata, *La fusione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 581; il quale rimarca come il problema delle differenze viene meno, fra i diversi casi possibili, se l'incorporante o risultante decide di assumere attività e passività delle partecipanti ai valori registrati nei bilanci delle partecipanti (*i.e.* al costo storico). Conforme anche A. Serra, M.S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Giappichelli, 1994, p. 182.

presupposti di emersione, così come non li eliminano. La redazione del bilancio, e dei documenti ad esso relativi, ha a che fare con l'espletamento di competenze proprie di organi sociali che, stando all'autorevole dottrina tradizionale¹¹⁵, risultano atti interni espressivi della realizzazione di istanze tipiche del fenomeno societario riguardanti la sua organizzazione "corporativa"¹¹⁶. Tanto vale anche per le fasi di programmazione ed attuazione delle operazioni di fusione e scissione, nell'ambito delle quali l'esercizio delle competenze degli organi amministrativi¹¹⁷ o l'esercizio di prerogative dei soci¹¹⁸ non consentono che le situazioni patrimoniali attestate tramite i documenti contabili delle società coinvolte siano "pianificate" fino al punto da determinare la nascita di avanzi o disavanzi: esse possono al più influire sulla

¹¹⁵ Si tratta dell'orientamento elaborato da P. Ferro-Luzzi, *La conformità delle deliberazioni alla legge ed all'atto costitutivo*, p. 105.

¹¹⁶ "Corporativo" nel linguaggio della letteratura giuridica italiana può assumere almeno due diversi significati: a) uno *lato sensu* evocativo l'attività interna propria delle iniziative societarie in generale (non distinte in base ai tipi legali), che, in quanto enti (terzi rispetto alle persone fisiche che li compongono) sono interessati da una produzione di atti giuridici finalizzati a realizzare, secondo schemi di condotte legali (fattispecie), diretti a regolare le funzioni degli organi che ne fanno parte (es.: gli atti con cui l'organo amministrativo predispone le scritture contabili e poi il bilancio; cfr. la nota precedente con riferimento a P. Ferro-Luzzi); b) l'altro, evoca l'organizzazione propria delle società di capitali in contrapposito a quelle di persone: per le prime la legge distribuisce le prerogative interne degli organi che ne fanno parte strutturandola "per persone", e cioè non indirizzandola ad uffici preposti ad una specifica funzione (es.: il socio di società in nome collettivo è residualmente- automaticamente- amministratore salvo patti contrari; il controllo contabile dell'attività amministrativa è effettuato dai soci stessi, non esistendo un obbligo di nomina di revisori legali dei conti); differentemente nelle società di capitali tutte le prerogative interne degli organi sono raggruppate per "uffici" preposti specificamente ad una determinata funzione, appunto organizzate corporativamente (es.: l'amministrazione è devoluta all'ufficio amministrativo, monocratico oppure collegiale; il controllo interno dell'attività sociale, di regola, ad un collegio sindacale e, con specializzazione della funzione, il controllo interno contabile ad un revisore legale dei conti (o ad una società di revisione se richiesto espressamente dalla legge); e così via). Il riferimento in tal senso va a P. Spada: si veda esemplarmente in *Diritto Commerciale*, Vol. I., Parte generale, Cedam, 2004, in particolare p. 137, voce del glossario "Corporativa (organizzazione)".

Il significato or'ora menzionato nel testo dell'indagine si riferisce all'accezione *sub a*).

¹¹⁷ Si veda per esempio la competenza a redigere il progetto di fusione o scissione da parte degli organi d'amministrazione ed iscriverlo poi nel registro delle imprese. Sul punto C. Angelici, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in Enc. del diritto, vol. XLII, Giuffrè, 1990, p. 1012.

¹¹⁸ Si fa riferimento ad esempio ai diritti dei soci ad approvare con decisione verbalizzata da notaio il progetto di fusione, e quindi, avallare il rapporto di cambio fra quote sociali possedute nelle partecipanti e quelle da possedersi nella "società-risultato" di fusione; oppure,- dei soci *uti singuli*- alla rinuncia alle relazioni di stima dell'esperto revisore legale dei conti per la valutazione dei criteri con cui si determina il concambio di quote; o, ancora, la rinuncia alla predisposizione della situazione patrimoniale delle società partecipanti alla fusione a documentazione della condizione patrimoniale in cui versa l'ente partecipante.

portata della stima sulla situazione economico-finanziaria reale. Va così distinta la fase genetica, di “emersione”, da quella di allocazione proposta dagli organi amministrativi che, in combinazione con l’esercizio di diritti propri dei soci, può solo influire sul trattamento contabile delle differenze. I provvedimenti adottati dall’organo amministrativo con l’approvazione dei soci implicano infatti inevitabilmente la scelta di fare accedere le differenze nello stato patrimoniale, veicolandole come eccedenze positive o negative mediante l’allocazione. Se differenze esistono e non vengono recepite esse restano vicende puramente economiche le quali possono, eventualmente a seconda della consistenza, dare luogo in seguito ad emersione di perdite¹¹⁹.

Gli aspetti in ultimo menzionati attengono dunque alle prerogative sull’esercizio della discrezionalità gestionale che, in relazione alla misura in cui preservano i diritti dei soci e della società, sono tali da avere rilievo come illeciti nella gestione o fatti dannosi a carico dei soci stessi oppure dei creditori sociali¹²⁰.

Certo è che gli atti compiuti in vista del futuro trattamento delle emerse differenze determinerà la loro qualificazione sotto forma di avanzo o disavanzo, senza crearli o sopprimerli; e che essi, divenuti valori patrimonialmente rilevanti, organizzano misura e limitazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale risultante.

Altra tipologia di atti può influire sulla consistenza delle differenze emerse o emergenti. Come si vedrà di qui a breve gli atti dichiarativi, di tipo negoziale, normalmente compiuti nell’esercizio dell’impresa dalle società partecipanti alle operazioni possono incidere su un determinato assetto patrimoniale che denota differenze; se un’impresa va bene o va male si avranno riflessi in punto di consistenza della differenza (cfr. *infra* §§ 6.3.1, 6.3.2., cap. I).

Più precisamente, allora, la sequenza di atti che riguarda il monitoraggio contabile delle differenze ha a che fare con il compimento di atti organizzativi degli enti societari; esso costituisce mezzo di esercizio delle competenze ad amministrare e, parimenti, le soluzioni adottate per il trattamento dei disavanzi ed avanzi nel primo bilancio post-fusione costituiscono il punto di approdo delle medesime competenze, implicando l’utilizzo di una discrezionalità amministrativa entro i confini concessi dalla legge al pari di quanto accade per un qualsiasi altro bilancio di esercizio¹²¹. In tal senso possono sorgere, allora,

¹¹⁹ Si veda per tutti G.E Colombo, *Differenza di fusione nel bilancio successivo all’incorporazione*, in *Le società*, 1992, p. 959..

¹²⁰ Circa l’argomento, S. Fortunato, *Sanzioni civilistiche e sanzioni penali nella riforma del bilancio*, *Riv. soc.*, 2004, p. 167.

¹²¹ Sullo sviluppo della competenza nell’ambito dei procedimenti di fusione e scissione, compresi i profili in merito alla responsabilità amministrativa si vedano in particolare §§ 1, 1.1, 2, cap. II, *infra*.

anche profili di responsabilità amministrativa per l'aver escluso o disciplinato in modo inadatto rispetto alle esigenze delle operazioni o alla situazione patrimoniale sociale (cfr. specificamente §§ 1, 1.1, 2, cap. II, *infra*).

5.2. Evento “emersione” e contesto dell’art. 2504-*bis* c.c.

L’art. 2504-*bis* c.c., che fa riferimento ad una non meglio specificata emersione dell’avanzo o disavanzo dalla fusione, dovrebbe apparire più chiaro. Il riferimento al fatto dell’emersione è di fondamentale importanza per lo studio e la comprensione di quali casi, le fattispecie cioè, si arrivano ad ascrivere all’articolo in questione. Una più ampia disamina della emersione comporterà inevitabilmente, nella prospettiva di chi scrive, la valutazione dei limiti caratterizzanti il novero delle fattispecie tradizionalmente ricondotte al suddetto quarto comma.

Alla base della allocazione di differenze- sempre sussistendo l’evento della emersione-, si pone una stima effettuata dagli organi preposti alla conduzione dei procedimenti di fusione o scissione in ordine al disallineamento fra situazione economica reale e rappresentazione contabile di riferimento. In tali casi- differentemente da quanto accade per perdite o utili¹²²- i componenti di bilancio non transitanti dal conto economico vanno quantificati nell’ammontare e non possono essere conteggiati¹²³. Fermo restando che, nel caso delle differenze, non si tratta di apporto di risorse (né tantomeno di risorse esterne alle società) e pertanto esse risultano entità da qualificarsi come contabili, solo potenzialmente reddituali. Ribadendosi infatti che, come

Si deve a B. Libonati l’osservazione per cui una società potrebbe rappresentare in bilancio la propria situazione patrimoniale-finanziaria sotto molteplici modalità, senza che la pluralità di bilanci ad esse astrattamente corrispondenti fossero errati o viziati, purché si rispetti la corretta rappresentazione della funzionalità economica positiva o negativa dell’impresa collettiva B. Libonati, *Amministratori e bilancio: il principio della verità dei bilanci*, in Riv. soc., 1969, p. 453; richiamato da P. Ferro-Luzzi, *Deroghe ai criteri di valutazione e rivalutazione*, in Giur. comm., 1981, I, p. 5. In particolare p. 9. C. Angelici, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in Enc. del diritto, vol. XLII, Giuffrè, 1990, p. 1012.

¹²² P. Ferro-Luzzi, *Lezioni di diritto bancario*, I, Giappichelli, 2012, p. 223: “la contabilizzazione, invece, intesa come attività di documentazione di fenomeni essenzialmente numerici mette capo, come suo risultato [della gestione], al conto inteso come documento rappresentativo di fatti e situazioni, numeriche appunto”; precisamente ed avvedutamente si fa notare come la contabilizzazione della normale attività imprenditoriale è ambito più ristretto rispetto a quella intesa come valutazione di quei valori nella redazione dello stato patrimoniale, che può riguarda elementi non transitanti dal conto economico, e non consiste in mero conteggio.

¹²³ Si vedano i versamenti dei soci o di terzi, o i conferimenti effettuati con gli aumenti di capitale “a pagamento”, ma anche il caso dei conferimenti in caso di costituzione della società, benché vari la modalità di valutazione nell’ammontare a seconda dei casi.

illustrato in precedenza, appare ormai superata la concezione dell'operazione di fusione (o scissione) quale vicenda traslativa in cui determinate società apportano- nel senso di conferire- un determinato patrimonio in un'altra società.

A ben vedere la quantificazione e qualificazione delle differenze scaturisce da criteri valutativi basati sui dati contabili dello stato patrimoniale delle partecipanti raffrontati con la situazione economica delle stesse, stimandosene la reciproca aderenza¹²⁴.

L'impostazione dottrinale sul punto, con riguardo alle voci meramente contabili scaturenti dalle deroghe ai criteri legali di iscrizione dei valori in bilancio, è alquanto chiara stabilendo "che quando alla determinazione del saldo patrimoniale concorrono taluni particolari componenti, l'utilizzazione del bilancio a fini organizzativi ne risulti compromessa; si tratta del computo di componenti attivi privi di un valore di realizzo, ovvero dell'attribuzione ad elementi patrimoniali di un maggior valore non ancora realizzato: in tali casi l'ordinamento provvede a limitare o neutralizzare l'incidenza di tali componenti patrimoniali, pur dotati di valore informativo, sul saldo derivante ai fini dell'esercizio dei poteri dispositivi"¹²⁵. Più precisamente, pur variando i presupposti delle fattispecie di deroghe ordinarie alla formazione del bilancio rispetto alle deroghe attuate per recepire differenze, la funzione resta ferma. Essa è orientata a neutralizzare gli "effetti della appostazione attiva sul sistema dei poteri dispositivi correlati alle poste del patrimonio netto".

Ragionamento analogo, in termini di funzione, può farsi per la plusvalenza derivante da deroga (art. 2426, n. 4, c.c.), assimilabile alla plusvalenza originatasi da deroga speciale ai criteri di valutazione (art. 2423, comma 4, c.c.), laddove "l'iscrizione in bilancio di elementi patrimoniali per un valore superiore a quello attribuibile in base ai criteri legali di valutazione vale ad evidenziare nello stato patrimoniale *anticipatamente* un utile che sarà realizzato e "transiterà" nel conto economico in un tempo successivo"; con riferimento a questi ultimi aspetti relativi alle plusvalenze da deroga si dice, in modo pienamente condivisibile, con riguardo alla differenza positiva di fusione: "allo stesso modo si potrebbe ipotizzare di assoggettare le plusvalenze che risultano, in caso di fusione, quando nel conto patrimoniale dell'incorporante al valore

¹²⁴ Cosa che fra breve si affronterà è la disamina dei criteri di "stima", la quantificazione delle differenze a partire dai dati contabili disponibili, al fine di individuarne l'ammontare. La modalità più ricorrente è, come rimarcato anche dalla giurisprudenza, il confronto fra patrimonio netto della controllata-incorporata e il costo della partecipazione di controllo in essa posseduta dalla controllante-incorporante.

¹²⁵ G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 179. Il che vale anche per l'ammortamento dell'avviamento, dei ratei e risconti, così come di tutte le entità stimate e iscrivibili all'attivo pur rappresentando effettivamente "costi" sostenuti.

della partecipazione nell'incorporata si sostituisce il valore dei singoli elementi patrimoniali della stessa, e tale valore sia complessivamente superiore"¹²⁶. In breve le tecniche richiamate, così come le tecniche "correttive" applicate per allocare in bilancio avanzi e disavanzi di fusione o scissione, si caratterizzano per precise finalità: a) (nel caso dei disavanzi) evitare che si esponano perdite mediante la rivalutazione od iscrizione- per la prima volta- di voci all'attivo, con relativa indisponibilità di un ammontare pari del patrimonio netto, fatto salvo il recupero di utili sempre per quell'ammontare; b) (nel caso degli avanzi) neutralizzare l'incidenza di eventuali perdite- ferma restando l'indistribuibilità delle plusvalenze sino al momento del realizzo- per far sì che "a causa di motivi puramente congiunturali si avvii il procedimento di riduzione obbligatoria del capitale o di liquidazione della società"¹²⁷.

6. Lo sviluppo della categoria delle differenze di fusione (o scissione) nella dottrina tradizionale

Per fare chiarezza in merito al contenuto del quarto comma, art. 2504-*bis* c.c., si è tentato di disarticolare il contenuto dispositivo al fine di separare la parte dedicata alla disciplina rispetto alla fattispecie, mettendo in risalto come queste ultime non sono affatto delineate; risultando piuttosto abbozzate quali vicende che danno luogo ad entità produttive di riallineamenti nelle poste del bilancio. Si è poi appreso che fondamentalmente i procedimenti di fusione o scissione non sono dotati di alcun effetto produttivo in senso proprio di queste entità contabili, rappresentando bensì l'occasione in cui queste eccedenze negative o positive possono essere regolate con le opportune tecniche contabili. Similmente, prima della riformulazione dell'art. 2504-*bis* c.c., le norme fiscali menzionavano avanzi e disavanzi di fusione e scissione senza peraltro dettare alcun loro tratto costitutivo. Il che ha impegnato a lungo la dottrina nell'elaborazione delle fattispecie ascrivibili alla disciplina ora rifiuta nel quarto comma in esame.

Il contesto storico da cui è scaturita l'elaborazione delle categorie ascrivibili al quarto comma in parola è stato via via illustrato. In assenza di dati normativi di conforto essa è stata sostanzialmente basata sulla prassi professionale di marca aziendalistica (di chi cioè ha studiato ancor prima economicamente che giuridicamente il problema di come allocare in bilancio avanzi e disavanzi) o anche notarile (circa l'elaborazione dei documenti necessari a sancire la legittimità dei procedimenti di riorganizzazione straordinaria a fronte dell'esistenza di dette entità). La letteratura giuridica, specialmente quella che ha

¹²⁶ *Amplius*, op. ult. cit., p.183-186.

¹²⁷ Op. ult. cit. p. 184.

autorevolmente studiato i fenomeni delle operazioni straordinarie, per muovervi un approccio *ex professo*, si è dal canto suo alimentata di questa o quella prospettiva “di settore”. Il risultato finale è stato un coacervo di orientamenti diversificati, spesso caratterizzati da posizioni discordanti o fino ad un certo punto concordi¹²⁸, nella misura in cui si rinvia di preferenza a chi ha svolto approfonditi studi in materia di bilancio¹²⁹ o viceversa da chi li ha svolti sulle operazioni straordinarie; quando non si tratta di rinvii effettuati verso studi giuridico-aziendalistic¹³⁰.

Nella ampia produzione letteraria, sempre autorevole, sembra però il più delle volte mancare una visione sistematica d'insieme che dirima le discordanze dei numerosi studi sulle presenti questioni; e, ciò che più conta, manca una definitiva armonizzazione sia in punto di fattispecie che di disciplina fra le svariate elaborazioni dottrinali e il nuovo comma dall'art. 2504-*bis* c.c.. Sintomo lampante di ciò è l'incardinamento di un discorso generale sull'applicazione dell'articolo in ultimo citato necessariamente intorno alle categorie elaborate dalla dottrina tradizionale e non viceversa.

Giungendo *in medias res* alla perimetrazione delle differenze come fattispecie elaborate dalla dottrina tradizionale è possibile ricavare una bipartizione fondamentale, largamente accolta dalla letteratura, diffusa nella giurisprudenza e nella prassi. Si dà il raggruppamento delle differenze in due categorie, come avanzi e disavanzi da annullamento di partecipazioni ovvero da concambio di

¹²⁸ Di particolare vividezza le parole di quegli Autori che, già in materia di bilancio e contabilità, segnalavano la difficoltà nel mettere insieme e trarre percorsi od orientamenti quanto meno unitari e prolifici: P. Ferro-Luzzi, *Derghe ai criteri di valutazione e rivalutazione*, in Giur. comm., 1981, I, p. 5, specialmente nell'introduzione al saggio. L'impostazione delle discussioni in materia pare poi essersi estesa, a partire dagli anni '80, anche in frangenti contigui come quello del bilancio post-fusione e delle cc. dd. differenze, in virtù della mancata presa di posizione del legislatore e della giurisprudenza di legittimità. Si dice: “Credo che anche in un argomento così tormentato come il bilancio, raramente, come nel caso, ci si trovi di fronte a tante tesi quanti sono gli autori che si sono occupati del problema: tesi talora molto, talora poco diverse; tesi uguali nelle premesse, ma diverse nelle conclusioni, e viceversa, al punto che appare esatta l'affermazione che in tema finiscono per dominare i gusti personali (P.G. Jaeger) il che è probabilmente vero, ma per il giurista sconcertante”.

¹²⁹ Paradigmatico in tal senso il costante riferimento in letteratura al G.E. Colombo, che ha dedicato molta attenzione nel corso del tempo al fenomeno qui trattato: v. ad esempio, *Differenza di fusione nel bilancio successivo all'incorporazione*, in *Le società*, 1992, p. 959; al quale si deve peraltro, come riportato da C. Santagata, *ult. op. cit.*, p. 598, nota 165, la formulazione della disciplina dei disavanzi nell'art. 2504-*bis* c.c. secondo quanto da lui riferito nel Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di Ricerca dell'Università Cattolica di Milano. *Amplius* G.E. Colombo, G. Olivieri, *Bilancio di esercizio e consolidato*, ne *Il trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 7, Utet, 2004.

¹³⁰ Nella ampia ed autorevole trattazione di C. Santagata, *op. ult. cit.*, da un punto di vista eminentemente giuridico, compaiono anche ricchi riferimenti alla dottrina aziendalistica in materia, ad esempio fra gli altri a M. Caratozzolo.

partecipazioni. La bipartizione è talmente consolidata da essere accompagnata nei vari studi che si affrontano in materia con formule fisse e parrebbe-invariabili.

Si sostiene che le differenze, oppure, variando di terminologia, i disavanzi ed avanzi da annullamento di partecipazioni costituiscono la “divergenza tra il valore ‘di libro’¹³¹ del netto patrimoniale pertinente alla società incorporanda (o da fondere) rispetto al valore di carico della partecipazione detenuta dalla società incorporante (ovvero da altra società partecipante alla fusione) nella prima. ..(omissis).. Essa [i.e. differenza] si manifesta in un avanzo allorché il valore del (o della frazione del) patrimonio netto della partecipata è superiore al valore di carico delle azioni [i.e. più in generale partecipazioni] destinate ad essere annullate; oppure in un disavanzo nel caso opposto”¹³².

Invece le differenze, o sempre variando di terminologia, gli avanzi e i disavanzi da concambio di partecipazioni costituiscono la divergenza fra “l’entità complessiva delle azioni [i.e. partecipazioni] da emettere (dalla società incorporante o risultante dalla fusione) per l’assegnazione ai soci rispetto all’ammontare del capitale (o della sommatoria dei capitali) delle società incorporande (delle società destinate a fondersi).. (omissis)..L’avanzo si manifesta allorché risulti un maggior valore “di libro” del patrimonio dell’incorporanda (o delle società partecipanti alla fusione) rispetto al valore nominale delle azioni da emettere ovvero all’aumento di capitale programmato per la società incorporante (o al capitale nominale della società risultante dalla fusione); oppure in un disavanzo nel caso opposto”¹³³.

L’enumerazione dei casi abbracciati dal campo d’applicazione della disciplina del quarto comma dell’art. 2504-*bis* c.c. è presentata sotto forma di

¹³¹ Dovendosi intendere, nel significato sopra utilizzato, per valore “di libro”, il valore del patrimonio netto risultante dal bilancio della società partecipata (o controllata). L’utilizzo della terminologia è riferibile comunque in genere alle poste di bilancio, quali voci risultanti dallo stato patrimoniale ed espresse usualmente al valore “di libro” cioè al costo storico.

¹³² In tal senso, testualmente, C. Santagata, op. ult. cit., p. 209 e successive.

Per meglio comprendere la modalità di individuazione in senso quantitativo delle figure studiate è possibile proporre le seguenti relazioni, in cui V_p costituisce il valore della partecipazione allibrata al costo storico nel bilancio della partecipante o controllante, mentre V_n il valore del patrimonio netto della società partecipata o controllata: 1) se $V_n < V_p$, la situazione patrimoniale denota un disavanzo;

2) se $V_n > V_p$, la situazione patrimoniale denota.

$V_n - V_p$ indica il quantitativo della differenza positiva o negativa.

¹³³ *Ibidem*.

Similmente per le differenze da concambio, se V_n è il valore corrispondente alla somma dei patrimoni netti delle partecipanti da incorporarsi o da fondersi, mentre V_c l’ammontare di capitale nominale in aumento: 1) se $V_n < V_c$, la situazione patrimoniale denota un disavanzo;

2) se $V_n > V_c$, la situazione patrimoniale denota un avanzo.

$V_n - V_c$ indica il quantitativo della differenza positiva o negativa.

formulazioni generali, sintetiche e riassuntive, che richiedono perciò un certo dimensionamento interpretativo. Anzitutto sarebbe preferibile, tenendo fede all'impostazione impressa sin dal principio all'indagine, abbinare la formula definitoria al termine "differenza" per il fatto che tali divergenze di valore risultano dal confronto di *entità* numeriche ricavabili dalla rappresentazione contabile dei patrimoni coinvolti o comunque tra di esse e gli elementi quantitativi determinati con la programmazione delle operazioni (l'aumento del capitale e il quantitativo di partecipazioni da emettersi a seguito di fusione o scissione) e quindi preesistono sia alle operazioni stesse sia al bilancio della società riveniente da fusione (o scissione): sicché soltanto se l'operazione è attuata ed il bilancio post-operazione le recepisce si tratterà di avanzi o disavanzi, intesi come entità vere e proprie ascrivibili alla società risultante; ma non prima, trattandosi solo di elementi numerici che denotano l'esistenza di determinate circostanze rilevanti in senso meramente economico.

Nel tentativo di chiarire la portata applicativa delle formule riportate occorre precisare alcuni aspetti: le differenze da annullamento presuppongono che le partecipanti alla fusione siano due o più società, di cui una partecipa al capitale delle altre; e si dà il caso che una delle società- controllante o meno- iscriva nel proprio bilancio la/e partecipazione/i detenuta nella/e altra/e società partecipate, precisamente al costo storico coincidente con l'esborso, effettuato prima della fusione (o scissione), per acquistare le partecipazioni. Contemporaneamente, le società partecipate sono ovviamente dotate di una propria contabilità da cui risulta il proprio patrimonio netto¹³⁴. Sicché il confronto fra i singoli valori delle quote detenute nelle partecipate iscritti (al

¹³⁴ G. Figà-Talamanca, *Numero, conto e misura nel regime giuridico del patrimonio sociale e della partecipazione azionaria*, in Riv. dir. civ., 2000, II, p. 735. Dove si indica il saldo del patrimonio netto- che può essere intermedio, cioè relativo ad un certo periodo dell'esercizio sociale; oppure finale se espressivo della globalità di grandezze conteggiate nel corso dell'intero esercizio sociale- come numero indicativo della ricchezza destinata all'iniziativa collettiva e disponibile per la società a seconda dell'intensità dei vincoli cui la legge assoggetta le varie voci del patrimonio netto per essere utilizzate (ad es. distribuzione, riporto a nuovo esercizio di utili, e così via). Questo saldo è frutto dell'insieme di dati di bilancio progressivi ed è subordinato principalmente, ma non solo, alla quantificazione delle grandezze acquisite o perdute dall'iniziativa, che sono conteggiate con il conto economico. Potendosi però determinare influenze e computarvi quote-parti, in senso quantitativo, attraverso l'introduzione di voci contabili non provenienti dal conto economico, come accade per le differenze qui studiate; ovvero provenienti dall'esterno: conferimenti, versamenti dei soci ad es. a fondo perduto, e così via.

Il complesso di regole ricavabili dagli artt. 2426 e 2430 e ss c.c., essenzialmente circa gli atti di disposizione dei saldi di bilancio, sono qualificabili "regime del patrimonio netto": di qui la predicabilità degli effetti "organizzativi" del patrimonio netto come fulcro del documento di bilancio. Cfr. anche P. Spada, *Appunto in tema di capitale nominale e di conferimenti*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 127-2006/I; P. Spada, *Un numero che detta regole- ovvero il ruolo del capitale sociale nel diritto azionario italiano*, Riv. del notariato, 2014, p. 437.

costo storico) nella contabilità della partecipante e i singoli patrimoni netti delle partecipate può non essere- come non lo è spessissimo- coincidente: la divergenza fra quei valori rassegna un numero qualificabile come differenza; se il costo d'acquisto è superiore al netto si dà un'eccedenza negativa, un disavanzo, mentre se il patrimonio netto è superiore al costo se ne dà una positiva, un avanzo. Nella formula esaminata il riferimento all'operazione di fusione è fatto in senso ampio: sono ricomprese non soltanto le fusioni per incorporazione ma anche quelle "proprie" in cui le società legate dal rapporto di controllo danno luogo ad una nuova società, ovvero in cui le società sono semplicemente legate da un rapporto di reciproca partecipazione. Si precisa che il confronto tra patrimonio netto e costo della partecipazione di cui sopra è effettuato tenendo conto dell'entità della partecipazione: così, se essa è totalitaria il confronto va fatto con la totalità del patrimonio netto, mentre se essa è pari ad una frazione del capitale allora il confronto va fatto con una corrispondente frazione di patrimonio netto. Di qui in avanti, per semplificare l'esposizione, quando si parlerà del confronto fra patrimonio netto della partecipata e costo della partecipazione iscritto nella contabilità della partecipante si supporrà che la partecipante sia titolare di una partecipazione pari al cento per cento del capitale dell'altra: caso invero assai frequente nella pratica.

Quanto appena descritto con riguardo alle differenze da annullamento dovrebbe iniziare a far comprendere la tendenza restrittiva della categoria considerata, al punto che dovrebbero essere escluse da questo tipo di fenomeno le società che si accingono a fondersi senza avere reciproci legami di partecipazione al capitale.

Per le differenze da concambio la questione si fa ancora più complessa; quando le società partecipanti- a prescindere dalla partecipazione o controllo dell'una sulle altre- programmano ed attuano con la fusione (o scissione) un aumento di capitale- con conseguente emissione di partecipazioni- può darsi il caso che detto aumento non sia quantitativamente pari alla somma fra i patrimoni netti risultanti dalle contabilità delle singole partecipanti destinate a dar luogo ad una nuova società, oppure ad essere incorporate in un'altra partecipante: sicché il risultato dal confronto fra l'ammontare di aumento di capitale a servizio della fusione (o scissione) e la somma dei patrimoni netti delle partecipanti, può rassegnare un'eccedenza positiva di netto, un avanzo appunto; oppure un'eccedenza dell'aumento rispetto al netto, ed allora la differenza è negativa. Si rammenta in ogni caso che l'aumento di capitale cui fa riferimento la descrizione citata riguarda l'aumento di capitale a servizio della fusione, cioè effettuato con risorse presenti- o presumibilmente presenti in base ad una attendibile stima- nell'ambito delle società partecipanti, e quindi non si tratta di un aumento "a pagamento" per conferimento di risorse esterne alle società. Anche nei casi in ultimo prospettati, pur sempre prescindendo dalla situazione

di partecipazione dell'una società nell'altra, la formula si attaglia sia alle fusioni per incorporazione che a quelle per unione; beninteso, poi, che la menzione dell'"ammontare di capitale" o "sommatoria di capitali" nella formula descrittiva citata indica il capitale in senso reale e così il patrimonio netto- e non il capitale nominale come singola voce del patrimonio netto-. Infine, si sottolinea che nella formula riportata si fa riferimento anche al valore delle azioni emesse come causa di insorgenza di differenza da concambio- ovviamente solo quando società per azioni risultano dalle operazioni-: ai fini espositivi, si procederà qui a considerare tale evenienza semplicemente come una possibile variante delle operazioni, succedanea all'aumento di capitale; sicché, quest'ultimo, resterà il punto di riferimento portante nei discorsi che interesseranno le differenze da concambio.

La spiegazione dell'insorgenza di differenze secondo lo schema delle categorie ora esaminate solleva una molteplicità di problematiche sia in senso ricostruttivo che pratico. Una prima problematica risiede nella prospettazione secondo cui le differenze originino "causalmente" dall'annullamento delle partecipazioni ovvero dall'emissione di quote sociali in virtù di un aumento di capitale a servizio delle operazioni. Altro aspetto da considerare attentamente sta in ciò che la legge civile, oltre ad abbandonare la distinzione fra differenze da concambio ed annullamento, ha anche evitato di dettare i lineamenti costitutivi delle fattispecie delle differenze di fusione e scissione: al di là di quanto possa apparire si è dell'avviso che non si tratti di una lacuna in senso tecnico ma di un'opzione redazionale che non si mancherà di argomentare di qui a poco con la dovuta attenzione.

Fra l'altro ciascuna categoria perviene, con criteri assai diversificati, al bilanciamento degli interessi concretamente sottesi alle operazioni: a fronte dell'applicazione della medesima disciplina, la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale finale, delle partecipazioni dei singoli soci come delle ragioni dei soggetti terzi legati da rapporti negoziali con le iniziative coinvolte, vengono composte secondo modalità assai divergenti- probabilmente troppo- nonostante si imputi la medesima disciplina ad entrambe le categorie.

Nonostante le divergenze strutturali, le categorie appena descritte collimano tuttavia fra loro su almeno su di un punto cruciale: quella di realizzare l'interesse alla rappresentazione contabile del patrimonio finale riveniente dalle operazioni secondo modalità contabili che incrementino il tasso di fedeltà alla situazione economica reale attraverso un'attenta "valorizzazione" della situazione economica delle singole società partecipanti (usando- in entrambi i casi- come indicatore di riferimento la cifra iscritta del loro patrimonio netto); e tale è la portata teleologica propria del quarto comma dedicato agli avanzi e disavanzi.

Ovviamente quanto sinora illustrato per le fusioni è percorribile, in misura funzionalmente speculare, anche per le scissioni in forza dell'affinità strutturale

ed operativa delle fattispecie, esplicitamente impressa dal legislatore della riforma del 2003 per mezzo del rinvio alla disciplina della fusione (art. 2506-*ter*, 2506-*quater*, primo comma, c.c.)¹³⁵.

Tali difficoltà interpretative, che andranno via via osservate insieme alle altre, possono intensificarsi oppure ridimensionarsi a seconda che la dicotomia *de qua* venga considerata cogente o meno. Converrebbe allora guardare alla dicotomia in questione come a classi, modelli, cui riferirsi esemplificativamente per spiegare i fenomeni giuridico-economici sottesi dalla disciplina di avanzi e disavanzi; preso anche atto della circostanza per cui ormai tale distinzione trova spazio solo all'interno della normativa fiscale e non anche in quella civilistica.

6.1. I metodi di elaborazione delle categorie di differenze nella dottrina tradizionale

I canoni ricostruttivi tradizionali si basano in larga parte sul materiale empirico consistente nella pianificazione del primo bilancio della società risultante post-fusione, in vista dell'integrazione dei dati contabili facenti capo alle diverse società partecipanti, ma occorre andare oltre la visione del rilevamento e trattamento delle differenze secondo una matrice troppo sbilanciata sui dati empirici¹³⁶ e filtrata dalla visione degli studiosi aziendalisti e tributaristi¹³⁷.

¹³⁵ Con impostazione equivalente, qui pienamente condivisa, si veda il discorso unificato fra fusione e scissione in materia di differenze svolto da A. Vicari, in Autori vari, a cura di M. Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008, p. 176 e ss.

¹³⁶ Così parrebbero da interpretarsi le riflessioni sulla costruzione delle categorie di differenze poc'anzi invocate: esse costituirebbero una sorta di rassegna di casi più frequenti di operazioni effettuate nella realtà giuridica, caratterizzati da connotati caratteristici e ricorrenti; rappresentazioni indubbiamente utili, ma che rischiano di apparire incomplete se calate nel contesto generale delle discipline degli istituti della fusione e scissione, che abbraccia casistiche ben più ampie, e che rischiano di restar fuori dal disposto in materia di differenze. Cfr. per un'ampia veduta sull'articolazione delle fusioni G. B. Portale, *Capitale sociale e attribuzione di azioni nella fusione per incorporazione*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 1031; G. B. Portale, *Clausole di "retroattività" e bilanci nelle fusioni di società per azioni*, in *Riv. soc.* 1983, p. 1281; in tal senso nel riscontro della casistica più frequente G. E. Colombo, *Differenza di fusione nel bilancio successivo all'incorporazione*, in *Le società*, 1992, p. 959. Per una completa ed articolata esemplificazione delle elaborazioni delle categorie, come incentrate sulla ricorrenza dei casi di fusione per incorporazione si veda C. Santagata, *La fusione*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 578-585.

¹³⁷ C. Santagata, *op. ult. cit.*, p. 582 con nutriti riferimenti alla dottrina aziendalistica in nota 144; così, a p. 579, anche alla riflessione di esperti di diritto tributario, v. nota 139. Mentre per la casistica in materia di controversie fiscali a proposito di differenze ed imposizione fiscale prima dell'introduzione definitiva della neutralità fiscale p. 589, nota 164.

La formulazione poc'anzi indicata sulle differenze da annullamento adombra la circostanza che le differenze stesse non traggono origine in senso proprio dagli effetti tipici della fusione (o scissione): a ben vedere, l'emersione di differenze e lo si è già evidenziato- si basa su una stima compiuta dai preposti all'amministrazione- con l'ausilio o meno di esperti revisori- confrontando il valore del patrimonio netto della partecipata rispetto al valore di carico della partecipazione iscritta nella contabilità della partecipante; sicché lo scarto positivo o negativo potrà costituire, in sede di atti preparatori delle operazioni o più in generale nel corso di esse, il dato quantitativo su cui basare l'allocazione dell'avanzo o disavanzo in bilancio. Ciò, come meglio si vedrà nel secondo capitolo, può avvenire come mera decisione amministrativa discrezionale oppure come decisione compartecipata fra amministratori e compagini sociali. In tutto questo quadro allora gli effetti propri delle operazioni non giocano da fattori genetici: l'evenienza dell'annullamento delle partecipazioni rappresentative il capitale della controllata-incorporata così come la conseguente espressione nel bilancio della società riveniente dei valori dei singoli elementi provenienti dalla fusa (o scissa) sono meri effetti dell'istituto giuridico osservato, ma non fattori formativi di avanzi o disavanzi; la giurisprudenza e la disciplina fiscale parlano infatti in ogni caso di transito di valori e nient'affatto di produzione di valori, nonostante facciano ricorso alla nota dicotomia di differenze. Segnale ne è nelle fusioni (e scissioni) lo sviluppo, come noto, in parallelo degli effetti cc. dd. reali (successione nei rapporti giuridici di una società alle altre e confusione del patrimoni) rispetto a quelli contabili (art. 2504-*bis*, comma 3, c.c.); potendo essi interagire e condizionarsi reciprocamente senza però equivalersi. Viaggiando separatamente, i secondi-retrodatati rispetto ai primi- dovrebbero agevolare l'adempimento della competenza di tenuta della contabilità¹³⁸.

Similmente per le differenze da concambio, la differenza riveniente dal confronto fra patrimonio netto delle partecipanti rispetto all'aumento di capitale programmato (e poi, eventualmente deciso ed eseguito) è una stima sempre effettuata a partire da elementi documentali (contabili) ed organizzativi (programmazione ed attuazione delle scelte operative di fusione). Stima che, una volta acquisiti gli effetti reali della fusione (o scissione), importa l'ingresso dell'avanzo o disavanzo- prima solo congetturato- come vera e propria entità patrimoniale che necessita di opportuni aggiustamenti.

Mettendo un momento da parte le perplessità ingenerate dalla costruzione teorica in questione senza che l'annullamento delle partecipazioni rappresentative del capitale delle fuse (o scisse) oppure l'attuazione dell'aumento di capitale a servizio acquisisca comunque efficacia formativa, va

¹³⁸ Si rinvia per opportuni approfondimenti in merito, ed oltre, nella materia delle fusioni all'opera di G. Ferri jr., *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, Giuffrè, 1998.

osservato come: ciò che si chiama avanzo o disavanzo da concambio è il *prodotto* di una- più o meno concertata con le compagini sociali- serie di atti pianificati fra i preposti alla gestione, basati sui dati quantitativi risultanti dal confronto della rappresentazione contabile con la situazione economica reale. Tale categoria si allontana quindi vistosamente da quella “da annullamento”¹³⁹ per quanto riguarda i presupposti fondamentali.

Programmandosi, ad esempio, un aumento di capitale- eventualmente eseguito in base a concambio, se esistente-, l’incremento arriverebbe a porsi come variabile *dipendente* dalla scelta di recepire differenze: l’aumento sarebbe attuabile cioè fintantoché si allochi una certa differenza; sicché la differenza non appare dipendere dall’incremento, accadendo il contrario. Ossia, la pianificazione sul se e come adottare quelle misure contabili influenzerebbe, in realtà, la scelta organizzativa della dotazione di un certo livello di capitale, evidenziando un influsso unidirezionale dalla pianificazione dell’allocazione di differenza sull’aumento del capitale. Si potrebbe, insomma, addivenire all’applicazione delle misure contabili di cui all’art. 2504-*bis* c.c. in base alle scelte organizzative del procedimento, a seconda delle opportune esigenze del caso. Ma le opzioni di configurazione contabile non dovrebbero direttamente dipendere dalle scelte organizzative, in quanto è la scelta organizzativa (aumentare o meno il capitale) a dipendere da una certa situazione patrimoniale, vale a dire dal livello di risorse effettivamente disponibili.

La situazione descritta si distanzia notevolmente rispetto a quella dell’altra classe di differenze, in cui si riscontra l’esigenza di adottare le misure contabili previste dall’art. 2504-*bis* c.c. nel futuro bilancio sulla base di una situazione obiettiva antecedente, sulla quale le opzioni organizzative del procedimento non hanno alcun riflesso.

Con riferimento alle formulazioni dottrinali evocate è del resto inevitabile- come di sovente accade- ridimensionare con una certa dose di “relativismo” l’uso delle parole e dei concetti incontrati: almeno quanto basti perché un uso concettualizzante della terminologia esposta non divenga decettiva delle

¹³⁹ Sino a condurre alla conclusione che il quarto comma dell’art. 2504-*bis* c.c. sia applicabile alle seconde e non alle prime, ma sta di fatto che nell’un caso come nell’altro si tratta di stime poi tradotte in valori dello stato patrimoniale. Nonostante si dichiari la natura “casuale” di quelle da concambio e la natura “obiettiva” discendente da una precisa situazione economiche nelle altre. Cfr. *Amplius* L.A. Bianchi, *Le differenze da annullamento della partecipazione*, in *Liber Amicorum G.F. Campobasso*, UTET, 2007, p. 334; *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, *Il Sole 24 Ore*, 2002. Per le posizioni più recenti, maggiormente aperte sul punto, Autori vari, a cura di Mario Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008, in particolare A. Vicari, p. 187 e ss.

L’assunto non pare qui affatto condivisibile dato che conduce ad una disparità di trattamento, forte, basata su una spiegazione della diversa genesi delle prime rispetto alle seconde, diversità che si rinviene benvero in un diverso criterio di quantificazione, a partire dai diversi criteri utilizzati per congetturarla.

concrete dinamiche e tutela di interessi sottesi dagli istituti esaminati. Si usa la denominazione “differenza da concambio di partecipazioni” mentre si spiega che la divergenza di valori che vanno a riscontrarsi è essenzialmente frutto del confronto fra aumento di capitale a servizio programmato e somma dei patrimoni netti: in un’argomentazione che evoca necessariamente l’aumento di capitale si abbina così l’elemento del concambio per dare forma alla determinazione della differenza, nonostante comunque il primo non accompagni necessariamente l’altro in seno ad una fusione o scissione e, quindi, la differenza abbia comunque luogo nonostante la fissazione di un concambio.

Dal punto di vista pratico, le categorie di differenze secondo la dicotomia “da annullamento” o “da concambio” arriverebbero ad escludere dall’applicazione dell’art. 2504-*bis* c.c una molteplicità di fattispecie di fusione (o scissione) in virtù della circostanza che i casi concreti difettino degli elementi costitutivi contemplati nelle richiamate categorie, e ciò in modo sproporzionato se si tiene conto che la disciplina generale delle operazioni in parola regoli una possibilità casistica di notevole vastità¹⁴⁰.

Altro problema proveniente dalla teorizzata bipartizione, che si riflette anche sul piano pratico, è il seguente. Nota è la preoccupazione di porre limiti quantitativi alla rivalutazione ed iscrizione degli elementi all’attivo a fronte del recepimento di un disavanzo di fusione; nella misura in cui si ritiene di non poterle effettuare fino alla esposizione a valori correnti (*fair value*) dei cespiti appartenenti all’attivo¹⁴¹. Ebbene, la dottrina ha introdotto nella sua definizione

¹⁴⁰ Applicando le categorie di differenze secondo la bipartizione elaborata in dottrina evidentemente sarebbero escluse dalla disciplina tutte quelle fattispecie che difettano degli elementi costitutivi propri della categoria (essenzialmente partecipazione di una società nell’altra ed aumento di capitale a servizio oltre il livello di netto). Segno dell’intento restrittivo delle categorie si rinviene anche nel dibattito sull’applicabilità della disciplina alle fusioni inverse, per le quali una risoluzione dell’Agenzia delle Entrate ha esposto i criteri applicativi e impositivi: Risoluzione Agenzia delle Entrate n. 111/E del 7 aprile 2009. Ma, addirittura, nonostante la legge rinviasse esplicitamente all’art. 2504-*bis* c.c., il dibattito sull’applicabilità della disciplina in parola alle scissioni stesse, ormai diffusamente risolto a favore.

¹⁴¹ A favore della possibilità di rivalutare integralmente ai valori correnti tutti gli elementi delle società coinvolte, purché motivata da esigenze di concambio- quale profilo giustificativo delle variazioni di valore in base ad un criterio tracciabile e razionalizzato, documentato da una stima *ex art.* 2343 c.c.; senza togliere comunque che in tal modo si usa uno strumento operativo proprio della fusione, in punto di programmazione dei suoi effetti contabili, per dar luogo all’ammissione di un metodo estraneo alla contabilità interna italiana F. Magliulo, *La fusione*, Ipsoa, p. 275 e ss.; a favore L.A. Bianchi, *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, Il Sole 24 Ore, 2002 nel paragrafo dedicato alla necessità della perizia di stima sui conferimenti estesa alle fusioni; *contra* la rivalutazione a valori correnti A. Vicari, Autori vari, a cura di M. Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008, p. 193 in particolare, dove richiama R. Perotta, *Le differenze da fusione e scissione*, in Riv. dott. comm., 2006, p. 532.

l'elemento della partecipazione della incorporante nella incorporata, quale valore iscritto al costo storico, da confrontarsi con il patrimonio netto della partecipata, in modo da ricavare il limite massimo alle eventuali rivalutazioni ed iscrizioni. In tal modo si è fissato un elemento giuridico-economico per limitare quantitativamente il rimedio da attuarsi al disavanzo emerso. Tale criterio di limitazione vale anche per gli avanzi.

Taluni autori ritengono necessario rispettare il divieto di rivalutazione ai valori correnti verso i soli disavanzi da concambio, con ciò formandosi una forte disparità di trattamento giuridico fra le due categorie di differenze¹⁴². Ciò in ultimo detto varrebbe comunque sia per le fusioni proprie (o scissioni totali) in cui non c'è incorporazione ma il transito dei patrimoni sociali in una nuova società neo-costituita.

Stando così le cose, però, sorge comunque l'interrogativo generale se sia legittimo escludere dall'applicazione del quarto comma casi concreti in cui le società fondende (o scindende) non detengano partecipazioni l'una nell'altra e, di conseguenza, casi in cui la incorporante non ha pagato alcun corrispettivo per acquistare partecipazioni nell'altra/e (come dallo schema delle differenze da annullamento). Come, del resto, escludervi quei casi concreti in cui non c'è un aumento di capitale a servizio dell'operazione, tale da far venire meno i requisiti per il raffronto richiesti per le differenze da concambio. Dunque anche l'enunciato descrittivo degli avanzi e disavanzi da concambio mette in luce una carica escludente, poiché la scelta delle operazioni da imputarsi nel comma quarto art. 2504-*bis* c.c.- sempre per chi ne ammette l'applicabilità a queste- dipende dall'aumento di capitale a servizio programmato ed attuato con le operazioni, e se questo non ci fosse non sarebbe possibile quantificare la differenza fra ammontare dell'aumento e patrimonio netto delle partecipanti.

Eppure, in tutti questi detti casi ora si è esclusi dall'applicazione del quarto comma tramite i riferiti modelli dogmatici, è certo che possono essere stati mobilitati costi e risorse al fine di organizzare e sviluppare il complesso aziendale, pur senza che queste dotazioni "organizzative" emergano espresse nella contabilità di bilancio- o vi emergano sotto forma di partecipazione acquisita in un'altra società destinata a fondersi: l'unica differenza rispetto ai casi classici ricompresi nelle definizioni dogmatiche è che il costo sostenuto non è sintetizzato in un elemento iscritto all'attivo, oppure che non si dà un aumento di capitale a servizio rispetto a cui ragguagliare il costo giustificativo le allocazioni di differenze. Sembrerebbero invero meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 2504-*bis* c.c. molti più casi di quanti sono quelli selezionati attraverso gli elementi necessitanti dei modelli richiamati; fermo restando che anche in tali casi va sempre rinvenuto un limite quantitativo per l'individuazione della differenza; e quindi in tal modo il limite con cui effettuare, se del caso, le

¹⁴² Cfr. nota 105.

rivalutazioni dei cespiti attivi dovrebbe restare sotto i valori correnti. Un segnale diretto verso l'esito positivo della questione sembra possibile da trovarsi in quegli studi¹⁴³ in cui le rivalutazioni ed iscrizioni per allocare le differenze sono ritenute da estendersi non solo ai valori rivenienti dalla società il cui patrimonio denota le differenze bensì a tutte quelle che partecipano alle operazioni (anche incorporanti; beneficiarie di scissione e così via); ciò in base al ragionamento- condivisibile nella parte in cui- si adduce che in vista degli effetti tipici della fusione si andrà a consolidare una situazione patrimoniale "collettiva" che coinvolge tutte le partecipanti nonostante l'origine "localizzata" del disavanzo¹⁴⁴. Il che implicherebbe una apertura, oltre i limiti delle classi conosciute di differenze, verso una più aderente applicazione delle qui osservate disposizioni in vista della valorizzazione del substrato economico delle singole società partecipanti e delle operazioni di riorganizzazione come situazioni potenzialmente intraprese in base ad un interesse "comune" delle partecipanti.

Il portato pratico discendente dalle costruzioni tradizionali è che si danno differenze, e quindi l'applicabilità del quarto comma di cui all'art. 2504-*bis* solo allorché emerga un differenziale necessariamente in base a quei fattori catalogati: dal raffronto fra il valore del patrimonio netto della partecipata/e con il valore di libro della partecipazione in essa detenuta risultante nella contabilità della partecipante; oppure nel raffronto fra aumento di capitale a servizio in seno alle operazioni e valore corrispondente alla somma dei patrimoni netti delle partecipanti. Il ricavo in senso pratico derivante da tali circostanze "restrittive" pare così forte che nel corso del tempo la dottrina si sia impegnata ad escogitare, ove possibile, qualche temperamento allo schema delle categorie costruite¹⁴⁵: tutto sommato siffatti temperamenti, pur rendendo

¹⁴³ A. Vicari, op. ult. cit., p. 193, in cui richiama R. Perotta, *ibidem* p. 531.

¹⁴⁴ Ciò è però, per lo più, sostenuto in dottrina con solo riferimento ai disavanzi da concambio e pur sempre restando ferma l'impossibilità di effettuare eventuali rivalutazioni ai valori correnti.

Non si comprende tuttavia la necessità di tale limitazione argomentativa, che troverebbe una giustificazione unicamente sotto un'ottica formal-aziendalistica.

