

## Considerazioni generali sull'invalidità della fusione

**Autore:**

**In:** Diritto civile e commerciale

Obiettivo di questa dissertazione è certamente quello di tracciare, sebbene senza nessuna pretesa di esaustività, i profili generali del dibattito dottrinale che ha interessato l'istituto della fusione societaria. La norma di riferimento è senza dubbio l'art. 2504-quater del codice civile - rubricato invalidità della fusione - il quale dispone che "Eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione a norma del secondo comma dell'art. 2504, l'invalidità dell'atto di fusione non può essere pronunciata. Resta salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci o ai terzi danneggiati dalla fusione". Come chiaramente affermato dalla dottrina, una volta sancita l'efficacia sanante dell'iscrizione nel registro delle imprese della fusione, l'art. 2504, co. 2, fa salvo il diritto dei danneggiati o dei terzi al risarcimento per eventuali danni derivanti dalla fusione[1].

Se ne deduce, seguendo una parte della dottrina, che rimarrebbe preclusa ogni possibilità di pronunciare l'invalidità dell'atto di fusione. L'efficacia sanante è dunque, stando al dato normativo, da ritenersi assoluta[2]. La ratio della norma risiede, per un verso, nella garanzia dell'affidamento riposto, dai soci e dai terzi, nella nuova organizzazione societaria originata dalla fusione, per l'altro, nella tutela della stabilità di un'entità imprenditoriale ormai del tutto attiva nel mercato[3]. Guardando alla fusione come contratto, afferma la dottrina, va precisato che ciascuna delle cause previste dagli art. 1418 e ss. c.c. può determinare l'invalidità dell'atto di fusione[4].

Tuttavia, contro l'avviso di una parte di essa, c'è chi ritiene che non tutte le cause di invalidità dei contratti siano per esso rilevanti, e comunque che, in caso di rilevanza, l'applicazione delle regole sull'invalidità non possa essere, per così dire, automatica[5]. Invalidare l'atto di fusione significa, in sostanza, mettere nel nulla l'intera operazione straordinaria che ha visto coinvolte diverse realtà aziendali (in genere almeno due). E questo risultato potrebbe essere ottenuto, in linea di principio, anche da soggetti detentori di piccole partecipazioni.

Il legislatore preferisce, invece, garantire la stabilità dei rapporti giuridici in quanto l'invalidazione della fusione si rivelerebbe negativa sotto diversi profili. Volgendo preliminarmente lo sguardo all'aspetto procedimentale, appare alquanto evidente la complessità del procedimento di fusione (che, per tale ragione è anche costoso). Porlo nel nulla quando esso si è perfezionato, comporterebbe la rimozione degli effetti dell'intera procedura, di tal che si avrebbe un inutile dispendio di attività procedimentale. Dall'altro lato, si produrrebbero ripercussioni sulle parti coinvolte e sugli interessi di cui queste sono portatrici.

Si è ormai soliti, in dottrina come in giurisprudenza, distinguere due forme di invalidità: la nullità da una parte e, l'annullabilità dall'altra. Le loro diversità genetiche hanno portato infatti il legislatore a distinguerle in maniera nitida anche sul piano applicativo[6]. Nel corso degli anni tuttavia, come afferma Ruggeri, si sono affacciate nel nostro ordinamento figure "ibride" di nullità, tra le quali per esempio: la nullità di protezione, strumento sanzionatorio che ha lo scopo di proteggere la parte più debole del negozio;

le c.d. "nullità virtuali", concernenti ipotesi non tassative per le quali la nullità è il logico corollario della natura imperativa della norma violata; le c.d. "nullità speciali" caratterizzate dalla possibilità di far valere il vizio solo per la parte interessata[7]. D'altra parte, precedentemente all'introduzione dell'art. 2504-quater c.c. si poneva la necessità di sostituire alle tipiche sanzioni reali rimedi obbligatori e ciò ha portato il legislatore del 2007 ad introdurre uno strumento teso alla stabilizzazione, secondo una schema di produzione degli effetti giuridici, omogeneo delle operazioni straordinarie viziate, incentrato su una mera tutela risarcitoria[8]. In sintesi, tale forma di tutela prevista dal secondo comma dell'art. 2504 c.c. e la sanatoria totale di tutti i vizi del procedimento, ci mostrano, secondo una parte della dottrina, come nel diritto societario il confine tra la nullità e l'annullabilità si molto labile, quasi impercettibile e come assai di frequente le due figure finiscano per confondersi perdendo i loro caratteri peculiari in nome del preminente principio di certezza del diritto[9]. In dottrina è, inoltre, dibattuta una ulteriore questione, inerente la presenza nel progetto di fusione di vizi inerenti l'atto costitutivo della nuova società risultante dalla fusione, i quali integrino i casi di nullità ex art. 2332 del codice civile[10].