¹⁴⁵ Si fa riferimento alla tesi per cui avanzi e disavanzi da concambio si caratterizzano per una natura "causale", a differenza degli altri della classe da annullamento consistenti in una condizione economica in cui versa una determinata società: in tal senso la prima classe di differenze sarebbe più versatile in quanto scaturirebbe dalla entità di capitale aumentato della prima e garantirebbe l'applicazione- per chi la ammette- dell'art. 2504-*bis* c.c., in tal modo conseguendo l'estensione delle rivalutazioni (per i disavanzi) anche alle voci delle altre società partecipanti, i cui patrimoni non denotano la differenze. Pur sempre a condizione di accompagnare la fusione (o scissione) da una relazione di stima del tipo di cui all'art. 2343 c.c.. In realtà qui non si concorda con il merito e la legittimità di una siffatta ricostruzione per i motivi che si esporranno, preordinata solo ad ampliare le possibilità di applicare l'art. 2504-*bis* c.c. creando disparità forti in punto di teoria e applicazioni pratiche rispetto all'altra categoria.

nel tempo più duttili le classi di differenze, stentano a fare fronte alle esigenze applicative concepite dal legislatore della riforma con l'introduzione del comma quarto. La nuova formulazione dell'articolo in parola ha infatti evitato di stabilire un distinguo fra classi di differenze, ed anzi ha ridotto al minimo l'indicazione delle fattispecie ad esso ascrivibili. Ammesso e non concesso che il redattore delle norme sia giunto a tralasciare l'indicazione delle fattispecie per una svista, pare in merito restare preponderante un diverso ordine di motivazioni: in primo luogo le fattispecie potrebbero non essere state indicate con l'intento di affidare alla dottrina ed alla giurisprudenza il compito di completare il dettato normativo, in base alle categorie tradizionali già individuate; oppure le fattispecie non sono state positivamente individuate con l'intento di adottare una tecnica redazionale già conosciuta in materia di bilancio, tesa ad estendere l'utilizzo dei precetti di cui al comma quarto oltre i dati dottrinali consolidati a favore di una più ampia tutela dei casi concreti in cui si pone l'esigenza di apportare correttivi alle rappresentazioni contabili dei singoli patrimoni interessati nelle operazioni.

Probabilmente tale problematica redazionale potrebbe collocarsi nel corrente dibattito ¹⁴⁶ in ordine alla tendenza diffusa nella politica legislativa di abbandonare l'individuazione della fattispecie in relazione alla quale si stabilisce comunque una determinata disciplina, ed ai conseguenti effetti destabilizzanti per la costruzione di un ordine giuridico efficiente ed egualitario.

In ogni caso il raffronto tra la formulazione del comma quarto e le disposizioni fondamentali in materia di bilancio emergono affinità non trascurabili.

La tecnica redazionale *de qua* sembra affatto conforme a quella adottata in materia di deroghe ai criteri legali ordinari per la formazione del bilancio: l'art. 2423, penult. comma, c.c., recita "Se in casi eccezionali l'applicazione di una disposizione degli articoli seguenti è incompatibile con la rappresentazione veritiera e corretta, la disposizione non deve essere applicata". La versione precedente dell'articolo è ancora più visibilmente simile: (già art. 2425, ult. comma, c.c.) "Se speciali ragioni richiedono una deroga alle norme di questo articolo, gli amministratori e il collegio sindacale devono indicare e giustificare le singole deroghe nelle loro relazioni all'assemblea". Ovviamente tra il quarto comma dell'art. 2504-*bis* e il suddetto articolo non sussiste un'identità di condizioni in base a cui applicare le regole stabilite, ma la tecnica redazionale per l'individuazione del campo applicativo sembra essere la stessa, "Se A allora B", senza che A sia positivamente indicato.

¹⁴⁶ Dibattito sintetizzato in recenti scritti dei seguenti Autori: N. Irti, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, Riv. dir. civ., 2014, 5, p. 987; *idem*, *Un diritto incalcolabile*, Riv. dir. civ., 2015, 1, p. 13; A. Cataudella, *Nota breve sulla "fattispecie"*, Riv. dir. civ., 2015, 2, p. 245.

Per meglio individuare il senso di quanto sostenuto si fa ricorso alle parole di un Autore¹⁴⁷ che commentava l'articolo sopra citato (art. 2425, ultimo comma, c.c.) nell'ambito di un convegno riguardante il bilancio di esercizio, che sembrano ben attagliarsi al discorso qui sviluppato: "...Sembra quasi che nella mente del legislatore fosse importante non già ammettere la possibilità di deroga, ma imporre, in caso di deroga, l'obbligo di indicare e giustificare la deroga stessa"; "..La singolarità della formula, apparentemente imperniata più sull'obbligo di indicare e giustificare la deroga che non sulla concessione della possibilità di deroga, merita, secondo me di essere segnalata". Ancora: "...Ritengo che tale genericità (sovente addirittura imputata a una carenza del legislatore) sia invece voluta, e sia coerente, almeno entro certi limiti, con la funzione attribuita alla disposizione, quella di consentire che 'le situazioni di carattere particolare e contingente, che si possono presentare nella pratica e che la legge non può per ovvie ragioni prevedere, trovino caso per caso una disciplina più rispondente di quella disposta per le ipotesi normali'(Relazione)". Ed infine: "Ritengo infatti maggiormente rispondente alla funzione della norma, quella voluta dal legislatore, cercare di individuare i presupposti e le condizioni di operatività della deroga, anzi meglio taluni dei presupposti e talune delle condizioni di operatività, senza *a priori* escludere che possano emergere altre 'situazioni di carattere particolare e contingente' che debbano trovare 'caso per caso' una disciplina più rispondente di quella disposta per le ipotesi normali".

Ebbene, la citazione si pensa riveli più di quanto non sembri: tolte opportunamente le diverse modalità espressive- ossia che nel quarto comma art. 2504-*bis* c.c. un riferimento seppur lato ai casi che sono disciplinati c'è, e c'è anche una disciplina dotata di un principio di organicità-, dal punto di vista precettivo è ricavabile la medesima tendenza a lasciare aperto il novero di casi recuperabili dalla realtà empirica ed ascrivibili nella prevista regolamentazione. Ciò dovrebbe aiutare a comprendere il perché del presunto silenzio del legislatore in merito alle fattispecie nonché a ragionare su come adeguare in relazione ad esso (ed al contesto degli istituti delle operazioni straordinarie e del bilancio di esercizio) le categorie consegnate dalla dottrina tradizionale, al fine di individuarne la più ragionevole portata applicativa. Fermo restando che il quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c. non va considerato come una clausola generale ma come una sorta di catalogo aperto di casi cui potersi applicare quei criteri alternativi di rappresentazione contabile maggiormente aderente alla effettiva realtà economica dell'iniziativa collettiva scaturente dalle operazioni a partire da quella delle singole partecipanti. In aggiunta la prospettiva esposta non andrebbe a contrastare con i meccanismi contabili finalizzati alla conservazione e alla reale determinazione della consistenza del patrimonio

¹⁴⁷ P. Ferro-Luzzi, *Deroghe ai criteri di valutazione e rivalutazione*, in Giur. comm., 1981, I, p. 6.

sociale; in quanto, come già illustrato, le iscrizioni e rivalutazioni effettuate per allocare le differenze sono tendenzialmente circondate dalle specifiche cautele previste dal diritto comune del bilancio per i componenti dotati di rilievo meramente contabile.

6.2. Critica all'accoglimento dei modelli di differenze da annullamento o concambio senza un opportuno adeguamento al diritto comune delle società

I presupposti evidenziati dalle categorie classificate risultano di portata parziale, nel senso che non permettono di ricomprendere per intero il novero della casistica di operazioni sottese dagli istituti della fusione e scissione, conducendo in senso pratico ad una ristretta applicazione della disciplina codicistica sulle differenze. Si è qui dell'avviso che invece non occorrerebbe limitare l'applicazione del comma quarto attraverso una rigida costruzione dogmatica. Vale a dire che il contrappeso alla maggiore ampiezza del campo di applicazione del comma quarto potrebbe rinvenirsi negli effetti di cui sono dotate le poste di allocazione delle differenze, senza invece limitarne l'applicazione mediante l'elaborazione di categorie "escludenti" dall'entrata nel suo campo di applicazione. Il codice presiederebbe infatti l'accesso in bilancio di avanzi o disavanzi con strumenti cautelativi rinvenibili nel complesso di regole di diritto comune che considerano come entità contabili- e non reddituali- le poste con cui essi vengono allocati: è fatta pur sempre salva la documentazione della disponibilità e del reale conseguimento delle poste, predisposta dagli organi sociali preposti sotto la loro responsabilità e senza particolari oneri formali¹⁴⁸.

In tal senso si è cercato di ricondurre sul versante degli effetti il quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c. agli artt. 2423, penult. comma, e 2426, n. 2 e ss., c.c.. Fra l'altro è innegabile la circostanza che il quarto comma in questione rinvii esplicitamente- in materia di disavanzi- all'art. 2426, n. 6, c.c., ed

¹⁴⁸ Cfr. in linea con quanto qui prospettato J. Sodi, su aspetti che verranno meglio sviluppati nel secondo capitolo del presente lavoro: *Apporti in natura nelle società di capitali e relazione giurata di stima*, Commissione studi d'impresa del Consiglio Nazionale del Notariato, 2015, p. 9, per gentile concessione dell'Autore. Si concorda con quanto si dice in punto di inutilità della perizia di stima *ex* art. 2343 c.c. per i casi di fusioni (o scissioni) con aumento di capitale a servizio ed emersione di disavanzo, poiché emerge molto chiaramente dalla disciplina delle operazioni straordinarie come il legislatore affida essenzialmente agli amministratori le modalità di allocazione del disavanzo- ivi compreso l'aumento di capitale in base alle sue poste allocative- senza imporre oneri formali di stima esterna- salvo forse per i casi di aumento di capitale con l'impiego del disavanzo in società di capitali risultanti dalle operazioni straordinarie (lo scritto prospetta tali casi come gli unici eventualmente assoggettabili).

implicitamente- in materia di avanzi- all'art. 2423, comma 4, c.c. (cfr. ulteriormente l'art. 2426, n. 4, c.c.); integrare la disciplina del primo con quella comune del bilancio ¹⁴⁹ orienterebbe sia sul piano teorico che pratico l'individuazione dei casi cui imputarsi le regole sulle differenze.

Preso atto dello stato del dibattito e delle diverse critiche che potrebbero muoversi, si tratterebbe allora di dover capire in che modo sia possibile creare un'alternativa all'applicazione restrittiva del quarto comma, effettuata tramite le categorie elaborate della dottrina tradizionale, sacrificando il diritto della società risultante ad "aggiornare" la rappresentazione contabile del suo patrimonio mediante l'allocatione di avanzi o disavanzi.

Lasciando che il quarto comma si applichi anche oltre i limiti dell'elaborazione dogmatica tradizionale si darebbe prevalenza ad un più generalizzato diritto di "aggiornamento" della rappresentazione contabile del patrimonio risultante dalle operazioni mediante le tecniche che consentono una adeguata valorizzazione della situazione reale dei singoli patrimoni sociali coinvolti. Ciò pur sempre entro i limiti indicati dal diritto interno quanto alla determinazione quantitativa delle differenze, limiti cioè verso integrali rivalutazioni ai valori correnti, nonché tenendo in esatta considerazione gli effetti delle poste iscritte per allocare le differenze da qualificarsi residualmente contabili.

Le regole generali di individuazione delle fattispecie ascrivibili all'articolo in parola potrebbero ricavarsi dal modello delle differenze da annullamento, secondo alcuni correttivi. Potrebbe allora prospettarsi come non necessario l'elemento della partecipazione detenuta dalla incorporante nella incorporata per individuare le fattispecie imputabili alla disciplina in questione. Tenendosi bensì conto della divergenza fra valore di iscrizione degli elementi dell'attivo e patrimonio netto contabile al passivo per ciascuna partecipante al fine di addivenire a quel limite quantitativo della differenza a partire da una stima in ognuna delle partecipanti; si sostituirebbe così l'elemento necessario consistente nel costo della partecipazione detenuta nella partecipata iscritto dalla partecipante nel proprio bilancio ai fini della quantificazione della differenza ¹⁵⁰. Sicché, in radice, gli strumenti concettuali resi disponibili dal

¹⁴⁹ Nonostante autorevole dottrina abbia, in epoca antecedente alla riformulazione innovativa del quarto comma, art. 2504-*bis*, c.c., contrastato l'idea di avvicinare le differenze alle deroghe ai criteri legali di formazione del bilancio le iscrizioni e rivalutazioni effettuate in vista di disavanzi: M. Notari, *Appunti sull'iscrizione dei beni dell'incorporata nel bilancio dell'incorporante successivo alla fusione*, in Studi in onore di G. Cottino, II, Cedam, 1997, p. 1388 e ss..

¹⁵⁰ Raggiungendo l'argomentazione giuridica entro termini strettamente quantitativi, può prospettarsi la schematizzazione delle fattispecie come segue. Se V_{sv} è la somma dei valori attivi facenti capo alla società osservata, mentre V_n il valore del suo patrimonio netto si darebbe:

- 1) Se $V_n < V_{sv}$, la situazione patrimoniale denota un disavanzo;
- 2) Se $V_n > V_{sv}$.

modello delle differenze da annullamento¹⁵¹ sono esaustivi per spiegare il fenomeno sotteso alle differenze senza ricorrere ad ulteriori architetture concettuali. Si ritiene infatti- come è stato già scritto- che il problema delle differenze si identifica con “la divergenza fra il valore attribuito agli elementi patrimoniali dell’incorporata (scissa) in occasione della relativa acquisizione (tramite il bene di secondo grado che li rappresenta, ovvero la partecipazione), ed il valore contabile dei beni medesimi nella contabilità della stessa società incorporata (scissa)”¹⁵². Se si toglie infatti “il velo” dell’aumento di capitale a servizio nella categoria delle differenze da concambio così come quello del valore della partecipazione in quelle da annullamento, pare potersi cogliere univocamente- al fondo del fenomeno che qui interessa- un’esigenza di allineamento tra valori assegnabili ragguagliati rispetto al livello di patrimonio netto presente, e valori storici- fissi- già assegnati con la formazione dello stato patrimoniale.

Diversamente, il modello di differenze da concambio- per come elaborato- necessita di un rilevante ridimensionamento¹⁵³ in virtù del fatto che si basa su di uno schema che alimenta un automatismo da considerarsi non poco nocivo: associare il confronto della somma dei patrimoni netti a quello dell’ammontare di capitale aumentato a servizio delle operazioni per ricavare le differenze, lascerebbe spazio all’equazione “aumento di capitale-impiego di valori non effettivamente realizzati”, vale a dire aumenti di capitale sempre possibili sfruttando gli elementi riallineati al fine di coprire il disavanzo o avanzo stimati¹⁵⁴; e non varrebbe a ridurre il rischio di questo automatismo nemmeno

Così $V_n - V_{sv}$ darebbe la quantità a cui ammonta la differenza per ciascuna società, il cumulo di ciascuna delle quali determinerebbe l’ammontare totale della differenza di fusione o scissione.

¹⁵¹ Spunti in tal senso, benché si conservi strettamente la nozione di differenze da annullamento, con relativa prospettazione di limitata applicabilità della disciplina del quarto comma dell’art. 2504-*bis* c.c. sulla base dei presupposti enunciati da quel modello G. Scognamiglio, *La scissione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 313-315.

¹⁵² La perifrasi indica succintamente e puntualmente (pur essendo riferita alle differenze da annullamento nell’intento di chi ha scritto) il vero fenomeno sostanziale sotteso in generale dalle situazioni “differenze”. L. Ardizzone-I. Grezzini, *Avanzo e disavanzo nella fusione e nella scissione*, in Autori vari, a cura di Mario Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008, p. 153.

¹⁵³ Non esplicito sul rifiuto della categoria delle differenze da concambio, ma tuttavia, in linea con lo svolgimento di argomentazioni tendenti a prescindere dalla adozione della rigorosa bipartizione di differenze: G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 187 nota 26, nel senso di poter condurre un discorso ricostruttivo senza servirsi necessariamente della distinzione.

¹⁵⁴ Cfr. in senso apertamente critica l’ammissibilità delle differenze da concambio nell’ambito della disciplina vigente sulle scissioni, fusioni e bilancio d’esercizio G. Scognamiglio, *La scissione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 311-313 in particolare.

la invocata esigenza di una perizia di stima (*ex art. 2343 c.c.*) per valutare i patrimoni ricomprensivi una certa differenza allorquando si intende effettuare un aumento di capitale, siccome essa relazione può attestare puramente la parità “astratta” fra aumento e capienza delle poste rettifiche presenti nel patrimonio. Senza contare il fatto, poi, che palesemente il disavanzo od avanzo si ricaverebbe in questi casi dall’entità del capitale nominale in aumento, con la conseguenza che essi scaturirebbero da una scelta operativa effettuata in seno alla fusione o scissione, sarebbero cioè il prodotto di una pattuizione organizzativa che regola l’entità ed ammontare della differenza,- al limite-convenzionalmente pattuito; per di più tutto ciò avverrebbe nello spazio della più completa neutralità fiscale. Questa in ultimo cennata pare un’incoerenza forte rispetto ai modelli di quelle da annullamento, dove invece le differenze sono ricavate da elementi economici obiettivi: tale disparità genera una certa preoccupazione in merito all’utilizzo abusivo che si può fare della disciplina del quarto comma, in aggiunta al rischio di utilizzare elementi patrimoniali non effettivamente realizzati o disponibili.

L’impressione è che il modello ora menzionato rappresenti unicamente un raggruppamento di casi in cui vengono effettuati aumenti di capitale oltre il valore risultante dalla somma dei patrimoni netti delle partecipanti o sotto il valore risultante da questa somma; in realtà, a prescindere dall’aumento di capitale a servizio effettuato, le situazioni patrimoniali delle partecipanti denotano comunque una differenza fra valore reale e valore di libro dei beni transitanti nella società riveniente da fusione (o scissione). Ciò è forse dimostrato anche dal fatto che il problema di recepimento di differenze da concambio è maggiormente sentito per i disavanzi, in relazione ai quali si svolge tutto il discorso sulla necessità della relazione di stima sui conferimenti in natura (*art. 2343 c.c.*) e poter effettuare le rivalutazioni che lo riguardano fino ai valori correnti; mentre non si fa alcun cenno, anzi sembra esserci una sorta di silenzio sulle problematiche degli avanzi da concambio: la ragione risiede probabilmente nella circostanza che tale ultima fattispecie di differenza corrisponde, in sostanza, ad una vicenda simile alla riqualificazione delle poste del netto e che pertanto non rappresenta nemmeno una vera sotto-categoria di differenze a sé, dato che implica una eccedenza della somma dei netti rispetto all’aumento di capitale da effettuarsi¹⁵⁵. In questo senso, se l’eccedenza corrisponde a ricchezza conseguita potrà farsi rilevare come riserva disponibile

Del resto è ovviamente pensabile di non potersi escludere assolutamente un aumento di capitale mediante l’utilizzo di un avanzo o disavanzo, ma vanno pur sempre tenute presenti le modalità di articolazione del patrimonio netto della società riveniente dalle operazioni, secondo le regole imperative del diritto societario: espressamente in tal senso, rammentando la necessità di articolarlo in senso rigorosamente conforme alle regole di diritto comune delle società G. Figà-Talmanca, *op. ult. cit.*, p.187, nota 23 in particolare.

¹⁵⁵ V. G. Figà-Talmanca, *op. ult. cit.*, p. 186, nota 23 in particolare.

ed utilizzarsi, anche per incremento di capitale, differentemente sarebbe plusvalenza non realizzata.

In definitiva, l'oggetto dell'indagine sul limite quantitativo da porre alle poste da introdurre in bilancio post-operazione per recepire le differenze positive o negative- anche al fine di aumenti di capitale- riguarda, in via generale, l'individuazione del grado di risorse presenti o comunque attendibilmente presenti ricavabile dalla composizione patrimoniale delle partecipanti, non le scelte operative programmate peculiari dell'operazione posta in essere: riguarda cioè l'accertamento dello scarto fra situazione patrimoniale documentata rispetto a quella reale, definibile grazie al confronto fra patrimonio netto¹⁵⁶ e valori di iscrizione all'attivo, piuttosto che il rapporto di partecipazione l'una al capitale dell'altra fra le fondende o l'aumento di capitale fissato con gli atti del procedimento. Sicuramente poi, determinare l'entità quantitativa delle differenze in relazione agli atti preparatori ed attuativi prescelti per il procedimento- come accade per le differenze da concambio- non lascia riscontrare quella necessaria neutralità rispetto ai presupposti costitutivi le fattispecie concrete da cui originano avanzi e disavanzi.

Quindi i suddetti elementi costitutivi necessari delle categorie in cui si bipartiscono le differenze altro non dovrebbero segnalare che l'esigenza di trovare un limite alle differenze stimate per impedire rivalutazioni e appostazioni arbitrarie che rischiano di far esporre in bilancio valori attivi gonfiati o utili non realizzati, piuttosto che elementi costitutivi necessitanti¹⁵⁷ delle fattispecie cui imputare la disciplina del quarto comma.

6.3. Il “recupero” delle fattispecie produttive di differenze dalla realtà delle vicende economiche societarie. Le direttrici della ricerca

La enunciata configurazione tradizionale delle differenze, elaborata per indicare i presupposti di applicazione del comma loro dedicato nel codice civile, fra l'altro non dice molto di più sul substrato materiale- giuridico ed economico- da cui esse traggono origine; non spiega cioè compiutamente le circostanze che costituiscono i presupposti per la loro emersione.

¹⁵⁶ Sulla portata organizzativa del patrimonio netto come “valore” determinante il livello di risorse disponibili o parzialmente disponibili o ancora indisponibili, ma pur sempre come indicatore dell'accrescimento del fondo patrimoniale iniziale rispetto ai vari cespiti attivi ricompresi (in cui si computano anche quelli del c.d. attivo ideale) P. Ferro-Luzzi, *Problemi vecchi e nuovi in tema di passivo* ne Il progetto italiano di attuazione della IV direttiva CEE, Giuffrè, 1988, p. 123.

¹⁵⁷ Si coglie la portata necessitante degli elementi rappresentativi della bipartizione, al fine di poter imputare la relativa disciplina, in C. Santagata, *La fusione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 581.

Di seguito si procederà a sviluppare le linee seguite dalla dottrina, in parallelo con la formulazione delle definizioni, per comporre il “quadro” casistico sulle circostanze che costituiscono il substrato per l'emersione delle differenze. Anche in questo caso è necessario segnalare i punti che si prestano a sostenere una visione univoca delle fattispecie qui studiate.

La dottrina ha illustrato come un'eventuale applicazione del numero 4, art. 2426 c.c. può far venire meno il problema di stimare differenze in occasione di fusione (o scissione). Se una società acquista la partecipazione di controllo in un'altra iscrivendola nel proprio bilancio al costo storico (art. 2426, n. 1, c.c.), tale iscrizione potrebbe dar luogo ad una discrasia rispetto al suo valore reale, che corrisponde all'intero patrimonio netto o frazione di patrimonio netto (a seconda dell'entità della partecipazione) risultante dalla contabilità della società controllata: il patrimonio sociale (o la frazione di patrimonio sociale) detenuto dalla società controllante può infatti valere di più rispetto a quello indicato (al c.d. valore di libro) nella contabilità della controllante (come, certo, può valere di meno: art. 2426, n. 3, c.c.). Sicché la legge concede di mutare l'iscrizione del valore dal costo storico al valore “reale” ricavabile secondo il patrimonio netto (per l'appunto c.d. metodo del patrimonio netto, o *equity method*): questo speciale criterio di iscrizione, derogatorio del criterio legale di formazione dei valori di bilancio, consentirebbe così (i) di “aggiornare” il valore della partecipazione detenuta nella controllata; così come (ii) di eliminare in radice il problema di emersione di differenze in corso di fusione (o scissione) per via del fatto che il valore di libro della partecipazione è già riallineato a quello reale rilevato con il metodo del patrimonio netto.

L'affinità del criterio con cui si procede a stimare la differenza di fusione appare evidente. Sicché, secondo la prospettiva ora esposta, una volta effettuata la rivalutazione della partecipazione di controllo con il metodo del patrimonio netto si avrà il risultato che in corso di fusione (o scissione) non si porrà il problema di regolare la differenza: il valore della partecipazione nella controllata avrà ormai il valore corrispondente al netto (o alla quota di netto) di competenza della controllante.

Giova adesso fare qualche puntualizzazione. Primo, che il ragionamento svolto riguarderebbe solo società legata l'una all'altra da una partecipazione di controllo (art. 2359 c.c.) con l'esclusione di quelle società che si accingono a fondersi (o scindersi) e che pur partecipandosi non sono legate da un rapporto di controllo: è evidente che in questi casi non può applicarsi l'art. 2426, n. 4, c.c..

In secondo luogo se la problematica della differenza in questione viene concepita sulla base dei requisiti indicati per la categoria di differenze da annullamento con l'applicazione dell'art. 2426 c.c. si eviterebbe allora l'insorgere della differenza; mentre se si adotta la prospettiva alternativa esposta nel corso della presente indagine allora l'insorgenza della eventuale

differenza non sarebbe evitata perché la rivalutazione della partecipazione potrebbe non essere sufficiente ad eliminare il disallineamento; che potrebbe presentarsi ancora fra elementi dell'attivo e patrimonio netto della società in cui si è effettuata già la rivalutazione, oppure in un'altra delle partecipanti.

L'esposizione che precede, a prescindere dalla condivisione della visuale orientata ad ammettere una nozione univoca di differenze o non, rafforza l'argomento secondo cui i disallineamenti denominati differenze non traggono origine dall'annullamento delle partecipazioni della incorporata nella incorporante nel caso di fusione per incorporazione- così come nel caso di fusione per unione, da quello delle partecipazioni delle società fuse nella società risultante-; né, per la stessa logica, tantomeno potrebbero trarre origine dall'esecuzione dell'aumento di capitale a servizio della fusione, inteso come causa produttiva della divergenza di valore fra patrimonio netto delle partecipanti ed incremento di capitale eseguito. Il medesimo ordine di idee vale per le differenze di scissione.

Fra l'altro l'annullamento delle partecipazioni rappresentative il capitale nominale delle società incorporate o fuse è momento costante della disciplina di tutte le fusioni, in quanto effetto tipico dell'istituto considerato (come della scissione); e quindi è un fattore oggettivo onnipresente, indipendente dalla volontà delle iniziative partecipanti e dei preposti ai loro uffici ovvero dei soci. Diversamente l'aumento di capitale a servizio rappresenta un elemento organizzativo opzionale dei procedimenti, non necessariamente presente, ed auspicabilmente da evitarsi se gli elementi patrimoniali su cui si basa non sono effettivamente disponibili o realizzati: in tal senso sostenere che una differenza sia causata dall'aumento di capitale/concambio, e quindi rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 2504-*bis*, comma quarto c.c., significherebbe anzitutto lasciare la possibilità di condizionarla dalla volontà delle società partecipanti, in termini di entità e consistenza. Significherebbe poi, legittimare in via generale aumenti di capitale a servizio oltre il livello di risorse presente nelle singole partecipanti, e quindi del patrimonio netto contabile, unicamente assolvendo una serie di oneri formali¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Chiaramente, l'insegnamento che deriva dal dibattito in punto di aumenti di capitale a servizio nelle fusioni (ma anche scissioni) in G.B. Portale, *Capitale sociale e attribuzione di azioni nella fusione per incorporazione*, in Giur. comm., 1984, I, p. 1033: la riflessione di fondo verte sulla circostanza che non esiste un modo univoco per soddisfare l'aumento di capitale e, pertanto, non si dà neanche una necessità di attuare le operazioni in parola attraverso aumenti di capitale, che non potrebbero costituire occasione di deroga alle regole fondamentali del diritto societario, così l'Autore: "Può aumentarsi il capitale sociale [*i.e.* nominale] e può lasciarsi inalterato, o addirittura contrarsi, lo stesso capitale. *Dipende questo dagli scopi della fusione non meno che dai mezzi della sua realizzazione*" (Lorenzo Mossa, *Trattato di diritto commerciale..*)" ..Prescindo dall'occuparmi di quei casi in cui alla sommatoria osti il c.d. principio della valoristicamente esatta formazione del capitale della società incorporante, che indubbiamente

Più che di differenze intese come sfasamenti della rappresentazione contabile dei patrimoni resi oggetto delle operazioni rispetto alla loro condizione economica corrente, il caso di quelle da concambio avrebbe a che fare con disallineamenti “programmati”, al limite sintomatici di opzioni organizzative potenzialmente contrarie ai principi basilari del diritto societario. Ciò in quanto tale programmabilità del disallineamento tra aumento del capitale da realizzarsi e risorse necessarie per attuarlo consentirebbe di effettuare rivalutazioni, nuove iscrizioni, ovvero appostazioni di riserve al passivo, tutte finalizzate a coprire l’incremento del nominale come poste potenzialmente “autoprodotte” tenendo conto dei valori correnti dei cespiti sociali; se non addirittura a coprire l’aumento mediante l’introduzione in bilancio di valori sovrastimati, che, stando all’efficacia nel tempo delle stime al *fair value*- rappresenterebbe un rischio non escluso neanche dalla produzione di una stima giurata di un esperto, revisore legale¹⁵⁹.

Più realisticamente le differenze da concambio andrebbero a coincidere non con una categoria giuridica a sé, bensì con un gruppo di fattispecie di fusioni (o scissioni) in cui è necessario aumentare il capitale nominale (per esigenze di concambio, o quant’altro) in una misura superiore rispetto a quella dei mezzi effettivamente disponibili documentata nella contabilità tenuta: esse altro non indicherebbero che lo scarto quantitativo fra quello che le società avrebbero potuto normalmente impiegare a tal fine in base alla contabilità sociale e quello che intendono invece impiegare secondo le linee programmatiche dell’operazione; tale scarto rappresenterebbe dunque, quantitativamente, le necessarie rivalutazioni ed iscrizioni da riportare in bilancio per ottenere i risultati organizzativi convenuti.

Sicché non si avrebbe a che fare con differenze nell’accezione propria di quelle da annullamento, bensì di fattispecie in cui le società necessitano di valori supplementari da iscrivere in bilancio per meglio attuare gli obiettivi sottesi dall’operazione che stanno compiendo (*i.e.* emettere un certo quantitativo di partecipazioni, ulteriore rispetto a quello che avrebbero potuto emettere senza effettuare rivalutazioni ed iscrizioni attraverso un- magari “sedicente”-

deve essere rispettato anche in sede di fusione”. *Contra* a quanto pare L.A. Bianchi, *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, Il Sole 24 Ore, 2002, p. 346 e ss., nel senso che l’utilizzo dei disavanzi da concambio legittimerebbe aumenti di capitale oltre il valore del patrimonio netto delle partecipanti purché si allegghi alla fusione una perizia di stima *ex art.* 2343 c.c.: si è dell’avviso che anche la perizia di stima non legittimerebbe in automatico un aumento sfruttando “la differenza” fra aumento di capitale e patrimonio netto, sfruttando il disavanzo cioè, quando i valori interessati non sono adeguatamente coperti e attendibilmente realizzabili (fra l’altro l’applicazione dell’art. 2343 è testualmente assai imitata nei casi di fusione e scissione dall’art. 2501-*sexies* c.c., benché parte della dottrina ne propugni una molteplicità di applicazioni estensive).

¹⁵⁹ Cfr. *infra* §§ 3.4., 3.4.1, cap. I.

disavanzo da concambio). L'esigenza di rassegnare una siffatta differenza, positiva o negativa, non risposerebbe dunque su interessi sociali finalizzati ad ottenere una rappresentazione contabile del patrimonio riveniente secondo modalità prioritariamente orientate ad avvicinarla alla situazione patrimoniale reale a beneficio della nuova iniziativa, dei soci tutti e dei terzi creditori. Essa sarebbe bensì rivolta per lo più ad assecondare esigenze organizzative dell'operazione a beneficio del rafforzamento del quantitativo di partecipazioni sociali concambiate dalle iniziative partecipanti, e potenzialmente a scapito almeno della effettiva formazione del capitale nominale secondo le regole fondamentali.

Riflessioni che indurrebbero, pertanto, a non utilizzare il modello delle differenze da concambio nella selezione del gruppo di fattispecie ascrivibili al quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c., inducendo piuttosto nel tenerlo in conto ai fini della sola disciplina fiscale¹⁶⁰ - unica che lo menziona. Si è qui convinti, in definitiva, che altro è il problema di dare luogo a rivalutazioni di voci all'attivo, iscrizioni di voci all'attivo o al passivo secondo le regole del quarto comma dell'art. 2504-*bis*, c.c., altro è valutare in che misura ed a quali condizioni possa darsi luogo ad aumenti di capitale a servizio necessariamente dipendenti dagli elementi patrimoniali da rivalutarsi od iscriversi: i primi aspetti riguardano il problema delle differenze di fusione (o scissione)¹⁶¹; i secondi riguardano l'applicazione- e quindi l'osservanza- delle regole vigenti in materia di lecita formazione del capitale nominale¹⁶², che non sembrano potere dar luogo ad avanzi o disavanzi nell'accezione propria dell'articolo citato, nemmeno a fronte

¹⁶⁰ La disciplina fiscale, più che legittimare una precisa categoria di disavanzi, regola i casi di neutralità fiscale o meno, nei casi in cui alla fusione (o scissione) fa seguito un aumento di capitale mediante l'utilizzo di risorse oltre il patrimonio netto contabile delle partecipanti: evenienza questa sicuramente dotata di una suo lecito rilievo operativo, pur tuttavia non potendosi ritenere da ciò un ricavo teorico necessitante orientato a contraddistinguere una specifica categoria di differenze.

¹⁶¹ Cfr. per un quadro generale ed ampio sulle regole poste a tutela della formazione del capitale attraverso l'imputazione di valori recuperabili e disponibili, in cui si coglie chiaramente la distinzione fra piano dell'imputazione di valori a patrimonio, e piano di imputazione a capitale nominale mediante atti di destinazione: G. Olivieri, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Cedam, 1989, ad esempio p. 109 e ss., p. 115; P. Spada, *Il nuovo regime della provvista finanziaria*, inedito, relazione al convegno dell'Associazione G.F. Campobasso "La riforma del diritto societario: un primo bilancio", 9 aprile 2010, Villa Mondragone, per gentile concessione dell'Autore. La destinazione emerge evidentemente come atto che di per sé non causa disallineamenti patrimoniali qualificabili differenze, in quanto consistente in conferimento o modifica di poste di bilancio (e segnatamente del patrimonio netto) tale da non potersi ritenere soggetto ad interferenza di interessi speciali legati a fattispecie come le operazioni straordinarie nel senso di ammettere deroghe alle caratteristiche delle poste di bilancio da vincolarsi al nominale.

¹⁶² Formazione del nominale intesa in senso sostanziale, sotto i profili di integrità ed effettività; non formale quanto ai documenti necessari per attestarli ed asseverare il valore.

delle speciali esigenze legate alle finalità riorganizzative da attuarsi con le operazioni straordinarie (*i.e.* soddisfazione del concambio stabilito). La dottrina ha peraltro osservato come in ogni caso l'integrità della partecipazione dei soci e l'integrità delle ragioni dei terzi non siano sempre e comunque maggiormente tutelate e garantite da aumenti di capitale nominale¹⁶³.

Se si guarda con attenzione alla varietà di fattispecie sottese ai diversi modelli tradizionali emerge che il concetto di differenza, costituisce in sé più un numero rappresentativo, misurativo del limite entro cui possono effettuarsi rivalutazioni ed iscrizioni di valori facenti capo alle partecipanti in sede di bilancio post-fusione (o scissione): un mezzo di contingentamento cioè dell'esigenza di aggiornare "per eccesso" o "per difetto" la rappresentazione contabile delle varie società coinvolte. Sostanzialmente, dunque, le fattispecie osservate non sono tanto i dati numerici risultanti dal confronto di quei precipi valori (che compendierebbero unicamente una stima dell'esigenza di limitare quantitativamente i correttivi all'applicazione del costo storico) bensì la discrasia, per ciascuna società coinvolta, fra i valori fissi- storici- degli elementi dell'attivo contabile e quelli mutevoli della realtà economica- ragguagliabili al livello di patrimonio netto-. Tale ultimo confronto raffigurerebbe in sé la problematica sottesa a tutte le fattispecie rientranti nel quarto comma, senza necessariamente ricorrere al confronto fra costo della partecipazione allibrata presso la partecipante e patrimonio netto della partecipata, bensì valutando lo scarto fra somma del valore di elementi all'attivo e patrimonio netto in contropartita.

A ben vedere, dunque, i presupposti in base ai quali effettuare i riallineamenti di cui al quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c. andrebbero individuati sulla scorta del modello denominato "differenze da annullamento di partecipazioni" con i dovuti temperamenti messi poc'anzi a fuoco: di qui, la scelta effettuata nella presente indagine, parlando in senso generale di differenze senza effettuare la bipartizione e riferendosi al modello di quelle da annullamento come schema selettivo di portata generale.

Verso questa direzione sembrerebbe peraltro orientare l'inventario delle fattispecie- qui di seguito meglio osservato- usualmente evocato come substrato materiale da cui trae origine l'emersione delle differenze.

6.3.1. (...Segue...) Individuazione delle fattispecie concrete da cui derivano differenze di segno negativo: lineamenti e contenuti

I casi di specie riconducibili ai modelli di differenze elaborati per addivenire all'imputazione della disciplina di cui al quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c.

¹⁶³ P. Ferro-Luzzi, *Deroghe ai criteri di valutazione e rivalutazione*, in Giur. comm., 1981, I, p. 5 e ss.

hanno in comune una precisa caratteristica: che i beni (cc. dd. di primo grado) ¹⁶⁴ sottesi alle partecipazioni (cc. dd. beni di secondo grado) rappresentative il capitale delle società partecipanti alla fusione (o scissione) denotano un valore reale superiore a quello di libro espresso- al costo storico- nella loro contabilità. Tale differenza- secondo la modalità alternativa qui prospettata- si ricaverebbe sostanzialmente dal raffronto tra i valori assegnati agli elementi dell'attivo patrimoniale delle singole partecipanti e il patrimonio netto risultante al passivo sempre dalle loro rispettive contabilità.

Più precisamente, secondo questa alternativa univoca dei casi riconducibili nell'ambito del quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c., trattandosi (i) di una preponderanza degli elementi iscritti all'attivo rispetto al valore del patrimonio netto, si avrebbe un'eccedenza negativa: un disavanzo che si sostanzia nella prevalenza sul valore del netto degli elementi iscritti all'attivo come "costi"; tale da poter comportare un riallineamento di questa divergenza con la riespressione degli elementi attivi rifluenti nella risultante, attraverso rivalutazioni o iscrizioni *ex novo*- secondo la loro potenziale "capienza" rispetto alla attendibile realizzabilità dei singoli cespiti-. (ii) Trattandosi di una preponderanza del patrimonio netto rispetto ai valori iscritti all'attivo in termini di "costi", si avrebbe invece un'eccedenza positiva: essa si compendierebbe in una plusvalenza da riallinearsi mediante iscrizione di una riserva nel patrimonio netto, sempre che non si tratti di plusvalenza da destinarsi alla previsione di risultati economici sfavorevoli perché allora si dovrebbe iscrivere un fondo per rischi.

Si rimarca che nell'argomentazione che precede è escluso l'elemento della partecipazione sociale detenuta da una delle società in un'altra partecipante come fattore portante della fattispecie considerata ai fini dell'individuazione della differenza.

Tuttavia, nonostante essa giochi il ruolo di elemento costitutivo essenziale nell'ottica tradizionale per selezionare le fattispecie cui imputarsi la disciplina, nella sostanza sembra più costituire un riferimento mediato al valore dei beni costituenti il patrimonio sociale della partecipata (intesi come beni di primo grado sottesi al patrimonio della partecipata). Per meglio dire, parrebbe elemento dotato di rilievo in chiave di lettura più aziendalistica, piuttosto che fungere da elemento essenziale di una categoria giuridica: difatti quando si richiama l'elemento del costo sostenuto per acquisire la partecipazione, si intende giuridicamente¹⁶⁵ far riferimento al valore contabile, di libro, dei beni della partecipata. Sicché il costo della partecipazione iscritto in contabilità della

¹⁶⁴ La distinzione di beni di primo e secondo grado è inerente al fatto che le partecipazioni sociali sono corrispondenti ad una quota-parte di capitale nominale e più precisamente, in termini "reali", alle situazioni giuridiche reali e immateriali ricomprese nel patrimonio.

¹⁶⁵ C. Santagata, *La fusione*, op. ult. cit., p. 581.

partecipante- potendosi intendere in maniera mediata come costo d'acquisto della frazione di patrimonio od intero patrimonio di un'altra società- può in base ad un più ampio ragionamento giuridico surrogarsi con la somma dei valori iscritti all'attivo, in termini di costo della pluralità dei beni sottesi in proporzione alla misura della partecipazione detenuta.

Quest'ultimo specificato rappresenterebbe, secondo la prospettiva alternativa qui presentata, l'elemento di confronto per determinare l'entità delle differenze, e così il limite alle rivalutazioni da effettuarsi o alle riserve da iscriversi; tenuto comunque conto che il novero dei casi concreti riconducibili al quarto comma sarebbe notevolmente ampliato in quanto l'elemento della partecipazione dell'una società fondenda nell'altra non risulterebbe più presupposto essenziale delle operazioni considerate.

Le basi di una siffatta prospettiva riposano sulla circostanza che l'applicazione del notorio quarto comma riguarderebbe potenzialmente ogni singola società coinvolta nella fusione (o scissione), dato che la situazione di dinamismo del patrimonio imprenditoriale fa sorgere sempre l'esigenza di "aggiornare" la sua rappresentazione contabile al fine di mettere in luce il potenziale economico contabilmente ancora inespresso- oppure già espresso e da contabilizzarsi, come nel caso dell'avanzo-.

La prospettazione tende a muovere oltre la presenza del legame di partecipazione di una società al capitale di un'altra nella fattispecie concreta della fusione o scissione in virtù del fatto che ciascuna società normalmente ha impiegato risorse ed organizzazione di fattori produttivi per accrescere la propria struttura aziendale nel corso del tempo; e che quindi tale circostanza dovrebbe veicolare un interesse meritevole di tutela nell'ambito dell'elaborazione di una categoria civilistica univoca, prevalente su quello di del costo di acquisto della partecipazione di una delle fondende nell'altra al fine di individuare e limitare l'entità della differenza.

L'osservazione diretta dei casi concreti catalogati dalla letteratura per spiegare le dinamiche di formazione delle differenze offre un quadro da cui le argomentazioni precedenti paiono uscire rafforzate. Si raccomanda di intendere le situazioni concrete elencate senza guardare all'elemento della partecipazione come ad un requisito giuridicamente necessario e necessitante.

Si inizierà dalle fattispecie concrete che genereranno differenze negative.

Si dà il caso in cui il prezzo pagato da una società per acquistare una quota di partecipazione in un'altra sia stato troppo elevato o per aver accettato di corrisponderlo in misura troppo elevata concludendo il tipico "cattivo affare"; oppure, sempre in misura sproporzionata, perché l'acquisto della quota- e così il prezzo da corrispondersi- sia stato dalla controparte subordinato ad una sorta di premio di maggioranza magari per ottenere il controllo (art. 2359 c.c.) della iniziativa collettiva. Resta il fatto che il valore intrinseco- corrispondente al patrimonio netto- della società acquistata non sia arrivato almeno a

corrispondere al valore assegnato alla partecipazione con l'iscrizione (al costo storico) nel bilancio dell'acquirente. Nella società acquistata non vi è un consistente avviamento prodotto (e quindi neanche inespresso, nella misura in cui l'art. 2426, n. 6, c.c. non permetterebbe- ma solo da parte di taluni- di iscrivere l'avviamento "autoprodotto" da un'impresa)¹⁶⁶; oppure non vi è affatto. Così come nessun bene- materiale o immateriale, immobilizzato o meno- presenta potenzialità economiche contabilmente inesprese (plusvalenze latenti)¹⁶⁷.

Tali casi sono usualmente esclusi dall'applicazione delle regole sui disavanzi, in virtù della non meritevolezza di tutela delle situazioni concrete, cioè dei cattivi affari¹⁶⁸. Tuttavia andrebbe ad oggi forse considerato se in tali casi, prescindendo dal cattivo affare allora compiuto, il patrimonio della società improduttiva presenti beni caratterizzati da margini di capienza per effettuare almeno rivalutazioni od iscrizioni allocative di un disavanzo ricompreso nel patrimonio di un'altra partecipante. Ciò in virtù della prospettata portata generale dell'art. 2504-*bis* c.c.. In questi casi si riconosce comunque l'esistenza di un disavanzo dovuto al fatto che il costo a cui è allibrata la partecipazione risulta maggiore del patrimonio netto della partecipata¹⁶⁹. Diversamente invece, secondo quanto prospettato nel paragrafo precedente, il problema sostanziale giuridicamente rilevante si collocherebbe in via generale- più che sul rapporto di partecipazione- sul piano della possibilità di rivalutare in sede di fusione i beni confluenti anche se a suo tempo acquistati ad un prezzo troppo elevato.

Un altro gruppo di fattispecie concrete denota invece differenze negative per la circostanza che la partecipazione sociale detenuta da un'altra società- fra quelle destinate a fondersi (o a scindersi)- risulta allibrata per un valore superiore al patrimonio netto della partecipata per via di perdite subite da quest'ultima. Le

¹⁶⁶ Con l'applicazione diretta dell'articolo citato, parte della dottrina, nega cioè l'iscrizione dell'avviamento nella società che lo ha "prodotto", ma non acquistato a titolo oneroso. Solo a partire da una vicenda circolatoria di acquisto a titolo oneroso dell'avviamento sarebbe possibile, per la società acquirente. Le obiezioni ad una simile posizione si sono via via già illustrate, dovendosi più plausibilmente ritenere l'elemento dell'acquisto a titolo oneroso come limite di iscrizione piuttosto che di condizione per l'iscrizione.

¹⁶⁷ Intese ovviamente in termini di maggior valore reddituale stimabile rispetto all'iscrizione al costo storico. Si veda L. Ardizzone-I. Grezzini, Autori vari, a cura di M. Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008, p. 155.

¹⁶⁸ Per tutti si veda A. Serra, M.S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Giappichelli, 1994, p. 181. Similmente G.E. Colombo, *Differenza di fusione nel bilancio successivo all'incorporazione*, in *Le società*, 1992, p. 962.

¹⁶⁹ C. Santagata, *La fusione*, op. ult. cit., p. 584. Non avendo, a far data dal suo cattivo acquisto, proceduto nel corso del tempo ad una svalutazione (secondo il rimedio concesso dal n. 4 dell'art. 2426 c.c., seconda parte, c.c.) della partecipazione malamente acquistata, si troverà allora a dover fronteggiare una differenza negativa fra costo sostenuto e valore reale attuale in sede di fusione.

perdite devono essere ovviamente registrate prima o durante le operazioni straordinarie attuate, ed inoltre sono da reputarsi non durature, tali da non costringere la società partecipante a svalutare della partecipazione stessa¹⁷⁰. Preso atto della piena applicabilità delle regole sul disavanzo, si dovrebbe porre comunque l'interrogativo se sia ragionevole escludere dall'applicazione della disciplina una società che non detenga una partecipazione in un'altra fondenda, mentre si applica ad una società che si accinge a fondersi con un'altra dopo aver acquistato in essa una partecipazione esigua. La sensazione è che la disciplina possa applicarsi a situazioni in cui la partecipazione tra fondende è esigua- come riconosce la dottrina-, ma anche in quelle dove non vi legame di partecipazione tra società fondende.

In altre fattispecie concrete potrebbe verificarsi che la partecipazione allibrata nella società partecipante è stata rivalutata in ragione di leggi speciali, quale ad esempio la l. n. 27/2003 (cfr. d.l. n. 282/2002) a fronte di una mancata rivalutazione dei cespiti aziendali ricompresi nella partecipata.

Ancora. Si dà il caso in cui il costo della partecipazione detenuta in una delle società che si fondono (o scindono) è allibrato per un valore superiore al patrimonio netto della partecipata: il maggior valore di libro è da imputarsi al riconoscimento in sede di acquisto della partecipazione al maggior valore dei cespiti componenti il complesso aziendale, o parte di esso- sottesi alla quota sociale. In tali casi il maggior valore degli elementi attivi nella partecipata è solo inespresso, cioè non riportato nella sua contabilità- formata ovviamente al costo storico-; con la conseguenza che, pur essendo ricompresi nel prezzo, potrebbero non risultare (o adeguatamente risultare) dalla contabilità della partecipata elementi patrimoniali, come l'avviamento; così come beni immateriali (ad esempio *know-how* o marchi, e così via) iscritti al costo storico di acquisto o produzione, oppure addirittura contabilmente non rilevati¹⁷¹. La presenza di plusvalenze latenti nella società acquistata, nel senso di cespiti dotati di un maggior valore inespresso, si pone come circostanza fisiologica in quanto il corrispettivo per l'acquisto di partecipazioni è commisurato all'effettivo valore aziendale. Questi casi sono richiamati come fattispecie classiche cui si applica la disciplina sul disavanzo.

Tutte le fattispecie elencate parrebbero dimostrare, in effetti, come il loro abbinamento con la disciplina predisposta dal codice nel quarto comma caratterizza le differenze- a prescindere dalla modalità di classificazione

¹⁷⁰ L. Ardizzone-I. Grezzini, op. ult. cit., p. 155.

¹⁷¹ L. Ardizzone-I. Grezzini, op. ult. cit. p. 153. Cfr. C. Santagata, op. ult. cit., p. 584. L'accenno a cespiti compresi nel patrimonio, ancorché contabilmente non rilevati, conferma le argomentazioni qui svolte nella parte dedicata all'applicazione della disciplina del quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c., laddove si consentirebbero nuove iscrizioni, e non solo rivalutazioni, con l'ovvio limite della presenza del cespite in patrimonio e pur sempre nell'alveo funzionale dell'art. 2426 c.c., per quanto concerne gli effetti.

adottata- come situazioni in cui è possibile tenere conto del dinamismo dell'impresa coinvolta nell'operazione intervenendo sulla sua configurazione contabile: prima tenendo conto nell'adempimento procedimentale delle fusioni (o scissioni) delle divergenze fra valore "reale" e valore "contabile" dei patrimoni coinvolti nelle operazioni, nella misura in cui la realtà documentale (statica) può non corrispondere in termini di completezza e veridicità alla realtà economica (dinamica); dipoi, applicando a queste quantificate divergenze l'opportuna disciplina contabile nel primo bilancio post-operazione, secondo quanto contemplato dal quarto comma, art. 2504-*bis* c.c..

Di fondamentale importanza risulta, una volta applicati i detti rimedi contabili, tenere conto che le poste introdotte nel bilancio sono dotate degli effetti stabiliti dal diritto comune in materia di bilancio, tendente a neutralizzarne l'utilizzo in quanto voci residualmente non reddituali.

La qui proposta configurazione delle differenze come univoca categoria generale, insomma, conferisce maggiore ampiezza al novero delle fattispecie ascrivibili alla disciplina del comma quarto ed al tempo stesso ridimensiona gli effetti patrimoniali propri delle poste di riallineamento di avanzi e disavanzi. Coerentemente con l'ottica cautelativa del diritto comune di bilancio, cioè, esse andrebbero intese come voci contabili soggette ad un rigido regime di disponibilità ed eventuale imputabilità a capitale, al fine di porre un limite verso eventuali arbitrii di chi è preposto alla competenza della loro registrazione in vista della tutela dell'integrità patrimoniale dell'iniziativa risultante e della sua efficiente continuazione.

6.3.2. Individuazione delle fattispecie concrete da cui derivano differenze di segno positivo: lineamenti e contenuti

Il catalogo delle situazioni economiche giuridicamente rilevanti ai fini della disciplina sulle differenze, in cui possono versare le società coinvolte rappresenta un elenco esemplificativo ma non esaustivo. Si rimarca in tal senso che la scelta legislativa nella formulazione dell'art. 2504-*bis* c.c. è stata quella di non identificare specificamente i lineamenti delle fattispecie imputabili alla disciplina.

La dottrina osserva come le situazioni che possono assumere valenza giuridica ai fini dell'emersione di avanzi di fusione (o scissione) coincidono con le fattispecie concrete praticamente speculari a quelle descritte nel precedente paragrafo. In tali casi, si dice, il valore contabile della partecipazione detenuta da una delle società coinvolte nell'altra, risulta di valore inferiore al valore del patrimonio netto pertinente alla partecipata. Sicché, a differenza dei casi precedentemente riportati, e secondo la visuale alternativa qui adottata,

varrebbe a dire che il valore contabile globale degli elementi patrimoniali attivi i “costi”- sottesi alla società partecipata è inferiore al valore del suo stesso patrimonio netto.

Le ragioni di una tale differenza di valore fra elementi patrimoniali iscritti in attivo e patrimonio netto può ravvisarsi: a) nel caso in cui la partecipazione della prima società nella seconda è stata acquistata a condizioni particolarmente vantaggiose: come quando il venditore ha esigenze di liquidità particolarmente stringenti; b) nel caso in cui i beni iscritti all’attivo della partecipante hanno subito procedure di rivalutazione mentre, dopo l’acquisto, la partecipazione nel bilancio della società partecipante è rimasta ferma al costo storico; c) la società partecipata ha subito un incremento del patrimonio netto nel corso o in principio di operazioni di fusione o scissione, senza che la partecipazione nel bilancio della partecipante sia stata proporzionalmente rivalutata (cfr. art. 2426, n. 4, c.c.); d) in sede di acquisto della partecipazione sono stati valutati sfavorevolmente gli elementi patrimoniali attivi della partecipata, in vista del pagamento del prezzo. Ciò in virtù della previsione di suoi risultati sfavorevoli futuri sotto forma di perdite o costi, oppure per la presenza di un avviamento negativo (*badwill*) tale da pesare sulla redditività futura dell’impresa acquistata. Analogamente, se l’eccesso del patrimonio netto della partecipata sia dovuto a mancate svalutazioni di immobilizzazioni o altre voci dell’attivo della partecipata stessa¹⁷².

A tutte queste evenienze concrete corrispondono le due tecniche diversificate predisposte dalla seconda parte del comma quarto, art. 2504-*bis* c.c., nella misura in cui: se l’eccesso di patrimonio netto della partecipata è corrispondente a mancate svalutazioni o a previsioni sfavorevoli sulla redditività dell’impresa stessa, allora l’eccesso di patrimonio netto andrebbe riallineato nel bilancio post-fusione (o scissione) con la costituzione di un fondo per rischi ed oneri; diversamente, se l’eccedenza è legata a maggiori valori degli elementi attivi in base a plusvalenze già espresse (emerse) allora si procederebbe ad iscrivere una riserva- di regola inutilizzabile¹⁷³- nel patrimonio netto.

Valgono anche di fronte a queste fattispecie le riflessioni svolte nel precedente paragrafo in punto di necessità dell’elemento del rapporto di partecipazione di una società nell’altra, e sulla possibilità di considerare invece meritevoli di tutela anche quei casi che non presentano tale requisito pur evidenziando plusvalenze derivanti dal coordinamento ed organizzazione nell’impiego dei fattori produttivi per accrescere la struttura patrimoniale e l’efficienza aziendale dell’impresa osservata.

¹⁷² Cfr. la catalogazione effettuata da L. Ardizzone-I. Grezzini, op. ult. cit. p. 162.

¹⁷³ *Contra* in punto di indistribuità L. Ardizzone-I. Grezzini, op. ult. cit. p. 162.

7. Considerazioni a margine dei rilievi prospettati e delle critiche mosse

Il prospettato ampliamento delle vicende concrete cui applicarsi la disciplina delle differenze di fusione (e scissione) è pensabile rientri nella prospettiva sistematica tesa a considerare la fusione e la scissione come peculiare “micro-sistema”, dotato di specificità strutturali e di disciplina¹⁷⁴. Nel loro ambito, per quanto qui indagato, le specificità arrivano a presentarsi come legittimazione giuridica dell’interesse a correggere l’eccessiva rigidità dei criteri di redazione del bilancio di esercizio, a favore di una più corretta e veritiera rappresentazione della situazione economica facente capo alle singole società in partecipanti. Tuttavia tali specificità non possono spingersi fino alla deroga di regole fondamentali del diritto societario.

L’armonizzazione dei profili di specialità con le regole generali del diritto societario trova terreno insidioso e controverso in punto di ricostruzione delle fattispecie delle differenze, di applicazione e corretta individuazione degli effetti della loro disciplina.

Si è tentato sinora di offrire un itinerario alternativo per comprendere il campo di applicazione dell’articolo in parola e dei suoi effetti applicativi, mettendo in luce i ritenuti limiti delle categorie finalizzati ad individuare i casi cui imputarsi le regole del quarto comma dell’art. 2504-*bis* c.c., nonché degli orientamenti dottrinali relativi alle modalità di applicazione di questa disciplina. Si rimarca che l’individuazione delle fattispecie in base alla necessaria sussistenza dell’elemento consistente (a) nel valore di carico della partecipazione sociale detenuta da una delle fondende in un’altra, rapportato al valore del patrimonio netto della partecipata, oppure (b) nell’aumento a servizio del capitale nominale in relazione alla somma dei valori dei patrimoni netti delle partecipanti, andrebbe essenzialmente ripensata, pur tuttavia lasciando riscontrare utili elementi ricostruttivi ed interpretativi. Questi ultimi sono meglio evidenziati qui di seguito.

Primo fra tutti, che il valore del patrimonio netto delle partecipanti è dato costante nella valutazione delle stime finalizzate ad individuare le differenze. E che, constando il nucleo del problema nella valutazione dello scostamento degli elementi patrimoniali attivi contabilizzati rispetto al loro valore reale¹⁷⁵, sarebbe allora possibile ricavare l’ammontare delle differenze dal raffronto tra la somma

¹⁷⁴ Autori vari, *Fusioni e scissioni di società*, Milano, Giuffrè, 1995; G.B. Portale, *Capitale sociale e attribuzione di azioni nella fusione per incorporazione*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 1031.

¹⁷⁵ Si appaleserebbe in modo lampante, ancorché sotto una “coltre” stesa dal linguaggio impiegato nella dottrina tradizionale, il nocciolo delle questioni inerenti alle differenze come problema di tutela degli interessi sociali a riesprimere la rappresentazione delle poste contabili nei termini di “effettività” del valore di elementi patrimoniali sottesi dalle società partecipanti, in Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, *Massima n. 72 “Imputazione del disavanzo da concambio nella fusione e nella scissione (art.2504bis c.c.)”* [2005].

degli elementi attivi contabilizzati e il corrispondente ammontare del valore del patrimonio netto in contropartita, potenzialmente per ogni singola società partecipante. Resterà poi a carico dei preposti all'amministrazione valutare l'opportunità di far rilevare nell'ambito del procedimento una differenza a carico della propria società oppure non. I differenziali rilevati per ciascuna società costituiscono la base di calcolo necessaria per determinare la differenza globale di fusione (o scissione).

In tal senso la rinuncia ad incentrare l'applicazione del comma quarto sulla necessaria sussistenza dei menzionati elementi ne amplia l'applicazione potenzialmente ad ogni società partecipante, mantenendo comunque un criterio idoneo a tracciare patrimonialmente ed individuare l'ammontare globale della differenza; sì da escludere arbitrii o distorsioni applicative da parte degli organi di gestione presenti e futuri.

Sicché- sotto questa visuale- ci sarebbe spazio per l'utilizzo di rivalutazioni ed iscrizioni a partire dagli elementi attivi facenti capo a tutte le società partecipanti, pur sempre nei limiti del disavanzo stimato e senza superare i valori correnti¹⁷⁶. Con ciò venendo fra l'altro incontro agli auspici degli orientamenti favorevoli ad entrambe le soluzioni applicative della disciplina.

Va rimarcato in secondo luogo che la solitamente evocata fonte di produzione della prima classe di differenze, l'annullamento di partecipazioni rappresentative il capitale nominale delle società unite o incorporate- oppure scisse-, è elemento innegabilmente comune a tutte le operazioni fusioni: è effetto tipico degli istituti e conseguenza dell'aggregazione- o disaggregazione- di un patrimonio in un altro. La constatazione non sembra essere di poco conto nella misura in cui presenta un tratto utile per la prosecuzione del tentativo di riduzione ad unità della classificazione delle differenze.

Come rilevato dalla dottrina¹⁷⁷, sotto il profilo contabile, l'annullamento delle partecipazioni comporta nella società risultante la sostituzione dei valori delle partecipazioni presenti- prima dell'operazione- nei patrimoni delle società interessate con quello dei singoli elementi attivi da esse provenienti. I patrimoni che si aggregano per effetto della fusione (o disaggregano per scissione) comportano cioè la riunione di tutti gli elementi patrimoniali in essi presenti: a tal punto entra in gioco la disciplina sulle differenze, che può, se applicata, comportare rivalutazioni o nuove iscrizioni nella configurazione contabile della società riveniente. Emerge allora come l'effetto dell'annullamento di partecipazioni con conseguente riunione di tutti gli elementi patrimoniali contenuti rappresenti evenienza propria di tutte le operazioni, a prescindere dalla sostituzione delle partecipazioni prima detenute e poi annullate attraverso

¹⁷⁶ Quanto al parametro per determinare l'attendibile realizzo dell'elemento patrimoniale puntualmente considerato si rinvia *infra* ai §§ 3, 3.1, 3.1.1..

¹⁷⁷ Ancorché, unicamente in relazione alle differenze da annullamento.

i valori dei singoli elementi patrimoniali sottesi. Il che varrebbe a dire che è proprio l'effetto tipico aggregativo di patrimoni, piuttosto che quello annullatorio di partecipazioni, a fare da tratto d'unione di tutte le operazioni e della correlativa eventuale esigenza di applicare la normativa sulle differenze secondo lo schema alternativo via via ricostruito. In questi termini può probabilmente proporsi una visione armonizzata della disciplina sulle differenze con gli istituti della fusione e scissione. Tanto varrebbe comunque anche con riferimento alla corretta comprensione della causa generatrice delle differenze secondo la bipartizione tradizionale.

Sembrerebbe orientata verso questa prospettiva- ancorché non esplicitamente- la dottrina che *de jure condendo* evidenzia come si abbia plusvalenza latente “quando nel conto patrimoniale dell'incorporante al valore della partecipazione nell'incorporata si sostituisce il valore dei singoli elementi patrimoniali della stessa, e tale valore sia complessivamente superiore”¹⁷⁸: ciò nel caso in cui si ha fusione per incorporazione di una società partecipata nell'altra partecipante- o viceversa.

Più in generale è stato condivisibilmente osservato come “[il disavanzo da annullamento] all'infuori del caso in cui la fusione venga effettuata contestualmente all'acquisto della partecipazione e il patrimonio dell'incorporata non abbia subito variazioni dopo quella data, non può ritenersi automatica e diretta espressione di un “prezzo” pagato, ma piuttosto, di un maggior valore che i singoli beni, unitariamente considerati, hanno, giustificando il mantenimento in bilancio del plusvalore della partecipazione rispetto al patrimonio netto contabile della partecipata-incorporanda”¹⁷⁹. Riemerge così, che al nocciolo della questione giuridica, sta il rapporto fra valori di iscrizione degli elementi attivi e livello del patrimonio netto, avendosi essenzialmente mediante la fusione (o scissione) il transito degli elementi attivi da un patrimonio verso un altro, e potendo essi necessitare eventualmente di rivalutazioni in virtù di potenzialità economiche inesprese. Specularmente, con l'avanzo, tali potenzialità sono per così dire già espresse- compendiate nel maggior valore del patrimonio netto- e vanno riallineate con una riserva- indisponibile sino a realizzo.

E' di tutta evidenza come l'elemento del “prezzo” (o costo sostenuto) per l'acquisto della partecipazione è espressivo della necessità di individuare l'entità della differenza, il limite (c.d. tetto) delle poste di riallineamento- in base a ragioni di prudenza nell'ottica della tecnica contabile legale. Come tale potrebbe allora essere sostituito, e rinvenirsi il criterio alternativo poc'anzi

¹⁷⁸ G. Figà-Talamanca, op. ult. cit., p. 187.

¹⁷⁹ L.A. Bianchi, *Le differenze da annullamento della partecipazione*, in Liber Amicorum G.F. Campobasso, UTET, 2007, p. 355.

esposto per giungere alla quantificazione della differenza evitando di limitare la portata applicativa della disciplina dell'art. 2504-*bis* c.c..

Ancora. Valorizzando la circostanza già messa in luce dalla dottrina tradizionale- a proposito delle differenze da annullamento- che spiega “è infatti decisiva considerazione che l'acquisto della partecipazione per 1000 significa, sostanzialmente, acquisto per 1000 *di beni organizzati della partecipata*”, è inevitabile constatare che l'addotta spiegazione può rivolgersi in via generale- nel quadro della visione unificata- a tutte le operazioni che denotano differenze.

Segnatamente, con riguardo alla tecnica di allocazione di disavanzi si è detto: “In particolare in linea di massima il disavanzo va eliminato rivalutando i singoli beni della società fino al limite del loro “costo attuale”. Solo quando sia possibile “spalmare” interamente il disavanzo con rivalutazioni di beni determinati, nei limiti del loro “costo attuale”, sarà consentita l'imputazione della residua differenza ad avviamento, *come se si trattasse del costo sostenuto per il maggior valore complessivo implicito nel coordinamento e nella produttività aziendale della società incorporata*”¹⁸⁰. Ebbene, a prescindere dal riferimento al “costo attuale” dei beni come limite da porsi alle rivalutazioni¹⁸¹ così come il riferimento dell'argomentazione al disavanzo “da annullamento di partecipazioni” le parole evidenziate in corsivo aiutano a spiegare tutto considerato chiaramente la *ratio*

¹⁸⁰ Le parole sono riprese da A. Serra, M.S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Giappichelli, 1994, p. 181, che risultano in linea con l'orientamento di G.E. Colombo e B. Quatraro (citati). La tesi è ripresa anche da C. Santagata, in *Le fusioni*, op. cit., p. 589.

¹⁸¹ Se il limite alle rivalutazioni, così come alla riserva (se non si tratta di fondo per oneri e rischi) è ricavato tradizionalmente dal confronto fra costo della partecipazione sostenuto dalla partecipante e patrimonio netto contabile della partecipata, allora è difficile spiegare la necessità che la dottrina prospetta circa il ricorso al “costo attuale” come massimale di rivalutazioni o iscrizioni. Una volta limitata la differenza in senso quantitativo, verrebbe meno l'esigenza di stabilire la possibilità di portare i cespiti al valore corrente: questa seconda misura, che andrebbe ben oltre la *ratio* della costruzione tradizionalmente pensata sulle differenze, muoverebbe su un ordine di ragioni più profonde rispetto a quelle dell'allocazione della differenza; ovverosia garantire in questo modo che beni e diritti siano contabilmente espressi in misura adeguatamente “reale”. Questo punto non è quasi mai espresso chiaramente in letteratura. Senza tenere conto poi del fatto che, mentre l'avanzo con la relativa riserva andrebbe iscritto nei limiti della differenza stimata, le rivalutazioni in caso di disavanzo sarebbero effettuate al valore corrente, con ciò denotando una certa sproporzione fra trattamento dell'una entità contabile- positiva- e l'altra.

Il riferimento combinato della teoria sulle rivalutazioni al valore attuale, allora, l'estensione delle rivalutazioni a tutte le società coinvolte, come anche le invocate basi operative della stessa categoria di differenze da concambio altro non dimostrerebbero che un'esigenza delle società, tutte ed a prescindere dai presupposti delle categorie elaborate, in modo da poter effettuare rivalutazioni- o riesprimerli sotto forma di riserva- in occasione dell'attuazione delle operazioni di fusione. Si arriverebbe a confermare, globalmente, la tesi qui delineata, quanto meno a rivelare un'esigenza “latente”- o forse malcelata- di ripensare l'applicazione della disciplina sulle differenze in senso del tutto estensivo- rispetto alle elaborazioni dottrinali consolidate.

sottesa alla disciplina delle differenze di fusione (e scissione): l'esigenza propria di tutte le società partecipanti di colmare il divario quantitativo fra rappresentazione contabile e situazione economica reale proprie; ciò in virtù delle risorse mobilitate nel corso del tempo per l'organizzazione della struttura aziendale destinata a fondersi o scindersi, dotata di potenzialità- per così dire- economicamente intrinseche- o all'opposto estrinseche- in ragione degli investimenti effettuati.

In questo quadro, orientato a ridurre ad unità le differenze di fusione o scissione, la categoria delle differenze da concambio avrebbe allora ben poco peso. Anche essa nella sostanza manifesterebbe¹⁸² la necessità delle società coinvolte di "aggiornare" i propri dati contabili in occasione di fusioni e scissioni, ma gli elementi attraverso cui è strutturata spostano il baricentro della sua portata operativa notevolmente oltre le prospettazioni qui delineate. L'elemento consistente nell'aumento di capitale nominale imprime alla categoria un forte tratto distintivo, orientandone la finalità operativa su una diversa problematica: ossia se è possibile effettuare rivalutazioni o iscrivere *ex novo* valori destinati ad un aumento di capitale a servizio- eventualmente dipendente da un concambio diretto a stabilire una certa situazione proprietaria dell'iniziativa collettiva scaturente-. Tutto ciò in un contesto patrimoniale delle partecipanti tale rendere impossibile un determinato aumento di capitale sulla base del loro livello di patrimonio netto contabile- risultante dalla sommatoria di quelli pertinenti alle singole società partecipanti¹⁸³. Di qui l'esigenza di produrre rivalutazioni e iscrizioni per colmare il divario fra aumento del nominale e somma dei netti.

Si converrà agevolmente che le fattispecie denominate differenze da concambio costituiscono situazioni strutturalmente del tutto disomogenee rispetto a quelle da annullamento. Tanto da sollevare non trascurabili dubbi sul fatto che il differenziale fra un aumento di capitale nominale a servizio programmato e somma dei patrimoni netti delle partecipanti¹⁸⁴ possa arrivare a

¹⁸² V. G. Scognamiglio, *La scissione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. in cui si pone l'accento, fra l'altro, sull'incompatibilità fra continuità dei bilanci e iscrizioni delle rivalutazioni o riserve derivanti da differenze da concambio, ed in breve comunque una mancanza di meritevolezza di tutela di una così concepita classe di fattispecie.

¹⁸³ Elementi argomentativi ricavabili tutt'affatto orientati su questa linea, seppure sotto un angolo di visuale diversamente articolato, comunque sempre diretta a non avallare l'ammissione delle differenze da concambio nell'ambito dell'art. 2504-*bis* c.c.: a proposito delle scissioni, assolutamente riferibili anche alle fusioni, G. Scognamiglio, *La scissione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 311 e ss.

¹⁸⁴ Si precisa che- secondo dottrina costante- nella fusione per incorporazione con aumento di capitale a servizio deve escludersi dalla sommatoria dei patrimoni netti delle partecipanti quello della incorporante. Similmente accade, in via speculare, per le scissioni. Nelle fusioni per

qualificarsi come differenza di fusione (o scissione) a sé. Cioè a dire che l'esigenza di aumento di capitale a servizio dell'operazione oltre il livello di patrimonio netto disponibile nelle partecipanti sia idonea a giustificare la ragionevolezza di una categoria a sé stante.

Nonostante si adduca la "casualità genetica"¹⁸⁵ di questo tipo di differenze, resta di tutta evidenza come la programmazione di un determinato concambio ed aumento di capitale a servizio nell'ambito del procedimento di fusione o scissione si ponga quale opzione organizzativa attraverso cui l'entità delle differenze in parola possa venire "autodeterminata". Con il rischio che la determinazione, per così dire artificiale e negoziata, dell'ammontare della differenza porti per lo più alla soddisfazione di esigenze "soggettive" facenti capo a questa o quella società o soci maggiormente influenti. Sicché tali istanze rischiano di porsi come prevalenti su quelle legali di integrità del capitale nominale e conservazione del patrimonio sociale.

La descrizione della casistica riguardante la realizzazione dei presupposti di emersione di differenze, illustrata negli ultimi paragrafi che precedono, se da un lato rivela come entrambe le classi tradizionalmente elaborate si caratterizzano per le medesime esigenze sostanziali, dall'altro segna indirettamente il modello "da concambio" come schema concettualmente legato all'aumento di capitale quale elemento che sfugge ai caratteri di stretta obiettività da cui si desumono le differenze dell'altro tipo di categoria.

L'obiezione sollevata da più parti nel corso del tempo circa l'inapplicabilità delle norme di cui al quarto comma, art. 2504-*bis* c.c. anche alle differenze da concambio, manifesta quindi come tale proposito escludente trova la sua logica nella difforme *ratio* dell'una categoria rispetto all'altra; e non perché l'applicazione del comma sarebbe in astratto non praticabile per le prime e praticabile per le seconde. Seguendo questa visuale escludente, potrebbe ipotizzarsi un profilo di compatibilità fra i due modelli, tale da rendere applicabile la disciplina anche alle operazioni che denotano le cc. dd. differenze da concambio, solo nei casi in cui le compagini sociali delle partecipanti alla fusione (o scissione) siano composte da soci-società. Nel qual caso l'aumento di capitale a servizio oltre la somma dei netti delle partecipanti- ma anche in misura inferiore alla somma dei netti- nella risultante, genererebbe nella contabilità dei soci-società una differenza di valore rispetto alle partecipazioni ricevute e allibrate in applicazione dell'aumento di capitale e/o del concambio

unione vanno invece sommati i patrimoni netti di tutte le società coinvolte al fine di determinare la differenza.

¹⁸⁵Spiegazione succinta e indicativa del ragionamento qui svolto, in merito ad una certa contraddizione fra casualità e programmabilità per mezzo di aumento di capitale: M. Caratozzolo, *I criteri di formazione del primo bilancio post-fusione. Interpretazione dell'art. 2504-bis, comma 4, c.c.*, in *Le società*, 2004, p. 1465. Si nega nel testo, fra l'altro, l'applicabilità della disciplina del quarto comma alla categoria di differenze da concambio.

in esecuzione della fusione: si riprodurrebbe cioè nel tempo il medesimo meccanismo di emersione delle differenze “da annullamento”, in termini di divergenza fra patrimonio netto della risultante e valore assegnato nella contabilità dei soci-società alle partecipazioni possedute nella risultante.

Se poi fra i modelli tradizionali di differenze esista una sorta di rapporto di *genus ad speciem*, nella misura in cui può riscontrarsi una categoria quando non ci sono i presupposti per l'altra non è dato sapere: la dottrina non chiarisce affatto tali aspetti, ma va preso atto che possono darsi operazioni in cui siano contemporaneamente presenti i requisiti dell'una e dell'altra¹⁸⁶; una fusione in cui vi è partecipazione della incorporante nella incorporata e viceversa (se trattasi di fusione inversa) con possibile contestuale aumento di capitale nominale a servizio e/o concambio. Ciò potrebbe avvenire anche nell'ipotesi inversa. Ed allora sorge l'interrogativo sul “*quid iuris*” circa la selezione della convenienza a rientrare nella prima o nella seconda categoria.

Ma questo come diversi altri dubbi non possono sciogliersi in questa sede.

Alla fine del percorso teso ad individuare i criteri più ragionevoli per inquadrare le differenze di fusione e scissione, sia che si accettino i modelli consolidati sia non, resta di necessità fermo che le poste con cui si allocano avanzi e disavanzi risulterebbero dotate di quegli effetti individuati dal diritto comune del bilancio in corrispondenza dei componenti speciali di bilancio. Cioè a dire che tali poste risulterebbero entità meramente contabili dotate di effetti “organizzativi” che danno residualmente luogo a vincoli di indisponibilità sui saldi del patrimonio netto della società riveniente, o a cui corrispondono comunque rivalutazioni di cespiti utilizzabili solo nei limiti del loro effettivo realizzo.

¹⁸⁶Cfr. in tal senso Autori vari, a cura di M. Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008, p. 168.

Capitolo II

Articolazione del procedimento di fusione (o scissione) e rilievo delle differenze: una visione dinamica dell'emersione di avanzi e disavanzi

1. Il rilievo pratico dell'allocazione di differenze di fusione (o scissione) intese come categoria univoca

Come detto, l'allocazione di avanzi e disavanzi influenza il regime del patrimonio netto della società risultante, le cui regole di formazione sono correlate al dimensionamento dei poteri dispositivi sul patrimonio riveniente dalla fusione (o scissione).

Le differenze, una volta contabilizzate, possono avere dunque un impatto non trascurabile sulla conservazione dell'integrità patrimoniale dell'iniziativa risultante. Così come possono averlo se esistenti e, per scelta delle società, non contabilizzate. L'impatto può manifestarsi in senso positivo o negativo a seconda che la allocazione avvenga prudentemente e legittimamente o meno. A ben vedere le regole relative all'allocazione di differenze si riverberano, per via dei legami con il regime del patrimonio netto, sulla tutela del diritto dei soci a mantenere un adeguato livello quali-quantitativo della partecipazione sociale sia sul diritto dei terzi creditori a far mantenere un grado di solvibilità adeguato alle proprie ragioni. Tali finalità sono attuate per mezzo dell'adozione delle soluzioni contabili orientate a conservare l'integrità patrimoniale della risultante.

In questa parte saranno valutate le possibili implicazioni generate dalla emersione di differenze principalmente in relazione alla sfera di competenze degli organi amministrativi coinvolti nel corso delle operazioni, circa il dovere di documentare e regolare *in itinere* gli aspetti salienti del futuro assetto contabile-patrimoniale della società riveniente. Si tratta di comprendere le modalità attraverso cui gli organi a ciò preposti dovrebbero efficacemente programmare ed attuare l'allocazione di differenze nell'ambito della scansione procedimentale a formazione progressiva delle operazioni di fusione e scissione¹⁸⁷, attraverso il coinvolgimento dei soci nonché la mancata opposizione dei creditori sociali.

¹⁸⁷ L'accentuato tratto procedimentale si evince palesemente da regole come quella che fa risalire gli effetti della fusione (ovvero scissione) solo dalla iscrizione nel registro delle imprese dell'ultimo degli atti di fusione stipulati (art. 2504), che presuppone necessariamente il compimento degli atti propedeutici.

Si intende sostenere che un monitoraggio progressivo nel corso di fusioni o scissioni di eventuali differenze occorse, in ciascuna società partecipante, appaia raccomandabile sia per finalità civilistiche di ordine strettamente patrimoniale, sia per finalità di trasparenza fiscale. Le norme del quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c. potrebbero prestarsi quale strumento variamente utilizzabile per fini estranei a quelli determinati dal legislatore storico, attraverso cui potrebbero prendere piede esigenze di tipo illecitamente speculativo atte a rafforzare determinate partecipazioni sociali (per lo più nel caso di società quotate o a vasto azionariato diffuso) anche tramite l'elusione o l'abuso del dettato fiscale.

Si è avuto modo di constatare come la giurisprudenza di legittimità in materia verta unicamente sul contenzioso fiscale, in cui l'Amministrazione Fiscale non di rado ha bersagliato le voci introdotte per allocare avanzi e disavanzi come poste elusive dietro cui le società celano generiche riserve per attrarle nel campo della neutralità fiscale delle operazioni straordinarie. Certo con l'introduzione del nuovo art. 2504-*bis* c.c. sembrano venute definitivamente meno problematiche come la possibilità di iscrivere l'avviamento senza averlo in via diretta acquistato precedentemente¹⁸⁸, oppure la possibilità di iscrivere riserve e/o accorparle a quelle preesistenti ed inutilizzabili rendendole poi in fase post-fusione disponibili senza assoggettarle ad imposizione fiscale- o ad imposizione ridotta. Tuttavia si pensa permanga una certa quale attitudine al contenzioso per come la categoria delle differenze da concambio viene concepita; tenuto conto che essa altro non sarebbe se non una manifestazione dell'esigenza delle società partecipanti ad effettuare rivalutazioni o appostazioni di riserve per rendere possibili aumenti di capitale a servizio oltre i valori dei patrimoni netti delle singole partecipanti. Sicché la determinazione "artificiale" di rivalutazioni o iscrizioni finalizzate alla determinazione di un certo livello di capitale nominale in seno alle operazioni risulterebbe anche un modo per attrarre gli elementi rivalutati o iscritti nel campo della neutralità fiscale.

Le suddette evenienze non sembrerebbero potersi scongiurare nemmeno mediante la predisposizione di una relazione della stima *ex* art. 2343 c.c. sul patrimonio delle società portatrici delle differenze, prospettata in tali casi obbligatoria oltre le previsioni testuali di legge (cfr. *infra* §§ 3.4 e ss., cap. II).

1.1 Il rilievo di avanzi e disavanzi di fusione (o scissione) nella formazione del procedimento: profili introduttivi

Secondo quanto detto, basandosi sulla impostazione tradizionale facente capo al modello delle differenze da annullamento, non dovrebbe verosimilmente

¹⁸⁸ *Amplius supra* § 3, cap. I, nota 74 in particolare.

porsi un problema di regolamentare differenze se le società partecipanti hanno effettuato precedentemente all'operazione una rettifica degli elementi attivi o passivi in base ai precetti di legge *speciali* di rivalutazione o svalutazione (art. 2426 c.c.)¹⁸⁹. Per esempio, dal momento che fra le società che si accingono a fondersi, il valore della partecipazione di controllo nella società controllante è stata già rivalutata sulla base del valore del patrimonio netto della controllata (art. 2426, n. 4, c.c.). Così come, se una delle due società partecipanti ha proceduto a svalutare la partecipazione di controllo che detiene nell'altra in virtù delle perdite durevoli da quest'ultima registrate (art. 2426, n. 3, c.c.) non dovrebbe allora porsi un problema di sistemazione della differenza come avanzo da riallinearsi mediante l'iscrizione di un fondo per rischi ed oneri.

Secondo la prospettiva alternativa qui nell'indagine predisposta, questi rimedi tenderebbero a garantire l'allineamento fra il valore degli elementi patrimoniali attivi e il valore del patrimonio netto di una soltanto delle società partecipanti alle operazioni, e precisamente della controllante: non arriverebbero ad esaurire il problema della sistemazione di differenze potenzialmente emergenti nelle altre partecipanti. Inoltre, se vi fossero società partecipanti all'operazione senza essere legate da un rapporto di controllo, allora le differenze insorgenti non potrebbero eliminarsi precedentemente all'operazione come prospettato nella visuale tradizionale.

In breve si può verosimilmente affermare che, adottando la prospettiva alternativa più ampia qui via via illustrata, l'applicazione dei possibili rimedi facenti capo all'art. 2426 c.c. attenuerebbe il problema delle differenze nelle società coinvolte, ma non lo eliminerebbe in radice. A ben vedere, infatti- secondo tale prospettiva- qualora le perdite fossero acquisite dalla controllante, pur non potendosi effettuare rivalutazione della partecipazione nella controllata nei termini sopra esposti, si avrebbe comunque potenzialmente un problema di differenza nella società partecipante che ha acquisito perdite.

Muovendo oltre lo schema delineato nella prima parte a proposito delle differenze da annullamento, secondo i correttivi già illustrati¹⁹⁰, ogni vicenda economica tale da indurre uno stato di disallineamento fra i valori iscritti nell'attivo rispetto al patrimonio netto, per ciascuna società coinvolta, è appunto suscettibile di produrre una situazione rilevante in ogni società

¹⁸⁹ G. Figà-Talamanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 187 e A. Serra, M.S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Giappichelli, 1994, p. 182. Si tratterebbe, stando alla visuale tradizionale, di una situazione contabilmente già regolata. Ma secondo l'impostazione qui prescelta, le rivalutazioni o svalutazioni adottate non sarebbero sufficienti ad eliminare il problema delle differenze: sopravvenienze attive o passive potrebbero riportare una situazione di divario fra valore dei cespiti all'attivo e patrimonio netto in contropartita nelle singole società, specialmente se i rimedi suddetti avvenissero in tempi non proprio antecedenti alle operazioni.

¹⁹⁰ Cfr. *supra* § 6.2, cap. I.

partecipante ai fini della determinazione della differenza di fusione complessiva¹⁹¹.

Se non è di per sé stesso un atto giuridico o negoziale a determinare la situazione economica rilevante ai fini delle differenze, gli atti di gestione complessivamente presi arrivano verosimilmente ad indurre condizioni che connotano oppure rafforzano una certa situazione patrimoniale caratterizzata da una differenza. Si dice “verosimilmente” poiché, a partire dall’inizio del procedimento fino alla iscrizione dell’atto di fusione (o scissione), non si escludono generiche sopravvenienze attive o passive (utili o perdite di periodo, e poi, di esercizio) tali da determinare *ex novo*- oppure rafforzare- la rilevanza di differenze. O, ancora, rendere inefficaci i rimedi contabili già adottati per differenze esistenti.

Non si esclude nemmeno il verificarsi in corso di procedimento della coesistenza fra avanzi e disavanzi di fusione (o scissione) che andranno partitamente allocati nel bilancio futuro, con esclusione della possibilità di compensazione fra detto avanzo e disavanzo¹⁹².

Le combinazioni casistiche sono dunque assai eterogenee: con riguardo ad ogni singola società che prende parte all’operazione possono presentarsi vicende economiche favorevoli o sfavorevoli che inducono oppure magari accentuano una già esistente situazione di disallineamento, differenza appunto, fra valore degli elementi al suo attivo e loro valore reale ragguagliato al suo patrimonio netto in contropartita. O ancora, tali da far cumulare fra una società e l’altra un avanzo con avanzo o disavanzo già esistente, e viceversa. Si è ad esempio evidenziato in dottrina come, se fra le società destinate a fondersi (o scindersi) trascorre un lungo tempo fra l’acquisto della partecipazione sociale di una delle

¹⁹¹ Si rammenta in particolare, come, stimando le singole divergenze fra situazione patrimoniale contabile e situazione economica reale in ogni società partecipante, la complessiva differenza di fusione o scissione sarebbe data dalla loro sommatoria, in modo tale da determinare la risultanza di una differenza positiva e/o negativa da allocarsi. La sommatoria non consentirebbe in ogni caso, come si prospetta in dottrina, di compensare il disavanzo risultante con l’avanzo eventualmente risultante (cfr. n 191, di seguito).

¹⁹² Trib. Firenze, 18 maggio 1993, in *Giurisp. Comm.*, 1993, II, p. 362; unico caso in cui è ammessa la compensazione, G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 187, nota 26.

Cfr. L.A. Bianchi, *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, *Il Sole 24 Ore*, 2002, p. 332, nota 107. Cfr. poi L. Ardizzone-I. Grezzini, Autori vari, a cura di M. Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008, p. 168; dove la coesistenza è però evidenziata come coincidenza degli effetti dell’aumento di capitale e dell’annullamento di partecipazioni, cioè una combinazione fra gli elementi delle categorie classiche: il che si pone in contrasto con quanto qui prospettato, in quanto, sostanzialmente la fonte delle differenze va ricercata- come detto- negli aspetti patrimoniali delle singole società in relazione alla loro singola rappresentazione contabile. Per cui la coesistenza è qui intesa come coincidenza di emersione, ad esempio, di un avanzo in una società ed emersione di un disavanzo in un’altra.

due società nell'altra, maggiori sono le probabilità di emersione di differenze: tende infatti a distanziarsi la coincidenza fra il valore dei beni ricompresi nel patrimonio della partecipata e la rappresentazione contabile che se ne dà nella partecipante¹⁹³. Ma a ben vedere, ciò accade parallelamente anche nel bilancio della società partecipata fra valore degli elementi attivi e netto:- nello schema della differenza da annullamento- è infatti osservato il dislivello fra il suo patrimonio netto e la partecipazione allibrata nella partecipante come parametro per giustificare, in realtà, lo scarto fra il medesimo patrimonio netto e il valore dei beni della partecipata.

Sicché va tenuto presente che il rilevamento di differenze in seno alle operazioni, o per meglio dire, nell'ambito degli atti attraverso cui scandiscono i procedimenti potrebbe presentarsi assai difficoltoso a seconda dei casi concreti. Ciò poiché differenze inizialmente stimate in una delle partecipanti, o in più di esse, potrebbero variare nel corso del tempo del procedimento che è discretamente lungo¹⁹⁴. Tuttavia, se una differenza, positiva o negativa esiste, ben difficilmente scomparirà o si invertirà di segno, ragion per cui ciò che varia è fondamentalmente l'ammontare definitivo con riflessi quantitativi in punto di tecnica di allocazione nel bilancio post-fusione (o scissione).

Prima di passare a valutare spazi e modalità per il monitoraggio delle differenze verosimilmente rinvenibili nei vari atti procedurali, si rammenta che per ciascuna società vi è una fase iniziale di redazione dei progetti da parte degli organi amministrativi- da iscriversi nel registro delle imprese; seguita da una intermedia di deliberazione sociale per approvazione dei progetti; fino alla stipulazione di un unico atto finale di fusione che determina la conclusione delle operazioni con acquisizione dei loro effetti tramite l'iscrizione nel registro delle imprese.

Fra la fase iniziale e quella intermedia si pone poi per ciascuna società la predisposizione di una pluralità di atti: la relazione amministrativa che illustra motivazioni, rapporto di cambio prescelto ed eventuale variazione dei valori presenti nei vari patrimoni; la situazione patrimoniale delle società partecipanti redatta dagli amministratori- senza approvazione dei soci. Nonché la relazione dei revisori legali dei conti, finalizzata ad esplicitare e valutare la congruità del rapporto di cambio- quando esiste- fra quote possedute dai soci e quote da assegnarsi nella società risultante. Inoltre, ma solo in base alla presenza di

¹⁹³ L. Ardizzone-I. Grezzini, op. ult. cit., p. 156, dove si parla di differenze "ibride" facendo riferimento al cumulo delle situazioni economiche determinatesi con il passare del tempo e che influiscono sulle differenze.

¹⁹⁴ Almeno novanta giorni (compreso il termine che deve decorrere perché i creditori sociali non si oppongano), in una ipotesi ideale di concisa semplificazione delle varie fasi con rinuncia ai documenti relazioni accessorie, relativo deposito presso le sedi sociali escluso, adempimenti immediati del notaio richiesto e nessuna opposizione da parte di terzi.

eccezionali *presupposti*¹⁹⁵, anche di una relazione di stima *ex art.* 2343 c.c. da parte di un esperto che asseveri l'esatta entità dei patrimoni transitanti dalle società *di persone* partecipanti a quella finale *di capitali*.

Orbene, va precisato che detti ultimi atti sono per così dire elementi accidentali della fattispecie procedimentale. Potendo escludersene la predisposizione per espresso consenso unanime dei soci e dei possessori di strumenti finanziari con diritti di voto di ciascuna società: ciò alla luce delle modifiche normative all'istituto della fusione cumulatesi negli ultimi anni. Solo la relazione di stima dell'esperto contabile sul valore del patrimonio/i confluyente/i, ricorrendone le condizioni, non è rinunziabile. Su quest'ultimo punto è però necessaria una premessa. Parte della dottrina ritiene, ad oggi, che tale perizia di stima sia necessaria- a prescindere dalle condizioni applicative limitate del sesto comma dell'art. 2501-*sexies*- anche nelle fattispecie concrete in cui: (i) la società risultante sia una società di capitali; (ii) emerga un disavanzo da concambio e (iii) si dia- quindi- un aumento di capitale nominale oltre il valore del patrimonio netto delle partecipanti¹⁹⁶. L'asserzione non è sulle prime condivisibile- oltre che per chiari motivi testuali- per ragioni legate a ricadute torico-pratiche illustrate nel prosieguo, fra i quali l'eccessivo ampliamento applicativo del comma suddetto¹⁹⁷.

Non mancano comunque posizioni meno restrittive di quella ora esposta, come non ne sono mancate in passato. Beninteso che, quando si fa riferimento all'aumento di capitale nominale a servizio dell'operazione si tratta di aumento del capitale della società incorporante, come determinazione del capitale della società che si origina *ex novo* dall'unione di altre, sempre oltre il valore risultante dalla somma dei patrimoni netti delle partecipanti: ciò per le fusioni come per le scissioni.

Per ora si tenga conto che i ragionamenti di seguito svolti sono basati sull'ipotesi "normale", chiaramente ricavabile dal tenore e *ratio* degli istituti considerati, in cui le società interessate non debbano ricorrere alla perizia di stima *ex art.* 2343 c.c. per i disavanzi- né per gli avanzi- emersi, in quanto documento da considerarsi facoltativo fuori dai casi di testuale previsione dell'obbligo. Si fa riserva comunque di mettere a confronto in corso di

¹⁹⁵ Stando al testo, solo cioè quando una società di persone si fonde con una di capitali (art. 2501-*sexies*, penult. comma, c.c.).

¹⁹⁶ Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, *Massima n. 72 "Imputazione del disavanzo da concambio nella fusione e nella scissione (art.2504bis c.c.)"* [2005].

¹⁹⁷ Ampiamente, una ricostruzione della problematica, contrariamente a quanto qui prospettato in M. Notari, *Appunti sull'iscrizione dei beni dell'incorporata nel bilancio dell'incorporante successivo alla fusione*, in Studi in onore di G. Cottino, II, Cedam, 1997, p. 1375. Cfr. per un'opinione conforme a quella qui prospettata A. Serra, M.S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Giappichelli, 1994.

trattazione le situazioni in cui le società decidano di ricorrervi oppure, secondo taluni orientamenti, vi sono obbligate¹⁹⁸.

Analizzando l'intero percorso procedimentale ai fini stabiliti nel principio del paragrafo occorre partire dalle fasi essenziali guardando con attenzione ai soggetti che partecipano direttamente alla determinazione del contenuto oggettivo dell'operazione. Tolti i soci, chiamati a decidere sull'adozione o meno dei progetti predisposti e quindi sulle opzioni "organizzative" contenute, si tratta fundamentalmente dell'organo amministrativo (su cui esercita il controllo il collegio sindacale, quando esiste) nelle singole società partecipanti. Ma in certa misura anche del notaio redigente i verbali di deliberazione delle operazioni e l'atto finale di fusione o scissione; professionista che esercita il controllo di legalità sul compimento degli atti, nonché sulla conformità dei loro contenuti ai precetti legislativi inderogabili.

Questi soggetti determinano in maniera effettiva le modalità di articolazione delle operazioni: il primo, direttamente, essendo chiamato dalla legge a curarne l'impalcatura strutturale subordinatamente alle decisioni dei soci; il secondo, indirettamente, vagliandone la conformità ai precetti di legge sia nel momento di verbalizzazione della decisione sociale di approvazione del progetto iscritto nel registro delle imprese, sia in quello della redazione dell'atto definitivo di fusione (o scissione).

Mancano dal novero dei soggetti interessati i creditori sociali¹⁹⁹ delle società partecipanti. Essi sono parte indiretta del procedimento, controllando dall'esterno le decisioni adottate mediante un potere di opposizione alle operazioni puntualmente individuato dall'art. 2503 c.c.. Per gli obbligazionisti valgono le stesse regole dei creditori sociali, potendo opporsi *ex art.* 2503 salvo che la loro specifica assemblea non abbia approvato l'operazione.

Ipotesi di vertice in quest'analisi non può non essere la fattispecie in cui gli atti corrispondenti agli elementi cc.dd. accidentali del procedimento non sono presenti, in quanto rinunziabili; si tratta di una situazione peraltro assai ricorrente nella pratica.

Un'osservazione attenta della realtà empirica mostra come la maggior parte delle fusioni²⁰⁰ (ma del resto anche delle scissioni) intervengono fra società

¹⁹⁸ *Amplius* sulla problematica, esaminata attentamente in J. Sodi, *Apporti in natura nelle società di capitali e relazione giurata di stima*, Commissione studi d'impresa del Consiglio Nazionale del Notariato, 2015, che adotta una prospettiva in senso restrittivo circa l'applicazione della perizia *ex art.* 2343.

¹⁹⁹ Si tratta dei creditori delle singole società, ma solo quelli che risultano essere tali al momento dell'iscrizione del progetto nel registro delle imprese.

²⁰⁰ Si rinvia all'indagine approfondita sulla casistica concreta delle operazioni di fusione, e segnatamente delle società per azioni quotate, a G. Figà-Talamanca, *Studi empirici sulle società di capitali*, Piccin-Nuova Libreria, 2010, p. 153 ss.

appartenenti ad un medesimo gruppo (art. 2497 e ss. c.c.)²⁰¹; o comunque legate l'un l'altra da un rapporto di partecipazione al capitale sociale, il più delle volte in misura totalitaria, in modo che una di esse eserciti il controllo sulle/a altre/a (art. 2359 c.c.). In tal senso i procedimenti intrapresi comportano molto spesso l'applicazione degli artt. 2505, 2505-*bis*, cioè dei procedimenti "semplificati". L'applicazione di ulteriori semplificazioni procedurali si ha anche in corrispondenza di società per azioni (non quotate), o a responsabilità limitata, che si fondono (o scindono) secondo l'art. 2505-*quater* c.c.. Il risultato è fondamentalmente un'abbreviazione dei tempi e delle documentazioni da predisporre, non tanto diversamente da quanto accade nell'ipotesi di vertice eletta come *exemplum* nelle argomentazioni che seguiranno. Sulla base dei rilievi ora svolti è spiegabile anche la particolare attenzione dottrinale rivolta all'elaborazione delle differenze da annullamento come fattispecie in cui una partecipa l'altra in misura totalitaria: circostanza ravvisabile essenzialmente nell'esigenza di spiegare in modo più lineare possibile il fenomeno di avanzi e disavanzi²⁰², e che vieppiù dovrebbe in certo qual modo persuadere nell'accoglimento della categoria in parola come un modello di riferimento non necessariamente cogente.

Ciò che preme porre qui in risalto è la generale sussistenza nei procedimenti di un dovere di *disclosure* dell'organo amministrativo in punto di emersione di differenze da regolare, in virtù del ruolo "conformativo" che tale organo possiede nella determinazione degli atti fondamentali del procedimento. La visuale è in tal senso chiarita ponendo in relazione l'adempimento dell'incarico a gestire con la circostanza che la mancata applicazione delle tecniche ammesse dall'art. 2504-*bis* c.c. potrebbe dar luogo fra l'altro all'emersione di perdite o ad utili fittizi. Oppure con la circostanza che l'impossibilità di allocare integralmente disavanzi potrebbe costringere a far risultare perdite in bilancio²⁰³: basti pensare che se le perdite dovessero presentarsi particolarmente ingenti potrebbero determinare, unitamente alle normali perdite di esercizio, un serio ostacolo per la continuazione dell'attività sociale²⁰⁴.

Di qui la correlazione fra tali vicende e i presupposti per muovere azione di responsabilità contro l'organo amministrativo. Resta il fatto che una errata qualificazione e relativo trattamento contabile delle differenze, oppure un loro

²⁰¹ Si rinvia per un quadro analitico ed esaustivo sulle tecniche di aggregazione invalse per le iniziative partecipate di un medesimo gruppo a G. Ferri Jr e G. Guizzi, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori*, in *Il nuovo diritto delle società - Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. IV, Torino, Utet, 2007, p. 229 ss.

²⁰² Esplicitamente in tal senso C. Santagata, *La fusione*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 581.

²⁰³ Cfr. C. Santagata, op. ult. cit., p. 587.

²⁰⁴ *Amplius infra* § 4, cap. III.

inadeguato trattamento, potrebbero costituire titolo di responsabilità non tanto, e solo, per i danni potenziali ipotizzabili quanto più per aver determinato la perdita di effetti positivi che in concreto sarebbero derivati alla società risultante con l'allocazione delle differenze. Quanto evidenziato vale in linea di massima con esclusione forse di quei casi in cui le differenze risultano particolarmente tenui o non convenga allocarle in bilancio post-fusione (o scissione).

2. La gestione degli organi amministrativi nelle partecipanti e la rilevanza delle differenze a partire dalla fase preparatoria. Il ruolo del notaio

Il monitoraggio delle differenze da regolare appare importante sotto più aspetti. Il primo riguarda lo svolgimento dell'incarico di gestione per raggiungere gli obiettivi delle operazioni nel miglior modo senza arrecare danno ai soci, ai creditori e conservare l'integrità del patrimonio sociale riveniente²⁰⁵. Il secondo, consecutivo, è l'impatto patrimoniale del disavanzo od avanzo prospettabile sull'assetto patrimoniale post-fusione.

Sicché le differenze emerse da regolare dovrebbero essere oggetto di apposita menzione ed illustrazione da parte dei preposti alla gestione nelle varie società coinvolte al fine di adempiere il loro incarico con diligenza²⁰⁶, attraverso un'opportuna informazione delle compagini sociali interessate. Qualora lo svolgimento del procedimento avvenisse con la rinuncia agli atti intermedi- prima menzionati e di seguito meglio illustrati- o, comunque, con l'esercizio del procedimento in forma abbreviata, il principio continuerebbe a valere²⁰⁷; non foss'altro in quanto speditezza e concentrazione del procedimento potrebbe diminuire l'adeguatezza informativa- anche in presenza di pochi soci.

La *disclosure* degli organi di gestione non viene meno neanche in base all'argomento che le variazioni patrimoniali delle partecipanti comportano una certa variabilità sull'entità delle differenze: esse, pur potendo variare non

²⁰⁵ P. Spada, *Diritto Commerciale, Vol. II. Elementi*, Cedam, 2010, p. 167 e ss. e 171 e ss., dove è svolta un'analisi circa l'esigenza di un equilibrato bilanciamento dei diritti facenti capo ai soggetti coinvolti nelle fusioni e scissioni.

²⁰⁶ *Amplius* E. Marchisio, *L'agire consapevolmente disinformato dell'amministratore di S.P.A.*, Saggio presentato al convegno annuale dell'Associazione Orizzonti del Diritto Commerciale (2015), gentilmente concesso dall'Autore.

²⁰⁷ Si fa presente che per effetto della riforma delle società di capitali del 2003 la semplificazione può addirittura spingersi al punto che l'atto costitutivo preveda la competenza a deliberare la fusione o scissione in capo ai rispettivi organi amministrativi per i casi dell'art. 2505 e 2505-*bis* c.c.. Cfr. la Massima n. 24 della Commissione Società del Collegio notarile di Milano "Applicabilità degli artt. 2505 secondo comma e 2505-*bis* secondo comma c.c. anche nel caso in cui il possesso del capitale della incorporanda intervenga nel corso del procedimento".

cessano di esistere, e pertanto non si può escludere la necessità di ragguagliare su eventuali effetti in caso di mancata contabilizzazione così come in caso di loro recepimento.

Lo svolgimento dell'incarico si muove in linea generale su due direttrici, quella "conformativa" orientata a far emergere le scelte organizzative dell'assetto patrimoniale, sia sotto il profilo della distribuzione delle quote di capitale che della sua integrità per una efficiente continuazione dell'attività d'impresa; e, per la protezione dei diritti collegati alle suddette scelte, quella informativa essenzialmente verso la compagine sociale ed i terzi interessati²⁰⁸.