In tali fattispecie occorre stabilire se gli artt. 2504-quater c.c. e 2332 del codice civile operino o meno quali norme complementari e, in quest'ultima ipotesi, quale delle due norme debba prevalere[11]. La

dottrina sembrerebbe concorde nel ritenere che debba venire accolta la prima soluzione, non solo al fine di garantire la conformità del diritto interno con i dettami del legislatore comunitario [12], ma anche in considerazione del fatto che l'art. 2504-quater ha ad oggetto i vizi dell'atto costitutivo di una nuova società[13].

## 2. Gli effetti dell'invalidità

L'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese ha efficacia sanante sia per gli eventuali vizi che colpiscono l'atto di fusione, sia quelli che si verificano durante l'iter procedimentale che porta alla formazione dell'atto. Il legislatore storico, invero, ha considerato i gravi inconvenienti rappresentati dall'eventuale caducazione di una fusione ormai giunta allo stadio finale dell'iscrizione dell'atto e la situazione, così, verificatasi rende importante ed opportuna una norma stabilizzatrice degli effetti della fusione[14].

La ricetta è stata, allora, quella di ridurre il ricorso allo strumento invalidativo, o, meglio, quella di bloccare la possibilità di ricorrere a tale strumento al fine di ottenere la cancellazione dell'atto[15]. In questa ottica, la preclusione della declaratoria di invalidità dell'atto di fusione, sancita dall'art. 2504-quater c.c., quale effetto dell'iscrizione nel registro delle imprese tutela, dunque, l'affidamento dei terzi e la certezza dei traffici, sicché quando l'iscrizione dell'atto di fusione nel registro delle imprese sia avvenuta in base ad una sequenza procedimentale priva di riconoscibili anomalie esteriori, l'inesistenza giuridica di una delle delibere assembleari propedeutiche alla fusione, nei limiti in cui essa possa essere ipotizzata, non determina l'inesistenza giuridica dell'atto di fusione, ormai iscritto nel registro, restando esclusa l'impugnabilità di quest'ultimo e risultando carente, pertanto, l'interesse all'accertamento dell'inesistenza della delibera prodromica[16].

## 2. la fusione annullabile

La gravità delle conseguenze invalidanti e l'impatto sul piano pratico delle stesse hanno spinto la giurisprudenza ad una interpretazione più restrittiva dell'art. 2504-quater c.c., dando così luogo secondo Civerra a ricostruzioni "delegittimanti della previsione normativa"[17]. Stante l'impossibilità di considerare sanate tutte le ipotesi di nullità con l'iscrizione dell'atto di fusione, la dottrina ha preferito approcci più cauti ritenendo, invece, sanate soltanto quelle nullità concernenti il procedimento o requisiti particolari dell'operazioni e non anche quelle che contrastino con norme o principi di ordine pubblico, pena l'illegittimità costituzionale della norma stessa[18].

Col tempo,

l'evoluzione interpretativa del quadro normativo di riferimento ha portato ad una interpretazione della norma in questione come riferita unicamente alle fattispecie di annullabilità della fusione, con la conseguenza che dovrebbero considerarsi escluse, dalla portata applicativa della stessa, le ipotesi di fusione nulla[19]. L'operazione svolta dalla dottrina che interviene in modo chirurgico a privare la norma di una parte delle sue prerogative, ne snatura tuttavia, secondo alcuni critici, in modo anche abbastanza palese la ratio[20]. Come si è sostenuto in dottrina sembra, infatti, che il legislatore abbia voluto richiamare nell'ambito dell'art. 2504-quater c.c. la più ampia casistica possibile per sottolineare come la ratio fosse proprio quella di evitare, a partire dall'iscrizione dell'atto, che la fusione fosse in qualsiasi modo caducata[21].