Una simile prospettazione del problema relativo alle differenze non trova posto nella letteratura, probabilmente per via della diffusa convinzione secondo cui le vicende di emersione delle differenze iniziano con la redazione del documento di bilancio da parte dell'organo amministrativo della società riveniente dalle operazioni, e finiscono con l'approvazione di tale documento da parte dell'assemblea. Ma se si bada all'impatto che avanzi e disavanzi possono avere sull'assetto patrimoniale della risultante, ivi compresa la possibilità di optare- in seno all'operazione- di imputare le poste allocative in tutto o in parte al capitale nominale della risultante, la prospettiva si pensa vari ed inevitabilmente si complichino.

Acquisendo rilevanza il monitoraggio dinamico dell'allocatione di differenze, attraverso il mutamento di prospettiva sui concreti effetti patrimoniali che essa comporta, occorrerà considerare di evidenziarne l'emersione potenzialmente dall'atto fondamentale, il progetto di fusione (o scissione). Sono infatti gli amministratori delle singole partecipanti a doverlo predisporre con una diligente cognizione della situazione patrimoniale, corrispondente all'ultimo bilancio chiuso. Nonché, auspicabilmente, sulla base della situazione patrimoniale corrente al momento della sua predisposizione, per fornire una diligente cognizione di valori "notevoli" tali da lasciar presumere l'insorgenza o il rafforzamento di differenze.

Sia accedendo alla visione tradizionale delle differenze tramite gli elaborati modelli "da annullamento" o "da concambio", sia accedendovi tramite quella più ampia qui prospettata, la loro evidenziazione potrebbe dover riguardare i singoli progetti delle partecipanti. Ciò che si intende mettere in risalto, prescindendo dalla visuale ricostruttiva prescelta, sta in ciò che non è auspicabile sottacere l'esistenza di una differenza, pur senza averne completa contezza qualitativa e quantitativa, in ragione del fatto che l'informazione e gli

²⁰⁸ Si dà un'ampia trattazione dell'informazione come elemento centrale nella disciplina del rapporto di gestione sociale, a riforma avvenuta, e nel contempo come mezzo di realizzazione delle istanze proprie degli aventi diritto, in P. Montalenti, *L'informazione e il diritto commerciale*, Riv. dir. civ., 2015, p. 779.

eventuali effetti di una così peculiare situazione contabile vanno monitorati a fini cautelativi.

In aggiunta, a seconda della situazione concreta e degli interessi concretamente mobilitati dall'operazione è auspicabile effettuare la *disclosure* nell'ambito delle singole società partecipanti, e quindi all'uopo nei documenti procedurali che sono tenute singolarmente a predisporre. Va infatti rimarcato come le società partecipanti mirano sempre a formare un unico compendio patrimoniale finale (o, nel caso di scissione a disaggregarne uno, pur sempre essendo tenute a rendere analitica la provenienza degli elementi patrimoniali [cfr. art. 2506-*bis* c.c.]). Esse si caratterizzano infatti per una futura unitarietà (o molteplicità, nel caso di scissioni) oltre che dei patrimoni coinvolti anche delle varie contabilità coinvolte²⁰⁹: il collegamento fra stato del patrimonio e contabilità, prima nelle singole società interessate e poi nelle risultanti post-operazioni è biunivoco e sinergico, stante la comune funzione organizzativa svolta dal regime del patrimonio netto.

Peraltro una siffatta visuale di coinvolgimento è rafforzata da quelle opinioni via via esposte secondo cui i metodi di allocazione del disavanzo possono riguardare gli elementi patrimoniali provenienti da tutte le partecipanti e non solo quella in cui si registra la differenza.

Dandosi il caso in cui le società intendano effettuare un aumento di capitale nominale, magari in base ad un concambio, utilizzando le voci da rivalutarsi o iscriversi per l'allocazione dell'avanzo o disavanzo, dovrà allora conoscersi nel corso del procedimento- e prima della decisione con verbale notarile-quantomeno la presenza di elementi patrimoniali idonei ad essere rivalutati e direttamente disponibili per l'aumento a servizio. Qui entra in gioco l'obiezione mossa da buona parte della dottrina, secondo cui l'utilizzo del disavanzo per coprire l'aumento rende necessaria la perizia giurata dell'esperto nominato dal tribunale: come si vedrà meglio in seguito, ad avviso di chi scrive, ci sono validi motivi per non ritenere la perizia ora richiamata quale mezzo generalmente voluto dal legislatore per la messa in sicurezza dell'operazione (cfr. *infra* § 3.4.1. e 3.4.2.). Ciò che qui ora rileva, comunque, è la necessità di avere la maggior contezza possibile sullo stato patrimoniale delle società e sugli elementi contenuti in esse, tali da conoscere la misura in cui poterli rivalutare, iscriverli e poi- eventualmente- utilizzarli per l'aumento: inevitabilmente in questo frangente svolgono un ruolo centralissimo gli organi preposti alla gestione, in quanto portatori al riguardo delle necessarie informazioni e delle competenze

²⁰⁹ La prospettiva sviluppata ampiamente in questi termini in G. Ferri jr., *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, Giuffrè, 1998, p. 97 e ss. in particolare: la configurazione del patrimonio o dei patrimoni post-operazioni avvengono infatti in base ad una scansione "per competenze" assembleari o amministrative in ordine ai singoli atti dispositivi esercitabili in relazione al regime "per saldi" del netto.

per avvalersi eventualmente del supporto di terzi esperti esterni. L'argomento acquista maggior senso tenendo conto della circostanza che l'aumento di capitale va effettuato a seguito della delibera di fusione (o scissione), momento in cui le compagini sociali decidono in merito all'operazione, occorrendo quindi avere contezza degli elementi patrimoniali coinvolti dall'allocazione del disavanzo, così come della loro disponibilità per l'aumento²¹⁰.

A prescindere poi dalla programmazione e decisione di un aumento del nominale a servizio, sembra permanere il dovere di un diligente livello informativo in virtù del fatto che le poste allocative recepite in bilancio danno di regola luogo a particolari limitazioni dei poteri dispositivi sul patrimonio (*i.e.*: limiti a distribuzione di utili o reinvestimento od impiego di plusvalenze)²¹¹. Vieppiù se si allocano differenze qualificate come disponibili, senza però esserlo, possono aversi forti squilibri patrimoniali. In vista dei loro effetti dunque, sarebbe bene che i trattamenti contabili che le riguardano trovassero una giustificazione documentale tale da non lasciare ascrivere agli amministratori eventuali responsabilità per una mancata opportuna informazione e coinvolgimento dei soci nel merito.

La chiave di lettura che precede è del tutto compatibile con il precetto del comma secondo, art. 2502 c.c.. Esso fa presente come al progetto di fusione (o scissione) possono apportarsi modifiche che non incidono sui diritti propri dei soci o di terzi in occasione del verbale di decisione sulla fusione²¹². In relazione alle ipotesi poc'anzi prospettate, si potrebbe ad esempio trattare di modifiche integrative ad una mancata previsione nel progetto della disciplina di avanzi o disavanzi, necessaria per determinare un certo livello di capitale. Oppure di modifiche del livello di capitale nominale inizialmente prescelto per la risultante, in virtù della impossibilità di introdurre poste correttive del disavanzo. Se non, ad esempio, del concambio correlato a quell'aumento di capitale, eventualmente dipendente dall'allocazione nel patrimonio della risultante di un avanzo o disavanzo non adeguato- o che non lo è più²¹³. E così via ipotizzando eventuali interazioni fra variazioni delle situazioni patrimoniali

²¹⁰ Questo è un aspetto assai critico in ragione delle difficoltà di abbinamento della perizia con i procedimenti in parola: nel senso che la perizia *ex art.* 2343 c.c. è, a seconda delle opinioni, obbligatoria e da porsi al termine del procedimento, ossia quando si redige il bilancio. Ma se fosse così non si comprende quale possa essere la contezza con cui i soci decidono, consapevolmente, sulle strategie programmatiche che, con la delibera, diverranno necessariamente effettive.

²¹¹ Sussiste in questo senso un collegamento logico con il tema già ampiamente esaminato della qualificazione delle poste di allocazione come componenti di bilancio meramente contabili.

²¹² G. Ferri jr., *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, Giuffrè, 1998, p. 58: laddove si prospetta la questione della modificabilità come clausola organizzativa aperta ed ampia, che trova l'unico limite fondamentalmente nella invariabilità soggettiva delle partecipanti come dai progetti.

²¹³ Spunti in tal senso in G. Ferri jr., *op. ult. cit.*, p. 109.

in cui versano le partecipanti, in rapporto agli elementi costitutivi “organizzativi” delle operazioni.

Sulla medesima lunghezza d’onda va osservata la nota asserzione dottrinale²¹⁴ secondo cui l’atto definitivo di fusione (o scissione) può arrivare a contenere integrazioni di elementi incompleti o assenti dalla sequenza procedimentale dell’operazione, che vertono su aspetti organizzativi salienti circa la configurazione giuridico-patrimoniale dell’operazione²¹⁵. Non si potrebbe assolutamente escludere, ad esempio, che l’emersione di differenze venga introdotta e regolamentata direttamente a ridosso del suddetto atto. O che gli organi amministrativi delle società partecipanti, quali parti dell’atto in questione, abbiano accertato con una situazione patrimoniale *ad hoc* essere di particolare rilievo far risultare un avanzo o disavanzo, necessario rispettivamente a non far emergere una perdita mediante la registrazione di una plusvalenza o ad incrementare la solidità patrimoniale della società finale con opportune rivalutazioni. Il tutto avverrebbe, a decisione ormai adottata, sotto la responsabilità dei dichiaranti e sotto il controllo del notaio rogante.

Degna di considerazione, in tali frangenti, è la potenzialità del controllo di legittimità del notaio- ormai dal 2000 anche omologatorio. Sempreché non si voglia considerare questo ruolo come funzione di controllo “neutra” sulla configurazione patrimoniale, e sulle altre scelte organizzative della società riveniente, in termini di compito a vagliare attendibilità e completezza dei documenti richiesti per legge.

Di certo tale professionista non è preposto alla determinazione strettamente oggettuale delle operazioni di fusione o scissione. Pur tuttavia non essendo mai estraneo al vaglio di una loro scansione in termini di legalità, che, declinata nel

²¹⁴ Si fa rinvio ad A. Serra, M.S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Giappichelli, 1994, p. 132 e ss.

²¹⁵ Beninteso, se le modifiche da effettuarsi, pur non incidendo su diritti di soci o terzi (*i.e.*: il criterio di concambio delle partecipazioni dei soci nella risultante oppure la disponibilità di risorse per far fronte alle obbligazioni contratte anteriormente alla fusione o che la società acquisterà posteriormente) cambiano i connotati dell’operazione, allora occorrerà adoperarsi a stilare un nuovo progetto e ricominciare il procedimento. Non si pensa, però, che la modifica di criteri di contabilizzazione degli elementi patrimoniali delle partecipanti sia sempre e comunque idonea a pregiudicare tali diritti; in ogni caso è sempre opportuno vagliare la possibilità di modifica a fronte dell’esigenza di non pregiudicare l’intera operazione, ancor prima che i diritti di soci e terzi (*e.g.*: determinare un capitale nominale inferiore a quello previsto a servizio della fusione oppure non ricorrervi affatto pur lasciando inalterato il rapporto di cambio e mutare unicamente i criteri del concambio delle quote da assegnarsi nella nuova società ai suoi soci).

significato qui più appropriato riguarda la tutela dell'integrità patrimoniale della società nascente²¹⁶.

Egli potrebbe essere fra l'altro chiamato a formulare rilievi, ad esempio, sui riflessi della imputazione al capitale nominale o meno delle poste da rettificarsi o iscriversi per l'allocazione di differenze, in rapporto cioè alle modalità con cui esse potranno contabilizzarsi. Ovviamente tale supporto professionale non è orientato ad ingerirsi nell'adempimento di competenze proprie di chi amministra: non può, naturalmente, essere chiamato ad asseverare o determinare il contenuto dei documenti contabili, relazioni e stime eventualmente disposte dai soggetti preposti alla loro produzione; d'altro canto può però essere richiesto nel fornire rilievi sulla concreta portata che le opzioni organizzative adottate in punto di concambio, aumento di capitale a servizio e, più in generale, la contabilizzazione di differenze avranno sulla configurazione patrimoniale e consistenza del patrimonio sociale in definitiva scaturente. A tal proposito si tratta pur sempre di soluzioni derivanti dall'applicazione della disciplina di bilancio o degli istituti delle operazioni straordinarie, sulle quali il pubblico ufficiale dovrebbe espletare un controllo di legittimità, e può fornire una più completa prestazione professionale di consulenza, sempre compatibile con le funzioni sue proprie.

La funzione del pubblico ufficiale verbalizzante- e rogante l'atto definitivo- si pone allora,- potenzialmente- come un importante mezzo di interazione fra gli organi e le compagini per la scelta delle modalità organizzative più opportune a garantire un equilibrato bilanciamento degli interessi sociali ed individuali sottesi, in vista di una efficiente prosecuzione dell'attività imprenditoriale. Sembra che la tematica delle differenze riveli interessanti margini di interazione in questo senso, anche nei casi in cui l'espletamento delle operazioni avviene in forma semplificata e diminuisca potenzialmente il numero dei soggetti interessati e degli interlocutori del notaio.

Le affermazioni che precedono acquistano vieppiù significato dal momento in cui si considera che condizioni economicamente sfavorevoli per le società partecipanti, unite ad una inadeguata allocazione nel bilancio post-fusione di un disavanzo od avanzo potrebbero addirittura determinare significative difficoltà per la continuazione dell'attività ad operazione avvenuta. Si pensi se dovesse procedersi ad allocare un avanzo mediante iscrizione di una riserva qualificata come distribuibile, quando in realtà non lo sia, e contestualmente si dovessero registrare perdite in corso di fusione (o scissione), da ripianarsi magari tutte le riserve disponibili nell'ambito dei patrimoni sociali aggregandi. La società risultante potrebbe trovarsi a distribuire utili da riserva iscritta come

²¹⁶Si menziona l'esemplare esposizione delle problematiche riguardanti la funzione del notaio in N. Raiti, *Il notaio: da pubblico ufficiale a consulente d'impresa*, in *Le professioni intellettuali tra decoro e mercato*, AGE, n. 1/2005, p. 193.

disponibile- senza esserlo- oppure ad utilizzare la riserva da avanzo per coprire le perdite: in un caso e nell'altro, consegue l'impiego di una riserva che non doveva aver luogo, sicché è molto elevato il rischio di lasciare il capitale nominale esposto ad erosione per eventuali nuove perdite acquisite ad operazione compiuta. In quest'ordine di idee, nell'ambito delle s.p.a o s.a.p.a., si arriverebbe di lì a poco a dover effettuare una riduzione del capitale sociale per perdite, se non addirittura lo scioglimento della società risultante. Anche in una società a responsabilità limitata la dinamica si prospetta affine in virtù delle regole ancora vigenti per tale tipo sociale in materia di meccanismi di ricapitalizzazione²¹⁷, nonostante la possibilità concessa dalla legge di individuare un capitale nominale pari fino ad un euro in sede di costituzione.

Ancora, a fusione avvenuta, potrebbe ad esempio aversi- sempre nello stesso contesto di riserve disponibili completamente utilizzate in esecuzione della fusione al fine di ripianare perdite delle partecipanti- deliberazione di acconti sui dividendi (art. 2433-*bis* c.c.)²¹⁸ mediante impiego della riserva iscritta come disponibile per aver allocato un avanzo. Altrettanto problematico si pone il caso in cui si intenda aumentare il capitale nominale a servizio della fusione (o scissione) utilizzando l'avanzo, *rectius* la corrispondente riserva iscritta per bilanciarlo, in base al presupposto- spesso propugnato in letteratura- secondo cui l'avanzo è pareggiato con una posta (riserva) sempre disponibile ed utilizzabile²¹⁹. L'ultima asserzione non dovrebbe accogliersi con tranquillità, stante la diffusa convinzione che avanzi e disavanzi rappresentano entità, di regola, puramente contabili secondo quanto esposto in giurisprudenza e in dottrina. Nonostante ciò molti autori sono orientati a definire le riserve da avanzo come disponibili, senza valutare la necessità di un preventivo controllo dell'effettiva disponibilità in base ai più volte menzionati meccanismi operativi del regime del patrimonio netto: con ciò mettendo a rischio l'effettiva integrità del capitale sociale.

In tutti gli esempi fatti dovrebbe cogliersi come la qualificazione delle poste di riallineamento delle differenze è di cruciale importanza in vista della loro interazione con il regime del patrimonio netto: per certi versi è più importante la loro corretta qualificazione ed efficacia giuridica, piuttosto che la loro quantificazione. Di qui, la argomentata raccomandazione circa gli atti di

²¹⁷ P. Spada, *Un numero che detta regole- ovvero il ruolo del capitale sociale nel diritto azionario italiano*, Riv. del notariato, 2014, p. 437.

²¹⁸ Pur sempre entro limiti e condizioni stabilite nell'articolo, delle quali fondamentale è il non aver chiuso il bilancio in perdita o comunque perdite registrate nell'esercizio corrente o esercizi precedenti, magari portate "a nuovo".

²¹⁹ Cfr. C. Santagata, op. ult. cit., p. 583, quanto alla qualificazione della posta di rettifica dell'avanzo; ma qui non recepitabile, in base ai rilievi via via svolti, la distinzione fra differenze da concambio ed annullamento con riflessi sulla qualificazione della riserva come "da sovrapprezzo".

disclosure sulle differenze ascrivibile ai preposti all'amministrazione durante i procedimenti di fusione o scissione- peraltro sostenibile con la collaborazione del notaio che li porta avanti.

Le eventuali deleterie conseguenze patrimoniali, derivanti dall'allocazione di avanzi o disavanzi, possono imputarsi a seconda dei casi ed a seconda delle prospettive dottrinali adottate in materia: a) agli amministratori che si sono occupati, a partire dalle fase preparatoria o decisoria, della pianificazione *ex ante* delle iscrizioni contabili necessarie per l'allocazione delle differenze, eventualmente pianificando anche una loro imputazione al capitale nominale della risultante; b) agli amministratori della società riveniente da fusione (o scissione), se si considera la problematica delle differenze come una questione da risolversi unicamente nella fase post-fusione al momento della predisposizione *ex post* del primo bilancio di esercizio, sulla base delle documentazioni contabili disponibili- per legge- sulle società partecipanti.

Va precisato che insieme agli amministratori potrebbero riscontrarsi le responsabilità *ex ante* dei vari soggetti esterni tenuti alla redazione di eventuali stime patrimoniali, sia nel caso in cui fossero richieste facoltativamente sia in quello in fossero obbligatorie (art. 2501-*sexies*, sesto comma, c.c.), nonché dei sindaci.

Oppure *ex post* del soggetto tenuto alla revisione legale dei conti al momento della predisposizione del primo bilancio post-operazione, eventualmente insieme con i sindaci (se presenti).

Le osservazioni in ultimo sostenute, sul versante dei doveri nei diversi ruoli svolti, e della collaborazione professionale apportabili nei procedimenti, sono considerazioni compatibili con la generalità delle fattispecie ricavabili dalla realtà, casi in cui la legge di regola non impone strumenti peritali esterni per definire la situazione patrimoniale di alcuna delle partecipanti e delle eventuali differenze²²⁰. Il ricorso a stime di revisori legali esterni è quindi generalmente del tutto facoltativo, dovendosi ipotizzare piuttosto che siano gli organi amministrativi ad avere il quadro delle situazioni contabili sociali, i mezzi per ottenere informazioni economiche più analitiche e monitorare l'emersione di differenze compresa la loro sistemazione nel futuro bilancio unificato²²¹. Nelle

²²⁰ Beninteso, si ragiona in base all'assunto per cui la legge impone la perizia dell'esperto nominato dal tribunale in casi limitati. Il problema dell'estensione analogica di questo obbligo verrà trattato in seguito e comunque riguarderebbe solo i casi in cui si danno disavanzi da concambio ed aumento di capitale contestuale: requisiti che, certamente, non si propongono in tanti casi di operazioni con differenze che esigerebbero comunque in ogni caso un prudente e diligente monitoraggio contabile.

²²¹ Avverte del problema, al di là dell'esistenza di differenze, e d in generale sui valori patrimoniali monitorati effettivi essenzialmente attraverso l'attività amministrativa G. Scognamiglio, *La scissione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 328 e ss.; p. 311 e ss..

argomentazioni che precedono si è tenuto conto della prospettiva tesa a relegare la portata concreta delle differenze di fusione (o scissione) a quella di vicende meramente interne di “architettura” contabile, rimesse alla discrezionalità degli amministratori e dei periti eventualmente coinvolti, come spesso si ricava dalla letteratura; ma, alla luce di quanto analizzato, si pensa tuttavia che appaia affatto limitativo porre i rilievi effettuali delle differenze unicamente nella cornice della fase post-operazione.

3. Atti connessi con le fasi essenziali del procedimento ed opportuni adempimenti informativi

Nel passaggio tra la fase iniziale ed intermedia del procedimento si pongono una serie di atti accessori, ed eventuali, da predisporre e depositarsi anticipatamente rispetto alla decisione di fusione (o scissione) insieme al progetto di fusione presso le sedi sociali delle partecipanti. Per comprendere le implicazioni fra regolamentazione di differenze di fusione e loro predisposizione, o viceversa, è necessaria una separata disamina di ciascun atto. L'organo amministrativo può a ridosso della redazione del progetto di fusione (o scissione) redigere una relazione illustrativa (art. 2501-*quinquies* c.c.) sui parametri patrimoniali in ragione dei quali si è determinato il concambio nel progetto, così come dei criteri valutativi per giungere al rapporto di cambio- e cioè su come assegnare in concambio le partecipazioni nella società riveniente rispetto a quelle detenute dai soci delle società coinvolte²²² -; potendosi evidenziare altresì *eventuali* rilevanti *variazioni* degli elementi patrimoniali contenuti nella rispettiva società interessata.

Si è accennato anzitutto che tale relazione illustrativa può essere evitata se i soci unanimemente ne escludono la redazione; e si è detto anche che il concambio di partecipazioni non è elemento costante e necessario di tali operazioni straordinarie²²³; ragione per cui, come anche conforta la prassi, le società che si accingono a fondersi spesso non redigono detto documento.

Tuttavia, qualora tale relazione dovesse esserci, appare sensato affermare che debba evidenziarsi qualsivoglia rilevante variazione degli elementi patrimoniali contenuti nelle società: 1) tale da far sorgere l'esigenza di registrare avanzi o disavanzi (magari indotti o rafforzati dalle contingenze economiche nelle more dell'operazione); 2) oppure di modificare la tecnica di allocazione di differenze già introdotte ipoteticamente per via di una precedente operazione straordinaria; quindi modificare poste di bilancio utilizzate precedentemente

²²² P. Spada, *Diritto commerciale, Vol. II. Elementi*, Cedam, 2010, p. 167-171.

²²³ Ne sono sprovviste le fusioni o scissioni “semplificate”, in cui una società detiene l'intero capitale dell'altra, o la quasi totalità, secondo le norme citate poc'anzi nel paragrafo precedente.

per allocare differenze (*i.e.* per gli avanzi, mantenimento od accrescimento della opportuna riserva al passivo ovvero, per i disavanzi, determinate rettifiche in aumento o nuove iscrizioni all'attivo).

Ciò detto in linea con il fatto che tale documento, posteriore al progetto, potrebbe evidenziare situazioni patrimoniali che confermano l'esistenza delle differenze già menzionate nei relativi progetti; oppure- in virtù di sopravvenienze favorevoli o sfavorevoli posteriori ai progetti- far rilevare per la prima volta l'esigenza di adottare opportuni rimedi contabili finalizzati ad allocare differenze *pro futuro*. Tale relazione illustrativa insomma potrebbe rivelarsi un utile- se non addirittura necessario- strumento informativo, supplementare al documento della situazione patrimoniale intermedia, e più in generale alla programmazione delle successive fasi formative l'operazione²²⁴. Si instaurerebbe, così, un rapporto di virtuosa continuità fra i diversi atti che, legati l'un l'altro, documentano con completezza le varie fasi dei procedimenti²²⁵. Tanto più se si pone in risalto la circostanza che il concambio non è semplicemente grandezza aritmetica, estrapolato meccanicamente dal confronto dei valori (e tanto meno dei valori di bilancio) fra società coinvolte²²⁶, bensì un rapporto basato sulla situazione patrimoniale reale delle società.

Di qui l'importanza del ruolo degli amministratori, che dovrebbero adeguatamente conoscere l'andamento dell'iniziativa per mettere in luce i collegamenti fra situazione patrimoniale contabile e situazione economica reale, in vista dei riflessi che determinate vicende o variazioni economiche avranno sulla scelta del concambio e di un aumento di capitale nominale a servizio. Il raffronto fra situazione economica contabilizzata e situazione reale è dunque di rilevante momento per determinare programmazioni, variazioni o aggiustamenti sul concambio, aumento di capitale, allocazione di differenze, tutte grandezze non semplicemente aritmetiche, bensì in larga parte scaturenti da stime prospettiche degli elementi patrimoniali nel tempo²²⁷.

²²⁴ Cfr. G. Scognamiglio, op. ult. cit., p. 328 e ss., in particolare p. 338 e ss.

²²⁵ Chiaramente espressa in quest'ordine di idee la problematica fra esclusione o non del documento, e quindi della sua funzione di informazione verso i terzi creditori sociali, con le relative possibili soluzioni G. Scognamiglio, *La scissione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 337-338 in particolare.

²²⁶ A. Serra, M.S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Giappichelli, 1994, p. 59 in particolare.

²²⁷ Per la complessità della problematica, qui impossibile da sviluppare completamente si fa rinvio a L.A. Bianchi, *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, Il Sole 24 Ore, 2002, da p. 207 e ss.

3.1. (...Segue...) Le “situazioni patrimoniali” predisposte dagli organi amministrativi delle partecipanti

Il codice stabilisce inoltre (art. 2501-*quater* c.c.) che *possa* predisporre una situazione patrimoniale²²⁸ - un rendiconto patrimoniale-finanziario di periodo-redatta dall'organo amministrativo delle società partecipanti secondo i principi stabiliti in materia di bilancio. Tale situazione patrimoniale può sostituirsi con il bilancio che è stato approvato dall'assemblea non prima di sei mesi dal giorno di deposito del progetto presso la sede sociale, salva comunque la rinuncia unanime alla sua redazione da parte di tutti i soci e possessori di strumenti finanziari con diritto di voto delle società partecipanti.

Qualora non si optasse per la sua esclusione dovrà ovviamente esservi coerenza fra i dati in essa contenuti e la relazione indicata nel precedente paragrafo contenente eventuali variazioni degli elementi patrimoniali. Ciò per confermare quanto in ultimo detto a proposito della continuità fra i vari atti che si collegano a quelli delle fasi fondamentali.

La norma sulla redazione della situazione patrimoniale è pensata per sopperire, nel lasso di tempo che intercorre fra l'inizio della fusione e la sua approvazione, al mancato aggiornamento dei dati dell'ultimo bilancio approvato. La situazione patrimoniale in parola non consiste in un vero bilancio, ed infatti può farsene rinuncia sulla base del consenso unanime dei soci.

Tale documento rientra nei cc. dd. bilanci straordinari su cui la dottrina discuteva, per lo più in passato, circa la obbligatorietà o meno: si tratta dei bilanci di chiusura (dell'esercizio, appena prima dell'acquisizione di effetti di fusioni e scissioni); ma anche dei bilanci infrannuali (se la fusione o scissione cadono nel pieno corso di un esercizio non coperto da bilancio approvato) e di quello post-fusione (di apertura dell'esercizio da parte della risultante)²²⁹. Si ha a che fare insomma con documenti contabili supplementari (e si direbbe facoltativi) rispetto a quello del bilancio ordinario, inoltre formalmente non coincidenti con un vero e proprio bilancio.

²²⁸ Si rammenta, sempre in virtù del principio per cui occorre prestare attenzione all'uso dei termini giuridici secondo modalità polisense ed eterogenee, come situazione patrimoniale allude al documento contabile intermedio nel periodo coincidente con l'operazione procedimentale, fra l'ultimo bilancio approvato e l'acquisto di effetti delle operazioni straordinarie qui indagate. La precisazione vale per aver spesso qui fatto riferimento a “situazione patrimoniale” come condizione economico-giuridica in cui versa il patrimonio sociale considerato (ai fini del raffronto per stimare le differenze).

²²⁹ Ampiamente G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. ; la complessità del dibattito è riportata in A. Serra, M.S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Giappichelli, 1994, p. 44 e ss. cui si fa rinvio per conoscere le problematiche che sono rimaste dopo la riforma del diritto societario a seguito delle varie riformulazioni dell'articolo di legge; per la dottrina aziendalistica cfr. M. Caratozzolo, *Fusione e scissione e principio di continuità dei bilanci*, in *Le società*, 2000, p. 1296.

In corso di operazione dunque, o si predispongono tali “situazioni patrimoniali”- salva sempre la rinuncia dei soci e degli obbligazionisti- o si fa affidamento sugli ultimi bilanci approvati. La rinuncia comporterebbe allora l'affidamento sul bilancio dell'esercizio più prossimo per qualsivoglia esigenza operativa in seno alle operazioni- a rischio e pericolo delle società partecipanti circa il suo “aggiornamento”-²³⁰.

I documenti menzionati consistono tutti in prospetti contabili redatti dagli organi amministrativi senza approvazione da parte dei soci, e quindi con efficacia meramente interna. Essi sono finalizzati a focalizzare eventuali variazioni dei valori patrimoniali di bilancio, tali da fornire uno strumento di conoscenza quanti-qualitativa complementare rispetto a quelli già acquisibili dal bilancio, e sulla base dei quali sono adottate soluzioni organizzative in seno alle operazioni. In tal senso sono un valido strumento per risalire ai motivi delle opzioni operative effettuate nel procedimento (criteri di concambio, livello del capitale prescelto, e in materia di differenze: misura della posta di riserva, o voce del fondo per rischi ed oneri, ovvero rettifiche in aumento od iscrizioni di voci all'attivo), con adeguata chiarezza e continuità, e per giungere alla più attendibile configurazione del notorio bilancio post-fusione, contenente i valori confluenti dalle varie imprese insieme con i risultati del primo esercizio di competenza della risultante.

Nonostante persistenti discussioni della dottrina sul punto si è diffusamente affermata la convinzione che codesti prospetti contabili “interni” non debbano necessariamente corredarsi con stato patrimoniale e nota integrativa, al pari di un bilancio. A tale proposito, datone il ricorso facoltativo, può osservarsi plausibilmente che il completo corredo al pari di un bilancio può risultare utile proporzionalmente alla concreta complessità ed eventuale rischiosità della situazione economica oggetto di “aggiornamento”, rispetto agli obiettivi di ristrutturazione patrimoniale prefissati attraverso l'attuazione delle operazioni di fusione (o scissione).

La dottrina è comunque pressoché concorde nel ritenere che non c'è un ulteriore obbligo di tenuta di una contabilità straordinaria in ragione della fusione (o scissione). Ne deriva che le società partecipanti potrebbero effettuare la fusione anche solo sulla base dell'ultimo bilancio di esercizio approvato (eventualmente associato dal punto di vista informativo a quelli degli ultimi due esercizi, secondo quanto dettato per il deposito delle scritture contabili dall'art. 2501-*septies* c.c.).

Pur essendo la c.d. situazione patrimoniale un documento facoltativo, le società ne dovrebbero fare auspicabilmente ricorso specialmente nei casi in cui il periodo di tempo fra l'ultimo bilancio approvato e la decisione in merito alla

²³⁰ Fatta salva la possibilità, ovviamente, che in corso di fusione ed in particolare prima della delibera si approvi il bilancio ordinario di esercizio.

fusione è lungo, essendovi il rischio di non tenere conto di cambiamenti rilevanti nei valori contabili all'interno della fusione²³¹. Riemerge così, anche sotto tale aspetto, l'estrema rilevanza della diligenza e consapevolezza degli organi amministrativi in ordine alle scelte operative da compiersi (determinazione del concambio, capitale nominale definitivo, disciplina di differenze emerse, e così via) e da sottoporre al vaglio dei soci²³²: si può evincere che pur non predisponendosi la relazione illustrativa e la situazione patrimoniale intermedia essi siano i principali portatori delle cognizioni sulla situazione economica delle società, ivi comprese variazioni in positivo o negativo sull'andamento delle iniziative tali quindi da ripercuotersi sulla definizione degli avanzi e disavanzi di fusione emersi o emergenti, a prescindere dalla predisposizione di appositi documenti contabili "ufficiali". Vale la pena specificare, poi, che la scelta dei documenti contabili su cui fare affidamento e gli effetti di retrodatazione contabile dell'operazione sono aspetti che viaggiano separatamente. Possono, comunque, indubbiamente esserci collegamenti fra la retrodatazione (cfr. § 3.3.1., cap. II) e dati contenuti nelle risultanze contabili emergenti dai documenti sopra illustrati: sarà possibile in tal senso utilizzare i valori, aggiornati, per redigere le future scritture contabili se c'è coincidenza fra retrodatazione e periodo di riferimento delle situazioni patrimoniali. Ma sia beninteso, se i documenti contabili predisposti sono più lontani rispetto al momento di acquisizione di effetti delle operazioni, la mancata coincidenza fra periodo dei documenti e periodo di retrodatazione contabile è evenienza che fa capo ad una scelta operativa legittima.

3.1.1. (...Segue...) La relazione del revisore legale dei conti sulla congruità del rapporto di cambio

L'art. 2501-*sexies* c.c. dispone sulla possibilità di redigere una relazione tecnica riguardante la congruità del concambio fra partecipazioni possedute nelle società interessate dalle operazioni e partecipazioni da assegnarsi ai soci nella società da esse scaturente, nonché la congruità dei criteri in base ai quali si è giunti a determinare quel rapporto di cambio- cioè l'attribuzione di quali e quante quote ai soci della riveniente. La redazione di tale relazione è posta a carico di un revisore legale dei conti per ciascuna delle società partecipanti che,

²³¹ G. Ferri jr., op. ult. cit., p. 134.

²³² B. Libonati, *Amministratori e bilancio: il principio della verità dei bilanci*, in Riv. soc., 1969, p. 540 e ss. "L'amministratore, cioè, valutando in sede di redazione del rendiconto, puntualizza già un certo criterio di gestione che deve appunto essere funzionalizzato in aderenza allo schema che si è adesso postulato. Gli amministratori dovranno perciò esporre in bilancio la situazione patrimoniale dell'impresa...".

se la società risultante è una società per azioni o in accomandita per azioni, occorre sia nominato dal tribunale. Senza potersi soffermare partitamente sulle varie modalità attraverso cui la legge individua i soggetti deputati a redigere la relazione in parola²³³, la necessità di produrre tale relazione introduce un tema assai rilevante ai fini delle problematiche qui affrontate: la determinazione del concambio di partecipazioni ed il suo rapporto con la materia delle differenze. La disamina di tale elemento costitutivo della fusione (o scissione) si presenta potenzialmente assai spinosa. Principalmente per il motivo secondo cui buona parte della dottrina lo invoca come elemento generatore- o, facendo affidamento sul modello di differenze da concambio sarebbe meglio dire solo talvolta condizionante- di una delle due classi di differenze. Le critiche esposte nel corso dell'indagine dovrebbero aver messo in luce come tale classe di differenze- resa concorrente con quella "da annullamento"- è foriera di dubbi e assai problematiche incertezze, nonché di difficoltà operative quanto alla realizzazione delle operazioni sia in punto di applicabilità dell'art. 2504-*bis*, quarto comma, c.c. sia in punto di armonizzazione con le regole inderogabili riguardanti la formazione del capitale nominale²³⁴. Sicché dietro la soluzione, oggi più tranquillante, di rendere entrambe le classi di differenze destinatarie della medesima disciplina del quarto comma ora menzionato, continua comunque ad annidarsi lo stringente interrogativo sul se il modello "da concambio" possa considerarsi in effetti legittimamente come categoria di differenze a sé stante²³⁵.

Si intende ora viepiù porre in risalto, che, asserire l'origine di una determinata classe di differenze dal concambio e/o aumento di capitale nominale altro non sottende letteralmente che l'esigenza pratica di porre in essere determinate operazioni straordinarie con l'ausilio dei riallineamenti contabili di cui al quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c.: l'applicazione di tali tecniche è indispensabile per attribuire un certo quantitativo di partecipazioni in base alle necessità economiche delle partecipanti- logicamente non sempre compatibili in astratto con una meritevolezza di tutela giuridica- oltre il livello dei loro patrimoni netti. Segnatamente, la programmazione ed applicazione di un determinato concambio riposa anzitutto sulle situazioni patrimoniali reali facenti capo alle rispettive partecipanti, tali da influenzare il rapporto di cambio, ma non viceversa. In secondo luogo, la scelta di dare luogo ad un aumento di capitale

²³³ Si rinvia a N. Atlante, *La fusione*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studi sulla riforma del diritto societario, 2004, per una sintetica e puntuale osservazione dello stato normativo post-riforma del diritto delle società di capitali.

²³⁴ Cfr. § 6.1 e 6.2 della presente indagine.

²³⁵ Da notarsi che la *communis opinio* sul punto in discussione è esemplarmente riassunta nella massima n. 72 della commissione di esperti del Consiglio Notarile di Milano. Secondo la quale la disciplina dell'art. 2504-*bis* c.c. si ritiene ormai, alle condizioni indicate, applicabile anche in presenza di differenze da concambio.

nominale a servizio sulla base delle poste da introdursi per l'allocazione di differenze inerisce alla valutazione circa idoneità e misura di quelle poste ad essere imputate a capitale nominale- e non semplicemente a patrimonio²³⁶. Problema, quello dell'accrescimento del nominale, che non viaggia necessariamente con la determinazione del concambio (cfr. § 4.1., cap. III); ed inoltre non riguarda l'allocazione delle differenze secondo la *mens legis* del quarto comma²³⁷, bensì il regime dispositivo del patrimonio netto risultante dall'operazione programmata; e, segnatamente, la selezione quali-quantitativa dei valori da destinarsi al capitale nominale.

Gioverà così chiarire, prima di procedere nella direzione ora esposta, il ruolo assunto dal concambio nell'ambito di fusioni e scissioni. Il concambio è assente nelle fusioni cc. dd. semplificate (così come per le scissioni)²³⁸: quando cioè una società viene incorporata da un'altra la quale possiede per intero- o quasi- le quote rappresentative del suo capitale sociale. Egualmente accade per i casi di fusione c.d. inversa in cui la società controllata in misura maggioritaria o totalitaria incorpora la controllante²³⁹. Si noti come, proprio per espressa previsione di legge, viene meno il presupposto per indicare nel progetto il rapporto di cambio ed i criteri di questo cambio di partecipazioni, nonché della relativa relazione di congruità degli esperti. Similmente accade quando soci delle partecipanti sono i medesimi e nella stessa misura nell'una come nell'altra. Il che sta a significare che si tratta di operazioni assolutamente prive del rapporto di cambio.

Fattispecie di fusione (o scissione) diverse da quelle prive di concambio risultano essere quelle in cui i soci tutti (insieme con i possessori di strumenti finanziari con diritto di voto, se ci sono) rinunciano alla relazione di congruità del revisore legale. L'opzione di escludere la redazione di quest'ultimo documento non manifesta automaticamente l'assenza di rapporto di cambio: la circostanza è solo indice del fatto che le compagini sociali preferiscono fissare

²³⁶ Si rammenta che per imputazione a patrimonio si intende ovviamente la mera contabilizzazione, secondo le disposizioni in materia di bilancio; la locuzione si contrappone ad imputazione a capitale (nominale) nel senso di idoneità del cespite ad essere computato sotto la voce "capitale sociale" nel patrimonio netto.

²³⁷ Per approfondimenti sulla *ratio* dell'art. 2504-*bis* c.c., si veda *infra* § 3, cap. III.

²³⁸ Cfr. gli artt. 2505, 2505-*bis*, 2506-*ter* c.c., articolo quest'ultimo che richiama in materia di scissione direttamente i primi due citati.

²³⁹ Risoluzione Agenzia delle Entrate n. 111/E del 7 aprile 2009, con cui si sancisce definitivamente la compatibilità della disciplina del quarto comma art. 2504-*bis* c.c. con la fusione inversa, nonostante i dubbi da lungo tempo espressi in dottrina. Un quadro esaustivo del problema, risolto attraverso argomenti pienamente condivisibili che non configurano la fusione inversa come caso di acquisto di azioni proprie da parte della incorporante in M.S. Spolidoro, *Effetti patrimoniali e rappresentazione contabile della fusione inversa*, in *Le società*, 2000, p. 892.

“convenzionalmente”, per mezzo dei soli organi di amministrazione, il rapporto di cambio che comunque va menzionato ed illustrato nel progetto.

Tanto specificato per rimarcare che, avendo i soci fatto affidamento sugli amministratori per stabilire la misura dei propri diritti patrimoniali ed amministrativi nella società risultante, è probabilmente preferibile fare ricorso agli strumenti documentali indicati negli ultimi due paragrafi piuttosto che rinunziarvi, sia per l'interesse ad una più chiara informazione sia per una maggior trasparenza circa i criteri attuativi dell'operazione. Starà in ogni caso pur sempre ai soci decidere sul rinunziare o meno ai detti ultimi documenti.

Guardando con maggiore attenzione alla portata e rilievo del concambio (compresi i suoi criteri di “stipulazione”), si apprende da recente dottrina che ha condotto attenti studi a proposito delle tecniche utilizzate in concreto per individuare il concambio, come esse si basino sulle reali situazioni patrimoniali dei diversi enti coinvolti. A tale riguardo si utilizzano metodologie di calcolo affatto diversificate e composite. Si danno in linea di massima: a) un criterio semplice di flussi, in cui il quantitativo di partecipazioni con-cambiate è commisurato alle proiezioni di redditività delle imprese sociali considerate senza tenere conto dei valori patrimoniali contabilizzati; b) un criterio patrimoniale, in cui le partecipazioni in concambio si commisurano ai valori patrimoniali contabilizzati dalle singole partecipanti al netto di mutui e finanziamenti ottenuti anche mediante emissioni obbligazionarie; tenuto conto anche di eventuali scostamenti fra rappresentazione contabile e situazione reale qualificabili “differenze”, oppure avanzi o disavanzi semplici quali utili e perdite esistenti al momento di determinazione del concambio; c) un criterio misto fra flusso e patrimoniale, cui consegue un criterio di concambio composito che valorizza meno, o comunque attenua, l'esistenza di differenze o generici avanzi e disavanzi rispetto all'attribuzione di quote; d) criteri empirici che basano il cambio sulla mera quotazione di borsa delle partecipazioni sociali nelle imprese considerate e che possono constare o (d1) sulla semplice valutazione delle quotazioni nei mercati regolamentati in un periodo di tempo antecedente e medio-lungo oppure (d2) sulla valutazione di una media ponderata fra valore nei mercati regolamentati delle quote delle imprese considerate e quelli di alcune imprese esercenti attività nei medesimi settori: evidentemente tali ultimi criteri presuppongono la forma della società per azioni o in accomandita per azioni e si applicano alle operazioni che partono ed arrivano ai medesimi tipi di società²⁴⁰.

In breve l'esistenza di avanzi o disavanzi ordinari consistenti in utili o perdite acquisiti fino a quel periodo, così come quelle che si possono definire di differenze di fusione consistenti in voci di regola non “redditali” da

²⁴⁰ G. Figà-Talamanca, *Studi empirici sulle società di capitali*, Piccin-Nuova Libreria, 2010, p. 153 e ss.

contabilizzare, possono arrivare tutte ad incidere complessivamente in maggiore o minore misura sul concambio prescelto a seconda del criterio valutativo del patrimonio delle partecipanti: ciò perché l'avanzo o il disavanzo di fusione è sempre manifestazione in senso giuridico-economico, rispettivamente, di un plusvalore inespresso o espresso "insito" in un patrimonio sociale. Sicché appare plausibile affermare che sono le stesse differenze di fusione (o scissione), in quanto- come detto- entità che compendiano l'interesse sociale a manifestare nei limiti posti dalla legge una determinata situazione patrimoniale reale, ad influenzare il rapporto di cambio stipulato, contrariamente a quanto pare potersi ricavare dall'orientamento che propugna l'opposta influenza del concambio sull'esistenza di differenze.

Sicché il concambio- sempreché esista ed- inteso come misura finale di diritti patrimoniali ed amministrativi dei soci, non potrebbe atteggiarsi ad elemento formativo di alcuna differenza. Quindi, di per sé stesso, giustificare le tecniche di riallineamento patrimoniale conseguenti all'allocazione di avanzi o disavanzi da fusione (o scissione). In tal senso il ragionamento vale anche per il solo aumento di capitale senza concambio²⁴¹. Se così fosse si arriverebbe al risultato di poter manovrare l'entità delle differenze tramite strumenti stipulativi²⁴² propri delle operazioni straordinarie, quasi come se tali entità fossero frutto di una scelta dispositiva fra le controparti. In più si verrebbe a creare una forte discrasia nell'applicazione delle medesime regole su basi assai diversificate fra categoria di differenze da annullamento e differenze da concambio, ravvisabile nella circostanza per cui le seconde potrebbero pianificarsi negozialmente al fine di acquisire vantaggi eventuali patrimoniali e fiscali a differenza delle prime. Il che aprirebbe la strada ad un facile uso per finalità meramente speculative e fiscalmente elusive della criticata categoria di differenze, quando invece l'art. 2504-*bis* c.c. mirerebbe ad escludere proprio questo. Questa eventualità distorsiva pare da non potersi ritenere scongiurata nemmeno attraverso l'applicazione della relazione di stima sui conferimenti in natura alle fusioni che approdano a società di capitali, per la ragione che l'attestazione della parità fra valori destinati ed aumento di capitale non dirime il dubbio circa l'effettiva disponibilità degli elementi da destinarvisi. Ciò in quanto, per lo meno applicando analogicamente l'istituto della relazione richiamata, si attesterebbe solo l'ammissibilità delle rivalutazioni ed iscrizioni- da effettuarsi per riallineare il disavanzo- oltre un certo livello dei patrimoni netti coinvolti:

²⁴¹ C. Santagata precisa infatti che si danno aumenti di capitale senza concambio, poiché a volte esigenza fisiologica delle operazioni: op. ult. cit., p. 201.

²⁴² O, per chi ne propugna la negozialità, altresì definibili "strumenti negoziali". Si veda in tal senso, quanto agli atti procedurali della fusione (e scissione), G. Scognamiglio in, Autori vari, *Fusioni e scissioni di società*, Milano, Giuffrè, 1995.

ma si tratterebbe pur sempre di stime che, per quanto attendibili, non contribuirebbero a garantirne l'effettività.

Tornando precipuamente alla relazione di congruità del revisore legale circa il rapporto di cambio determinato nei confronti di chi diverrà socio nella società riveniente da fusione è da concludersi che tale documento non si presta affatto come strumento di evidenziazione di differenze di fusione esistenti (similmente nella scissione). Consistendo essa in un mezzo per confermare la giustificabilità dei criteri impiegati per giungere ad un determinato concambio²⁴³, e potendosi al più da parte del relatore focalizzare metodologicamente la sua determinazione sulla base di valori assoluti- cioè correnti- non adeguatamente espressi dai documenti contabili. Essa non assolve quindi una funzione valutativa circa l'efficacia della modalità con cui si procede a rappresentare contabilmente l'ammontare delle risorse nella nuova società costituita (imputazione a capitale, imputazione a riserve di varia natura, distribuibili o non, aumento del valore dei cespiti in virtù di cc. dd. plusvalenze latenti ovvero loro mancata svalutazione per effetto di effettive minusvalenze, e così via. V. *infra* § 3, cap. II).

Diverso problema che comunque non si riflette sulla valutazione di consistenza e disciplina delle differenze eventualmente esistenti è quello della “inattualità” del rapporto di cambio. La dottrina ha ragionevolmente osservato come mentre il concambio nel corso della procedura operativa di fusione (o scissione) resta immutato- e questo è dato per assunto, a meno di non effettuare modifiche al progetto-, prosegue invece l'esercizio delle singole società, sì che l'entità dei loro patrimoni è potenzialmente mutevole e soggetta a continue variazioni finché non si giunga ad iscrivere l'atto finale che costituisce definitivamente gli effetti aggregativi di patrimoni. In breve, la situazione economica reale da cui si è fatto dipendere il concambio muta, mentre il concambio resta fermo. Si fa attentamente notare²⁴⁴ come tale evenienza rappresenti un effetto ineluttabile del procedimento, che si riflette essenzialmente sul concambio determinato- senza modifiche- alla società risultante, e di conseguenza sulla posizione dei singoli soci quantitativamente misurata in base ad esso. Ragione di più per convincersi, quindi, che il contenuto patrimoniale- compresi scarti fra contabilità e situazione reale- delle singole partecipanti non è- e non può essere- influenzato dal concambio, accadendo bensì il contrario. Ciò in virtù del fatto che il rapporto di cambio si determina in base ad una “fotografia” della situazione patrimoniale-finanziaria in quel momento facente capo alle società di riferimento, la quale ultima può

²⁴³ *Amplius* A. Serra, M.S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Giappichelli, 1994, p. 66 e ss., sull'assoluta impossibilità di cumulare la funzione della relazione di congruità con quella di valutazione del patrimonio e del disavanzo, quando richiesto dalla legge.

²⁴⁴ G. Ferri jr., *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, Giuffrè, 1998, p. 134 e ss.

migliorare o peggiorare per i motivi più vari legati al rischio di impresa; si anche da fare insorgere o rafforzare l'esigenza di applicare i rimedi contabili stabiliti dal quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c.. Laddove quindi concambio e livello di capitale nominale prescelto per la società finale sono determinabili e modificabili unicamente in funzione di essa- ma, logicamente, non viceversa.

In definitiva, le cognizioni attualmente rinvenibili da un'analisi giuridica specifica non consentono affatto di affermare che l'iscrizione di avanzi o disavanzi ai sensi dell'art. 2504-*bis* c.c. sia governata dalla determinazione di un certo concambio e/o da un certo livello di capitale della società scaturente dalle operazioni. A ben vedere, inoltre, le ultime asserzioni non paiono contraddette nemmeno dalla formulazione dell'art. 172 (e 173 per le scissioni) T.u.r., il quale enuncia la possibilità che *anche a fronte* dell'applicazione di un determinato concambio od aumento di capitale a servizio delle operazioni oltre la misura del patrimonio netto delle partecipanti, le eventuali differenze positive o negative- intese come scarto fra l'ammontare dei netti e valore delle partecipazioni attribuite- sono esentate dalla imposta sui redditi. Nulla di nuovo aggiunge la norma alla circostanza che aumenti di capitale oltre il livello dei netti sia, astrattamente, strada lecita e praticabile. Ma stando ai dati testuali non si dà la benché minima enunciazione positiva degli elementi costitutivi delle fattispecie considerate, tale da individuarne una struttura e disciplina diversa o coincidente rispetto a quella del quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c..

3.2. Gli strumenti dispositivi interni ai procedimenti finalizzati ad agevolare l'esecuzione delle operazioni

Esistono nell'ambito dei procedimenti esaminati dei dispositivi diretti ad agevolare e rendere maggiormente efficace la realizzazione delle operazioni di fusione e scissione²⁴⁵: si tratta, per quanto qui interessa, della possibilità di retrodatare gli "effetti contabili".

Segnatamente, gli enti stipulanti possono inserire nel progetto di fusione una clausola di c.d. retrodatazione contabile.

Infatti, a partire dall'iscrizione dell'atto di fusione (o scissione) nel registro delle imprese, oltre ad aversi la concentrazione dei patrimoni delle partecipanti sì che la società risultante prosegue *ex nunc* in tutti i rapporti giuridici delle partecipanti (cc. dd. effetti reali), sono ad essa imputate *ex tunc*-retroattivamente- ai soli fini contabili e fiscali le operazioni compiute dalle partecipanti a partire dalla conclusione dell'ultimo esercizio (artt. 2501-*ter*, n. 6, comma 1, c.c. e 2504-*bis*, comma 3, c.c.). Tali effetti di "retrodatazione"

²⁴⁵ Si dà anche la retrodatazione nella partecipazioni agli utili prodotti dalle partecipanti prima dell'operazione, istituto che però non espone legami diretti con la materia qui trattata.

contabile si verificano però solo e soltanto se la clausola, prevista nel progetto, viene poi approvata dai soci nell'ambito della decisione verbalizzata dal notaio. L'inserimento della suddetta clausola è espressione della scelta di voler riportare i dati contabili relativi alle singole società coinvolte a partire fondamentalmente da quelli che ricadono nel periodo di tempo in cui si è svolta la fusione (o scissione), da unificarsi poi nel bilancio post-fusione (o scissione): saranno i dati contabili, con le eventuali variazioni, riconducibili a partire da quel periodo a confluire nel bilancio post-fusione. Posizione più aperta vuole che tale data possa arrivare fino a quella in cui si è concluso l'esercizio precedente con l'approvazione del relativo bilancio ordinario; taluno segnala la possibilità invece di fermarsi alla data di iscrizione del progetto di fusione (o scissione)²⁴⁶.

Si può osservare come l'inserimento di una siffatta clausola è indipendente dalla predisposizione di situazioni patrimoniali intermedie redatte dall'organo amministrativo, o dalla approvazione del bilancio di esercizio per il relativo periodo di retrodatazione. Certo è che maggiore chiarezza e veridicità possibile sui dati contabili, ossia le variazioni di valore di tutti gli elementi patrimoniali sottesi alle varie società²⁴⁷ non ancora confluiti nel bilancio ordinario, rilevanti per le differenze da essi indotte, sono acquisibili con una più nutrita documentazione contabile; che comunque è sempre "prodotto" della scelta delle varie compagnie sociali.

3.2.1. La clausola di retrodatazione nella partecipazione agli utili

Discorso simile in termini di operatività, anche se del tutto diverso in punto di funzionalità, può essere svolto per la clausola di retrodatazione nella partecipazione agli utili delle quote da attribuirsi ai soci in concambio nell'ambito della società riveniente dall'operazione di fusione (o scissione). Si tratta di una clausola che consente ai soci della risultante di partecipare agli utili nella misura determinata in base alle quote concambiate non solo- ma ciò sarebbe ovvio- sugli utili prodotti dalla stessa risultante, bensì anche su quelli incamerati dalle diverse società coinvolte. Ragion per cui si può dire privo il riflesso di tale clausola in materia di avanzi e disavanzi.

Qualche appunto merita forse la circostanza che in caso di situazione di perdita di una o più società coinvolte nella fusione (o scissione), occorrerà ripianare le perdite attraverso l'uso di risorse presenti nelle/a altre/a partecipanti/e; sicché,

²⁴⁶ Per la pluralità di orientamenti e problematiche connesse A. Serra, M.S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Giappichelli, 1994, p. 144 e ss..

²⁴⁷ Ampiamente G. Ferri jr., op. ult. cit., p. 154 e ss. in particolare.

se riserve vi sono toccherà utilizzarle oppure, similmente, se vi sono utili²⁴⁸ incamerati nel corso dell'esercizio ovvero presenti per essere stati portati a nuovo. In tal senso la società riveniente dalle operazioni potrà iniziare l'esercizio in utile e non in perdita, e a seconda delle situazioni patrimoniali delle partecipanti e di quella le cui risorse sono state impiegate per far fronte alle perdite, potranno o meno esservi utili da distribuire. Si rammenta, in quest'ordine di idee, che comunque può ben darsi una società riveniente che inizi l'esercizio in perdita, pur sempre non trattandosi di perdite che erodono il capitale nominale o il capitale nominale nel minimo legale.

In tale ultimo caso, se la società è di capitali, si solleverebbero una serie di problemi assai rilevanti²⁴⁹. Essa potrebbe vedersi costretta a dover ripianare le perdite accumulate ed eventualmente- se non riesce a farlo- a ridurre il capitale nominale (art. 2446, 2482-bis, c.c.) a causa del sovraindebitamento. Oppure nella peggiore delle ipotesi potrebbe vedersi costretta per la medesima ragione ad azzerarlo per poi aumentarlo almeno entro il minimo legale (art. 2447, 2482-ter, c.c.). In tali ultimi casi si può dire che gli obiettivi dell'operazione straordinaria sono seriamente messi a repentaglio, se non sono addirittura falliti, potendosi arrivare anche allo scioglimento.

Se la società risultante è di persone la prospettiva cambia, poiché il capitale nominale non funge da limite al sovraindebitamento, né da causa di scioglimento, e si può dunque utilizzare per coprire perdite²⁵⁰. Può tuttavia entrare in gioco il generale divieto alla distribuzione di utili fino a ripianamento di perdite.

In tale quadro, la presenza di un avanzo o disavanzo potrebbe presentarsi di una certa rilevanza. Nelle società di capitali, se non si allocano, magari optando per la trasposizione dei valori transitanti dalle partecipanti al costo storico, potrebbe: (a) in caso di disavanzo emergere una perdita che, a seconda della situazione or'ora prospettata accentuerebbe la situazione di registrazione di perdite, o magari addirittura intaccherebbe il capitale nominale secondo le ipotesi suddette; (b) nel caso di avanzo, non si avrebbe una riserva da plusvalenza con cui attenuare gli effetti dell'emersione delle perdite delle partecipanti- sempre presumendo la qualificazione meramente contabile della riserva.

²⁴⁸ Sul concetto di utile in un'accezione strettamente giuridica, secondo la vigente disciplina del bilancio, G. Figà-Talamanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 145 e ss. Sulla perdita *ibidem* p. 150 e ss.

²⁴⁹ Si rinvia a A. Serra, M.S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Giappichelli, 1994, p. 12 e ss. per un'analisi dei problemi relativi a fusioni e scissioni di società sciolte, incorso di liquidazione o semplicemente in perdita.

²⁵⁰ *Amplius* P. Spada, *Appunto in tema di capitale nominale e di conferimenti*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 127-2006/I.

Se si allocano, ma magari si procede ad un aumento di capitale a servizio utilizzando le poste rivalutate- ed effettive-, si avrebbe una situazione di carenza di risorse per far fronte ad eventuali perdite prossime (in ragione del vincolo a capitale di quelle disponibili): con il risultato che si rientrerebbe nella situazione di grave difficoltà determinata dall'erosione del nominale, in virtù dell'assenza di riserve "cuscinetto" da capitale (o anche statutarie).

Vale insomma la regola, specie in caso di coesistenza di perdite con differenze positive o negative, di una valutazione prudenziale e di accertamento sul realizzo e disponibilità delle voci introdotte per il riallineamento delle differenze. Questo ordine di problemi rende ancora più evidente quanto sia centrale la adeguata pianificazione e regolamentazione delle differenze. Per esempio, evitare di qualificare la riserva da avanzo come non distribuibile potrebbe, per via del suo utilizzo- e stante la mancata realizzazione della plusvalenza²⁵¹ -, aggravare le perdite se non avviare l'erosione del capitale nominale. Anche le voci dell'attivo ritoccate in aumento per coprire un disavanzo, qualora dessero luogo alla distribuzione di utili dalla società risultante- senza risultare ammortizzate- potrebbero compromettere seriamente la sua stessa operatività limitando o- a seconda dei casi-annullando i poteri dispositivi esercitabili sul patrimonio.

L'interpretazione del comma quarto art. 2504-*bis* c.c., infatti, se auspicabilmente effettuata attraverso una lettura combinata con le regole classiche fissate in materia di deroghe legali alla formazione del bilancio, invita in realtà alla cautela, nel senso che invita a leggere le poste iscritte per regolare avanzi e disavanzi come voci di bilancio meramente contabili, di non immediata fruibilità da parte dell'ente risultante da fusione (o scissione).

Ciò che si pone in disarmonia con la disciplina generale del bilancio è l'automatica qualificazione delle poste iscritte o rivalutate, senza alcun accertamento nell'*an* circa il loro effettivo realizzo, come fossero risorse liberate dalla fusione (o scissione)²⁵².

²⁵¹ Si precisa che la plusvalenza indistribuibile- cioè non realizzata-, se utile ad aiutare che si eviti l'esposizione di una perdita - pur sempre a seconda della sua entità- nello stato patrimoniale, non può- al pari di una riserva disponibile o specificamente utilizzabile in tal senso (ad es. legale o da sovrapprezzo)- impiegarsi per ripianare perdite. Cfr. chiaramente G. Figà-Talamanca, op. ult. cit., p. 182 e ss..

²⁵² Per fruibilità si intende, ovviamente, realizzo e disponibilità della corrispondente frazione di patrimonio netto che le poste contribuiscono a formare o a vincolare quanto all'esercizio di atti di disposizione, come distribuzione di utili, imputazione a capitale, ovvero riduzione del capitale nominale senza le opportune cautele di vincolo all'inutilizzabilità della parte ridotta (cfr. in quest'ultimo senso C. Santagata, op. ult. cit., p. 593).

3.3. Notazioni conclusive a proposito del contenuto degli atti fondamentali del procedimento e loro rapporti con il rilevamento di differenze di fusione

Dovrebbe essere emerso, a tal punto, che i documenti ancillari agli atti fondamentali possono rappresentare un importante strumento per informare sulle opzioni organizzative essenziali fra una fase e l'altra dei procedimenti; nonché giustificarne l'adozione a partire dalla progettazione sino all'effettiva esecuzione dell'operazione. Più consistente è il disavanzo od avanzo stimato, maggiore dovrebbe essere l'analiticità della pianificazione della sua allocazione in vista della decisione dei soci- verbalizzata dal notaio: si è infatti accennato a come esso possa ripercuotersi sulla determinazione dei saldi di bilancio nel patrimonio finale e la continuazione efficiente dell'attività d'impresa. L'esigenza di pianificazione, che riflette il diritto di soci e terzi ad essere partecipi di scelte potenzialmente determinanti per l'integrità della loro partecipazione e la prosecuzione della iniziativa scaturente dall'operazione, non deve necessariamente coincidere con l'esposizione di una completa e definitiva modalità allocativa. Più che altro, essa, deve coincidere con le conoscenze e le misure che prudentemente sono opportunamente prospettabili a tal proposito in quel dato momento, tenendo conto del grado di conoscenza predicabile nel confronto dei gestori. Cioè a dire che sarebbe anche possibile porre in evidenza l'esigenza di approfondire la problematica attraverso il supporto di professionisti revisori esterni, finalizzato a chiarire e definire il *modus operandi* in rapporto alla futura contabilizzazione di differenze oppure alla prossima esigenza di aumentare il capitale mediante poste allocative di differenze. Peraltro, se la documentazione accessoria dei procedimenti è rinunciata o esclusa per legge, acquisisce maggior rilevanza l'apporto informativo dei gestori a proposito di allocazione ed impatto patrimoniale delle emerse differenze. Senza, insomma, voler proclamare a tal proposito un dovere di onniscienza degli organi amministrativa, resta il fatto che il disallineamento fra documentazione contabile del patrimonio e sua situazione reale ha pur sempre a che fare con cognizioni relative alla competenza di tenuta delle scritture contabili. Sta dunque a tali organi provvedere su monitoraggio e pianificazione (con il supporto di terzi o sotto la loro piena responsabilità) del modo in cui predisporre opportunamente la contabilità della società riveniente, per raggiungere al meglio gli obiettivi delle operazioni ed il rispetto dei precetti di legge sulla formazione del patrimonio.

Anche i dati legislativi dell'istituto della fusione aiutano ad inquadrare gli spazi entro cui muovere l'adempimento delle suddette competenze. Individuando l'art. 2501-ter c.c. solo i contenuti minimi del progetto, non sembrano evidenziarsi limitazioni nel poter disciplinare vicende organizzative che, pur non testualmente previste, si ripercuotono sugli obiettivi e sulla articolazione

dell'operazione (ad esempio sul concambio "pattuito", l'esigenza di aumentare il capitale nominale, di prevedere l'allocazione di differenze, e così via). Guardando anche alle fusioni semplificate (art. 2505), si può vedere che il contenuto minimo è ridotto, mentre per le fusioni con acquisizione a seguito di indebitamento (art. 2502-*bis* c.c.) il contenuto è all'opposto incrementato: ma non si danno affatto limiti testuali all'integrazione dei contenuti dell'atto in questione. La dottrina ha infatti definitivamente rilevato come la riforma organica delle società di capitali abbia ampliato gli aspetti del contenuto "legale" del progetto, senza comunque vietare la possibilità per i redigenti di ampliarne ulteriormente la portata²⁵³.

Non sussistono dunque limitazioni normative- testuali o extratestuali- che escludano la possibilità di documentare nel progetto e, vieppiù, nella decisione sociale il problema delle differenze e della loro contabilizzazione, prima che esso si concretizzi nell'esercizio della competenza amministrativa dei redigenti il bilancio, portandolo fuori dal preventivo vaglio da parte dei soci. A maggior ragione, il coinvolgimento appare opportuno allorché si ritiene di dover aumentare il capitale tramite l'utilizzo di poste allocative di differenze: caso in cui il problema di disciplinarle si pone necessariamente prima della redazione del primo bilancio post-fusione.

In breve, il rilevamento dell'emersione di differenze da allocarsi, pur radicandosi sull'esercizio di poteri di discrezionalità nell'amministrare, imporrebbe bensì l'esercizio di tale discrezionalità in modo trasparente e "socialmente" orientato, per via dei riflessi patrimoniali e fiscali indotti. Invero, la potenziale dialettica che verrebbe ad instaurarsi fra organo proponente, soggetti decidenti e controllo del pubblico ufficiale stipulante²⁵⁴ all'interno del procedimento, arriverebbe a porsi verosimilmente quale circolo virtuoso per calibrare gli effetti delle speciali iscrizioni allocative.

Il trascorrere del tempo, nelle more dello svolgimento del procedimento, può rivelarsi un problema significativo per la variazione del trattamento previsto o da prevedersi per le differenze. Inoltre gli adempimenti ed oneri degli amministratori possono essere assai ponderosi lungo il procedimento, sicché è possibile supporre che vi sia l'esigenza di far ricorso ad esperti esterni per avere adeguata contezza circa la gestione di differenze. Si potrebbe ipotizzare allora di sciogliere questi possibili nodi con un mandato conferito dall'assemblea all'organo amministrativo in occasione della decisione sulla fusione (o

²⁵³ G. Ferri Jr.-G. Guizzi, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori*, p. 256-257

²⁵⁴ Beninteso si fa consapevolmente riferimento al "notaio" e non "notai" pur potendosi presentare l'evenienza che per ciascuna società la deliberazione sia verbalizzata da notai doversi. Ciò non toglie che la conoscenza delle e i rilievi sulle condizioni dell'operazione da svilupparsi non possa in tal caso limitarsi nei confini della società "rogante" il proprio notaio: i preposti all'amministrazione devono comunque coinvolgere il pubblico ufficiale sui criteri globali adottati nell'operazione.

scissione), per incaricare di predisporre una relazione di stima esterna su quel patrimonio interessato dalla differenza/e, da allegarsi all'atto definitivo di fusione (o scissione)²⁵⁵.

Se la *disclosure* sulle differenze è adeguatamente effettuata in perizia la decisione sociale sulla fusione (o scissione) può escluderne un'illustrazione analitica, rinviando direttamente agli esiti peritali, che dovranno essere completi secondo la sequenza 'ragioni/ammontare- disciplina-effetti previsti- imputabilità a capitale nominale (eventuale)'.

Se tale ricorso all'esperto esterno non avesse luogo la suddetta sequenza dovrebbe allora svilupparsi quantomeno all'interno della decisione sociale sulla fusione (o scissione); specialmente nei casi in cui i soci devono decidere in merito ad un aumento di capitale nominale che utilizza poste introdotte per l'allocazione di differenze. Ovvero anche oltre la decisione, eventualmente da effettuarsi sulle basi di monitoraggio già impostate nella prima parte del procedimento, se si tratta della contabilizzazione di differenze senza aumento a servizio.

In tal modo sarebbero bilanciati tutti gli interessi coinvolti nell'esercizio del procedimento, cioè l'integrità del patrimonio riveniente, la conservazione delle partecipazioni sociali e delle ragioni degli *stakeholders*, nonché tutelati gli amministratori sotto il profilo del corretto e perito svolgimento del loro incarico da eventuali azioni di responsabilità per il caso di negativi esiti insperati delle operazioni.

3.4. La necessità della relazione di stima sui conferimenti in natura per asseverare i disavanzi in vista di un aumento di capitale nominale post-fusione

Alcuni orientamenti dottrinali²⁵⁶ pongono in evidenza come il compimento di fusioni e scissioni da cui scaturiscono società di capitali renderebbe necessaria una relazione di stima ai sensi dell'articolo 2343 c.c. sulla consistenza dei patrimoni della/e società partecipante/i, quando in essa/e emerge un disavanzo, e contestualmente è previsto un aumento del capitale nominale nel progetto. Una siffatta programmazione implicherebbe l'aumento del nominale in misura maggiore rispetto alla somma dei patrimoni netti delle partecipanti stesse. Implicherebbe cioè un incremento del capitale nominale oltre il livello

²⁵⁵ Sono fatti salvi i casi in cui la relazione di stima sul patrimonio della/i partecipante/i è imposto dalla legge (art. 2501-*sexies* c.c.).

²⁵⁶ Si veda, per tutti, lo studio del collegio degli esperti di diritto societario presso l'ordine professionale notarile di Milano, Massima n. 72, del 2005, *Imputazione del disavanzo da concambio nella fusione e scissione*.

delle risorse concentrate nelle società, ragguagliato alla somma dei patrimoni netti. La soluzione farebbe capo all'esigenza di evitare che il nominale risultante sia incrementato in base ad elementi patrimoniali fittizi o sovrastimati che mettano a rischio la sua integrità che si pone come carattere fondamentale stante l'incisivo condizionamento svolto dal nominale sull'attività delle società di capitali (cfr. artt. 2446, 2447, 2483-*bis*, 2483-*ter*, c.c.).

Si sostiene allora che in tali casi sorgerebbe l'obbligo di predisporre la relazione prevista per i conferimenti in natura, redatta dal medesimo revisore legale incaricato per la predisposizione di quella sulla congruità del rapporto di cambio²⁵⁷.

La tesi della generalizzazione dell'obbligo a redigere la stima dell'esperto nominato dal tribunale solleva però numerose riserve e perplessità, ad oggi, per lo più irrisolte. C'è un'ampia varietà di opinioni che sostengono l'obbligo in parola talvolta in misura ancor più rigida talvolta meno, opinioni che saranno vagliate nei profili ritenuti più critici.

Anzitutto, la dottrina che maggiormente ha elaborato e propugnato questa tesi, lo ha fatto in epoca di poco precedente alla riforma del diritto delle società di capitali. Erano dunque assenti sia il relativo comma dell'art. 2501-*sexies* c.c. sia il quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c.. Quest'ultima giungeva a conclusione che occorre predisporre la perizia di cui all'art. 2343 c.c.- senza avere comunque riguardo ai limiti come quelli posti dal penultimo comma, art. 2501-*sexies*, c.c.- per ogni fusione (o scissione) che approdi ad una società di capitali, a prescindere che sia per incorporazione o per unione, o che vi sia o non un disavanzo da allocare oppure l'aumento del capitale nominale post-fusione in misura superiore alla somma dei capitali nominali delle partecipanti²⁵⁸. La

²⁵⁷ L'obbligo di redigere tale relazione di stima (ulteriore rispetto a quella di congruità) è in applicazione estensiva del penultimo comma, art. 2501-*sexies*, c.c..

²⁵⁸ L.A. Bianchi, *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, p. 347, nel quale si afferma che la perizia va richiesta sempre, a prescindere da un aumento che superi il tetto della somma dei patrimoni netti delle partecipanti; diversamente C. Santagata, *Le fusioni, cit.*, p. 202 in particolare, argomenta che l'esigenza della perizia emerge solo nei casi in cui si prevede nel progetto di fusione (e scissione [si aggiunge qui]) un aumento di capitale oltre la somma dei capitali sociali. Ma ben vedere sostenere ciò implicherebbe stima per il solo fatto di aumentare il nominale rispetto ai nominali delle partecipanti: scompare la sua esigenza in vista dell'incremento superando le risorse, secondo il normale metodo del patrimonio netto. Anche qui si amplierebbe notevolmente la sussistenza dell'obbligo. Dello stesso avviso M. Notari, *Appunti sull'iscrizione dei beni dell'incorporata nel bilancio dell'incorporante successivo alla fusione*, in Studi in onore di G. Cottino, II, Cedam, 1997, p. 1375 e ss..

E' evidente, comunque, che nell'ottica considerata la perizia sui conferimenti in natura garantirebbe essenzialmente la parità fra valore dei beni da imputarsi e valore del capitale nominale aumentato, a prescindere dall'effettuazione dell'aumento entro od oltre la somma dei patrimoni netti presenti. Il punto del problema dell'estensione analogica sta però proprio in ciò, sulla validità della relazione ad attestare l'effettiva integrità del capitale futuro in termini di "realizzabilità" dei valori imputati, al di là della parità che essa comunque mira a garantire. Non

ragione della conclusione sta in ciò che tali fusioni (o scissioni) andrebbero intese quali *conferimenti* di patrimonio da una o più società verso altre, con la relativa esigenza di dover asseverare quanto apportato alla stregua di un conferimento in natura in una società di capitali.

Altra dottrina²⁵⁹ situava l'argomento della eventuale necessità della relazione unicamente nella circostanza per cui l'allocazione di disavanzi avrebbe dato luogo ad aumenti di capitale oltre il valore dei patrimoni netti delle partecipanti, mediante una rivalutazione degli elementi patrimoniali aggregati attraverso la fusione (o scissione) in deroga alla continuità del bilancio, e fuori da un esplicita previsione di legge. A ben vedere tale ultima asserzione è pienamente giustificata nella misura in cui fa rilevare come sia assente un dato testuale che ancora oggi - legittimi una siffatta soluzione operativa: resta il fatto che attualmente non si danno imposizioni di legge che rendano obbligatoria la stima giurata sulle modalità di allocazione di disavanzi - di qualsiasi natura-. L'art. 2504-*bis* c.c. riguarda infatti le modalità di contabilizzazione delle differenze, e non i criteri di imputabilità al capitale nominale. Si soggiungeva poi, che la predisposizione della relazione in parola sarebbe servita a rendere più sicuro e attendibile il criterio utilizzato per giungere al rapporto di cambio, cioè a garantire mediante l'attestazione dell'esperto che i valori sulla base dei quali il concambio è determinato non sono sovrastimati o arbitrari.

Altro orientamento, successivo alla riforma del diritto delle società di capitali, ha esplicitamente limitato la necessità della stima in parola alle fattispecie in cui il progetto preveda un aumento del capitale nominale oltre la somma dei "capitali sociali" delle partecipanti²⁶⁰.

Tratto comune di tutti i citati orientamenti si rinviene nell'intenzione di utilizzare la relazione di stima *ex art.* 2343 c.c. per fini non coincidenti con quelli prestabiliti dal legislatore in sede di valutazione del conferimento nella fase costitutiva di una società, e ciò né in punto di fattispecie concreta né dal punto di vista del contesto economico delle operazioni compiute qui in oggetto.

sembra invece affatto dispositivo eletto per quantificare le differenze ed indicare il grado della loro effettività, almeno non per espressa volontà legislativa.

²⁵⁹ M.S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Giappichelli, 1994, p. 76 e ss.

²⁶⁰ C. Santagata, *Le fusioni*. Cfr. n. 193 precedente. Pare dubbio il significato di "capitali sociali", se riferito cioè al capitale sociale come patrimonio (netto), oppure per alludere al capitale nominale. In tutta probabilità la locuzione si riferisce alla somma dei patrimoni netti delle partecipanti.

Ammette peraltro la possibilità di rivalutare ed iscrivere poste sino ai valori correnti degli elementi attivi.

Da parte di taluno si è infatti parlato criticamente dell'utilizzo in funzione *multipla* della citata relazione nei casi illustrati in corso di paragrafo²⁶¹. Il rilievo critico si muove nella prospettiva in cui la relazione di stima non risulterebbe efficace nelle operazioni straordinarie, per le varie finalità sopra invocate, poiché andrebbe fondamentalmente a riguardare la determinazione del valore degli elementi ricompresi nel patrimonio di una- o più- società: essa è infatti tipicamente preordinata a determinare l'entità del patrimonio in questione. Quando invece il problema del disavanzo e del suo impiego per un aumento di capitale va ben oltre, dovendo la perizia piuttosto estendersi al rilevamento della attendibile capienza dei singoli beni aggregandi nel patrimonio della risultante- pur sempre al di sotto dei loro valori correnti²⁶²-, al fine valutare la modalità di allocazione del disavanzo in rapporto all'esigenza dell'aumento di capitale. Per giunta, occorre accertare poi il realizzo e la disponibilità delle poste da rivalutarsi ed iscriversi a tal fine per comprendere la misura in cui il capitale potrebbe incrementarsi senza lederne l'effettiva integrità.

Tuttavia, le repliche che possono muoversi agli argomenti sull'obbligatorietà della relazione sono di varia natura. Anzitutto, l'art. 2501-*sexies*, c. 6, c.c., in ragione dei presupposti applicativi e finalità che lo caratterizzano, mal si concilia con l'intento di estendere analogicamente la perizia sui conferimenti in natura al fine di accertare la modalità di allocazione del disavanzo ed allo scopo di comprendere la misura in cui poter effettivamente aumentare il capitale nominale.

La *ratio* della norma citata rispecchia, in realtà, la circostanza per cui il patrimonio di una società di persone potrebbe non essere adeguatamente stimato nei valori che esso ricomprende, in ragione dei meno stringenti doveri di monitoraggio contabile rispetto ad una società di capitali. L'esigenza di valutare il patrimonio della società di persone sorge essenzialmente²⁶³ ai fini della potenziale imputabilità dei valori in esso ricompresi al capitale nominale

²⁶¹ Concordemente con la prospettiva esposta in A. Serra-M.S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, op. cit., p. 81, cercando di limitare l'obbligatorietà ai casi per i quali oggi è prescritto l'obbligo della relazione *sub* comma settimo art. 2501-*sexies* c.c., la si profila dubitativamente in caso di insorgenza di disavanzo da concambio. Di fatto, comunque, escludendo la relazione per gli tutti i casi di fusione o scissione che approdano a società di capitali (di nuova costituzione o preesistenti).

²⁶² Si veda la disamina sul problema della possibilità di aumento sino al *fair value*, in cui si asserisce l'estraneità di siffatta soluzione (c.d. *fresh start method*) al sistema italiano in A. Vicari, Autori vari, a cura di M. Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008, p. 193. Autore che però afferma l'applicabilità di tale criterio alle fusioni o scissioni citate dal settimo comma dell'art. 2501-*sexies* c.c. in punto di obbligatorietà della relazione di stima sui conferimenti in natura.

²⁶³ A. Serra- M.S. Spolidoro, op. ult. cit., p. 79. In cui l'Autore limita richiamando la posizione di P.G. Marchetti la necessità di stima per i casi oggi riconosciuti dall'articolo citato poc'anzi nel testo, pur sembrando nutrire dei dubbi sull'efficacia della relazione ai fini qui esaminati.

della società di capitali risultante, il quale assume in queste ultime un compito “regolativo” ben diverso che nelle prime, e deve essere pertanto integro ed effettivo²⁶⁴. In base a queste ragioni la legge ritiene in tali casi, e solo in questi, di dover (analogicamente) assoggettare il transito del patrimonio di una società di persone verso una di capitali per effetto delle fusioni (e scissioni) alla medesima disciplina del conferimento in natura. Vigono così precisi presupposti soggettivi ed oggettivi per l’applicazione di suddetto comma alle fusioni ed alle scissioni²⁶⁵, che sfuggono invece quando se ne sostiene l’applicazione in via generale per la stima del disavanzo ricompreso in una società partecipante e per la sua eventuale imputazione al capitale nominale della società di capitali risultante. Peraltro, la stima imposta nei casi limitati dalla legge presuppone unicamente un monitoraggio degli elementi patrimoniali- e della loro corretta contabilizzazione secondo i criteri ordinari o speciali- transitanti dalla società di persone in quella di capitali, sulla base del quale poter commisurare prudentemente un aumento di capitale della risultante: rispetto a questo monitoraggio poi i preposti alla gestione dovrebbero basare le necessarie misure per allocare differenze, ed eventualmente aumentare il nominale nei limiti della liceità.

Inoltre è ormai pressoché assodato che il compimento di operazioni di fusione e scissione (così come di trasformazione) non induce un fenomeno di conferimento dei patrimoni delle partecipanti verso la società risultante, al pari di ciò che accade per la costituzione o gli aumenti di capitale di società di capitali. Tanto più che in tali ultimi casi l’obbligo del conferimento sorge a carico dei soci, mentre nelle operazioni straordinarie si dà un transito di patrimoni generato degli effetti tipici degli istituti, giammai obblighi a conferire gravanti sui soci o sulle società.

L’art. 2343 c.c. è quindi pensato come un congegno normativo ascrivibile esclusivamente ai conferimenti nonché agli aumenti di capitale in natura²⁶⁶. E’ per giunta evidente che il richiamo fattone nell’ultimo comma dell’art. 2501-*sexies* c.c. è effettuato in via analogica. Indi, invocarne l’applicazione per mezzo dell’art. 2501-*sexies* c.c. significherebbe effettuare un rinvio analogico ad un rinvio analogico, e cioè: a) divergere dai principi regolatori del sistema normativo societario, i quali non riconoscono un’applicazione incondizionata

²⁶⁴ Cfr. art. 2446, 2447, c.c. per le s.p.a.; art. 2482-bis, 2482-ter, c.c., per le s.r.l. In punto di riduzione del capitale nominale per perdite. Si rinvia qui *infra* §§ 4.

²⁶⁵ Si veda paradigmaticamente G. Scognamiglio, *La scissione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 338 in particolare. Il discorso è svolto per entrambe le operazioni straordinarie qui considerate.

²⁶⁶ Si veda l’esposizione di A. Vicari, in Autori vari, a cura di M. Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008, p. 188, che richiama gli autori che non concordano sulla obbligatorietà della perizia di stima e quelli invece a favore, sembrando propendere per la seconda posizione.

della disciplina sui conferimenti e gli aumenti di capitale alle operazioni straordinarie se non nei casi espressamente stabiliti dalla legge. Segnatamente, al di fuori di tali previsioni speciali, l'applicazione è del tutto facoltativa se non addirittura irrilevante. b) Estendere oltremodo il campo applicativo del comma richiamato, al di là dei casi da esso individuati in via del tutto eccezionale e limitata (l'applicazione generalizzata di una norma eccezionale comporterebbe poi l'inosservanza del combinato disposto dell'art. 12 e 13 delle Preleggi).

Inoltre, nel quadro dei rapporti sistematici fra dettato ed operatività dell'art. 2504-*bis* c.c. e documentazioni richieste nei procedimenti di fusione e scissione, la circostanza per cui si ritiene applicabile la relazione di stima in parola alle fusioni e scissioni in casi del tutto limitati, sembra frutto di una precisa scelta del legislatore storico²⁶⁷.

Quanto ai profili di coincidenza funzionale fra relazione di stima e valutazione del patrimonio per definire la differenza negativa, nonché la misura di quest'ultima utilizzabile per l'aumento di capitale a servizio, avrà comunque luogo una approfondita disamina nell'ultima parte corrispondente al terzo capitolo dell'indagine.

3.4.1. I limiti legali all'obbligatorietà della stima sui conferimenti in natura. I limiti funzionali della stima sui conferimenti in natura per l'asseverazione di differenze

L'analisi specifica sui fondamenti delle teorie circa l'obbligatorietà della stima prevista per i conferimenti in natura mette in luce come, al fondo degli argomenti, stia l'assimilazione delle operazioni straordinarie a vicende di conferimento di patrimoni fra società.

L'assimilazione genera dapprima deformazioni a livello teorico e poi una varia quantità di problemi pratici²⁶⁸. Seguendo le prospettazioni, per così dire ondivaghe, delle varie posizioni dottrinali, si ricava quanto segue.

²⁶⁷ G. Scognamiglio, *La scissione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 328 e ss., dove si mette in luce come a partire dalla Commissione d'Alessandro si è addivenuti al mancato recepimento della soluzione dell'obbligo generalizzato di stima dei patrimoni confluenti nella società di capitali riveniente da fusione o scissione. Argomentazioni del tutto condivisibili sono diffusamente trattate.

²⁶⁸ G. Figà-Talamanca, *Bilanci ed organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, p. 186, in particolare v. nota 23, dove sviluppa un'argomentazione in senso- parrebbe- dubitativo la distinzione fra differenze da concambio e da annullamento e l'assimilazione della loro disciplina a quella del conferimento.

Si confrontino poi i numerosi riferimenti sul punto, diffusamente, nei primi paragrafi della prima parte della presente indagine.

In base a questi argomenti le differenze da concambio vengono configurate come vicende in cui le partecipazioni emesse in forza dell'aumento di capitale rappresentano il corrispettivo per l'apporto di un patrimonio da una partecipante verso un'altra; ovvero da una partecipante nella società neo-costituita. Sotto un'ottica di matrice aziendalistica, che si riverbera incisivamente sulla costruzione giuridica di tali fattispecie, le quote emesse in virtù dell'aumento assolvono nella suddetta costruzione il ruolo che nell'ambito del modello da annullamento svolge il prezzo pagato per aver assunto la partecipazione nella incorporata. Non a caso un siffatto inquadramento induce a considerare giuridicamente l'allocazione del disavanzo da concambio come vicenda avente ad oggetto la rivalutazione (o iscrizioni) di elementi attivi nelle partecipanti, in termini di attuazione dell'interesse a vedere valorizzato al massimo "il prezzo pagato" per unire oppure (nella scissione) scorporare un determinato patrimonio a favore di una società incorporante o di nuova costituzione: grazie alle rivalutazioni, attraverso cui è possibile effettuare l'aumento di capitale, si attribuiscono ai soci un quantitativo di quote che tiene conto del valore reale proprio della partecipazione precedentemente detenuta nella fusa (o scissa) ed apportata nella risultante.

Se l'acquisizione di una siffatta concezione a proposito di questo modello di differenze può rivelare una delle probabili declinazioni dell'operazione sul piano economico, generalizzare un siffatto intendimento sul piano giuridico porta a deformazioni concettuali.

Stando così le cose, nonostante da più parti si dichiarò la formazione "casuale"²⁶⁹ della differenza da concambio, parrebbe che nella determinazione dell'entità delle differenze da concambio ci sia ben poco di casuale: in realtà le rivalutazioni ed iscrizioni per allocare il disavanzo altro non sarebbero che quantità contabili frutto della scelta di un certo livello di capitale nominale, pattuito in sede di programmazione- con o senza applicazione di un concambio-. Si arriva così al dato contraddittorio: la necessità di stima *ex art.* 2343 c.c. - evocata sotto le più svariate modalità- verso le operazioni che denotano un disavanzo di tale specie altro non dimostrerebbe che una manifesta diffidenza verso il monitoraggio delle possibili rettifiche di valori prospettate dagli organi amministrativi senza un supporto esterno, imparziale, che garantisca adeguata allocazione evitando annacquamenti del capitale aumentato. Ebbene se, allora, l'esigenza di fondo è questa, da cumularsi a quella di non lasciare spazio a rettifiche fino ai valori correnti degli elementi attivi²⁷⁰, nelle differenze da concambio ci sarebbe davvero poco di casuale. Ciò

²⁶⁹ A. Vicari, Autori vari, a cura di M. Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008, p. 192. Che rinvia a L. A. Bianchi: *ivi* nota 44.

²⁷⁰ A. Vicari, *op. ult. cit.* p. 191 e ss., in cui accoglie delle eccezioni al principio, per i casi di fusione di società di persone e fusioni eterogenee.

in quanto tutto lascia intravedere che l'onere formale- precauzionale- invocato verso queste differenze sia pensato per evitare che la discrezionalità di pianificazione si trasformi al limite in arbitrio. Si registrerebbe, in tal senso, un profilo di incoerenza rispetto agli altri tipi di differenze, che ben possono presentare problematiche tutt'affatto analoghe senza che per esse sia contemplata l'obbligatorietà della relazione.

A ben vedere l'ordine di idee a tal proposito sarebbe diversamente inquadrabile: l'opzione del testo di legge di escludere la generalità delle fusioni e scissioni dalla predisposizione della relazione di stima sui conferimenti in natura pare denotare una precisa scelta. Scelta orientata a porre in capo agli organi amministrativi la discrezionalità nel decidere a seconda del caso specifico l'opportunità di predisporre la documentazione necessaria, orientata a monitorare- senza distinzione per classi e- sotto la propria responsabilità²⁷¹ l'esigenza di allocare differenze. Ivi compresa l'esigenza di utilizzare le poste così scaturenti da tale monitoraggio per aumentare il capitale nominale nell'ambito delle operazioni.

Riemerge così la centralità dell'amministrazione trasparente e diligente del procedimento di fusione (o scissione) esaminata nei paragrafi della seconda parte dell'indagine. Saranno, dunque, gli organi amministrativi delle partecipanti a misurare la *disclosure* sulle differenze nell'esercizio del loro incarico: informando in maggior misura o minore le compagini sociali, ricorrendo- facoltativamente- a periti esterni alla società per predisporre i rimedi necessari per regolarle; optare se effettuare l'incremento dei capitali nominali delle partecipanti utilizzando le poste correttive per l'allocazione dell'avanzo o disavanzo; e così via nella vasta pluralità dei casi concreti ipotizzabili.

Da una lettura globale degli orientamenti e delle problematiche sollevate, si ricava come l'imposizione nei casi esaminati della perizia stabilita per i conferimenti in natura non risulterebbe un buon deterrente contro rivalutazioni arbitrarie e indebite che mettono a rischio l'integrità del nominale da incrementarsi. La ragione dell'affermazione risiede nel fatto che l'asseverazione sulla parità fra patrimonio "apportato" rispetto al capitale da aumentarsi, non può arrivare a garantire²⁷² la piena l'effettività degli elementi

²⁷¹ Si veda il recente scritto, in cui si colgono tutti i punti fondamentali inerenti all'adempimento della competenza amministrativa in relazione ai casi in cui non sussiste la necessità di perizia di stima sui conferimenti in natura nel sistema vigente, di J. Sodi, *Apporti in natura nelle società di capitali e relazione giurata di stima*, Commissione studi d'impresa del Consiglio Nazionale del Notariato, 2015, per gentile concessione dell'Autore.

²⁷² P. Ferro-Luzzi, *Deroghe ai criteri di valutazione e rivalutazione*, in Giur. comm., 1981, I, p. 15. L'Autore osserva come rivalutazioni "in tronco" di tutti i beni rivalutabili si muove tendenzialmente sempre verso il valore effettivo del bene, il cui ammontare è di difficile individuazione. Ciò non tanto perché non si possa trovare "un" valore ma poiché data la

modificati o iscritti- nell'accezione del codice civile vigente²⁷³-. Supponendo- come verosimilmente potrebbe verificarsi- che i criteri impiegati dall'esperto per addivenire alla valutazione del patrimonio coincidano con il pieno riconoscimento dei valori correnti dei singoli cespiti, sarebbe allora palese che la società non potrebbe al limite effettuare l'aumento accogliendo integralmente quei valori rilevati²⁷⁴. Si avrebbe, in ogni caso, l'ulteriore necessità di accertare il realizzo e la disponibilità delle poste da impiegarsi.

Accertamento che può raggiungersi solo attraverso un controllo dinamico e aggiornato, che l'organo di gestione riuscirebbe a fornire, essendo al corrente della reale situazione patrimoniale in cui versa l'impresa partecipante e quindi della mutevole consistenza dei suoi elementi patrimoniali nel corso delle operazioni. Sicché, mancherebbe sempre un tassello fondamentale affinché la stima peritale raggiunga gli obiettivi invocati dalla dottrina che ne richiede la predisposizione. Tassello sopperibile solo tramite l'esercizio di un'oculata e prudente funzione gestoria in punto di selezione degli elementi idonei ad essere utilizzabili per l'incremento del nominale. Si aggiunge che assai difficilmente, quindi, una stima peritale arriverebbe da sola a soddisfare quella necessaria esigenza di certezza cui si è fatto ora riferimento.

Il problema or'ora affrontato non è di poco conto. Il discorso, a questo punto, si riallaccia alla tesi ampiamente esposta nel corso dell'indagine con riguardo alla qualificazione residualmente contabile e non reddituale delle differenze. In quest'ordine di idee non possono considerarsi automaticamente disponibili e di certa realizzazione le poste da introdursi in bilancio post-fusione (o scissione) per l'allocazione di disavanzi o avanzi²⁷⁵ (cfr. *infra* §§ 3.1, 3.1.1., cap. III).

mutevolezza del mercato è molto difficoltoso trovare "il" valore che corrisponde al concetto di realizzo per diritto vigente sul bilancio.

²⁷³ Si veda, per la portata funzionale della perizia di stima sui conferimenti in natura, unicamente nel senso di attestazione del possibile massimamente *obiettivo* valore di realizzo, G. Olivieri, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Cedam, 1989, in particolare p. 182-185. Comunque non necessariamente coincidente con il valore di mercato (*fair value*), né con la valutazione di idoneità quali-quantitativa del bene ad essere imputato a capitale nominale: potendosi il cespite, o per ciò che qui più interessa l'elemento patrimoniale, imputarsi in bilancio "a patrimonio" ma non "a capitale"

²⁷⁴ Un quadro assai articolato dei criteri di valutazione immaginabili, tali da sollevare incertezze sull'univocità delle misurazioni di valore dei cespiti aziendali, o comunque, beni da conferirsi, diffusamente nell'opera di G. Olivieri, op. ult. cit.: v. in particolare p. 170 e ss.; specialmente con riguardo al conferimento di azienda p. 366 e ss..

²⁷⁵ P. Ferro-Luzzi, op. ult. cit., fa osservare su di una posizione rigida- seppur riferita alle ordinarie rivalutazioni concesse in deroga ai criteri ordinari di bilancio- come "la rivalutazione non può mai concorrere né alla individuazione del reddito di impresa, e fermo il fatto che la rivalutazione non può mai concorrere a determinare "il distribuibile" (*i.e.* disponibile). Va da sé, che, in quest'ottica assai ferma sull'indisponibilità, le rivalutazioni hanno senso solo per eliminare problemi operativi (ad es. coprire perdite) che insorgono o possono insorgere

Secondo le conclusioni ricavabili dalla impostazione prescelta nella presente disamina, la questione della disponibilità delle poste di allocazione di differenze è connessa a tutte le figure di differenze- si accolga o meno la notoria bipartizione-. Ciò significa che, tendenzialmente, il pericolo di utilizzo di poste non effettivamente disponibili per aumenti di capitale può porsi anche nei casi non classificabili come differenze da concambio.

Le conclusioni sul punto cui giunge la dottrina si presentano invece disomogenee: la necessità della relazione di stima, ad esempio, non è affatto considerata per gli avanzi da concambio. Medesimo trattamento vale per le differenze da annullamento. La dottrina citata ritiene che le riserve con cui si allocano gli avanzi, come, più in generale le poste allocative di differenze *da annullamento-* potrebbero liberamente utilizzarsi, anche per aumenti di capitale nominale, senza che occorra alcuna perizia. Basterebbe in tal senso la scelta degli organi gestori, ratificata dalle decisioni sociali, quanto all'esercizio di atti dispositivi sulle poste allocative di differenze. Pur tuttavia potendosi concordare con la prospettata *libera allocazione e- eventualmente-* disposizione delle relative poste per questi casi in cui non è ritenuta obbligatoria la relazione di stima, non appare affatto convincente la mancata precisazione circa l'esigenza di accertare il grado di realizzo e disponibilità anche delle poste scaturenti dall'allocazione in questi stessi casi. Ciò detto, in quanto, non è dimostrata né per gli avanzi da concambio né per le differenze da annullamento l'inesistenza di un pericolo di poter aumentare il capitale con poste allocative fittizie o sovrastimate, senza quindi osservare la corretta formazione del capitale nominale nelle società di capitali. Emergono così altre zone grigie, sia dal punto di vista teorico che applicativo, per quanto riguarda le posizioni propugnanti l'obbligo di perizia mediante estensione analogica.

Riportando, adesso, ad una coerenza argomentativa le nozioni acquisite, gioverà richiamare la tesi qui prescelta secondo cui i dati strutturali- necessari e sufficienti- per ridurre le differenze ad una categoria univoca possono trarsi in via generale dal modello di quelle da annullamento, apportandovi i già illustrati correttivi finalizzati a renderne la configurazione unitaria e di portata generale²⁷⁶. Accogliendo tale unicità di categoria, e mettendo da parte lo strumentario concettuale proprio delle differenze da concambio, la disciplina del quarto comma non impone alcuna stima solenne né dei patrimoni sociali né

nell'impresa. La prospettiva è paradigmatica per comprendere anche la *ratio* delle rivalutazioni ed iscrizioni a copertura di disavanzo.

²⁷⁶ Si rammenta che secondo l'unificazione prospettata le differenze si possono trarre in senso generale dal confronto fra la somma degli elementi all'attivo e il patrimonio netto di ciascuna società partecipante. Il cumulo degli scarti per ciascuna società, adeguatamente motivati e documentati come differenze fra situazione patrimoniale contabile e situazione patrimoniale reale, costituiscono l'ammontare totale della differenza di fusione (o scissione), sulla base del quale operare quantitativamente il relativo trattamento contabile.

delle differenze riconducibili alle partecipanti²⁷⁷. Se, inoltre, mancano i presupposti per applicare la perizia di stima *ex* 2343 c.c. secondo il comma sesto, art. 2501-*sexies*, non occorrerà applicarla nemmeno in presenza di un aumento di capitale programmato. Tutto ciò che riguarda la quantificazione della differenza da fusione (o scissione) e l'eventuale impiego delle poste allocative per incrementi di capitale è materia gestita dagli organi preposti delle varie società, sotto la propria responsabilità civile oltre che penale²⁷⁸.

Ovviamente, come meglio si vedrà nel terzo capitolo del presente lavoro, si rimarca che l'esigenza di assicurare l'integrità del capitale nominale si riscontra in misura stringente nei tipi sociali "di capitali" a differenza che nelle tipologie "di persone". Ciò in virtù del differente ruolo assolto dal capitale nominale fra i primi e le seconde²⁷⁹. Come, peraltro, si inferisce dal sesto comma dell'art. 2501-*sexies* c.c., quanto all'obbligo di applicare- analogicamente- la stima sui conferimenti in natura nei casi di fusione o scissione *di società di persone in società di capitali*.

Articolandosi così il dibattito sulla obbligatorietà o meno della relazione di stima, può concludersi che: anzitutto il problema circa l'imputazione al nominale delle poste finalizzate a coprire differenze non può integralmente risolversi con l'obbligo formale generalizzato di una perizia analoga a quella sui conferimenti in natura²⁸⁰. Il legislatore difatti, non a caso, ha postulato che i congegni contabili contemplati dall'art. 2504-*bis* c.c. siano applicabili, al di fuori di qualsivoglia onere peritale solenne, tramite la più opportuna soluzione di monitoraggio e trattamento delle differenze nell'ambito degli spazi concessi dagli atti procedurali. In seconda battuta, lo sfruttamento delle poste allocative di differenze nell'ambito delle operazioni, in modo da procedere ad un aumento di capitale a servizio comprensivo delle suddette poste, sarebbe pur sempre rimessa nella generalità dei casi alla competenza degli organi amministrativi- sotto l'eventuale supervisione degli organi di controllo- in

²⁷⁷ Cfr. M.S. Spolidoro, op. ult. cit., p. 79. Chiara è la negazione della stima obbligatoria per le differenze da annullamento.

²⁷⁸ Che questa prospettata sia la situazione "normale" cui pensava anche il legislatore della riforma può essere confermata altresì da Autori precedenti alla riforma: M.S. Spolidoro, op. ult. cit., p. 79 in particolare, afferma infatti che "I valori attribuiti ai beni che compongono l'attivo dei beni delle società di capitali secondo il bilancio di esercizio [*cui si aggiunge ad oggi lo stesso quarto comma dell'art. 2504-bis c.c.*] sono considerati di per sé idonei a coprire il capitale: la responsabilità degli amministratori, la presenza di un organo tecnico di controllo, il rispetto delle regole legali sono di per sé una "garanzia" dei valori"

²⁷⁹ *Amplius* G. Figà-Talamanca-P. Spada, *Profili contrattuali delle società di persone: forma, formalità e modificazioni*, Riv. dir. priv., 2009, p. 33.

²⁸⁰ Denota, poi, un siffatto stato del problema la posizione dell'O.i.c., che nell'O.i.c. 4 che afferma in genere la superfluità di tale documento, pur tuttavia evidenziando l'eccezione della sua esigenza per i disavanzi da concambio, secondo linea dottrinale prevalente (www.fondazioneoic.it).

termini di valutazione ed accertamento sull'idoneità degli elementi patrimoniali da utilizzarsi.

E', infine, fatta eccezione per le fattispecie in cui società di persone si fondono o scindono in società di capitali- di nuova costituzione o preesistenti-, come previsto dal comma 6 dell'art. 2501-*sexies* c.c.: casi in cui deve essere necessariamente predisposta nell'ambito del procedimento la stima giurata sul patrimonio sociale transitante verso la società di capitali finale da parte dell'esperto nominato dal tribunale.

3.4.2. (...Segue...) Notazioni conclusive sulla *non* necessità di una relazione di stima per l'allocazione di differenze

Fusioni e scissioni in cui emerga un disavanzo, e contestualmente sia programmato un aumento di capitale utilizzando le poste allocative della differenza richiederebbero sempre, stando alla dottrina esaminata nel precedente paragrafo, una relazione di stima del tipo previsto per i conferimenti in natura nelle società di capitali. Dando seguito a questo indirizzo, come visto, la relazione in parola dovrebbe allora estendersi entro aspetti programmatici e di pianificazione che vanno oltre la normale funzione di attestazione della parità fra ammontare di capitale nominale determinato nell'iniziativa e beni da conferirsi a tale scopo dai soci. La perizia dovrebbe, allora, estendersi di necessità sull'asseverazione dei possibili margini di rivalutabilità o iscrivibilità, in relazione a tutti i cespiti aggregati (o disaggregati) tramite le operazioni, nonché verso l'accertamento di quali e quanti elementi patrimoniali attivi rivalutati e iscritti possano definitivamente imputarsi al nominale.

Se invece la differenza consistesse in un avanzo- ma la dottrina, senza assolvere l'onere della prova, non si pronuncia sul punto- occorrerebbe attestare che le riserve da utilizzarsi²⁸¹ risultino effettivamente disponibili.

Vi sono comunque, come illustrato, una pluralità di motivi per cui porre in discussione una tale soluzione. Anzitutto il dato letterale dell'art. 2501-*sexies* c.c., la cui *ratio* diverge notevolmente da quella di voler introdurre un'applicazione generalizzata della relazione menzionata. Inoltre, la portata funzionale di cui è dotata la relazione di stima *sub* art. 2343 c.c.; nonché quella di cui è dotato l'art. 2504-*bis* c.c., che non assoggetta la disciplina delle differenze ad alcun onere peritale, nemmeno per l'accertamento di quali fra le poste introdotte per l'allocazione di differenze possano considerarsi disponibili

²⁸¹ Come anche il fondo per rischi ed oneri, eventualmente, svincolato dalla sua destinazione originaria: ipotesi inverosimilmente data l'incertezza del momento in cui tali evenienze di rischio possono presentarsi, rispetto allo svolgimento del procedimento.

o meno. Su un piano sistematico, infine, militano sfavorevolmente verso una tale soluzione le modalità di adempimento dell'incarico a gestire richieste in ambito societario e precipuamente nella conduzione del procedimento relativo ad operazioni straordinarie.

Una certa dottrina, che prima della riforma delle società di capitali- e quindi prima dell'introduzione dei dati normativi ora richiamati- tentava di delimitare i casi in cui ritenersi necessaria la perizia di stima sul patrimonio delle società fondende, ha sostenuto che l'obbligo sussiste se società di persone si fondono (o scindono) in società di capitali. Soggiungeva poi che una tale soluzione sarebbe il frutto di un atteggiamento "formalistico" nel sistema italiano la formazione del capitale nominale²⁸². Al di là delle argomentazioni nel merito, la predetta soluzione coincide non a caso con quella del legislatore della riforma.

Una simile soluzione porterebbe varie importanti implicazioni: (a) che il legislatore ha razionalmente inteso limitare i casi in cui la perizia di stima è necessaria nei procedimenti di fusione e scissione; ed ha inteso farlo, essenzialmente, perché l'istituto della relazione di stima sui conferimenti in natura costituisce uno strumento dotato di "funzionalità" limitata, orientata a stabilire unicamente un rapporto di parità quantitativa fra beni conferiti e capitale determinato. (b) Lo ha imposto al fine di far asseverare la consistenza del patrimonio sociale transitante, senza pensare di stabilirlo per la asseverazione di avanzi o disavanzi- che potrebbero anche non esistere-, ed infatti l'obbligo della relazione sussisterebbe ugualmente anche in loro assenza. A ben vedere la portata funzionale della relazione in parola non riesce a conciliarsi con l'esigenza di vagliare l'imputabilità al capitale nominale delle poste allocative di avanzi o disavanzi, in quanto essa ultima a che fare con l'accertamento di quali elementi sono patrimonialmente idonei ad essere impiegati, e, superato il vaglio di idoneità in quale misura possono ritenersi effettivamente conseguiti. Il motivo di esclusione dall'obbligo di stime "solenni", si pensa possa spiegarsi con la più volte evocata esigenza di osservazione sistematica della disciplina del quarto comma, art. 2504-*bis* c.c. all'interno del diritto comune del bilancio. Costituendo le poste allocative di avanzi e disavanzi entità di regola meramente contabili, è possibile affermare che la *ratio* sottesa dal comma in parola sia quella di garantire la liceità della loro introduzione in bilancio e dunque, per così dire, *a patrimonio*. Sicché la loro imputazione a patrimonio non significa, necessariamente ed automaticamente, imputazione al capitale nominale dell'iniziativa scaturente.

Conferme in tal senso si trovano peraltro nella posizione dottrinale che, già prima dell'entrata in vigore del quarto comma dell'art. 2504-*bis* e del sesto comma dell'art. 2501-*sexies*, aveva evidenziato dubbi sulla necessità di apprestare una tale relazione sui disavanzi da concambio: è stato detto che la

²⁸² M.S. Spolidoro, op. ult. cit., p. 80.

sua utilità sarebbe stata fundamentalmente limitata al solo scopo di effettuare rivalutazioni (come ad es. l'avviamento), allora non testualmente previste dalla legge. Problema che, ad oggi, si direbbe risolto dalla legittimazione testuale delle differenze, che ha evitato di bipartire avanzi e disavanzi da concambio ed annullamento, e palesemente non ha imposto la necessità della relazione di stima per alcuna differenza di fusione o scissione.

Ancora, tale linea dottrinale ha condivisibilmente rimarcato che se fosse necessaria la stima sulle rivalutazioni ed iscrizioni a copertura dei disavanzi, in tutte le società di capitali si sarebbe dovuta ritenere necessaria la nomina periodica di un esperto che attesti se il capitale è ancora o non più coperto²⁸³.

Del resto, sia l'interpretazione testuale che sistematica delle regole *in subiecta materia*, non sembra attualmente in grado di dimostrare il contrario di tutto quanto sinora esposto per motivare la non necessità della relazione di stima contemplata per i conferimenti in natura.

Vale la pena segnalare, ora, alcuni ultimi non trascurabili aspetti critici sull'estensione analogica della relazione di stima. Si tratta *in primis* delle critiche mosse alla compatibilità fra le regole di disciplina della relazione e le regole sulle modalità di svolgimento dei procedimenti di fusione o scissione.

Se l'art. 2343 c.c. possa, cioè, integralmente applicarsi a fusioni e scissioni, con conseguente dovere per l'organo amministrativo della risultante di provvedere alla revisione dei valori oggetto di stima. Ciò importerebbe, nel caso di successiva registrazione di minusvalenze sui valori attribuiti ai beni nell'ambito della relazione, di revisionare *ex post*- rispetto alla acquisizione degli effetti "reali"- le modalità di esecuzione dell'intera operazione²⁸⁴. Verrebbe dunque ad evidenziarsi un'altra patente distonia- riguardante la disciplina di stima dei conferimenti in natura- con il disposto dell'art. 2504-*quinquies* c.c.. Disposto, quest'ultimo, che mira a far salvi in via generale- una volta acquisiti- gli effetti delle operazioni compiute senza possibilità di sancirne in alcun modo l'inefficacia²⁸⁵.

In seconda battuta si rimarca che, attraverso una lettura sistematica e coordinata della disciplina sui procedimenti in materia di operazioni straordinarie, la dottrina ha ricavato l'assunto per cui la funzione essenzialmente informativa (e si direbbe anche formativa) propria della relazione valutativa del patrimonio sociale, modalità di aumento del nominale ed eventuale utilizzo a tal fine delle poste allocative di differenze nelle società

²⁸³ M.S. Spolidoro, op. ult. cit., p. 79-81. P.G. Marchetti, *Appunti sulla nuova disciplina della fusione*, Riv. not., 1991, p. 39.

²⁸⁴ M.S. Spolidoro, op. ult. cit., p. 81.

²⁸⁵ Il concetto di invalidità cui fa riferimento l'articolo citato va inteso nel senso ampio di una qualsivoglia causa che, eteronomamente rispetto alla volontà sociale, ponga nel nulla gli effetti verificatisi tramite l'operazione.

di capitali, può essere efficacemente assolta attraverso gli atti intermedi²⁸⁶ del procedimento- illustrati nei precedenti paragrafi. Ferma restando la posizione negativa verso l'ammissibilità della categoria di differenze da concambio esposta dalla dottrina²⁸⁷ ora evocata, si arriva a concludere che non risulterebbe affatto necessario generalizzare l'asseverazione di consistenza del patrimonio sociale, e del relativo disavanzo correlato all'aumento del nominale, mediante relazione di stima sui conferimenti in natura.

Non si vede allora il motivo per cui negare la possibilità di monitorare ed informare circa le opzioni organizzative programmate, anche per mezzo degli atti fondamentali, in linea con la prospettiva delineata nella presente indagine in relazione all'attività di *disclosure* degli organi amministrativi.

Al quadro delineato si riconnettono, poi, anche altre questioni, attualmente ancora irrisolte. Si fa riferimento al problema di quale momento nel corso del procedimento sia più adatto per predisporre la redazione della stima e cogliere la situazione patrimoniale cronologicamente più vicina all'acquisizione di effetti delle operazioni.

Si fa osservare come, se la relazione fosse predisposta a ridosso della prima parte del procedimento- ai fini del deposito dei documenti relativi all'operazione presso le sedi sociali o, almeno- per far sì che essa si alleggi alla decisione sociale verbalizzata dal notaio, trascorrerà un lasso di tempo potenzialmente lungo in cui possono sopravvenire incisive variazioni negli elementi patrimoniali. Inevitabilmente tali variazioni si rifletterebbero sia in punto di determinazione della consistenza del patrimonio stimato, sia sull'entità e i rimedi attuabili per le differenze. Sicché una perizia redatta a metà del procedimento, o prima ancora, potrebbe rivelarsi inattendibile al momento della conclusione del procedimento o, ancor più, al momento della redazione del primo bilancio post-fusione. In quest'ottica non rimarrebbe allora che predisporla nella seconda parte del procedimento, allegandola poi all'atto finale di fusione o scissione: taluno segnala addirittura la necessità pratica di predisporla in occasione della redazione del bilancio di apertura della società riveniente dall'operazione²⁸⁸.

²⁸⁶ Ampia ed accurata disamina, condivisibile con quanto qui esposto, in G. Scognamiglio, *La scissione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 338-340.

²⁸⁷ I motivi della posizione negativa nella dottrina richiamata si rinvergono nell'incompatibilità di tali tipi di differenze con i principi legali di redazione del bilancio, piuttosto che ai dati strutturali e funzionali con cui essi sono foggiate.

²⁸⁸ C. Santagata, *La fusione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 204; richiamando L.A. Bianchi, L.A. Bianchi, *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, Il Sole 24 Ore, 2002, p. 345. Senonché individuare il momento più adatto nell'ambito della "redazione" non pare affatto agevole.

Comunque, l'approdo alla parte finale del procedimento precluderebbe qualsiasi modifica, basata sulle rilevazioni peritali, rispetto alle scelte programmatiche fissate nel progetto ed approvate con decisione sociale: ivi compresi, ad esempio, il livello di capitale nominale alla luce delle risorse o delle poste allocative di differenze disponibili; l'eventuale concambio alla luce di variazioni della situazione patrimoniale reale, e così via. Pur se dovessero emergere incisive divergenze fra dati dei rilievi peritali rispetto alle scelte sociali effettuate, qualsiasi modifica in base all'art. 2502, ultimo comma, c.c. non potrà più adottarsi, essendosi superata la fase decisoria²⁸⁹.

Tutto ciò che riguarda "l'amministrazione" del procedimento, come ad esempio il profilo contabile e, segnatamente, l'opportunità e le tecniche di allocazione di un certo avanzo o disavanzo, sarebbero rimesse unicamente alla discrezionalità degli organi di gestione. Starebbe allora agli stessi amministratori di ciascuna società la scelta se attuare la parte finale dell'operazione oppure non assumersi la responsabilità di eseguire la fusione o scissione in base alle decisioni già prese.

Restano fuori dalla presente disamina diverse altre questioni che, stante l'accentuata problematicità, non si prestano ad essere affrontate in questa sede. Così per l'individuazione della misura in cui l'esito peritale dell'esperto nominato dal tribunale vada eventualmente a vincolare le scelte organizzative intraprese attraverso la progettazione e l'approvazione sociale. Come prospettato, i rimedi all'esito peritale possono atteggiarsi diversamente a seconda che la relazione di stima sia effettuata nella prima parte del procedimento (prima della deliberazione, con possibilità di modifiche al progetto) oppure verso il suo termine (in fase post-deliberativa, senza possibilità di modifiche). Se, come è ragionevole che sia, dovesse escludersi in ogni caso l'applicazione della parte di disciplina dell'art. 2343 c.c.- riguardante la *revisione* di stima della "parità"-, si eviterebbe allora sulla società riveniente l'impatto di eventuali discostamenti sussistenti fra esiti peritali e scelte adottate dalle società nell'ambito del procedimento. Sicché si eviterebbe di poter qualificare i predetti discostamenti come forme di invalidità ai sensi dell'art. 2504-*quinquies* c.c.. Diversamente però, occorre tener conto comunque che, sia applicando integralmente, sia parzialmente, la disciplina dell'art. 2343 c.c., i discostamenti potrebbero valere come forma di invalidità degli atti procedurali, pur sempre nei limiti operativi dell'art. 2504-*quinquies* c.c..

Molto probabilmente, nei casi in cui vi sia divergenza fra la stima ufficiale e quella eventualmente prodotta da terzi esperti per conto degli amministratori, così come per la stima in ipotesi effettuata dagli organi gestori medesimi, le problematiche si spostano anche sul terreno della responsabilità civile- ed eventualmente penale- di chi gestisce.

²⁸⁹ G. Ferri jr., *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, Giuffrè, 1998, p. 157 ss..

Si pensa, ad esempio, all'ipotesi in cui la allocazione di un disavanzo prevista dall'esperto del tribunale lasci prospettare come inopportuno un certo aumento del nominale- determinato in fase di programmazione- e l'aumento venga comunque effettuato senza variazioni.

In tale ordine di idee appare problematica anche la collocazione del ruolo del notaio di fronte alla divergenza fra risultati della stima e le eventuali scelte delle società, circa la possibilità di proseguire le operazioni senza tenere conto delle risultanze peritali (cfr. art. 2436 c.c.).

In definitiva, appare senz'altro più conforme ai dati testuali e di sistema ritenere che, fuori dai casi prescritti dal comma sesto art. 2501-*sexies* c.c., non occorra alcuna stima solenne per la valutazione del patrimonio delle società coinvolte, né delle differenze occorse. Sarebbero gli amministratori a stimare le differenze, programmare gli spazi concessi dagli elementi patrimoniali per la loro allocazione, e individuare l'opportuna misura in cui sia attuabile un aumento della cifra del nominale a servizio. A decidere facoltativamente se far eventualmente ricorso a prestazioni professionali esterne per le stime e monitoraggi suddetti; oppure è eventualmente in facoltà delle compagini sociali conferirgli mandato per attingere alla stima peritale di un esperto revisore legale al fine di predisporre- auspicabilmente- nella fase terminale del procedimento una stima aggiornata sulla situazione economica, e correlativamente accertare in che misura possa ricorrersi ad un aumento del nominale.

Mancano in ogni caso riferimenti giurisprudenziali noti, sia a favore che non, dell'obbligo a predisporre la relazione di stima su patrimoni sociali e differenze occorse nell'ambito delle operazioni. La circostanza del mancato pronunciamento sull'obbligatorietà depone probabilmente a favore della sua non necessità.

Queste peculiarità di disciplina in punto di stima e contabilizzazione delle differenze, loro valutazione in punto d'idoneità e poi effettività per essere impiegate nell'incremento della cifra del nominale- secondo una "gestione" di tali atti libera da solenni vincoli formali, ancorché trasparente, lecita e diligente-, sembra costituiscano un tratto proprio delle operazioni straordinarie osservate come speciale micro-sistema appartenente al diritto comune delle società²⁹⁰.

²⁹⁰ Diffusamente in G.B. Portale, *Capitale sociale e attribuzione di azioni nella fusione per incorporazione*, in Giur. comm., 1984, I, p. 1031.

Capitolo III

L'organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio della società risultante dalle operazioni di fusione o scissione. Conclusioni

1. Allocazione di avanzi e disavanzi, regime organizzativo del patrimonio netto e poteri dispositivi sul patrimonio della società riveniente dalle operazioni

Un'osservazione ampia del complesso di regole disposte per i procedimenti operativi studiati, lascia concludere come la *ratio* sottesa all'art. 2504-*bis* c.c. sia orientata a consentire l'allocazione *in patrimonio* di eccedenze contabili negative o positive note come differenze di fusione (o scissione). Mentre l'imputazione al capitale nominale degli elementi patrimoniali, da rivalutarsi od iscriversi *ex novo* per i fini suddetti, sposta la questione giuridica fuori dall'articolo in ultimo citato. Segnatamente, la questione si situa nell'accertamento l'effettivo realizzo e disponibilità -secondo i criteri propri della disciplina comune del bilancio²⁹¹- delle poste allocative di differenze .

Ciò implica che, normalmente, l'accertamento in tal senso può condursi da parte degli organi gestori, senza aggravii formali ulteriori rispetto a quello enunciato nei casi del settimo comma dell'art. 2501-*sexies* c.c.²⁹² . Inoltre, per i

²⁹¹Si rammenta che il termine realizzo è sinonimo di “recupero”: realizzabilità e recuperabilità sono termini finalizzati ad indicare l'idoneità a costituire- potenzialmente- oggetto di una vicenda di scambio in base a cui recuperare beni in numerario. Similmente per il concetto di transito dal o in conto economico: che indica la realizzabilità dalla società o verso la società di cespiti “recuperabili”.

Che la stessa disciplina del codice civile sulle differenze, così come la disciplina generale in materia, di bilancio contemplino la distinzione fra piano della mera contabilizzazione e piano della destinazione al capitale nominale, si inferisce da interventi dell'O.i.c. che rimarca come gli apporti a patrimonio vadano contabilizzati sotto la competenza degli amministratori al valore di realizzo, attendibile, piuttosto che al valore corrente (Principio contabile 16, § 39): il che denota una preoccupazione in merito al fatto che cespiti introdotti nel patrimonio sociale, e successivamente imputati a capitale, debbano esserlo con una valutazione nei limiti dell'attendibile recuperabilità di risorse in numerario in quel determinato momento (proprio al momento dell'imputazione).

²⁹²*Contra*, solo in punto di disavanzi da concambio la Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, *Massima n. 72 “Imputazione del disavanzo da concambio nella fusione e nella scissione (art.2504bis c.c.)”* (2005). In cui si prende poi chiara posizione in punto di legittimazione della categoria delle differenze da concambio contrapponendola a quelle da annullamento, ritenendole tutte destinatarie della medesima disciplina del quarto comma.

motivi esposti, l'esigenza di aumentare il capitale in presenza di differenze da allocare non darebbe di per sé luogo ad una categoria di differenze.

Occorre, allora, comprendere su cosa debba andare a cadere l'accertamento dei preposti all'amministrazione quando si tratti di utilizzare per i suddetti fini le poste da rivalutarsi o iscriversi, tenuto conto dei limiti "operativi" della disciplina sul trattamento contabile degli avanzi e disavanzi.

Si è avuto anche modo di osservare come l'inquadramento degli effetti patrimoniali di fusione (o scissione) in termini di *apporti*, cioè conferimenti da società in altre, può apparire utile per individuare le direttrici economiche delle operazioni, ma resta nozione economica che non trova alcun riscontro nel diritto vigente e giurisprudenziale. I portati pratici, non condivisibili, di un siffatto tentativo d'inquadramento si sono qui individuati nell'applicazione generalizzata della relazione di stima dell'esperto indipendente nominato dal tribunale, con l'applicazione peraltro del conseguente regime di revisione dei valori attribuiti. Oppure, ad esempio, nell'identificazione della riserva di allocazione dell'avanzo come riserva da sopraprezzo.

Le argomentazioni che precedono- e che seguono- sono svolte tenendo ovviamente distinti nelle operazioni tali incrementi "a servizio" del nominale - e quindi senza conferimenti-, rispetto agli aumenti del nominale mediante conferimenti "esterni", di soci o terzi. Si tratta di fenomeni fra loro isolabili, ed ai secondi è applicabile la disciplina degli aumenti volontari a pagamento²⁹³, ivi compresa la perizia di stima sui conferimenti in natura.

2. Il presunto mancato realizzo delle poste allocative di differenze come presidio all'integrità del capitale nominale

Tirando le fila del discorso con riferimento all'utilizzo delle poste allocative di avanzi e disavanzi, ivi compresa la loro imputabilità al capitale nominale con suo aumento a servizio delle operazioni, è necessario focalizzare l'attenzione sulla prospettata tesi della rilevanza meramente contabile delle differenze, e dei loro conseguenti effetti patrimoniali ricostruiti secondo la disciplina generale del bilancio d'esercizio. E' stato già sviluppato il parallelo fra l'operatività dell'allocazione di differenze e i criteri speciali di formazione del bilancio, che ora si andrà a completare secondo una visione dinamica- in seno ai procedimenti studiati.

E' possibile riassumere le tecniche contabili attraverso cui le differenze si possono allocare in bilancio rispettivamente come disavanzo o avanzo, secondo quanto segue: (1) gli elementi attivi provenienti dal patrimonio sociale

²⁹³ *Amplius* P. Spada, *Reintegrazione del capitale reale senza operare sul nominale*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 36.

confluente, per fusione o scissione, nella società-risultato possono iscriversi nel primo bilancio successivo all'operazione a valori superiori rispetto a quelli di costo storico con cui erano valutati nella società di provenienza; può in tal sede darsi inoltre luogo all'iscrizione di nuove poste come ad esempio quella dell'avviamento²⁹⁴. Ciò accade, ovviamente, se il valore del patrimonio netto contabile di una o più delle società partecipanti in cui essi sono iscritti è inferiore alla somma dei valori dei beni iscritti al costo storico: sicché, accertata la differenza come disavanzo dovuto a mancati precedenti "aggiornamenti" contabili, possono effettuarsi rivalutazioni ed iscrizioni all'attivo per coprire tale disallineamento, congetturato come fosse un'eccedenza negativa.

(ii) Se, all'opposto, in una o più delle società partecipanti il valore del patrimonio netto supera il valore complessivo degli elementi attivi, lo scarto può congetturarsi come eccedenza positiva, da riallinearsi tramite l'appostazione di una riserva residualmente indisponibile nel patrimonio netto; oppure con una voce nel fondo rischi ed oneri quando si prevedono risultati negativi delle attività imprenditoriali confluenti nel patrimonio della società riveniente dall'operazione²⁹⁵.

Dunque, partendo dai casi (ii), il bilanciamento dell'eccedenza positiva mediante iscrizione di riserva richiamerebbe- sotto il profilo degli effetti- la tecnica prevista dall'art. 2426, n. 4, c.c.²⁹⁶, che individua come contromisura contabile l'appostazione al passivo di riserva *indisponibile* (i.e. indisponibilità della frazione di patrimonio netto determinata mediante le riserve iscritte)²⁹⁷. E'

²⁹⁴ E' incerto se il riferimento del quarto comma all'avviamento consenta l'iscrizione di esso, oppure magari di altre voci come quella dei costi di sviluppo e così via dicendo per altre consimili; alternativamente o contemporaneamente all'avviamento, fermo restando la necessaria concretezza di quanto si è optato di scrivere. Non sembra che vi siano particolare ostacoli a che la tecnica di allocazione si applichi in senso ampio anche oltre l'avviamento.

²⁹⁵ Nulla sembra ostacolare che le previsioni di risultati sfavorevoli si registrino in un'altra società rispetto a quella da cui è registrato un avanzo e che, in vista dell'unificazione o scorporo dei patrimoni, esso vada ugualmente bilanciato attraverso l'iscrizione di una voce nel fondo rischi ed oneri.

²⁹⁶ Cfr. anche art. 2423, penultimo comma, c.c. che impone l'iscrizione di una riserva indisponibile a fronte di applicazione di deroghe al criterio di iscrizione in bilancio al costo storico quando non è prevista una specifica norma di legge che preveda una diversa soluzione; il bilanciamento della deroga con riserva indisponibile è, pertanto, prescelto come soluzione per ogni iscrizione di valori in disapplicazione delle disposizioni sul bilancio nella sezione IX, capo V, libro IV, salvo diverse previsioni.

²⁹⁷ E' interessante notare come anche in altri casi specifici dell'art. 2426 c.c., alcune deroghe al costo storico sono contraddistinte dalla stessa tecnica tutelativa dell'iscrizione di riserva indisponibile: cioè il 8-*bis*, laddove la valutazione non venga effettuata secondo il presumibile realizzo o rispettivamente al tasso di cambio con previsione di redditi futuri; si veda anche il testo del recente n. 11-*bis*, quanto ad indisponibilità di utili derivanti dall'iscrizione al valore corrente. Cfr. poi il n. 4 dell'art. 2426 sull'applicazione della valutazione con *equity method* della partecipazione di controllo in altra società.

fatta salva però la presenza in patrimonio di risorse corrispondenti all'ammontare della riserva iscritta, che sancisce il "realizzo" della plusvalenza con possibilità di suo utilizzo (*i.e.* disponibilità della frazione di patrimonio netto determinata mediante le riserve iscritte). Il tutto, quanto a ragione di formazione della posta ed eventuale misura di utilizzabilità, da esplicitarsi nella nota integrativa di bilancio insieme agli effetti sul risultato economico sociale.

L'assorbimento dell'avanzo con l'iscrizione di un fondo per rischi ed oneri rappresenta, però, sempre una voce anticipatoria di una passività: sicché il fondo è indisponibile, almeno sino ad accertamento del venir meno del rischio o dell'onere di cui farsi carico.

Per quanto concerne invece i casi *sub (i)*, le tecniche di assorbimento dell'eccedenza negativa comportano rivalutazioni ed iscrizioni all'attivo che richiamerebbero effettivamente le iscrizioni di cui ai nn. 2 e ss. dell'art. 2426 c.c., introdotte per prevenire perdite mediante *ammortamenti* dei valori iscritti. Resta pur sempre ferma l'adeguata illustrazione nella nota integrativa, ed il parere- se previsto dalla legge- del collegio sindacale- se esistente-.

In breve, dai casi *sub (ii)* e *(i)*, si danno rispettivamente: 1) iscrizione di una posta che contribuisce a formare una parte del patrimonio netto che è indisponibile.

2) Oppure iscrizioni e rivalutazioni, compresa l'istituzione del fondo rischi, che vincolano una frazione corrispondente di patrimonio netto, nei limiti del piano di ammortamento prestabilito²⁹⁸.

V. M.S. Spolidoro, op. ult. cit., p. 182.

²⁹⁸ Cfr. G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 180. Il quale pone in risalto che non solo gli utili risultano non distribuibili, ma l'indisponibilità si rifletterebbe su tutte le poste del netto, ivi compreso il capitale nominale che non potrebbe essere quindi ridotto.

Fatta eccezione per la parte di esse soggetta ad ammortamento, le voci attive iscritte- e viepiù rivalutate quindi- implicano un vincolo di indisponibilità su una frazione di patrimonio netto corrispondente al loro ammontare. La loro disciplina è così contrassegnata: dal n. 1, art. 2426, che di recente ha imposto l'ammortamento in via generale per le immobilizzazioni iscritte corrispondenti a titoli; dal n. 6, art. 2426 c.c., per l'avviamento iscritto (ove si prevede l'ammortamento residualmente decennale, su previo assenso del collegio sindacale ove esistente); *sub* n. 5, quanto a costi di sviluppo (o anche di impianto e ampliamento) dove si impone l'ammortamento quinquennale con l'onere di non distribuire utili se non esistono riserve disponibili con cui coprire l'ammontare dei costi non ancora ammortizzati; *sub* n. 4, quanto alla parte di rivalutazione della partecipazione detenuta in una società controllata o collegata imputabile a costi ed avviamento. Cfr. poi il n. 7 sul disaggio su prestiti.

Similmente per le svalutazioni di partecipazioni in società controllate o collegate, o altri beni materiali, che richiedono di regola l'accantonamento di utili in fondo rischi ed oneri.

Ma sono necessari accantonamenti anche nel caso di istituzione di un fondo per rischi ed oneri per avanzo emerso (art. 2424-*bis*, c. 3, c.c.).

Il comma quarto dell'art. 2504-*bis* c.c. contiene, dunque, modalità orientate a neutralizzare le eccedenze positive o negative (meramente contabili), presumendone sul piano degli effetti il mancato realizzo, e così la relativa indisponibilità della frazione di patrimonio netto che esse determinano. Sicché il suo "compito" primario si esaurisce, teleologicamente, con l'applicazione di correttivi attuati in bilancio attraverso dette tecniche di neutralizzazione. L'operatività del compito così assolto si atteggia, secondo quanto esposto, in senso limitativo circa l'utilizzo delle poste rettifiche o introdotte: effetto che rappresenterebbe il contrappeso- in ossequio al principio di prudenza- verso l'ammissione di deroghe ai criteri ordinari di formazione del bilancio.

Punto fermo nella visuale prospettata è che le operazioni di fusione non danno mai luogo di per sé stesse, attraverso i loro effetti tipici, alla liberazione di risorse- esplicite nel caso di un avanzo o implicite in quelle del disavanzo- tali da intendersi direttamente come entità reddituali²⁹⁹. Conseguentemente, le poste allocative³⁰⁰ di suddette entità non sono, di per sé stesse, direttamente utilizzabili. A tale riguardo, va attentamente vagliata la possibilità del loro impiego per incrementi di capitale nominale. Il vaglio in questione va condotto sia in senso qualitativo, sia quantitativo in relazione al livello di risorse determinato dalla situazione economico-finanziaria della società riveniente. Ecco perché, in definitiva, bisognerebbe accogliere la visuale secondo cui l'impiego di poste allocative di differenze vada intesa come scelta organizzativa da effettuarsi in conformità ai criteri di redazione del bilancio (speciali e derogatori), attuati sulla base di situazioni patrimoniali (o bilanci) il più possibilmente ravvicinati al momento in cui le operazioni sono eseguite³⁰¹.

E' evidente come allora come la tecnica dell'ammortamento contraddistingue generalmente- salvo diverse previsioni di legge- tutte le iscrizioni, rivalutazioni o svalutazioni di elementi attivi.

²⁹⁹Spunti in tal senso, per tutti, P. Ferro-Luzzi, *Deroghe ai criteri di valutazione e rivalutazione*, in Giur. comm., 1981, I, p. 10, dove si suggerisce di operare il distinguo fra ricchezza realmente conseguita mediante l'esercizio dell'attività d'impresa e ricchezza stimata da plusvalori, non effettivamente prodotta o producibile mediante il transito dal o in conto economico. *Contra* invece sembrano porsi tutte quelle posizioni in cui la fusione di patrimoni sociali o la loro scissione sono viste come vicende di apporto, nonché talvolta esplicitamente come conferimento.

³⁰⁰ P. Ferro-Luzzi, op. ult. cit., p. 12.

³⁰¹In termini diversi, con riferimento alle disposizioni sul bilancio quando ancora non in vigore il comma quarto art. 2504-*bis* c.c., e pur sempre con riferimento ai disavanzi da concambio come casi in cui le rivalutazioni possono eventualmente arrivare fino ai valori correnti dei beni sottesi M.S. Spolidoro, op. ult. cit., 80. Tale visuale, così come quelle simili di altri Autori, quale ad es. C. Santagata che sullo stesso gruppo di fattispecie invoca la relazione di stima sull'aumento effettuato oltre la somma dei patrimoni netti delle partecipanti, o di L.A. Bianchi che invoca la relazione sempre quando la società riveniente è una società di capitali, denotano in realtà- come illustrato- l'esigenza di assicurare la conformità degli aumenti alla disciplina di formazione del bilancio: problema quest'ultimo risolto primariamente dal legislatore con la

3. L'imputabilità al capitale nominale di elementi da rettificare o appostare per l'allocazione di differenze

L'applicazione dell'art. 2504-*bis* c.c. mirerebbe, dunque, a curare l'allocazione di differenze unicamente garantendone l'imputazione a patrimonio³⁰². Siffatta operatività del dettato rappresenterebbe un'opzione del sistema legislativo del sistema italiano, che tende a separare il piano di "quantificazione/valutazione al fine dell'iscrizione in bilancio" delle differenze, rispetto a quello della "valutazione di idoneità ed effettività a costituire il capitale nominale".

Per l'individuazione delle modalità con cui utilizzare elementi patrimoniali al fine di incrementi del capitale nominale, non si rinvengono specifiche norme tecniche o particolari forme, fatta eccezione per il comma 6 dell'art. 2501-*sexies* c.c., applicabile per le finalità illustrate- e solo a determinate condizioni; finalità che di per sé stesse, comunque, non soddisfano appieno i criteri di determinazione dei presupposti per dirsi attuabile l'aumento di capitale, specialmente in presenza di differenze allocate.

Occorre allora prestare attenzione al complesso di norme dirette a disciplinare la formazione del capitale nominale. Questa voce del patrimonio netto si caratterizza per uno specifico regime vincolistico dei beni e diritti che in esso confluiscono, e dunque, in occasione di fusioni (e scissioni), possono unicamente imputarsi beni e diritti di certo realizzo³⁰³. Tali elementi patrimoniali devono consistere cioè in ricchezza effettivamente "recuperabile" sotto forma di denaro tramite il loro utilizzo o scambio.

Anche se- come noto- il capitale nominale non assolve da solo il compito di "garantire" i debiti della società, resta il fatto che i cespiti concorrenti a

"legittimazione" degli avanzi e disavanzi, e l'assegnazione generalizzata delle competenze in capo agli amministratori a programmare il loro eventuale utilizzo, in modo che l'eventuale imputazione a capitale di avanzi e disavanzi si risolva di regola in una opzione accertata e documentata nella sua liceità dagli organi amministrativi con riferimento agli effetti propri delle iscrizioni speciali e derogatorie di bilancio (cfr. J. Sodi, diffusamente op. ult. cit.). La redazione di stima dell'esperto indipendente nominato dal tribunale (o per le s.r.l. dalla società stessa è imposta, a fini diversi da quelli di accertamento di differenze, solo nei casi indicati dall'art. 2501-*sexies*, c. 6, c.c.

³⁰² Del resto, tradizionale e più che condivisa posizione dottrinale ha affermato, a fini del tutto analoghi, che l'equazione "iscrivibilità in bilancio [*i.e.*: contabilizzazione]=conferibilità [*i.e.*: imputabilità a capitale nominale]" non rappresenta affatto una fondata asserzione. G. Olivieri, *Conferimenti in natura.*, p. 115.

³⁰³ Cfr. G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 180; G. Olivieri, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Cedam, 1989, p. 63-67. Si pone in evidenza come il "realizzo" corrisponde alla vicenda giuridica in cui la componente dell'attivo esce dal patrimonio sociale a fronte di una contropartita in numerario: quindi anzitutto il bene in tal senso prediletto è il denaro, che assicura la realizzabilità, mentre gli altri vanno esaminati sotto questo profilo in termini di attitudine al realizzo, ad essere cioè liquidabili e così fonte di ricchezza in numerario, ossia denaro.

costituirlo devono essere dotati di specifici requisiti di “liquidabilità” in ragione della primaria esigenza del loro eventuale pronto utilizzo per ricavare risorse in numerario al fine di adempiere le obbligazioni assunte.

Per capitale nominale, si precisa intendersi, la provvista di mezzi propri di cui sono dotate (a partire dalla costituzione) le società in generale, comprese quelle di persone- seppure con diversi effetti regolativi la persistenza dell’attività sociale. Tali divergenze fra tipi e tipologie sociali non inficiano, però, il ragionamento da svolgersi, nel senso che tali peculiarità legali non lascerebbero spazio per tutelare l’esigenza di integrità nelle une e non nelle altre. Pertanto, fra le due classi di società cambiano semmai solo gli effetti conseguenti ad una corretta o scorretta formazione del capitale³⁰⁴. Di ciò si darà contezza di qui a poco.

Pur tenendo in conto i rilievi mossi usualmente da chi evidenzia come gli obiettivi delle operazioni straordinarie risulterebbero pregiudicati- se non ostacolati- dal mancato incremento del capitali nominale a servizio, resta fermo che l’incremento non si atteggia come strada da percorrersi necessariamente. Il vaglio da condursi per determinare la misura in cui incrementare il nominale sulla base di poste introdotte per l’allocazione di differenze diviene assai più complesso dei normali aumenti.

Qualora si tratti di operazioni straordinarie rientranti nel comma sesto dell’art. 2501-*sexies* c.c., la valutazione del patrimonio sociale transitante- a prescindere dalle modalità di allocazione di differenze e dall’impiego nell’aumento di capitale delle poste introdotte- è effettuata tramite relazione giurata di stima.

L’accertamento dell’idoneità qualitativa e della misurazione quantitativa- nei limiti del realizzo- sull’imputabilità degli elementi patrimoniali considerati può schematizzarsi come segue.

A) Le poste dell’attivo rivalutate od iscritte *ex novo* per allocare il disavanzo vanno anzitutto valutate nella loro idoneità oggettiva all’imputazione al nominale nel senso che devono corrispondere beni e diritti certi, liquidi o di pronta liquidità³⁰⁵; dipoi ne va accertato il realizzo, ossia l’assenza di vincoli di

³⁰⁴ Ferma restando la consapevolezza che di capitale nominale in senso proprio, tecnico ed effettuale, di cui alla disciplina della società di capitali, non possa parlarsi nell’ambito delle società di persone. P. Spada, *Appunto in tema di capitale nominale e di conferimenti*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 127-2006/I.

³⁰⁵ G. Olivieri, op. ult. cit., p. 66 analizza come l’attitudine alla realizzazione è massima in rapporto a beni caratterizzati da un propria individualità, materiale o immateriale, e fungibilità, diminuendo in misura decrescente col venir meno di tali caratteristiche: emblematico è il denaro, o i beni materiali e immateriali singolarmente cedibili (marchi, brevetti, immobili, e così via); via via poi decresce quando tali beni possono alienarsi autonomamente solo nell’ambito di procedure concorsuali; per attenuarsi poi e del tutto affievolirsi quando essi sono cedibili solo in blocco con tutto il complesso aziendale (l’avviamento, la clientela, le concessioni, e tutti valori di “funzionamento”): il che comporta in effetti il termine dell’esercizio dell’attività e dell’impresa.

indisponibilità sulla quota di patrimonio netto corrispondente (quantitativamente) ai valori rivalutati o iscritti. Vincoli sull'ammontare della relativa quota di patrimonio netto sorgono in virtù dell'obbligo di ammortizzare o accantonare le poste rivalutate, o iscritte, fino a che una corrispondente quantità di utili sia effettivamente recuperata.

B) Le poste introdotte al passivo per allocare un avanzo vanno valutate direttamente nella loro disponibilità: ossia nella loro corrispondenza a risorse utilizzabili, libere da vincoli di indisponibilità, in quanto effettivamente conseguite.

Diversamente, quando è istituito un apposito fondo per rischi ed oneri, si dà l'anticipo di una passività che si traduce in un obbligo di accantonamento (*i.e.* destinazione, cfr. ult. parte, art. 2504-*bis* c.c.) di risorse pari all'ammontare del fondo istituito. L'unico modo in cui può essere accertata la disponibilità del fondo- per scopi, cioè, diversi da quelli cui le risorse sono destinate- è la constatazione del venir meno delle cause collegate a future situazioni economicamente sfavorevoli o alla necessità di dover sostenere futuri oneri.

In breve, l'accertamento da condursi deve soddisfare: sui componenti di bilancio osservati *sub* A) la relazione realizzabilità/imputabilità e poi realizzo/imputabilità; sui componenti *sub* B) direttamente conseguimento/imputabilità. Tale accertamento è orientato, come detto, ad eliminare il rischio di utilizzo di elementi patrimoniali inconsistenti o fittizi³⁰⁶.

Che i componenti di bilancio introdotti per allocare differenze siano da vagliarsi sotto il profilo della realizzabilità e disponibilità è argomento basato, lo si ribadisce- sull'assunto qui fatto proprio- secondo cui essi consistono in mere poste contabili, di pareggio di avanzi e disavanzi quali entità contabili puramente congetturate. Esse rappresentano, dunque, poste rappresentative di benefici economici attesi, non ancora corrispondenti a beni o situazioni giuridiche concrete (disponibili).

Stante l'ampia preponderanza nella realtà empirica delle operazioni straordinarie che approdano a società di capitali, nonché l'estrema importanza della funzione regolativa svolta dal capitale nominale sulla persistenza dell'attività sociale di queste ultime, si svilupperanno di seguito le argomentazioni postulando che fusioni o scissioni approdino ad uno dei tipi ricompresi nella suddetta classe. Oggetto dell'ultima parte dell'indagine risulterà quindi, maggiormente, il regime legale selettivo delle risorse destinabili al nominale di queste iniziative, caratterizzate dal rischio limitato al patrimonio sociale per le obbligazioni assunte.

³⁰⁶ G. Olivieri, op. ult. cit., p. 373 e ss. Poi p. 380 che rinvia alla nota 431 per i riferimenti giurisprudenziali consolidati.

3.1. (...Segue...) Realizzabilità e realizzo. I criteri accertativi la disponibilità dei componenti imputabili al capitale nominale. Con particolare riguardo per i disavanzi

L'ordine di problematiche adesso affrontato è dalla dottrina così sintetizzato: la disciplina che seleziona qualità e caratteristiche delle entità che costituiscono provvista dei mezzi propri "consiste nell'impedire che alla formazione iniziale e successiva del capitale sociale [*alias* nominale] possano concorrere dei valori patrimoniali che, esauendo nell'atto del conferimento la propria residua attitudine allo scambio, priverebbero i creditori di ogni *chance*, anche solo eventuale, di poterli in seguito, all'occorrenza, recuperare per provvedere alla loro soddisfazione"³⁰⁷. Essa soggiunge poi che la disciplina sulla formazione del capitale nominale "si realizza attraverso un controllo di tipo squisitamente *qualitativo* sulle entità" imputabili³⁰⁸.

I "postulati" ora enunciati ben si attagliano sia alla formazione sia alle vicende modificative del capitale nominale, a prescindere dalle forme che la legge richiede per assicurare la sua integrità ed effettività: essi sono in tal senso riferibili appieno a vicende come la fusione e la scissione che possono comportare la modifica del capitale nominale "a servizio" senza essere, almeno di regola, assoggettate alla disciplina sui conferimenti³⁰⁹.

Con particolare riguardo all'aumento di capitale a servizio, da effettuarsi in base a poste allocative di un disavanzo, e quindi oltre la misura del patrimonio netto contabile delle partecipanti, il suddetto accertamento va a cadere fondamentalmente sull'intero/i patrimonio/i sociale/i coinvolto/i. Occorre rivolgere l'attenzione in prima battuta alla misura con cui i singoli elementi attivi si prestano ad essere rivalutati in base alla loro capienza: cespiti da rettificarsi in aumento, possibili voci da iscriversi *ex novo* (avviamento, e per chi lo ritiene ammissibile costi di sviluppo, etc.). Si tratta dunque di osservare una pluralità di elementi patrimoniali eterogenei, non così diversamente da quanto avviene per la valutazione di un complesso aziendale. Sin qui si ha a che fare con l'applicazione del dettato della prima parte del quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c.

³⁰⁷ G. Olivieri, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Cedam, 1989, p. 105.

³⁰⁸ Op. ult. cit., p. 105.

³⁰⁹ Si veda a tal proposito J. Sodi, *Apporti in natura nelle società di capitali e relazione giurata di stima*, Commissione studi d'impresa del Consiglio Nazionale del Notariato, 2015, per gentile concessione dell'Autore, in particolare i paragrafi conclusivi, in cui si parla di legislatore non "diffidente" nei confronti del lavoro svolto dagli amministratori, in virtù del rispetto delle norme generali sul bilancio, comunque in caso di illiceità perseguibili penalmente e civilisticamente costitutive di titolo al risarcimento dei danni (pur, comunque, ivi accettandosi l'obbligo di stima solenne in generale per le operazioni straordinarie con aumento di capitale mediante disavanzo).

Avendo contezza delle modalità attraverso cui assorbire il disavanzo, occorrerà poi distinguere quali elementi dell'attivo iscritti *ex novo* e rivalutati risultino idonei ad essere imputati al capitale nominale: dovranno cioè individuarsi le voci provviste di attitudine al realizzo (realizzabilità); nonché, all'esito positivo del vaglio di realizzabilità, acquisire contezza sul loro realizzo effettivo³¹⁰.

Questo percorso accertativo è linearmente prospettabile verso tutte le fattispecie concrete, prendendo comunque atto che ciascuna situazione patrimoniale reale di ognuna delle iniziative coinvolte può presentarsi assai diversificata, condizionando positivamente o negativamente sia la semplice allocazione in bilancio³¹¹ delle differenze sia l'utilizzo delle poste allocative per l'incremento del capitale.

Allo scopo di meglio comprendere in generale lo sviluppo dei fini accertativi ora esposti, e le modalità allocative del disavanzo come tecniche tendenti alla maggiorazione degli elementi dell'attivo presenti nella società rivivente dall'operazione, si procederà di seguito ad una scansione secondo due direttrici fondamentali: (i) la comprensione di quali elementi attivi si prestano, e in che misura, ad essere rivalutati- o iscritti *ex novo*- nello stato patrimoniale in vista del recepimento di disavanzi; (ii) la comprensione delle condizioni in base a cui questi elementi possono computarsi nel capitale nominale. Le variabili di cui tenere conto in concreto sono numerose e non concedono qui di illustrare partitamente le possibilità di combinazione immaginabili³¹².

³¹⁰ Si veda in questi termini la Massima n. 72, Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, per l'esigenza di accertare l'effettività (benché indicata con la necessità di una relazione di stima giurata di un esperto nominato dal tribunale). In termini generali, quanto alla esigenza primaria di imputazione di cespiti idonei sul versante della "realizzabilità" o "recuperabilità" G. Olivieri, op. ult. cit., p. 373, nonché riferendosi poi alla certezza del realizzo. Inoltre sul ruolo fondamentale, nella struttura del bilancio, del principio di realizzo di utili e cespiti assoggettabili ad atti dispositivi P. Ferro-Luzzi, op. ult. cit., p. 10. Con riguardo a riflessioni più generali verso la sollecitazione dei principii interni di formazione ed effetti del bilancio da parte dei principii contabili internazionali ampiamente M. Bussoletti, *Per una rilettura del principio di realizzazione dei ricavi*, in Giurisp. comm., 2013, p. 1095.

³¹¹ Cfr. *infra* § 3, particolarmente.

³¹² Con riguardo all'individuazione della tecnica di allocazione del disavanzo, la composizione dei patrimoni sociali delle partecipanti è determinante, sia in senso qualitativo e quantitativo. Si pensi ad esempio ad una società immobiliare il cui patrimonio può essere costituito da consistenti cespiti immobiliari: l'iscrizione di immobilizzazioni o rimanenze (prodotti finiti e destinati allo scambio) al costo storico è potenzialmente denotativa di plusvalenze latenti, sicché, nel momento in cui essa partecipasse ad un'operazione di fusione (o scissione) le immobilizzazioni materiali costituite dai beni immobili rappresenterebbero quei valori su cui concentrare le rivalutazioni, per assorbire l'eventuale disavanzo. Si ipotizzi il caso di una società che ha per oggetto sociale l'estrazione e la raffinazione di oli minerali: le scorte e prodotti finiti costituirebbero una fonte ponderosa di plusvalenze non realizzate, derivanti dal fatto che la vendita di tali prodotti finiti potrebbe porsi assai redditizia per il fatto di dismetterli "in blocco" specialmente nei periodi in cui il costo del petrolio è particolarmente elevato; quindi le

Nell'allocare il disavanzo si porrebbe come prima questione lo scrutinio degli elementi dell'attivo già iscritti al fine di individuare la misura in cui i singoli cespiti sottesi possano rivalutarsi (rideterminarsi quantitativamente), tenuto conto dell'ammontare globale della differenza stimata e pur sempre dell'impossibilità di portare la rettifica di valore sino al loro valore corrente. Non tutti gli elementi iscritti, tuttavia, potrebbero presentarsi economicamente "elastici" in modo da ammettere rettifiche di valore: potrebbe accadere che si tratti di cespiti e voci che non presentano margini di redditività futura tale da giustificare la rettifica.

La posizione maggioritaria si attesta infatti sulla possibilità di rivalutare i vari cespiti, nei limiti delle loro qualità, in misura inferiore al *fair value* e pur sempre nei limiti in cui occorre coprire la differenza stimata. Per quanto concerne poi le iscrizioni di nuove poste, è possibile effettuarle sia con riferimento a beni e diritti precedentemente non contabilizzati, sia per "l'accensione" di voci corrispondenti a costi sostenuti (di sviluppo, ratei e risconti attivi, etc.), pur

rimanenze in tali società potrebbero costituire un'importante sezione contabile ai fini delle rivalutazioni per la copertura del disavanzo. In caso di avanzi, molto probabilmente, inoltre, sarebbero assicurate le adeguate coperture patrimoniali tali da determinare l'effettivo realizzo delle riserve a tal proposito iscritte. Per di più in questa ipotesi concreta, come nella precedente, la composizione patrimoniale solida e pressoché stabile dovrebbe determinare con buona probabilità l'assenza di un ricorso all'iscrizione di fondi per rischi ed oneri nel caso di recepimento di avanzi. In aggiunta poi, la disponibilità delle voci da rivalutarsi o iscriversi a recepimento delle differenze ai fini di un aumento del capitale nominale a servizio risulterebbe propiziato dalle medesime circostanze. Va notato come, invece, nelle aziende "commerciali" la composizione patrimoniale può variare di molto, nel senso che potrebbero per esempio ricomprendere maggiormente elementi immateriali piuttosto che materiali. Così è per quelle iniziative societarie che risultano avere un patrimonio composto in larga parte dai cc.dd. *intangibles*: si fa riferimento alla organizzazione del personale, all'immagine imprenditoriale sul mercato, diffusione di rete di vendita, qualità di prodotti. Più specificamente, nelle società di servizi, sorge in evidenza il valore di un'autorizzazione all'esercizio dell'attività o la concessione in esclusiva per la produzione di determinati beni e servizi o il valore dello "indirizzario". In quelle assicurative riguardo particolare ha il c.d. portafoglio premi ed in quelle bancarie il c.d. valore della raccolta³¹² (Cfr. per una prospettazione casistica G. Olivieri, op. cit., qui *infra* nota 267). Negli ultimi casi citati si tratta di elementi patrimoniali attivi, che non trovano precipua collocazione in una voce di bilancio, con la conseguenza che esse non potranno, se iscritte, che imputarsi genericamente nell'ambito dell'avviamento od essere allocate in corrispondenza di altri beni ascritti fra le varie immobilizzazioni; se ne escluderebbe così l'imputabilità al nominale, a meno di non ricondurle in quei beni individuati ed individualizzati in cui confluiscono. Va rammentato che, in relazione all'avviamento, è esclusa l'imputabilità al capitale nominale del *goodwill* quantificato tramite la sua iscrizione, in virtù dell'anzidetta inidoneità al recupero di pure stime di redditività *pro futuro*.

L'emersione di un avanzo quale eccedenza positiva riconducibile a quelle entità patrimoniali immateriali in ultimo menzionate accentuerebbe tendenzialmente la qualificazione della riserva appostata in allocazione come componente meramente contabile (*i.e.* non realizzata): ne deriva così l'indisponibilità del patrimonio netto corrispondente sia ai fini di un'attribuzione ai soci sia per l'imputabilità al nominale della società derivante da fusione (o scissione).

sempre nei limiti in cui sono necessarie a coprire la differenza stimata, ed entro i limiti della loro reale sussistenza.

Per ciò che ora più specificamente interessa, rivalutazioni ed iscrizioni- ancorché effettuate a valore inferiore a quello corrente-, potrebbero non corrispondere affatto a beni o diritti soggetti ad un futuro concretamento, ed in tal modo sarebbero sprovviste del carattere di realizzabilità³¹³: non sarebbe cioè soddisfatta la predetta relazione realizzabilità/imputabilità. Il difetto di questo carattere comporterebbe necessariamente una sorta d'interruzione operativa fra l'art. 2504-*bis* c.c. e prospettiva di aumento del capitale; venendo a mancare la compatibilità tra allocazione della differenza e idoneità del computo al capitale nominale, che impedisce *a priori* la valutazione sul *quantum* da impiegarsi per l'aumento programmato.

Si sottolinea infatti in letteratura come, determinate poste contabili, non soddisfino affatto la relazione recuperabilità/imputabilità. Il recupero del loro valore, anche *pro futuro*, è da escludersi per via del fatto che esse non sottendono veri beni o diritti. Tali poste sono dunque "ontologicamente" insuscettibili di sostanziare situazioni giuridiche effettive. La loro permanenza all'attivo è frutto di *valutazioni* mere, iscritte per rafforzare la redditività dell'impresa sociale (ad es. l'avviamento e i costi di sviluppo)³¹⁴ e la conservazione del patrimonio. Sicché, si sostiene, non si può fare "di tutte le poste contabili un fascio" per individuare le voci soggette ad utilizzo o incremento del nominale. In breve, si tratta di poste destinate a rimanere puramente contabili senza presentare mai l'*attitudine* a divenire rapporti giuridici o diritti assoggettabili ad una attività di scambio finalizzata alla produzione di ricchezza³¹⁵.

L'avviamento è una di queste. Esso figura come voce fa le immobilizzazioni immateriali, ed è espressamente considerato dall'art. 2504-*bis* c.c.. Facendo l'ipotesi della iscrizione o maggiorazione dell'avviamento, al fine di coprire un disavanzo, si osserva come pur potendolo imputare a patrimonio non sarà possibile computarlo al nominale della risultante. La dottrina ha evidenziato come le modalità di contabilizzazione ne lasciano emergere la portata di "collettore", entro il quale confluiscono una pluralità di valori- e così le relative composite modalità di loro valutazione-. Della pluralità di valori che si aggregano intorno all'avviamento non se ne dà alcuno riconducibile ad un bene o pluralità di beni determinabili- anche, eventualmente, immateriali- che compongono l'azienda (art. 2555 c.c.). Esso rappresenta la risultante di una

³¹³ Sul punto G. Olivieri, op. cit., p. 153.

³¹⁴ Neutralizzano in tal senso i costi sostenuti in un determinato esercizio trasmutandoli in stima di utili futuri, ma si tratta giammai di un unico bene o un gruppo di beni. G. Olivieri, op. ult. cit, p. 377.

³¹⁵ Cfr. G. Olivieri, op. ult. cit..

pluralità di potenzialità reddituali proprie dei beni organizzati, senza che al suo interno “esista alcuna situazione giuridica soggettiva in grado di assicurare al titolare dei “beni”[aziendali] in questione la fruizione delle utilità da essi derivanti”³¹⁶. Sicché i fattori che contribuiscono a determinarlo consistono in “stime di secondo grado” (criteri di stima sulla capacità di produrre reddito) di elementi economici³¹⁷ giuridicamente privi di un’autonomia concettuale propria. I fattori economici che in esso usualmente confluiscono coincidono con l’immagine aziendale, le quote di mercato acquisite, l’organizzazione del personale; tutti elementi che, pur dandogli consistenza, ne ostacolano di converso l’attitudine a formare il capitale nominale, in base al fatto che la *capacità prospettica dell’azienda di produrre sovraredditi* non garantisce l’idoneità del “bene” in questione- mera sintesi degli elementi che vi si computano- a divenire per sé oggetto di scambio produttivo di ricchezza in numerario. Assolutamente irrevocabile nel dubbio appare poi la constatazione per cui l’avviamento, da solo, non può divenire oggetto di atti negoziali separati rispetto all’azienda. Esso ha un “valore” solo se associato all’utilizzo organizzato dei beni destinati all’esercizio dell’impresa e in larga misura è condizionato, in senso qualitativo come quantitativo, dalle abilità manageriali di chi è preposto alla gestione. Al segno che, se nella fase liquidativa delle società come in quella fallimentare e concorsuale, le imprese cessano la propria attività l’avviamento subisce di regola uno svilimento quali-quantitativo che si accentua man mano che i beni formanti il patrimonio dell’imprenditore vengono dismessi e ceduti per la soddisfazione dei creditori. Ma v’è di più, se si pensa che giammai l’avviamento rappresenta un bene autonomo suscettibile di cedere per ricavare danaro a soddisfazione dei creditori nemmeno nell’ambito di una di queste procedure³¹⁸.

Sta di fatto che, nella struttura del bilancio, l’avviamento costituisce un elemento dell’attivo iscrivibile (o rivalutabile) per assolvere una funzione analoga a quella di cui è dotata l’iscrizione dei costi di sviluppo ed innovazione, di impianto e ampliamento (art. 2426, n. 5, c.c.); l’acquisizione cioè di una maggiore redditività globale dell’impresa lungo il periodo in cui si svolge il piano di ammortamento del costo sostenuto³¹⁹ ed evitare l’evidenziazione di

³¹⁶ Le parole sono di G. Olivieri, op. cit., p. 382. Per un’ampia disamina si rinvia all’opera citata p. 381 ss.

³¹⁷ Il termine “immateriali” utilizzato a proposito di tali elementi non rivela un significato propriamente privatistico, come quello solitamente riferibile ad esempio ai diritti di brevetto, marchi, etc.

³¹⁸ *Amplius*, op.ult. cit. p. 407 e ss.

³¹⁹ Come si è avuto modo di evidenziare, l’iscrizione può avvenire in base al costo sostenuto per averlo acquistarlo a titolo oneroso, ma la norma dell’art. 2426, n.6, non intende propriamente subordinare l’iscrizione dell’avviamento all’acquisto a titolo oneroso. Infatti, l’iscrizione è possibile anche in caso di operazioni straordinarie, come qui trattate, oppure in

una perdita attraverso tale tecnica³²⁰. Tutte queste voci dell'attivo concorrono, allora, complessivamente a costituire l'attivo c.d. ideale, non corrispondente a beni o utilità individuate o individuabili: dal punto di vista degli effetti, come si è avuto modo di segnalare in precedenza, la disciplina generale del bilancio le contorna di cautele che si traducono in una inibizione dei poteri di disposizione sul patrimonio netto- per la quota-parte pari al loro ammontare- nel senso di impedire la distribuzione di utili finché non se ne abbiano a sufficienza per coprire i costi iscritti. Una siffatta operatività impedisce l'esposizione di utili non realmente conseguiti- solo presunti nel loro futuro realizzo-, in ossequio al principio di prudenza delle iscrizioni speciali.

Similmente accade, dal punto di vista contabile, per i costi sostenuti in ragione delle immobilizzazioni materiali e immateriali comprese nel patrimonio, il cui valore può ammortizzarsi limitatamente alla durata del loro utilizzo stimato, evitando di far emergere perdite³²¹. In definitiva pur dovendosi escludere l'imputabilità delle voci ora elencate alla cifra del nominale, esse contribuiscono ad accrescere comunque il patrimonio netto finale. Sorge poi in tale ottica la questione- stando alla formulazione dell'art. 2504-*bis* c.c.- circa la possibilità di surrogare, per la copertura del disavanzo, l'eventuale inesistente avviamento con costi di sviluppo, impianto e ampliamento, sostenuti per l'incremento dell'organizzazione ed efficienza del complesso aziendale nel corso del tempo e non iscritti, o iscritti solo entro una certa misura. Attualmente non si sono poste soluzioni esplicite, anche se non pare rinvenire ostacoli ad un'applicazione in tal senso.

Il discorso cambia sensibilmente per quelle voci dello stato patrimoniale- appartenenti alla categoria delle immobilizzazioni-, che corrispondono ad un

caso di conferimento in società dell'azienda. (v. G. Olivieri, op. ult. cit., p. 399 e ss.). Dovendosi, in breve, interpretare l'inciso come valore massimo di iscrizione per averlo acquistato a titolo oneroso e non come condizione di iscrizione.

³²⁰ L'avviamento è ammortizzabile residualmente in dieci anni, quando gli organi preposti non individuano una vita utile più estesa; ciò in base alle recenti modifiche del codice, tali da permettere il piano di ammortamento secondo una durata individuata dall'amministrazione sempre sotto controllo dell'organo di vigilanza e con ampia e congrua motivazione in nota integrativa. Cfr. per l'estensione della tecnica di ammortamento, di recente, esplicitamente anche alle immobilizzazioni costituenti partecipazioni sociali o in linea generale titoli (n. 1, art. 2426).

³²¹ Op. ult. cit., p. 124, nota 283. Va precisato che la giurisprudenza ha, fra l'altro, ampliato il novero dei costi iscrivibili al fine dell'ammortamento, ragion per cui l'elencazione del codice è incompleta non figurandovi ad esempio i costi per organizzazione ed addestramento del personale. Più precisamente la giurisprudenza ha sancito l'applicabilità dello strumento dell'ammortamento ogniqualvolta si presentino costi a carattere pluriennale da ripartire in più esercizi. Ciò in ossequio al principio di condivisione della tecnica di indistribuibilità degli utili a fronte di costi non ancora ammortizzati in tutti quei casi in cui occorre iscrivere costi: così nello Schema di legge delegata per l'attuazione della IV Direttiva Cee in materia di bilancio. *Ibidem* p. 378, v. nota 430, e ss.

singolo bene o ad una pluralità di beni, collegato/i a posizioni giuridiche concrete individuabili, e quindi suscettibili di scambio al fine del recupero di risorse in numerario. Si tratta di elementi patrimoniali sicuramente assoggettabili sia a rivalutazioni per l'assorbimento di disavanzi, sia potenzialmente imputabili al nominale.

L'analitica individuazione di questi beni- raggruppate sotto voci per classi omogenee- (ad es. immobilizzazioni corrispondenti beni immateriali come brevetti ed opere di ingegno, marchi e diritti simili; immobilizzazioni materiali come terreni e fabbricati, impianti e attrezzature; immobilizzazioni finanziarie come beni immateriali quali partecipazioni societarie e così via) consente di chiarire meglio i termini della questione.

Taluno ad esempio ha esaminato, contrapponendoli, il marchio e la ditta³²².

Ai fini del presente discorso va rilevata- al di là della loro comune funzione di segno distintivo- la diversa portata giuridica delle due fattispecie che conduce, coerentemente, a due diverse modalità di rilevazione contabile. La ditta pur essendo un bene giuridicamente a sé stante non trova nello schema dello stato patrimoniale autonoma voce: si tratta, in senso contabile, di un elemento che concorre ad incrementare il valore dell'avviamento, dunque, di un componente computabile *in patrimonio* per dargli maggior rilievo ancorché non suscettibile di imputazione al capitale nominale. Fra l'altro, a ben vedere, non si dà un'autonoma circolazione giuridica del bene "ditta", che non può alienarsi disgiuntamente dall'intero complesso aziendale (art. 2565 c.c.). In quanto segno distintivo dell'azienda nel suo complesso, insieme con i beni in essa oggettivamente organizzati, esso difetta della necessaria attitudine al recupero per formare parte del capitale nominale.

Il marchio costituisce invece un vero e proprio cespite a sé, rappresentabile fra le immobilizzazioni immateriali, valutabile in modo autonomo: esso è trasferibile insieme o disgiuntamente dall'azienda, anche con un solo ramo di essa. Finalizzato a contraddistinguere una o più categorie di beni o servizi realizzati dall'impresa, la sua rivalutazione ai fini della copertura di disavanzi è ovviamente possibile fintantoché un marchio esista o sia utilizzato. Come altri beni, è eventualmente iscrivibile *ex novo* se risulta essere stato un valore occulto fino prima dell'operazione³²³. E' indiscussa la sua attitudine alla recuperabilità in

³²² Op. ult. cit. p. 373-376.

³²³ Accade nella realtà, che beni immateriali possono non essere stati contabilizzati: sorge così la questione, in materia di differenze, se cespiti occulti possano emergere in occasione di rivalutazioni per il disavanzo, comparendo come iscrizioni *ex novo*. Sembra che dalla disciplina non constino limiti in tal senso, come prospettato in dottrina: presupposto fondamentale resta l'effettiva della loro esistenza nel patrimonio. V. P.G. Marchetti, *Appunti sulla nuova disciplina della fusione*, Riv. not., 1991, p. 39. Cfr. dubitativo ma parrebbe non sfavorevole C. Santagata, *La fusione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 201, n. 222.

caso di alienazione in blocco dell'azienda, nei casi di liquidazione dell'attivo così come nei casi in cui si ritiene opportuno renderlo in generale oggetto di un autonomo atto negoziale (si pensi all'evoluzione di contratti di *franchising* e *merchandising*, ad esempio)³²⁴. Ne discende la potenziale imputabilità al capitale nominale. Analogamente, ciò detto per i marchi vale anche per i brevetti per invenzioni e modelli, opere di ingegno, e più in generale per le concessioni di loro uso esclusivo: tutti beni immateriali, corrispondenti ad altrettante voci fra le immobilizzazioni immateriali, dotati di un proprio mercato sul quale circolano sotto varie forme negoziali che ne determinano un tasso di recuperabilità elevato.

Per detti ultimi beni, vale ovviamente quanto detto per l'individuazione della loro capienza- nei limiti del valore effettivamente recuperabile- che determina il grado di "elasticità" valutativa di cui sono dotati, al fine di allocare il disavanzo secondo la tecnica dell'art. 2504-*bis* c.c.. Detta capienza è incrementata, poi, dalla confluenza del c.d. valore dei prodotti, ossia "il prezzo ricavabile dalla cessione a terzi di beni con specialità affermate"³²⁵ nella valutazione di marchi, brevetti e opere di ingegno; talvolta questo valore potrebbe alternativamente confluire, a seconda della tecnica di stima adottata, anche nell'avviamento. Resta però fermo che la rettifica dei cespiti in aumento andrebbe limitata al di sotto dei loro valori correnti che, comprensivi di valore dei prodotti o meno, arriverebbero ad essere imputabili al nominale solo nei limiti del loro effettivo realizzo.

Altro elemento talvolta indicato come autonomo componente del patrimonio aziendale è l'autorizzazione (o concessione) amministrativa, derivante dalla P.A., per l'esercizio di una o più attività. Ciò che maggiormente rileva, a tali propositi, è che essa risulta destinataria di un autonomo valore di stima sia nella cessione d'azienda che nel conferimento di azienda in società, arrivando a costituire quindi parte del corrispettivo pattuito, nel primo caso, o comunque un valore distinto dall'avviamento nell'altro. Detta autonomia di valore, corroborata da vere e proprie quotazioni di mercato, si riflette poi sul piano contabile. Messo da parte il fatto che, tuttavia, autorizzazioni e concessioni non si prestano- in quanto provvedimenti della P.A.- a divenire oggetto di un atto negoziale di scambio fra le parti, rimane la circostanza che si dà un loro automatico passaggio dall'alienante all'acquirente quasi come per effetto "naturale" del negozio di trasferimento del complesso di beni³²⁶: in tal senso, l'autonoma quotazione di mercato di tali provvedimenti, il mantenimento di

³²⁴Op. ult. cit. p. 375 e ss..

³²⁵Op. ult. cit. p. 387 e ss..

³²⁶ Op. ult. cit. p. 385-386. Si osserva che la giurisprudenza ha chiarito come con il negozio di trasferimento l'alienante dichiara di rinunciare alla licenza a lui intestata e di non opporsi al rilascio della nuova a favore dell'acquirente.

tale valore una volta acquisito su quel mercato anche in presenza di un andamento negativo dell'impresa, denotano un'attitudine al realizzo. Ciò nella misura in cui, detto valore, può conseguirsi anche mediante cessione in blocco dell'intero complesso produttivo. Indi, l'idoneità per l'imputazione al nominale. Similmente ai beni prima elencati, la rivalutazione al fine della copertura di disavanzi è strada percorribile anche sui valori attribuiti a tali provvedimenti.

Fra le altre immobilizzazioni- cc. dd. finanziarie- possibilmente considerabili ai fini dell'incremento del nominale si danno ovviamente le partecipazioni detenute in altre società. Le partecipazioni immobilizzate nel patrimonio delle fuse (o scisse) possono sia subire rivalutazioni al fine di recepire disavanzi sia essere assoggettate ad imputazione al capitale nominale della società-risultato. L'imputazione deriva dal fatto, intuitivo, del loro elevato grado di autonoma commerciabilità che ne sancisce di regola il recupero in qualsiasi fase- fisiologica o patologica- di vita dell'impresa³²⁷.

Di particolare interesse emerge, poi, una recente modifica dell'art. 2426 c.c., n. 11-*bis*, che consente di iscrivere gli strumenti finanziari derivati ai loro valori correnti: ne consegue la possibile rivalutabilità ai medesimi valori correnti in sede di operazioni straordinarie, qualora fossero stati precedentemente valutati per un ammontare inferiore o fossero addirittura non ancora iscritti. Il tema dell'accertamento riguardante il realizzo e la disponibilità delle voci iscritte, peraltro, è confermato testualmente dall'analitica disciplina introdotta per questa valutazione al *fair value* di cui al n. 11-*bis*, con cui si stabilisce che: gli utili non utilizzati, o non necessari per la copertura degli strumenti, derivanti da tali iscrizioni non sono distribuibili o disponibili; così come, le riserve positive di patrimonio netto, create sempre ai sensi del predetto n. 11-*bis*, non sono disponibili e nemmeno utilizzabili a copertura di perdite³²⁸.

Le immobilizzazioni materiali si sostanziano nelle voci corrispondenti di volta in volta a terreni, fabbricati, impianti ed "altri beni". Lo stato di "materialità", o per meglio dire la spiccata caratteristica di realtà di questi singoli beni, denota un'intuibile attitudine al recupero tale da sancirne l'imputabilità al nominale. Ovviamente, quindi, è a dirsi per l'idoneità alla rivalutazione di questi beni al

³²⁷ L'attitudine al recupero aumenta poi, verosimilmente, se si tratta di partecipazioni al capitale di società a rischio limitato, cioè di capitali, piuttosto che di quote di società di persone, stante la maggior attitudine alla circolazione da parte di azioni e quote di s.r.l.

³²⁸ A parte il bisogno di uno studio specifico sul tema dei derivati, e sul complesso contenuto del n. 11-*bis*, resta fermo l'argomento generale in punto di accertamento su disponibilità e realizzo delle varie voci introdotte ai fini del disavanzo: rispetto a tale esigenza le norme richiamate, speciali e orientate verso i derivati contabilizzati, rappresentano un esempio di regolamentazione ancora più articolata e rigorosa di quella normalmente apprestata dal codice (cfr. *infra* § 2.2.1., cap. I).

fine di coprire disavanzi³²⁹. Va osservato però che le attrezzature ed impianti immobilizzati, pur rappresentando beni dotati della caratteristica di materialità e realtà, costituiscono elementi destinati alla produzione soggetti quindi ad una certa- più o meno accentuata- obsolescenza (cfr. il tenore dell'art. 2426, n. 12, c.c.): ciò si rifletterà sulle modalità di rivalutazione cui sono assoggettabili, sempreché capienti, ai fini del disavanzo. Non risulta comunque preclusa l'astratta imputabilità al nominale.

Tuttavia, però, specialmente le immobilizzazioni ora indicate potrebbero anche essere destinate inscindibilmente allo svolgimento dell'attività imprenditoriale; in tal modo la loro distrazione, per finalità soddisfattorie, dall'utilizzo che ne è naturalmente fatto implicherebbe probabilmente un'interruzione irreversibile dell'iniziativa stessa.

I crediti, che di regola si devono contabilizzare secondo l'attendibile valore di realizzo (art. 2426, n. 8, c.c.), poco o niente si prestano ad essere rivalutati in virtù di copertura dei disavanzi; pur tuttavia essendo astrattamente idonei a formare oggetto di imputazione al nominale. Anche le partecipazioni che non costituiscono immobilizzazioni potrebbero rivalutarsi ed imputarsi eventualmente a capitale.

Discorso a parte meritano le voci ricondotte all'attivo circolante, fra le quali ci sono le rimanenze e le disponibilità liquide: la maggior parte delle le voci che lo compongono, ossia materie prime, di consumo, prodotti in corso di realizzazione, merci, depositi bancari, assegni, danaro e valori in cassa non si prestano di regola ad essere rivalutati per il recepimento di disavanzi per via della tendenziale anelasticità del loro valore. Fanno eccezione i prodotti finiti che, pur non costituendo immobilizzazioni, lasciano spazio a margini di rivalutazione in vista della normale possibilità di acquisizione di risorse in numerario secondo i valori effettivi al momento della rivalutazione³³⁰. Questi elementi non sono poi suscettibili di imputarsi a capitale nominale in quanto, pur essendo assoggettabili ad autonoma circolazione e recuperabilità,

³²⁹ Si veda lo stato del dibattito tradizionale in merito alla eccezionale rivalutabilità dei beni materiali, sebbene non svolta con specifico riguardo ai disavanzi, esemplarmente in P. Ferro-Luzzi, *Deroghe ai criteri di valutazione e rivalutazione*, in Giur. comm., 1981, I, p. 5; P.G. Jaeger, *Deroghe alle valutazioni "legali" di bilancio in presenza di "speciali ragioni" (art. 2425, ult. cpr., c.c.)*, in Giur. comm., 1974, I, p. 3. Riflessioni meno risalenti sul punto, specie in materia di efficacia del criterio del costo storico con riguardo alla rappresentazione di tali beni in G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 78 in particolare.

³³⁰ In particolare, con riguardo alla tecnica di contabilizzazione alle rimanenze, intese in senso ampio, insieme quindi alle varie sotto-voci ricomprese, si veda op. ult. cit. p. 68, in particolare nota 34 e 35.

costituiscono- di regola- fonte primaria e/o sussidiaria dell'attività di produzione e scambio dei beni e servizi di impresa³³¹.

Svolta questa panoramica di massima sui beni o gruppi di beni, e in generale componenti di bilancio utili per la rivalutazione od iscrizione ai fini dell'allocazione del disavanzo, dovrebbe essere più chiara anche la problematica riguardante l'accertamento circa la loro idoneità per l'imputazione al nominale.

Ferma, dunque, la possibilità di rivalutazione del bene e la predetta sua idoneità (*an*) ai fini dell'incremento del nominale, dovrà poi accertarsi che il valore attribuito all'elemento sia effettivamente realizzato (*quantum*).

3.1.1. (...Segue...) Il reale conseguimento delle poste da introdursi a copertura di avanzi

Le poste da introdursi a copertura dell'avanzo di fusione (o scissione) riguardano, a differenza del disavanzo, il passivo del bilancio e più precisamente: (i) si influisce direttamente sulla formazione del valore di patrimonio netto della società riveniente, mediante l'introduzione di una riserva; ovvero (ii) si ha l'istituzione di una voce dei fondi per rischi ed oneri (art. 2504-*bis*, ult. cpv., quarto comma, c.c.), con anticipazione di passività. Nel primo caso l'organo preposto alla gestione deve documentare ed asseverare la disponibilità della frazione di patrimonio netto corrispondente alla riserva istituita da parte della società che si appresta a fondersi (o scindersi), di modo che tale valore possa utilizzarsi per un incremento del capitale nominale a servizio della fusione (o scissione). Si avrebbe, in caso di accertamento di disponibilità, una situazione analoga a quella di un aumento di capitale gratuito, fattispecie in cui per incrementare il capitale nominale vengono utilizzati riserve e fondi accertati come *disponibili*, senza nuovi conferimenti (art. 2442 c.c.)³³².

³³¹ G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 71 ss.

³³² *Amplius*, M. Notari, *Appunti sull'iscrizione dei beni dell'incorporata nel bilancio dell'incorporante successivo alla fusione*, in Studi in onore di G. Cottino, II, Cedam, 1997, p. 1375 e ss.. E' peraltro probabile che la dottrina non si sia mai preoccupata della stima di avanzi "da concambio", avendoli intesi come fossero vicende automaticamente generatrici di ricchezza in seno alle operazioni straordinarie, liberata dalla maggior somma dei patrimoni netti delle partecipanti ed utilizzabile allo scopo di un aumento di capitale nominale post-fusione o a quello della distribuzione fra i soci, e così via. Così almeno parrebbe spiegabile la ricorrente e quasi automatica qualificazione della riserva apposta come 'da sovrapprezzo', come fosse una sorta di nuova ricchezza generata da un conferimento (in tal caso di un patrimonio sociale in un altro). Senonché anche in tali casi la disponibilità non pare affatto immediato automatismo dell'operazione straordinaria, pur sempre occorrendo l'accertamento di liceità dell'opzione da

Tuttavia l'utilizzo di questa posta, se disponibile, potrebbe anche non tradursi in una imputazione al nominale bensì essere ricondotta, a fusione (o scissione) avvenuta, ad un altro atto disposizione come la distribuzione ai soci o il riporto a nuovo per decidere in un secondo momento sulla sua destinazione.

Nel caso di creazione di una voce dei fondi per rischi ed oneri per far fronte a futuri risultati economici sfavorevoli si ha, invece, un'indisponibilità immediata e pressoché permanente della posta iscritta³³³; indisponibilità comunque non del tutto assoluta, che può durare fino al venir meno del rischio di dover far fronte a costi o perdite, oppure che potrebbe essere praticamente neutralizzata a fronte dell'esistenza di altre risorse disponibili per coprire costi o perdite (magari altre riserve statutarie che possono destinarsi a questa esigenza). In tal modo, il relativo fondo da iscriversi, se costituibile mediante altre risorse destinabili all'accantonamento, risulterà fruibile per diverse finalità- come ad esempio immediato ripianamento di perdite o- destinazione a capitale nominale della risultante. Permane comunque un'ineidoneità di tali voce a costituire una plusvalenza (disponibile o disponibile in futuro) da utilizzarsi per i fini diversi da quelli propri del fondo precauzionale: a ben vedere essa consiste naturalmente in una componente negativa del conto economico³³⁴.

Dunque, l'accertamento da parte dell'organo preposto alla gestione ai fini della disponibilità del fondo- improbabilmente effettuabile in corso di fusione o post-fusione (o scissione)- può essere orientato solo a stabilire se siano venuti meno i presupposti del rischio legato a perdite od oneri futuri: in tal modo il fondo può distogliersi dalla destinazione "vincolata" originariamente impressa, per impiegarsi invece a fini "produttivi". Soltanto in tal caso, con l'accertato venir meno della situazione di rischio, la posta potrà svincolarsi formando una frazione del patrimonio netto disponibile in vista di incrementi di capitale o distribuzione fra i soci- transitando in conto economico in fase post-operazione.

parte dell'organo amministrativo; similmente, potrebbe dirsi, a quanto avviene per l'aumento di capitale "gratuito" (art. 2442 c.c.).

Si avrebbe una fattispecie analoga insomma ad una pura riclassificazione delle poste del patrimonio netto, sempreché vi sia certezza sulla assenza di vicoli di indisponibilità G. Figà-Talamanca, op. ult. cit, p. 200 e ss..

³³³ Specificamente, sulla intensità dei presupposti di indisponibilità v. art. 2424-bis, comma terzo, c.c..

³³⁴ G. Figà-Talamanca, op. ult. cit, p. 141, nota 6, ne evidenzia la tendenziale idoneità a costituire fonte reddituale stimata e futura per l'iniziativa.

4. L'incremento del capitale nominale post-fusione (o scissione) in relazione al tipo sociale risultante

Si è fatto cenno, specialmente negli ultimi paragrafi, al fatto che la formazione del nominale secondo la selezione di beni e diritti dotati di ben determinate caratteristiche è massimamente legata anche alle peculiari funzioni da esso svolta nell'ambito dei tipi sociali "di capitali". Da un canto il capitale nominale- come dotazione patrimoniale composta da elementi certi, liquidi ed effettivi- assicura il recupero o l'espropriazione di detti elementi per far fronte all'adempimento delle obbligazioni assunte dalla società; dall'altro- come cifra, quantità, fissata nell'atto costitutivo- condiziona la persistenza dell'iniziativa collettiva, nella misura in cui la sua conservazione consente di proseguire l'attività dell'impresa collettiva. Detti aspetti sono di cruciale importanza in riferimento alle argomentazioni precedentemente svolte in punto di selezione dei cespiti ad esso imputabili, in quanto la destinazione al capitale nominale di elementi fittizi o sovrastimati- cioè non realizzati e non disponibili- comporterebbe la sua inconsistenza in misura tale da interrompere magari irreversibilmente l'iniziativa. Si è anche visto come nell'ambito di fusioni o scissioni, scelte legislative abbiano fondamentalmente affidato agli organi amministrativi il compito di monitorare e regolamentare l'emersione di differenze. Solo nei casi eccezionalmente individuati dalla legge tali compiti andranno coordinati con i dati della perizia di stima finalizzata a quantificare il patrimonio transitante da una società verso un'altra.

Ciò confermerebbe che il codice civile pensi alle differenze di fusione e scissione come ad una materia inerente allo svolgimento di competenze amministrative, da svilupparsi avendo riguardo alle regole fondamentali del bilancio di esercizio³³⁵ e scandite attraverso quelle riguardanti i procedimenti delle operazioni straordinarie. Non emerge alcun indice sistematico o testuale che imponga, a tal proposito, ulteriori aggravii formali con stime solenni, rispetto a quelli imposti.

Quanto ora evidenziato in punto di formazione e funzioni regolative del nominale resta sicuramente problema proprio della classe di società di capitali. Benché nella classe delle società di persone esso non possa qualificarsi nominale alla stessa stregua delle funzionalità svolte nell'altra classe di società³³⁶, si pensa tuttavia che la formazione integra ed effettiva del capitale

³³⁵ In linea con la prospettiva della "normale" natura contabile delle appostazioni speciali o derogatorie ai criteri ordinari e della loro emersione mediante adeguato adempimento delle competenze amministrative, in generale, C. Angelici, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in Enc. del diritto, vol. XLII, Giuffrè, 1990, p. 1012-1014.

³³⁶ P. Spada, *Appunto in tema di capitale nominale e di conferimenti*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 127-2006/I (www.notariato.it).

nominale non possa intendersi prerogativa esclusiva delle società a rischio limitato. Pertanto, nel caso di fusioni o scissioni che approdano ad uno degli esemplari di società di persone, la formazione del capitale andrà condotta nel loro ambito pur sempre secondo i canoni qui specificamente indicati per quelle di capitali. Sussiste, infatti, il pieno e naturale diritto di tutti i tipi di iniziative coinvolte, a porre in essere operazioni straordinarie che consentano uno sviluppo dell'attività collettiva di impresa riveniente e non la sua compressione o disintegrazione. Si dà un principio di parità di trattamento, fra le varie tipologie, in punto di diritto dei soci e dei terzi a mantenere sia la partecipazione al capitale che il patrimonio sociale integri, in modo tale da proseguire efficientemente l'attività sociale (c.d. *going concern*), a prescindere dal modulo organizzativo adottato.

Tuttavia, è risaputo che i criteri di formazione del capitale nelle società di persone sono notoriamente affatto meno rigorosi e più flessibili rispetto a quelle con rischio limitato.

Si prosegue adesso la trattazione mettendo bene in luce le differenze funzionali del capitale fra l'una e l'altra classe di società, con particolare riguardo ai riflessi delle sue modifiche ed incrementi "a servizio". Si rammenta che, ovviamente, la causa di dette variazioni del capitale nominale non sia rappresentata da nuova ricchezza esterna alla società, conferita *ad hoc*; ma che la causa si rinvenga, bensì, nell'utilizzo di valori già presenti ricompresi nei vari patrimoni sociali, contabilizzati o da contabilizzarsi (anche mediante le tecniche allocative di differenze portate avanti dai preposti alla gestione).

Segnatamente, nelle società di capitali il livello di capitale nominale determinato nell'atto costitutivo- sia in sede di costituzione che di successiva modifica- va necessariamente mantenuto, ossia conservato. L'erosione per perdite del capitale nominale, o comunque, la constatazione della suo venir meno per via di minusvalenze legate al minor valore di beni e diritti ad esso imputati, o addirittura l'inconsistenza di questi, provoca seri problemi per la persistenza dell'iniziativa sul mercato.

L'eventuale registrazione di perdite, o comunque di minusvalenze, può comportare l'innescò di meccanismi giuridici finalizzati ad eliminare le cause di disgregazione del capitale, prima che esso sia totalmente eroso. In primo luogo può entrare in funzione il c.d. meccanismo di allarme³³⁷ se si registrano erosioni "qualificate", ossia, pari ad oltre un terzo dell'ammontare di capitale risultante dall'atto costitutivo. In questo caso occorrerebbe convocare l'assemblea ordinaria, la quale dovrebbe provvedere in merito ad opportuni rimedi con cui eliminare le minusvalenze (*i.e.* ripianamento delle perdite subite). Entro un

³³⁷ P. Spada, *Un numero che detta regole- ovvero il ruolo del capitale sociale nel diritto azionario italiano*, Riv. del notariato, 2014, p. 437. Ampiamente G. Olivieri, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Cedam, 1989, p. 124-147.

anno poi, se i minusvalori che intaccano il capitale non fossero eliminati- e magari aumentati- l'assemblea dovrebbe procedere alla riduzione del capitale nominale almeno per la parte erosa (art. 2446, o 2482-*bis* c.c.).

Qualora, vieppiù, le minusvalenze erodano addirittura *la terza parte del capitale nominale nel minimo legale* previsto dalla legge, cioè la dotazione minima di provvista di mezzi propri imposta, la questione è ancora più complicata. Occorrerebbe convocare l'assemblea straordinaria per deliberare l'azzeramento del capitale nominale e la sua ricostituzione almeno entro quel minimo legale imposto dalla legge (art. 2447, o 2482-*ter* c.c.)³³⁸: tale operatività viene usualmente distinta come fase in cui si “ritara il circuito d'allarme”³³⁹ innescato. Allorquando i suddetti ultimi rimedi appaiano inefficaci, si verificherebbe l'entrata dell'iniziativa collettiva nella fase di scioglimento e liquidazione, l'entrata cioè nella c.d. fase conservativa prima della cancellazione dal registro delle imprese. Alternativa allo scioglimento si pone, ad esempio, la trasformazione sotto una forma organizzativa opportunamente meno “costosa”. Le vicende suddette possono presentarsi, in concreto, consecutivamente l'una rispetto all'altra, oppure, se il capitale nominale è fissato nell'atto costitutivo pressappoco intorno al minimo legale, potrebbe darsi l'innescato diretto del meccanismo di “ricapitalizzazione-scioglimento”³⁴⁰. Si appalesa, così, la vera e propria portata “normativa” della cifra del nominale sull'attività esercitata attraverso l'iniziativa collettiva a rischio limitato. Nessuna disciplina di una siffatta operatività si rinviene invece nell'ambito delle società di persone.

Va collocata allora l'attenzione su due aspetti fondamentali: sul ruolo del capitale nominale all'interno delle cause di scioglimento dell'iniziativa collettiva; e poi sul *perché* di questa funzione normativa del capitale rispetto all'iniziativa, sugli interessi concretamente mobilitati dalla disciplina di una siffatta funzione. Quanto al primo punto si deve notare come dalla conservazione del capitale nominale dipenda direttamente l'esercizio dell'attività sociale delle società di capitali: nell'art. 2484, n. 4 c.c., la perdita del capitale al di sotto del minimo legale è annoverata fra le cause di scioglimento, salvo che non si attuino i rimedi stabiliti dall'art. 2447 e 2482-*ter* c.c.. Diversamente, nell'ambito delle

³³⁸ Si veda ad esempio per i profili pratici del problema la massima Comitato interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Massima L.A.31 “Entità minima del capitale sociale della o delle società risultanti da una fusione o da una scissione*; nonché Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, *Massima n. 38 “Azzeramento e ricostituzione del capitale sociale in mancanza della contestuale esecuzione dell'aumento”*.

³³⁹ Cfr. per tutti, P. Spada, op. ult. cit..

³⁴⁰ Fa notare P. Spada, op. ult. cit., come ritrarre il nominale entro la soglia minima imposta per legge (minimo legale) aumenta la probabilità che il sistema d'allarme suddetto scatti più facilmente: infatti più è tenue la cifra fissata più il nominale, più diviene sensibile alle perdite subite il meccanismo che lo veicola.

cause di scioglimento delle società di persone, l'art. 2272 c.c., non si annovera la perdita del capitale nominale sotto alcun minimo. A ben vedere, inoltre, nei tipi societari capitalistici, il nominale è clausola dell'atto determinante l'ammontare certo di quella cifra, che resta fissa, finché il capitale appunto non viene riqualficato attraverso una delle possibili modificazioni dell'atto costitutivo.

Niente di tutto ciò si presenta nella disciplina dei modelli a base personale: l'art. 2295 c.c., nel fissare il contenuto minimo dell'atto costitutivo annovera unicamente "i conferimenti", da specificarsi nell'ammontare al fine di comprendere la suddivisione del capitale tra i soci. Sicché, la locuzione capitale sociale o nominale con riferimento a detti modelli allude solo ad una modalità di ripartizione dei conferimenti effettuati per individuare la provvista iniziale, misura dei profitti e dei carichi verso ciascun socio.

Ed ecco che si giunge a comprendere il menzionato *perché*, sulla presenza o assenza di meccanismi finalizzati a tenere ferma la cifra del nominale.

Lo spartiacque fra i tipi a base capitalistica e quelli a base personalistica in punto di funzione e rilievo del capitale passa attraverso una caratteristica del regime tipologico proprio delle due classi: si tratta del rischio limitato presente nelle prime ed assente nelle seconde³⁴¹. Con riguardo all'effetto di limitazione del rischio derivante dall'iniziativa economica, la dottrina rileva che- per coerenza- anche la disciplina dei conferimenti arrivi a risentirne, nella misura in cui l'integrità del capitale e le procedure di neutralizzazione di minusvalenze ed eventuale ricapitalizzazione si legano tipologicamente ad esso.

Arrivando alla sostanza del problema in questione, la limitazione al solo patrimonio sociale della responsabilità per le obbligazioni assunte, colloca nelle società di capitali la sequela di atti di cui all'art. 2446 e 2447 c.c. come mezzi di prevenzione alla situazione di sovraindebitamento: situazione nociva, o frustrante,- totalmente o parzialmente- le ragioni dei terzi creditori a soddisfarsi sul patrimonio sociale. Che la perdita del nominale sia proveniente da una cattiva gestione sociale o dall'andamento negativo del mercato non rileva a tal fine: le circostanze di erosione del capitale si rifletteranno sempre sul livello di capienza del patrimonio sociale a soddisfare le obbligazioni fatte valere dai terzi. Se, poi, ne esistono gli estremi sarà possibile esercitare azioni di responsabilità verso i preposti alla gestione.

Dunque, il regime riguardante la peculiare funzione svolta dal nominale si riconnette per coerenza al regime della garanzia patrimoniale caratterizzata dal

³⁴¹ Si rimarca che la circostanza della limitazione del rischio degli accomandanti nell'accomandita semplice non muta, nella sostanza, il rilievo del differenziale fra le due classi. In modo tutt'affatto analogo la responsabilità illimitata degli accomandatari nell'accomandita per azioni non contraddice il regime differenziato.

“rischio limitato” di quelle a base capitalistica³⁴². Sempre per coerenza, negli esemplari delle società di persone in caso di perdita del capitale nominale non è prescritto alcun atto diretto a ripianare le perdite a pena di riduzione del capitale nominale ovvero dello scioglimento. Tale assenza si concreta nella possibilità dei creditori sociali di soddisfare le proprie ragioni nella responsabilità illimitata dei singoli soci per le obbligazioni sociali assunte. In tal modo possono prospettarsi gli interessi concreti mobilitati da tutti i meccanismi cautelativi illustrati.

Il ragionamento svolto non viene inficiato dalla circostanza che le società a responsabilità limitata possono costituirsi con capitale inferiore ad euro diecimila, addirittura determinabile fino ad un euro. Certo l'applicazione del meccanismo preventivo dell'incapienza, in tali casi apparentemente sempre vigente, può essere messo in forte difficoltà operativa a causa della scelta di fissare un siffatto capitale nominale³⁴³.

L'accertamento riguardante l'effettivo realizzo degli elementi patrimoniali rivenienti dalle partecipanti al patrimonio della società-risultato, con particolare riguardo alle poste utilizzate per coprire disavanzi ed avanzi, può comportare allora conseguenze decisamente diverse a seconda del tipo sociale cui approda la fusione o scissione. Trattandosi di società di capitali, detto accertamento si pone assai stringente, in ragione del fatto che riserve indisponibili o elementi attivi- ancorché dotati dell'attitudine al realizzo- se non sono effettivamente realizzati possono mettere a rischio l'effettività del capitale nominale e quindi potenzialmente la stessa prosecuzione dell'iniziativa.

Bisogna distinguere a tale riguardo i casi in cui la società-risultato è provvista delle necessarie coperture patrimoniali tali da rendere lecito l'aumento di capitale. Se l'incremento venisse comunque effettuato anche quando le poste da introdursi per allocare le differenze risultassero totalmente o parzialmente mancanti dei caratteri del realizzo e della disponibilità, si darebbe luogo ad una formazione non lecita di un capitale “fittizio”. Ne conseguirebbero seri problemi per l'iniziativa qualora dovesse farsi fronte a perdite o debiti che investono direttamente il nominale. Evidentemente potrà profilarsi la responsabilità civile- ed eventualmente penale- dell'organo gestorio che ha indotto un simile stato di paralisi operativa e/o scioglimento. La situazione potrebbe poi essere attenuata dalla presenza di fondi disponibili per far fronte alle perdite, fermo restando comunque che ha avuto luogo un'illecita formazione del capitale nominale post-fusione. La casistica ipotizzabile insomma può profilarsi in questi termini assai ampia.

³⁴² G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997, p. 81.

³⁴³Cfr. P. Spada, op. ult. cit..

Sotto un altro punto di vista potrebbe poi verificarsi il rischio che, a seconda delle scelte organizzative, tutte le risorse disponibili vengano utilizzate per incrementare il capitale nominale lasciandolo direttamente esposto ad erosione per perdite.

La circostanza per cui la formazione del nominale, e quindi il suo incremento- così come, del resto, una sua contrazione-, possa avvenire fuori da stime solenni non esonera dal tenere in debito conto i principii regolatori di bilancio per decidere se porre in essere opzioni organizzative tali da comportare modificazioni del capitale nominale in seno alla fusione o scissione. Sarebbe forse auspicabile, allora, tenuto conto della prospettata scarsa attitudine alla fruibilità delle poste da introdursi in bilancio per l'allocazione di differenze, che, nelle operazioni straordinarie, gli interventi sull'utilizzazione di tali poste si fermi alla loro semplice imputazione a patrimonio, che di per sé stessa comporta indubbi vantaggi patrimoniali. Mentre per quanto riguarda la loro fruizione ai fini dell'incremento del nominale, qualora la situazione patrimoniale non sia chiara e stabilizzata, si rinviino le valutazioni programmatiche al momento in cui la società riveniente è in esercizio.

In linea generale, anche nelle società di persone, l'inserimento in bilancio post-fusione (o scissione) di voci rivalutate o iscritte ai fini del disavanzo, o per l'avanzo di poste al passivo come riserva o fondo, intanto implicherebbe una residuale indisponibilità della quota-parte di netto risultante.

L'art. 2303 c.c. assume in ogni caso valenza regolativa generale, che mira a sancire la indisponibilità di utili e risorse non effettivamente, "realmente", conseguiti. La disciplina sulla tenuta di documenti contabili appare senz'altro più scarna e meno rigorosa rispetto alle società di capitali, dovendosi- per la distribuzione degli utili- unicamente presentare all'approvazione dei soci per un rendiconto annuale, costituito da un conto dei profitti e delle perdite e un "bilancio" redatto secondo i principii [in quanto compatibili] del bilancio delle società per azioni. Ma in ogni caso, come recita la legge, tale *da dimostrare con evidenza e verità gli utili conseguiti e le perdite subite* (art. 2217 c.c., art. 2262 c.c.)³⁴⁴.

Sicuramente la perdita totale o parziale del capitale determinato in sede di costituzione o successiva modifica non comporta negli esemplari a base personalistica il dover porre in essere atti finalizzati per ripianare le perdite entro l'anno, ricapitalizzare o sciogliere. Pur tuttavia, l'incisività di perdite sul capitale- *lato sensu* definibile "nominale"- comporta un dovere generale di ripianamento delle perdite, con relativa impossibilità di distribuzione degli utili

³⁴⁴Fra l'altro il preventivo giudizio circa il minor rigore sulla tenuta delle scritture contabili in questa classe di società è espresso chiaramente dal legislatore che ha riformato il diritto delle società di capitali, laddove impone la perizia di stima *ex* art. 2343 c.c. per le società di persone che si fondono (o scindono) in società di capitali al fine di un'esatta valutazione degli elementi patrimoniali in esso ricompresi: è il più volte citato penultimo comma art. 2501-*sexies* c.c..

fino a che le perdite non siano integralmente coperte (art. 2303, secondo comma, c.c.).

Una formazione del capitale non fedele ai dettami ora menzionati, pur non provocando la combinazione di atti secondo la consecuzione “eliminazione minusvalenze- ricapitalizzazione- scioglimento”, indurrebbe di riflesso altri ordini di problemi pur sempre seri. Si dà anzitutto il coinvolgimento personale dei soci partecipanti al sodalizio, se non addirittura un coinvolgimento diretto ed immediato della società e dei soci nel fallimento o altre procedure sulla crisi d’impresa e liquidazione concorsuale³⁴⁵.

Ritorna allora il profilo di corretto e diligente adempimento dell’incarico amministrativo orientato a conferire una adeguata conoscenza da parte dei soci circa l’opportunità e ragionevolezza delle scelte programmate da attuarsi, in particolare di ordine contabile, dotate di riflessi immediati su questioni di fondamentale importanza per l’operatività dell’iniziativa riviniente. In particolare quando si tratti di quelle fattispecie concrete in cui il procedimento ha tendenzialmente luogo fuori da particolari crismi formali di documentazione ed asseverazione da parte di esperti esterni.

Questioni molto interessanti, contigue a quanto in ultimo illustrato ma impossibili da trattarsi qui partitamente, risultano essere quelle riguardanti le modalità attuative dei procedimenti di fusione o scissione all’interno di società di persone³⁴⁶ partecipanti. Si pone in evidenza come i moduli di amministrazione (c.d. congiuntiva o disgiuntiva) predisposti dalla legge per queste società, legati quasi sempre all’esistenza di una ristretta compagine sociale che amministra, dovrebbero tendenzialmente diminuire il rischio di imprudenze o arbitrii e scelte incaute dell’organo gestorio a scapito della-eventualmente inconsapevole- compagine dei soci.

Va rimarcato sotto il profilo fiscale che, qualora le poste di allocazione di avanzi e disavanzi siano considerate realizzate cambierebbe anche il regime fiscale delle stesse. Esse non sarebbero più assoggettate alla neutralità fiscale, sicché i valori in questione rientrerebbero nell’imposta sui redditi in ragione dell’effettivo realizzo, da cui discende ad esempio la loro fruibilità mediante per la distribuzione ai soci, o la possibilità di ridurre il capitale nominale con distribuzione di aliquote ai soci. Tale regime è sancito dalla complessa disciplina fiscale di cui agli artt. 172, commi 5, 6, 7, 8, e 173, commi 9 e 10, T.u.r.³⁴⁷.

³⁴⁵ Disamina sintetica ed esaustiva sulla complessità delle vicende circa il grado di rischio e responsabilità delle iniziative collettive sotto forma di società di persone o di capitali in P. Spada, *Diritto commerciale, Elementi*, p. 183-186 in particolare.

³⁴⁶ M. Maltoni, *Fusione, scissione e società di persone*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio 5620-2005/I (www.notariato.it).

³⁴⁷ Senza poter trattare specificamente le problematiche fiscali sul punto, si rinvia al testo di legge tenendo conto comunque che esso va interpretato tenendo conto dell’abolizione

A conforto delle argomentazioni generali finora svolte stanno, peraltro, le previsioni di illeciti penali connessi all'assenza di un trasparente, veritiero e prudente svolgimento dell'incarico amministrativo³⁴⁸ con riguardo ad una illecita formazione del capitale e del flusso di informazioni veicolate verso soci e terzi. Si enumera qualche ipotesi per quanto qui i più interessa: si può avere il reato di formazione fittizia del capitale (art. 2632 c.c.), conseguente all'attribuzione di azioni o quote in misura complessivamente superiore al capitale sociale (*reale*); ovvero quello, più specifico, di sopravvalutazione di patrimoni sociali, anche se testualmente solo e soltanto per le operazioni di trasformazione³⁴⁹; illegale ripartizione degli utili e delle riserve, quali elementi patrimoniali non *effettivamente conseguiti o destinati per legge a riserva* (art. 2627 c.c.). In generale, poi, gli amministratori sono penalmente responsabili per violazione delle disposizioni sulle fusioni o scissioni poste a tutela dei creditori (art. 2629 c.c.).

4.1. (...Segue...) Le operazioni prive di incrementi di capitale nominale ovvero con diminuzione del capitale nominale delle partecipanti

L'aumento di capitale a servizio non è esigenza necessaria delle operazioni, andando esso pur sempre commisurato al livello di risorse disponibili ed effettive presenti nelle varie iniziative coinvolte, anche nel caso di allocazione di differenze³⁵⁰. In aggiunta, il concambio, quando esistente, non deve necessariamente soddisfarsi mediante un incremento del nominale.

Nel caso di fusioni per incorporazione e nelle scissioni con attribuzione dell'intero patrimonio- o parte di esso- a società preesistenti, potrebbe darsi che l'incorporata contenga partecipazioni dell'incorporante nel proprio

dell'imposta sostitutiva sui maggior valori iscritti in bilancio per effetto delle differenze; ed inoltre la lettura della disciplina in questione offre un elenco interessante di raffronto per ricomporre alcuni aspetti operativi della casistica sostanziale.

³⁴⁸ Cfr. diffusamente J. Sodi, *Apporti in natura nelle società di capitali e relazione giurata di stima*, Commissione studi d'impresa del Consiglio Nazionale del Notariato, 2015, per gentile concessione dell'Autore.

³⁴⁹ C'è chi ha suggerito infatti l'introduzione di reato da illecita sopravvalutazione del patrimonio assegnato (in caso di scissione); ragionando comunque di prevedere una simile previsione anche per le fusioni. G. Scognamiglio, *La scissione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 340, nota 306.

³⁵⁰ Si vedano per un'associazione fra avanzo da concambio con un aumento di capitale gratuito, benché l'associazione non si configuri del tutto chiarita e pienamente argomentata, comunque per le similitudini in operatività e più in generale per l'interesse stringente circa la effettività di risorse contenute nei patrimoni coinvolti, Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, *Massima n. 102 "Utilizzo di riserve "da capitale" nelle operazioni straordinarie"*; Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, *Massima n. 72 "Imputazione del disavanzo da concambio nella fusione e nella scissione (art.2504bis c.c.)"*.

patrimonio: sicché, una volta che il patrimonio sociale confluisce nel patrimonio della incorporante queste ultime potranno attribuirsi ai soci in concambio, senza effettuare aumenti di capitale,³⁵¹. Stessa questione se la incorporante (o beneficiaria di patrimonio scisso) contenga già “azioni proprie”: ne deriverà la possibilità di attribuirle in concambio.

Resta sempre fermo il divieto di attribuzione, a soddisfazione del concambio, di partecipazioni detenute in altre società controllate, le cui partecipazioni sono presenti nel bilancio dell’incorporante (art. 2504-*ter* c.c.)³⁵².

Va notato che poi, in fondo, l’attribuzione ai soci dello stesso numero di partecipazioni a quelle in precedenza possedute non è indicativo di un concambio incongruente, per la ragione che il valore del patrimonio aggregato con la fusione o scissione, a parità di quote, è normalmente superiore a quello della società partecipante presa da sola. Tanto vale anche per le fusioni proprie cioè “per unione”.

Accade di frequente nelle fusioni o scissioni in cui occorre soddisfare il concambio, che, il titolare delle partecipazioni della incorporante restringa la propria partecipazione sociale nella società incorporante, assegnando in concambio queste sue partecipazioni senza dare luogo ad alcun aumento di capitale.

In tali casi inoltre, qualora con la fusione o scissione si fissasse un valore nominale superiore a fronte di quello precedente ed inespresso, le partecipazioni date in concambio potranno valere di più pur senza variazione alcuna del numero di azioni assegnate. Vieppiù, per eseguire il concambio senza aumenti di capitale, potrà allora darsi l’assegnazione di azioni in numero sempre corrispondente a quelle precedentemente possedute solo variando il valore nominale delle azioni. Quanto in ultimo detto vale anche per le fusioni proprie.

Le modalità di soddisfazione del concambio, rappresentano in definitiva un catalogo aperto di tecniche, che sono attuate nei limiti imposti dall’istituto della fusione (o scissione) [art. 2504-*ter* c.c.], il cui scopo è mantenere il valore qualitativo della partecipazione già posseduta dai soci delle partecipanti (c.d. congruità del concambio, cfr. art. 2501-*sexies*, c. 1, n. 4, c.c.)³⁵³.

³⁵¹ Si rinvia per opportuni approfondimenti a C. Santagata, *La fusione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 575 e ss., testo e note. Cfr. Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, *Massima n. 12 “Modalità di soddisfazione del concambio nella fusione e nella scissione”*.

³⁵² Peculiare è la fattispecie in cui si ha la tacitazione dei soci con riguardo al diritto alle quote in concambio mediante l’assegnazione di quote della stessa società scissa rimasta in esercizio, piuttosto che mediante l’assegnazione di quote nella stessa beneficiaria: è il caso di scissione parziale con assegnazione “asimmetrica” di quote di cui all’art. 2506, comma 2, c.c.

³⁵³ Si fa presente che un parte delle partecipazioni da assegnarsi in concambio può soddisfarsi anche mediante un conguaglio (art. 2501-*ter*, c. 2, c.c.). Si veda a proposito gli argomenti del

Vale la pena prestare, ora, attenzione ad un caso che evidenzia analoghi intrecci tra la pluralità di interessi contestuali propri delle società partecipanti, dei soci e dei terzi. Si tratta della scelta organizzativa di effettuare fusioni o scissioni senza aumentare il capitale nominale, bensì, contraendolo; effettuandone cioè una riduzione, che dà luogo alle cc. dd. riserve di fusione.

L'ordine di problemi che solleva una tale soluzione, dal punto di vista degli interessi tutelati, investe *in primis* la sfera delle ragioni dei ceti creditori facenti capo alle società partecipanti (art. 2503 c.c.). Non si presta invece, di norma, ad investire negativamente la posizione dei componenti la compagine sociale. La circostanza si collega al fatto che la riduzione del nominale in seno ad operazioni straordinarie, implicherebbe l'attribuzione di frazioni di patrimonio verso i soci, con distribuzione di ricchezza a loro vantaggio in misura proporzionale alle quote possedute. Potrebbero però non dare luogo a distribuzione di aliquote di capitale ai soci, bensì a riserve di fusione, ed anzi, auspicabilmente dovrebbero³⁵⁴. Si rammenta che per le fattispecie concrete di riferimento valgono sempre i distinguo prima svolti fra regimi di disciplina entro le classi di tipi sociali.

Le situazioni in parola vanno essenzialmente osservate sotto l'angolo di visuale del nocumento che la riduzione di capitale nominale finale (come somma di quelli delle partecipanti) potrebbe arrecare ai creditori sociali interessati nel procedimento.

La dottrina segnala che la riduzione renda automaticamente operativi i meccanismi di tutela dei creditori sociali (antecedenti alla decisione di riduzione). Si espone che i creditori possano avvalersi di un termine entro cui opporsi al compimento dell'operazione: a ben vedere però, stante la particolarità della fattispecie, i termini di cui tenere conto per ricostruire la tutela a favore dei creditori potrebbero essere due. A) Il termine iniziale di efficacia della delibera di riduzione volontaria del capitale nominale (dall'iscrizione della delibera), che è previsto dalla norma generale di cui all'art. 2445 c.c., pari a novanta giorni. B) Quello di sessanta giorni decorrenti dall'iscrizione della delibera di fusione (o scissione) nel registro delle imprese, termine entro cui i creditori sociali anteriori all'iscrizione del progetto (di fusione o scissione) nel registro delle imprese possono opporsi all'operazione (art. 2503 c.c.). La dottrina spiega come il potenziale conflitto fra i termini si avrebbe in virtù del fatto che il progetto, contenente la programmata diminuzione dei capitali nominali delle partecipanti, incida immediatamente le

Comitato interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Massima L.A.32 "Conguagli in denaro"*.

Per una ampia descrizione delle modalità perseguibili senza aumenti del nominale C. Santagata, op. ult. cit., p. 181 e oltre, testo e note.

³⁵⁴ G. Ferri jr., *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, Giuffrè, 1998, p. 66 e ss.

sfere di interessi dei creditori; per il fatto che già si preveda la liberazione di aliquote di capitale nominale dal regime di vincolo di destinazione allo scopo precedentemente impresso. Diminuirebbe, così, potenzialmente la garanzia originaria dei creditori sociali a partire dall'iscrizione del progetto. Il problema di potenziale conflitto verrebbe però, prioritariamente, risolto in base al ragionamento che la norma dettata in tema di fusione (e scissione) a favore dei creditori prevalga su quella ordinaria di riduzione volontaria del nominale, nonostante aggiudichi un termine più breve, in quanto la prima è disposizione speciale.

E' a questo punto- continua la dottrina-, che il problema di pregiudizio potrebbe risolversi prevedendo la costituzione di opportune "riserve post-fusione" destinate a non essere distolte dallo scopo di tutela dell'integrità patrimoniale originaria.

Si rimarca, per chiarezza, che in questi casi la costituzione di riserva non ha nulla a che vedere con la costituzione di riserva per allocazione di un avanzo di fusione (o scissione). Sorge, nella prospettiva ora esaminata, il problema di inquadrare meglio la fattispecie in cui si riducono i/il capitali/e nominale/i di partenza. Più specificamente, la riduzione di per sé stessa è, a ben vedere, solo una potenziale fonte di diminuzione della garanzia originaria dei creditori, che diverrà eventualmente pregiudizio concreto nel caso in cui fosse attuata come segue: 1) la riduzione non è seguita da istituzione di una riserva che impedisca la distribuzione della parte di capitale sottratta a vincolo; 2) la riduzione è seguita dall'istituzione di una riserva che però in termini di disponibilità non garantisce adeguatamente i creditori dal compimento di altri atti dispositivi della società che mirano a distogliere quelle risorse rivenute da una qualsivoglia forma disinvestimento verso l'esterno³⁵⁵.

Il pregiudizio allora, si ribadisce, viene a profilarsi dal momento in cui la società che si fonde non assicura- ad un livello documentale chiaro ed espresso- che quella parte di capitale, sottratta al vincolo originario, non venga poi "disinvestita" con attribuzione ai singoli soci. A meno che, come prospetta in modo condivisibile la medesima dottrina, la riserva stessa- riveniente dalla riduzione- sia automaticamente qualificabile come indistribuibile; ciò in ragione del fatto che potrebbe profilarsi un vincolo transitorio sulla parte di capitale ridotta, tale da renderla inutilizzabile a tutela delle posizioni dei terzi, dal momento del venir meno del vincolo destinatorio fino alla sua imputazione al capitale nominale della risultante³⁵⁶. Il pregiudizio diverrà, poi, effettivo nel momento in cui una delle possibilità sopra esposte si avverasse, e cioè a partire dal momento in cui l'operazione straordinaria acquista effetti sotto quelle determinate spoglie.

³⁵⁵ G. Ferri jr., op. ult. cit., p. 72 e ss.

³⁵⁶ Op. ult. cit. p. 74 e ss.

L'ipotesi risolutiva, in conclusione, più plausibile con il sistema di fusione e scissione consta nell'evidenza per cui, ad oggi, l'art. 2503 c.c. riformato appaia di per sé stesso sufficientemente efficace a garantire l'assenza di pregiudizi ai ceti creditori. Ogniqualvolta, cioè, nell'ambito del procedimento, si dia esecuzione ad una riduzione senza disciplinare l'indistribuibilità della relativa riserva, oppure ad una riduzione seguita da istituzione di una riserva distribuibile, è possibile per i creditori di ciascuna società coinvolta fare opposizione ai sensi dell'art. 2503 c.c.. Ovviamente il diritto di opposizione può essere fatto valere a partire dal momento dell'iscrizione della decisione di fusione (o scissione) nel registro delle imprese. A tal punto, il Giudice eventualmente chiamato a dichiararsi sulla prosecuzione o meno dell'operazione, dovrà tenere conto della sufficienza delle garanzie prestate dalle società favore dei creditori, o della relazione di asseverazione diretta a dimostrare l'inesistenza di pregiudizi ai creditori, tale da non far ritenere necessaria la prestazione di garanzie di pagamento in ragione della situazione patrimoniale delle società³⁵⁷.

A ben vedere infatti, la necessità del cumulo dei due mezzi di tutela è ragionevolmente eliminabile sulla base del fatto che i terzi possono venire a conoscenza delle linee di programmazione dell'operazione già a partire dal momento di iscrizione del progetto di fusione (o scissione) nel registro delle imprese. In tal modo, i terzi creditori beneficerebbero di un termine assai ampio per far valere le proprie istanze, da esercitarsi in modo effettivo entro sessanta giorni (per ciascuna società) decorrenti dall'iscrizione nel registro delle imprese della delibera di fusione (o scissione).

In ogni caso va fatto presente che, poi, una volta iscritto nel registro delle imprese l'atto definitivo di fusione (o scissione) residuerà a favore dei soci e dei terzi il diritto di chiedere il risarcimento del danno derivante dal compimento dell'operazione (art. 2504-*quater* c.c.).

5. Principii contabili internazionali e diritto contabile interno. Fusioni e scissioni effettuate in sede di procedura liquidativa o concorsuale: la valenza della disciplina sulle differenze

Prima di giungere alla conclusione, ci sono ancora due temi strettamente correlati- in modo particolare- con le problematiche trattate in quest'ultima parte dell'indagine.

³⁵⁷ *Amplius* G. Ferri Jr. e G. Guizzi, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori*, in *Il nuovo diritto delle società - Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. IV, Torino, Utet, 2007, p. 259 e ss.

La prima riguarda la redazione del bilancio di esercizio, e quindi la redazione del primo bilancio post-fusione (o scissione), applicando i principi contabili internazionali. La seconda riguarda l'applicazione della disciplina delle differenze a società in fase liquidativa.

Gli argomenti menzionati sono assai ampi e non possono essere affrontati partitamente in questa sede. Si procederà dunque con una certa schematicità.

Anzitutto è doveroso cogliere un punto cruciale: la necessità di considerare i profili di compatibilità fra la disciplina contabile internazionale secondo la disciplina interna che tenta di armonizzarla con il sistema contabile italiano³⁵⁸.

Come già qui illustrato, la prima trova il principio informatore nel criterio del *fair value*, mentre la seconda nel criterio del costo storico. Il dlgs n. 38/2005 consente l'applicazione dei principi contabili internazionali alle società³⁵⁹ che possiedono i requisiti di cui all'art. 2, ossia società quotate e società che fanno ricorso volontario ai principi contabili internazionali (di seguito IAS/IFRS) secondo le indicazioni degli artt. 3 e 4. Resta tuttavia necessario, per l'appunto, confrontare l'applicazione dei principi internazionali con le regole di diritto interno che la disciplina contenuta nel decreto citato ha ribadito essere salve (art. 6) anche per le società ora indicate.

Anticipando un quadro di massima, per le dette ultime società è sostanzialmente applicabile in via generale il principio di iscrizione a valori correnti per i beni contenuti in patrimonio; ne consegue³⁶⁰ che anche a seguito di operazioni straordinarie qualificabili come *business combinations*, "aggregazioni aziendali" cioè, i valori possono essere tutti aggiornati al valore corrente e l'avviamento viene valutato per intero a prescindere da quote di partecipazione eventualmente detenute nell'altra società che lo contiene (v. l'IFRS 3). Questi ultimi citati sono casi in cui una società non ha il controllo dell'altra, ancorché partecipi al suo capitale.

Dalla disciplina speciale IAS/IFRS, si ricava poi, che le società fondende soggette ad un comune controllo (fusioni infragruppo), risultano invece espressamente soggette al c.d. *pooling method*: ciò significherebbe che, stando all'IFRS 3, il decreto effettuerebbe, di fatto, un rimando all'applicazione dell'art. 2504-*bis* c.c.. Tale posizione non è però pacifica. Essendovi chi pensa che, mancando un rinvio espresso all'articolo, a tali operazioni debbano continuare ad applicarsi, per coerenza, i predetti metodi contabili

³⁵⁸ Si rinvia *infra* ai §§ 2.1 (si veda anche nota 23); 2.2. (nota 37 e 39); 2.2.1.

³⁵⁹ Si veda G. Scognamiglio, *Riflessioni generali sull'impatto dei principi contabili internazionali* ne Il bilancio spiegato ai giuristi, Quaderni della rivista "Notariato", 2009, p. 233 e ss.

³⁶⁰ *Amplius* Autori vari, a cura di M. Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008, p. 196 e ss., sinteticamente su tutte le problematiche qui riferite.

internazionali- probabilmente sulla base del fatto che ne sono soggette le società singole partecipanti.

Il principio contabile richiamato tace invece sulle fusioni in cui una società detiene il controllo dell'altra, sicché dovrebbe applicarsi sempre l'art. 2504-*bis* c.c..

Delineato un simile scenario, in cui l'accesso o meno ai principii internazionali dipende da requisiti "soggettivi" delle fusioni, possono trarsi alcuni ulteriori ricavi più generali: secondo la dottrina, primo fra tutti quello per cui (sempre se alla fusione è applicabile l'IFRS 3), è possibile far rientrare nei criteri di iscrizione internazionali le differenze da annullamento; le norme speciali infatti non operano distinguo fra classi di differenze, ragion per cui si pensa che tale classe di differenza possa adeguarsi con la disciplina speciale internazionale.

Va tenuto in conto che il sistema contabile di origine anglosassone, improntato alle iscrizioni a valori correnti, non dà luogo all'emersione di avanzi o disavanzi nell'accezione del diritto italiano in quanto la contabilità è flessibilmente modellabile sulla situazione economica corrente: di qui la possibilità di adeguare, in assenza di divieti, un modello proprio del diritto italiano sui criteri internazionali. Tuttavia, data la rigidità del sistema contabile italiano, non potrebbe avvenire il contrario.

Nonostante tale apertura, si presentano invece delle difficoltà, dei dubbi, sulla compatibilità di tali criteri con le fusioni in cui emergono differenze da concambio. Le forti peculiarità di tale figura di differenze sembrerebbero difficilmente armonizzabili con i principii internazionali. Si prospetta inoltre che verrebbe meno l'esigenza della perizia di stima obbligatoria per questi casi, stante il diverso sistema contabile di riferimento (non più interno).

Sorge infine il nodo cruciale evocato, fra l'altro, in principio di paragrafo. Si tratta della necessità di rapportare i principii internazionali ai principii tradizionali interni in materia di bilancio, che il legislatore ha inteso ribadire nel tentativo di armonizzare i primi con i secondi. *Sub* art. 6, d.lgs. n. 38/2005, è stato espressamente previsto che non possono essere distribuiti utili, o comunque, non si può disporre di poste rivalutate al *fair value* quando si tratta di voci non realmente conseguite. Sembrerebbe avere conferma la prospettiva esposta nel corso della presente indagine con riferimento alla portata contabile delle rivalutazioni ed iscrizioni effettuate in virtù di fusioni: la lettura della casistica dell'articolo citato è particolarmente eloquente nella descrizione dei casi in cui occorre iscrivere riserve indisponibili, o non è possibile disporre di poste rivalutate senza essere certi dell'effettivo conseguimento. Il testo di legge pare tutt'affatto rievocare la disamina dei problemi affrontati quanto a disponibilità delle riserve in contropartita di avanzi, al realizzo delle poste attive rivalutate, alla possibilità di aumenti di capitale in base alle nuove iscrizioni effettuate mediante l'allocatione di disavanzi e così via. In tali casi, insomma, il legislatore rende molto più espliciti i principii cautelativi qui prospettati- in

particolare- nel terzo capitolo, come fondamenti impliciti nella disciplina dell'art. 2504-*bis* c.c. da contestualizzarsi in quella del bilancio d'esercizio ordinario.

In ultima battuta, per introdurre l'altra tematica richiamata in principio di paragrafo, è possibile riagganciarsi alla funzione primaria di cui si è prospettato essere dotata l'allocatione di differenze. La finalità della disciplina dell'art. 2504-*bis* c.c. si caratterizza essenzialmente nell'ammettere l'imputazione di avanzi e disavanzi a patrimonio nell'ottica del c.d. *going concern* della risultante, piuttosto che quella di consentire la disposizione delle poste allocative. Cioè a dire, che l'allocatione è precipuamente orientata ad impedire l'emersione delle perdite e a rafforzare la conservazione del patrimonio sociale in vista di una efficace continuazione dell'attività della risultante- fermo restando che incrementi di capitale nominale possono sempre in tal senso essere possibili, a patto di adottare le dovute cautele di accertamento sul reale conseguimento delle poste allocate-.

Venendo al punto del discorso- appare verosimile-, che la realizzazione della finalità ora richiamata andrebbe ad affievolirsi fino ad annullarsi quando fusioni o scissioni si innestano³⁶¹ in procedure liquidative o concorsuali, e sono tali dal porsi come operazioni strettamente agevolative di queste procedure.

Quanto in ultimo detto riguarda, quindi, quelle fattispecie in cui le operazioni straordinarie sono compiute nell'ambito di una procedura liquidativa "pura": improntata cioè a portare a termine la già avviata procedura di smantellamento delle società, ferma restando, comunque, la possibilità di compiere i necessari atti per riportare le società medesime in una normale fase produttiva.

Certo, come immaginabile, la varietà dei casi concreti è assai ampia.

Può ad esempio darsi che l'operazione straordinaria sopravvenga nella fase in cui più imprese siano ancora condotte entro la fase conservativa³⁶² del loro patrimonio (cfr. in tal senso l'art. 2485, c. 2, c.c.), precedentemente al passaggio nella fase strettamente liquidativa. Questo potrebbe significare che la fase di cessione dei beni e diritti, finalizzata a ricavare denaro a favore dei creditori, sarebbe di là da venire. Ragion per cui, se le società devono essere mantenute su un discreto livello di conservazione patrimoniale, non è dato escludere che la disciplina sugli avanzi e disavanzi recuperi in misura non trascurabile la sua precipua utilità. In breve, più si allungano i tempi in cui sussiste un'esigenza di conservazione dei patrimoni sociali, prima di essere effettivamente liquidati a favore dei creditori, più è immaginabile che dovrebbe accentuarsi l'esigenza di adottare misure contabili utili a corroborare quegli effetti conservativi.

³⁶¹ *Amplius* A. Serra, M.S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Giappichelli, 1994, p. 12 e ss.

³⁶² Diversa funzione della contabilità, ovviamente legata ad una diversa espressione della fase di gestione del patrimonio in G. Figà-Talamanca, op. ult. cit., p. 20-27.

La realtà empirica insegna, infatti, come le società possono versare in stato di scioglimento e liquidazione per lungo tempo, pertanto sarà sempre possibile effettuare fusioni o scissioni entro i limiti imposti dalla legge (art. 2501, c. 2, c.c. ed art. 2506, c. 4, c.c. *prima che le società abbiano iniziato la distribuzione dell'attivo*): nel loro ambito, dunque, potrebbe darsi spazio anche all'applicazione della disciplina dell'art. 2504-*bis* c.c., compatibilmente con esigenze e finalità di conservazione patrimoniale delle fasi intercorrenti.

A ben vedere il comma 4, art. 2504-*bis* è norma dispositiva, non imposta o vietata da alcuna norma generale o speciale. Preso atto che è possibile dar luogo ad operazioni straordinarie in una molteplicità di procedure liquidative, extragiudiziali e giudiziali³⁶³, occorrerebbe dunque distinguere nel concreto: la convenienza ad applicare le regole di contabilizzazione di differenze in relazione al tipo di procedura ed alla fase in cui sopravviene la decisione sociale di effettuare la fusione o scissione. Nonché la convenienza ad applicare le tecniche di allocazione in rapporto allo stato e composizione dei patrimoni sociali interessati, circa l'attitudine che essi presentano a consentire l'applicazione di quei meccanismi contabili, per così dire, "conservativi".

Per di più, se è vero che la procedura concorsuale del fallimento- lo stato di insolvenza delle società cioè- non dà necessariamente ed automaticamente luogo allo scioglimento della società coinvolta per impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, è allora evidente che sussiste un diritto- se non addirittura un dovere- di continuazione dell'attività d'impresa in vista della maggior tutela delle ragioni creditorie. Così è condivisibilmente orientata una recente dottrina³⁶⁴, che mette in risalto l'efficacia di tali assunti per tutte le tipologie sociali, comprese quelle di persone. Sicché l'operazione straordinaria potrebbe modellarsi appieno su una fase in cui è necessario preservare il dinamismo del patrimonio sociale, per consentirgli la produzione di utilità, inducendo l'applicazione di tutti i dispositivi più idonei per far sì che la società venga mantenuta in esercizio nel modo possibilmente più efficiente.

A conferma dello spazio di tutela del *going concern*, ovviamente strutturato e finalizzato in dipendenza delle esigenze proprie della tipologia di procedura

³⁶³ Per un inquadramento generale di tali problematiche, connesse in particolare alle procedure giudiziali, ancorché di crisi dell'impresa e non di procedura esecutiva collettiva, M. Garcea, *L'autorizzazione alla fusione nel concordato "con riserva", nota a Trib. Roma 21 dicembre 2012*, in *Dir. fall.*, n. 3-4-2013, p. 355 e ss.

³⁶⁴ G. Ferri jr., *In tema di impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale e scioglimento delle società di capitali*, Studio 237/2014-I, p. 4 (www.notariato.it). Ciò beninteso anche per le società di persone in cui, si sostiene, nonostante sia previsto lo scioglimento in virtù del fallimento (art. 2308) sussisterebbe un'autonomia operativa dello scioglimento per fallimento rispetto a quello per impossibilità di conseguire l'oggetto sociale. La distinzione sembra cogliere il diverso stato patrimoniale dell'iniziativa coinvolta e la reversibilità della causa di scioglimento rispetto all'entrata nello stato di insolvenza.

liquidativa³⁶⁵, e in generale della fase in cui le operazioni straordinarie vanno a collocarsi, si rinvengono norme espresse che presuppongono la coesistenza fra continuazione dell'attività ed esigenza di soddisfazione delle ragioni creditorie. Si dà anzitutto la disposizione dell'art. 2491, c. 5, c.c. “la relazione [dei liquidatori] deve indicare le ragioni e prospettive della *continuazione*”. L'art. 167, l. fall., dispone che “durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale”. Molto eloquentemente, poi, sempre in materia di concordato preventivo l'art. 186-*bis*, l. fall., rubricato “Concordato in continuità aziendale”.

In materia di procedura fallimentare si dà l'art. 104, l. fall., in cui sotto la rubrica “Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito” si disciplinano alquanto analiticamente esigenza e misura dell'esercizio provvisorio dell'impresa (anche limitata a specifici rami dell'azienda) in vista della loro definizione da parte del Giudice, se dalla sua interruzione può derivare danno grave e sempre che non si arrechi pregiudizio ai creditori.

Fortemente ridimensionata apparirebbe, nella prospettiva delineata la funzione, del capitale nominale intesa nel senso di meccanismo preventivo di un sovraindebitamento a danno dei creditori³⁶⁶; la decisione di attuare l'incremento del capitale nominale con le operazioni straordinarie innestate in una di queste procedure rischia di collocarsi come elemento del tutto sconveniente, se non organizzativamente controproducente, in virtù dell'entrata della società in fasi conservativo-liquidative, in cui il nominale sembrerebbe logicamente privato di quel regime caratteristico proprio di misurazione remunerativa della partecipazione sociale nonché di prevenzione dall'incapienza potenzialmente generabile dalla normale gestione. Ovviamente tali valutazioni dipenderanno, più propriamente, anche dalle prospettive di ripresa nell'esercizio normale dell'attività produttiva, legate alla composizione patrimoniale delle società, dalle possibilità di uscire dalle procedure intraprese o di revocare lo stato di liquidazione, nei vari contesti dei casi concreti. Ciò in ultimo detto vale ovviamente con maggiore riguardo alle società a rischio limitato.

6. Conclusioni

Il quarto comma dell'art. 2504-*bis* c.c. è stato introdotto, a partire dalla riforma del diritto delle società di capitali, come uno strumento normativo di cui le

³⁶⁵ Cfr. *Amplius* sulla materia G. Olivieri, op. ult. cit., in particolare p. 151 e ss. nel rapporto fra responsabilità amministrativa, conservazione del patrimonio sociale e meccanismi di tutela.

³⁶⁶ Il problema in questione è avvertito in G. Ferri jr.-A. Paolini, *Riduzione del capitale per perdite e trasformazione di società in liquidazione*, Studio n. 221/2010-I (www.notariato.it).

società intente a fondersi o scindersi possono disporre al fine di correggere la rigidità della rappresentazione contabile dei loro patrimoni basata sul principio di continuità al costo storico. L'operatività di un siffatto strumento non si limita ad un mero aggiornamento formale della contabilità sociale, ma dispiega i suoi effetti su di una molteplicità di piani. Anzitutto quello inerente alla funzione informativa del bilancio- che deve sempre veicolare dati chiari e veritieri- e perciò nei casi di cui all'art. 2504-*bis* c.c. si effettuano modifiche dei dati contabili provenienti dalle varie società partecipanti per far sì che la società risultante esponga informazioni giuridiche ed economiche maggiormente realistiche. In secondo luogo, ed in senso giuridico di rilevanza centralissima, quello inerente alla funzione organizzativa svolta dai dati contabili iscritti. Cruciali sono gli effetti che, le iscrizioni allocative di differenze, al pari di tutte le altre scritturazioni contabili riflettono sulla formazione del patrimonio netto e, attraverso questo, sugli atti di disposizione del patrimonio sociale risultante.

Per quanto concerne il profilo delle fattispecie imputabili al comma quarto non è dato sapere con certezza se, allo stato del dibattito, l'interpretazione del comma debba di necessità incardinarsi sul binomio differenze da annullamento/da concambio di partecipazioni per selezionare i casi in cui applicare la disciplina. Oppure se, l'interpretazione debba muovere oltre, senza accogliere il suddetto binomio come dogma invariabile, con un corrispondente ampliamento del novero di casi riconducibili al quarto comma citato.

Se da un canto è risaputo che la redazione dell'articolo ha primariamente risentito della dottrina da cui è stata elaborata la categoria delle (sole) differenze da annullamento, tutto sommato restano numerose incertezze sulla possibilità di riproporre la classificazione di differenze secondo quel binomio, all'interno di un articolo così formulato nel codice civile. Sicuramente l'opzione di non considerare nel testo la distinzione attesta una volontà escludente verso la categoria di differenze da concambio: difatti, per come essa è strutturata e disciplinata, ha portato a numerosi dubbi e problemi sia pratici che teorici. Se, quindi, l'esigenza sottesa a questa categoria, sicuramente esclusa dall'articolo, è stata da sempre quella di ampliare il campo applicativo della disciplina sulle differenze di fusione (o scissione), si è qui prospettato un diverso percorso per raggiungere il medesimo obiettivo sviluppando un'analisi giuridica sistematica principalmente diretta ad armonizzare il diritto comune del bilancio con quello di fusioni e scissioni.

Le forti difficoltà legate all'accoglimento delle differenze da concambio, come classe a sé stante, per la congerie di disarmonie che esse producono essenzialmente in relazione alle fonti in materia di operazioni straordinarie, bilancio e formazione del capitale nominale, hanno indotto qui a ritenere di dover sfruttare i caratteri utilmente ricavabili dalla categoria di differenze da annullamento, per ampliare le prospettive applicative del comma quarto in armonia con i dati testuali e sistematici delle fonti legali.

Questa esigenza di ampliamento applicativo si è del resto manifestata nel corso del tempo sotto diverse modalità. Il comma si è esteso passo per passo verso fattispecie ritenute precedentemente escluse: ad esempio, quella della fusione inversa; apertamente ed integralmente, poi, (nonostante il rimando espresso al comma fosse già indubbio) alle scissioni. Peraltro, la medesima costruzione delle fattispecie evocate nell'ambito del modello "da concambio", si pensa, abbia da sempre testimoniato fundamentalmente l'esigenza di muovere oltre la casistica rigidamente imperniata sulla classe "da annullamento".

Tuttavia- al di là dell'individuazione dei criteri di imputazione delle fattispecie al dettato del quarto comma-, dal confronto fra i precetti di legge del comma in parola ed il diritto comune del bilancio emergono comunque dei percorsi ineludibili, sotto il profilo delle funzioni giuridiche assolute dalle iscrizioni contabili cui sono approdano le differenze allocate nel primo bilancio post-operazione. In primo luogo, tutte le fattispecie evocate attestano l'esigenza sostanziale di effettuare "revisioni" sulla rappresentazione contabile dei patrimoni delle società partecipanti alle operazioni. Ciò in ragione degli effetti distorsivi che gli schemi contabili, tradizionalmente incentrati sulle iscrizioni in continuità al costo storico, possono concretamente comportare sull'articolazione dei poteri dispositivi della società risultante. Una certa qual tensione verso l'esigenza di attuare correttivi contabili in occasione di fusioni e scissioni, finalizzati ad esprimere i valori "effettivi" maggiormente aderenti alla situazione economica reale, propria dei patrimoni delle partecipanti, si rinviene ad esempio in precetti come quello dell'art. 2506-*quater*, c. 2, c.c.. Dati testuali in cui, per la scissione, (come anche per la trasformazione l'art. 2500-*ter* c.c.), si trova il riferimento alla necessità di esprimere ai valori "attuali" i patrimoni sociali oggetto delle operazioni. A prescindere dal fatto che i richiami sono lì effettuati in base a differenti scopi³⁶⁷, si fa strada nel sistema delle operazioni straordinarie una comune esigenza ad esprimere con maggiore aderenza alla situazione economica reale gli elementi patrimoniali sottesi alle diverse società. Si rinviene un comune filo rosso, consistente nella circostanza per cui, nelle partecipanti, il confronto fra rappresentazioni contabili- tendenzialmente ferme- e le rispettive situazioni patrimoniali reali- tendenzialmente mutevoli- possa arrivare a denotare sfasamenti quantitativi decettivi e deleteri. Sicché le norme poc'anzi citate, ciascuna nel proprio ambito, concedono a vari fini, e con varie modalità, di correggere tali sfasamenti in vista di negative ripercussioni giuridiche future.

³⁶⁷ G. Scognamiglio, *La scissione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Volume VII, Utet, 2004, p. 334 e ss..

La disciplina delle differenze affiora, allora, come complesso di regole che - pur senza legittimare liberamente il criterio valutativo del *fair value* - autorizza a compensare lo sfasamento fra la realtà economica e realtà contabile di un determinato patrimonio sociale, intervenendo in modo effettivo sulla tenuta della contabilità sociale. Di qui la portata del tutto peculiare di questa disciplina che influisce direttamente, ed inevitabilmente, sulla configurazione del patrimonio sociale riveniente; stante l'“essere” di quest'ultimo in relazione all'assetto di valori tramite cui è rappresentato.

In tal senso l'esercizio di competenze degli organi sociali, compresi gli atti dispositivi ed organizzativi su di esso, è propriamente dipendente dalle funzioni giuridiche delle poste e dei saldi che integrano lo stato patrimoniale: si è così tentato di dimostrare il nesso diretto fra allocazione di differenze e regime giuridico del patrimonio netto, saldo contabile per antonomasia regolativo lo spettro dei poteri patrimoniali societari.

Si è tentato di dimostrare, vieppiù, come l'articolazione di questo spettro di poteri riveniente dall'articolazione del patrimonio netto, risente necessariamente della natura meramente contabile- e non reddituale- delle poste allocative di differenze. Una siffatta qualificazione giuridica di queste poste, influenzando qualitativamente la formazione del patrimonio netto si traduce, in concreto, nello studio dei vincoli di indisponibilità che il diritto comune del bilancio riconnette a quei valori iscritti non scaturenti direttamente dalla normale produzione di ricchezza nell'esercizio dell'impresa.

Nella presente disamina si è contrassegnata la qualificazione delle poste allocative come entità residualmente contabili, e quindi non automaticamente reddituali, in base ad argomentazioni mosse a partire dai dati testuali, civilistici e fiscali, ed attraverso l'esame della giurisprudenza di legittimità. La qualificazione in parola appare come soluzione basata sul fatto che, - il comma quarto - evidenzia un'accentuata propensione ad inquadrare le poste di allocazione delle differenze fra le deroghe ai criteri legali di formazione del bilancio. Esso, seppure con fraseologia alquanto scarna e sintetica, milita per la riconduzione degli avanzi e disavanzi nell'ambito criteri derogatori alla formazione del bilancio, e pertanto ne associa residualmente gli effetti a quelli per essi stabiliti dal diritto comune del bilancio. Per meglio dire, nell'ottica cautelativa e prudentiale propria del diritto comune del bilancio d'esercizio, avanzi e disavanzi rappresentano deroghe ai criteri legali di formazione del bilancio che danno luogo a poste di riallineamento prive del carattere del realizzo. Non corrispondenti cioè a situazioni giuridiche sostantive suscettibili di creare risorse in numerario se scambiate in quel dato momento, e che, come tali, determinano o vincolano all'indisponibilità una pari quota del patrimonio netto.

Il principio cardine dell'utilizzo per scopi organizzativi o di disinvestimento delle sole poste di bilancio realmente conseguite è confermato peraltro

esemplarmente dall'art. 6, d.lgs n. 38/2005, in materia di applicazione dei principii contabili internazionali nel sistema di diritto italiano. Anche la giurisprudenza di legittimità, come la disciplina fiscale su fusioni e scissioni in materia di imposte sui redditi, sono inconfutabilmente orientate nel ritenere le poste allocative di differenze, di norma, come entità meramente contabili. Sotto quest'ottica- si è concluso-, che quelle operazioni straordinarie incentrate sulla diretta disposizione delle poste derivanti dall'allocazione di differenze, necessitano di uno stringente controllo di monitoraggio e pianificazione da parte degli organi gestori in punto di accertamento dell'effettivo loro realizzo. Si è inoltre ampiamente esposto come l'ordinamento sembri prediligere l'accertamento degli organi preposti alla gestione quale mezzo più efficace per addivenire alla contezza sulla disponibilità delle poste allocative di differenze, secondo modalità di documentazione diligentemente e consapevolmente attingibili dalla diretta conoscenza della situazione patrimoniale reale facente capo alle varie iniziative partecipanti.

Interessante notare come in un'opera abbastanza recente dedicata alle operazioni straordinarie, dove si tenta di delineare un quadro esaustivo sulla materia delle differenze di fusione e scissione, si concluda una sezione a queste ultime dedicata con una tabella di interrogativi insoluti³⁶⁸. Alcuni di essi, di non trascurabile consistenza teorico-pratica, ben rappresentano dubbi ed incertezze persistenti anche nel dibattito più recente. Si tratta, per lo più, dei medesimi che si è cercato qui di mettere in luce e di risolvere. Si è pertanto deciso di chiudere la disamina, come segue, con questa sorta di ideali annotazioni a taccuino che l'interprete deve ancora cimentarsi a fronteggiare nella materia.

Per l'imputazione in bilancio del disavanzo da annullamento: “-qual è il limite *quantitativo* di rivalutazione dei singoli elementi patrimoniali?”;

“qualora il disavanzo sia *inferiore* a tale limite (complessivamente considerato per tutti gli elementi patrimoniali rivalutabili), con quali criteri e secondo quale ordine deve essere ‘distribuito’ l'ammontare del disavanzo tra i medesimi elementi? E' necessario od opportuno che gli amministratori privilegino i beni *accessori* rispetto ai beni inerenti alla gestione caratteristica?”;

“- nella stessa ipotesi di mancato raggiungimento del predetto limite, deve ritenersi preclusa l'iscrizione della voce avviamento? Oppure il disavanzo può essere imputato a tale voce?”;

“- nell'inversa ipotesi in cui il disavanzo sia superiore al limite complessivo di rivalutazione degli elementi patrimoniali ed avviamento iscrivibile, qual è il trattamento contabile della residua quota di disavanzo?”.

³⁶⁸ Autori vari, a cura di M. Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008, p. 171 e ss..

Quanto al disavanzo da concambio: “- l’emergere del disavanzo (o comunque la circostanza che l’aumento di capitale a servizio della fusione sia superiore al patrimonio netto dell’incorporata), si rende necessaria la redazione della perizia di stima ai sensi dell’art. 2343 c.c., in applicazione analogica? (...) Può ritenersi superflua la perizia (...) qualora venga espressamente deliberata in sede di fusione l’imputazione a capitale di pari ammontare delle riserve (dell’incorporante in misura almeno pari al (potenziale) disavanzo) evitando così l’emergere del disavanzo?”.

“- il disavanzo da concambio può essere assoggettato al trattamento previsto dall’art. 2504-*bis*, comma 4, c.c.? Oppure esso dà luogo necessariamente ad una voce negativa? Oppure deve essere assoggettato ad un trattamento diverso?”.

Quanto agli avanzi da annullamento e da concambio: “- a fronte della qualificazione dell’avanzo come posta di patrimonio netto, esso assume natura di riserva equiparabile alla riserva per sovrapprezzo azioni o una differente natura?”.

Bibliografia

- Autori vari, *Il bilancio spiegato ai giuristi*, Quaderni della rivista “Notariato”, 2009
- Autori vari, a cura di M. Notari, *Dialogo tra aziendalisti e giuristi in materia di operazioni straordinarie*, Giuffrè, 2008
- Autori vari, *Diritto delle società*, Giuffrè, 2004
- Autori vari, *Fusioni e scissioni di società*, Milano, Giuffrè, 1995
- C. Angelici, *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in Enc. del diritto, vol. XLII, Giuffrè, 1990, p. 1012
- Associazione Disiano Preite, *Il diritto delle società*, Il Mulino, 2012
- N. Atlante, *La fusione*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studi sulla riforma del diritto societario, 2004
- L.A. Bianchi, *Le differenze da annullamento della partecipazione*, in Liber Amicorum G. F. Campobasso, UTET, 2007, p. 334
- L.A. Bianchi, *La congruità del rapporto di cambio nella fusione*, Il Sole 24 Ore, 2002
- M. Bussoletti, *Per una rilettura del principio di realizzazione dei ricavi*, in *Giurispr. comm.*, 2013, p. 1095
- G. Calabresi, *Il dono dello spirito maligno*, Giuffrè, 1996
- G. Campobasso, *Diritto commerciale*, vol. II, Utet, 2012
- M. Caratozzolo, *Fusione e scissione e principio di continuità dei bilanci*, in *Le società*, 2000, p. 1296
- M. Caratozzolo, *I criteri di formazione del primo bilancio post-fusione. Interpretazione dell'art. 2504-bis, comma 4, c.c.*, in *Le società*, 2004, p. 1460
- M. Caratozzolo, *Gli IAS/IFRS e la rappresentazione contabile delle operazioni straordinarie*, *Le società*, 2007, p. 796

- A. Cataudella, *Nota breve sulla "fattispecie"*, Riv. dir. civ., 2015, 2, p. 245
- G.E. Colombo, G. Olivieri, *Bilancio di esercizio e consolidato*, ne Il trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 7, Utet, 2004
- G.E. Colombo, *Differenza di fusione nel bilancio successivo all'incorporazione*, Le società, 1992, p. 959
- Codice ipertestuale commentato delle società, a cura di M. Stella-Richter jr., *Effetti della fusione (art.2504bis c.c.)*, Utet, 2010
- G. Ferri, *Questioni in tema di fusioni di società*, in Riv. dir. comm., 1969, II, p. 198
- G. Ferri Jr., *In tema di impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale e scioglimento delle società di capitali*, Studio n. 237/2014-I (www.notariato.it)
- G. Ferri jr., A. Paolini, *Riduzione del capitale per perdite e trasformazione di società in liquidazione*, Studio n. 221/2010-I (www.notariato.it)
- G. Ferri jr., *Modificabilità e modificazioni del progetto di fusione*, Giuffrè, 1998
- G. Ferri Jr., G. Guizzi, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori*, in *Il nuovo diritto delle società - Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. IV, Torino, Utet, 2007, p. 229
- P. Ferro-Luzzi, *Deroghe ai criteri di valutazione e rivalutazione*, in Giur. comm., 1981, I, p. 5
- P. Ferro-Luzzi, *Problemi vecchi e nuovi in tema di passivo* ne Il progetto italiano di attuazione della IV direttiva CEE, Giuffrè, 1988, p. 123
- P. Ferro-Luzzi, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed allo statuto*, Giuffrè, (ult. ed.), 1993
- P. Ferro-Luzzi, *Lezioni di diritto bancario, I*, Giappichelli, 2012
- P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Giuffrè, (ult. ed.), 2001
- G. Figà-Talmanca, *Bilancio e organizzazione dei poteri dispositivi sul patrimonio sociale*, Giuffrè, 1997

G. Figà-Talamanca, *Numero, conto e misura nel regime giuridico del patrimonio sociale e della partecipazione azionaria*, in Riv. dir. civ., 2000, II, p. 735

G. Figà-Talamanca, G. B. Portale e M. S. Spolidoro, *Capitale, euro e azioni, conferimenti*, ne Il trattato delle società per azioni, Utet, 2004

G. Figà-Talamanca, P. Spada, *Profili contrattuali delle società di persone: forma, formalità e modificazioni*, Riv. dir. priv., 2009, p. 33

G. Figà-Talamanca, *Studi empirici sulle società di capitali*, Piccin-Nuova Libreria, 2010

S. Fortunato, *Sanzioni civilistiche e sanzioni penali nella riforma del bilancio*, Riv. soc., 2004, p. 167

S. Fortunato, *Dal costo storico al "fair value": al di là della rivoluzione contabile*, in Riv. soc., 2007, p. 941

M. Garcea, *L'autorizzazione alla fusione nel concordato "con riserva", nota a Trib. Roma 21 dicembre 2012*, in Dir. fall., n. 3-4-2013, p. 355

N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Riv. dir. civ., 2015, 1, p. 13

N. Irti, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, Riv. dir. civ., 2014, 5, p. 987

P.G. Jaeger, F.M. Giuliani, *Le partecipazioni in imprese controllate e collegate nel bilancio di esercizio delle società per azioni*, in Giur. comm., 1996, I, p. 851

P.G. Jaeger, *Deroghe alle valutazioni "legali" di bilancio in presenza di "speciali ragioni" (art. 2425, ult. cpv., c.c.)*, in Giur. comm., 1974, I, p. 3

B. Libonati, *Amministratori e bilancio: il principio della verità dei bilanci*, in Riv. soc., 1969, p. 453

F. Magliulo, *Le fusioni*, Ipsoa, 2009

M. Maltoni, *Fusione, scissione e società di persone*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio 5620-2005/I (www.notariato.it)

P.G. Marchetti, *Sulla distribuzione dei saldi attivi di rivalutazione monetaria*, in Riv. soc., 1984, p. 114

- P.G. Marchetti, *Appunti sulla nuova disciplina della fusione*, Riv. not., 1991
- E. Marchisio, *La plusvalenza da rivalutazione di partecipazioni in società controllata*, nota a sentenza a Tribunale di Roma del 17 febbraio 2006, in *Le società* n. 6/2007
- E. Marchisio, *L'agire consapevolmente disinformato dell'amministratore di S.P.A.*, Saggio presentato al convegno annuale dell'Associazione Orizzonti del Diritto Commerciale (2015), gentilmente concesso dall'Autore
- P. Montalenti, *L'informazione e il diritto commerciale: principi e problemi*, Riv. dir. civ., 2015, p. 779.
- R. Moro Visconti, *Le differenze di fusione tra capacità di indebitamento e dividend covenants*, Riv. dott. comm., 2011, p. 361
- M. Notari, *Appunti sull'iscrizione dei beni dell'incorporata nel bilancio dell'incorporante successivo alla fusione*, in *Studi in onore di G. Cottino, II*, Cedam, 1997, p. 1375
- G. Olivieri, G. Strampelli, *Il bilancio consolidato*, 2016, dattiloscritto gentilmente concesso in lettura
- G. Olivieri, *I conferimenti in natura nella società per azioni*, Cedam, 1989
- G. Oppo, *Categorie commercialistiche e riforma tributaria*, in *Riforma tributaria e diritto commerciale*, Atti del convegno di Macerata del 12-13 novembre del 1976, Giuffrè, 1978
- M.A. Polinsky, *Una introduzione alla analisi economica del diritto*, Zanichelli, 1992
- G.B. Portale, *Capitale sociale e attribuzione di azioni nella fusione per incorporazione*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 1031
- G.B. Portale, *Clausole di "retroattività" e bilanci nelle fusioni di società per azioni*, in *Riv. soc.* 1983, p. 1281
- N. Raiti, *Il notaio: da pubblico ufficiale a consulente d'impresa*, in *Le professioni intellettuali tra decoro e mercato*, AGE, n. 1/2005, p. 193
- L. Salamone, *Le verifiche della valutazione semplificata del conferimento "non in contanti"*, *Giurisp. comm.*, 2010, p. 47

C. Santagata, *La fusione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, Volume VII, Utet, 2004

G. Scognamiglio, *Riflessioni generali sull'impatto dei principi contabili internazionali ne Il bilancio spiegato ai giuristi*, Quaderni della rivista "Notariato", 2009, p. 233

G. Scognamiglio, *La scissione*, in Trattato delle società per azioni diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Volume VII, Utet, 2004

A. Serra, M.S. Spolidoro, *Fusioni e scissioni di società*, Giappichelli, 1994

J. Sodi, *Apporti in natura nelle società di capitali e relazione giurata di stima*, Commissione studi d'impresa del Consiglio Nazionale del Notariato, 2015, per gentile concessione dell'Autore

P. Spada, *Un numero che detta regole- ovvero il ruolo del capitale sociale nel diritto azionario italiano*, Riv. del notariato, 2014, p. 437

P. Spada, *Il nuovo regime della provvista finanziaria*, inedito, relazione al convegno dell'Associazione Gian Franco Campobasso "La riforma del diritto societario: un primo bilancio", 9 aprile 2010, Villa Mondragone, per gentile concessione dell'Autore

P. Spada, *Diritto Commerciale, Vol. II. Elementi*, Cedam, 2010

P. Spada, *Diritto Commerciale, Vol. I. Parte generale*, Cedam, 2004

P. Spada, *Appunto in tema di capitale nominale e di conferimenti*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 127-2006/I (www.notariato.it)

P. Spada, *Società-II) tipi di società: in generale*, in Enc. giuridica Treccani, Ed. enciclopedia italiana, vol. XXIX, 1993

P. Spada, *Dalla nozione al tipo della società per azioni*, Riv. dir. civ., 1985, I, p. 95

P. Spada, *Reintegrazione del capitale reale senza operare sul nominale*, in Giur. comm., 1978, I, p. 36

M.S. Spolidoro, *Effetti patrimoniali e rappresentazione contabile della fusione inversa*, in Le società, 2000, p. 892

Giurisprudenza e provvedimenti dell'Amministrazione Fiscale

-Trib. Firenze 18 maggio 1993, in Giur. comm. , 1993, II, p. 632

Fonti tutte consultabili nella banca dati del Foro italiano:

Cass. n. 14337/2014

Cass. n. 1434/2013

Cass. n. 26043/2013

Cass. n. 11059/2011

Cass. n. 10550/2010

Cass., Sez. Un., 19509/2010

Cass., Sez. Un., n. 19698/2010

Cass. n. 22849/2010

Cass. n. 23633/2008

Cass. n. 20423/2007

Cass. n. 11809/2006

Cass. n. 12308/2006

Cass. n. 19371/2003

Tribunale di Mantova, Decreto, 10 luglio 2014

Commissione Tributaria Provinciale Milano, 20 aprile 2010

Risoluzione Agenzia delle Entrate n. 111/E del 7 aprile 2009

Massime notarili

Fonti consultabili on-line dal sito ufficiale dei rispettivi consigli notarili:

- Comitato interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Massima L.A.15* “*Applicabilità delle norme dettate in materia di trasferimento di immobili alle fusioni o scissioni di società*”

-Comitato interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Massima L.A.31* “*Entità minima del capitale sociale della o delle società risultanti da una fusione o da una scissione*”

-Comitato interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Massima L.A.32* “*Conguagli in denaro*”

- Comitato interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Massima L.E.1*
“Scissione o fusione negativa”

- Comitato interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Massima L.E.8*
“Fusione, scissione e riduzione volontaria del capitale sociale”

- Comitato interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, *Massima L.E.9*
“Legittimità dell’emersione di un disavanzo o avanzo di fusione o scissione”

- Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, *Massima n. 12*
“Modalità di soddisfazione del concambio nella fusione e nella scissione”

- Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, *Massima n. 38*
“Azzeramento e ricostituzione del capitale sociale in mancanza della contestuale esecuzione dell’aumento”

- Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, *Massima n. 72*
“Imputazione del disavanzo da concambio nella fusione e nella scissione (art.2504bis c.c.)”

- Commissione Società del Consiglio Notarile di Milano, *Massima n. 102*
“Utilizzo di riserve “da capitale” nelle operazioni straordinarie”