Nella prassi le cause di nullità o annullabilità - sussumibili nel termine di invalidità - sono di per sé molteplici e a titolo esemplificativo e non esaustivo possono essere brevemente sintetizzate nei seguenti punti:

a)

mancata o incompleta predisposizione del progetto di fusione;

b)

mancata iscrizione del progetto di fusione;

c)

mancata o incompleta redazione della situazione patrimoniale delle società partecipanti alla fusione;

d)

mancata redazione della relazione degli amministratori;

e)

mancata redazione della relazione degli esperti;

f)

mancata comunicazione ai titolari di obbligazioni convertibili del diritto di conversione anticipata.

Pertanto, in presenza delle fattispecie precedentemente elencate, o di altre che si potrebbero formare per esempio in sede assembleare, o in presenza dell'ultima delle iscrizioni prevista all'art. 2504, i soci o i terzi danneggiati dalla fusione avranno diritto soltanto al risarcimento del danno, stante l'impossibilità di richiedere l'invalidazione dell'intera operazione straordinaria.

## **la fusione parzialmente nulla**

Si è sostenuto in dottrina che "la possibilità di operare caducazioni invalidative parziali, invece che totali, di atti di autonomia privata, come rimedio teso a riformare l'atto preservandone nel complesso l'efficacia, generalmente è considerata con favore dall'ordinamento"[22], ciò in ossequio al principio di conservazione dell'attività giuridica[23]. In giurisprudenza e in dottrina sono, inoltre, previste delle ipotesi di nullità parziale anche riguardo agli atti societari come le delibere assembleari[24].

Sempre in dottrina sembrerebbe, inoltre, ormai consolidato l'orientamento di chi sostiene l'inapplicabilità

agli atti societari dell'art. 1419, co. 1 del codice civile, in quanto questo potrebbe comportare la nullità assoluta dell'atto in considerazione dell'essenzialità della clausola impugnata[25]. Si dovrebbe cioè dimostrare che la parte non avrebbe concluso il negozio in assenza delle clausole invalide.

Non manca infine chi intravede la soluzione naturale della questione, sposando un condivisibile approccio dottrinale, in una valutazione, caso per caso, in merito all'idoneità della clausola di cui si chiede l'annullamento ad incidere sulla solidità dell'intero negozio.

## **la fusione inesistente**

In passato gli interpreti si sono chiesti se l'iter che conduce al perfezionamento dell'operazione - articolato nelle tre fasi dell'approvazione del progetto di fusione, dell'adozione della delibera e della stipula dell'atto - possa dichiararsi giuridicamente inesistente quando uno di detti momenti manchi o si compia in modo irregolare[26]. Il dibattito sul punto è stato acceso negli anni. Ma l'impostazione è considerata oggi incompatibile con il vigente quadro normativo[27]. Non manca, infatti, chi sostiene che un suo accoglimento determinerebbe lo scardinamento del sistema delle preclusioni sin qui illustrato, avallando un'interpretazione abrogatrice del disposto dell'art. 2504-quater c.c.

Inoltre, sulla scia del suddetto orientamento dottrinale, in spregio al principio di certezza del diritto, la fusione sarebbe esposta al rischio perpetuo di un'azione di accertamento dell'invalidità esperibile da chiunque dimostri di averne interesse. È indubbio, infatti, che, proprio in ragione della stretta correlazione intercorrente tra gli atti della sequenza procedimentale, il vizio o l'irregolarità di uno di essi si riverberi sul momento conclusivo, inficiandolo. L'effetto preclusivo ex art. 2504-quater c.c., per poter

incidere e produrre conseguenze sull'atto, comporta la necessaria sussistenza di un atto di fusione. Partendo da tali premesse, è stato affermato in dottrina che "tutte le volte in cui ci si trovi di fronte ad un presunto atto di fusione, senza che siano presenti gli elementi minimi di identificazione del concetto giuridico di fusione, la suddetta norma non potrà operare perché mancherebbero i presupposti stessi per la sua applicazione"[28].

L' unico tentativo di limitare l'applicazione dell'art. 2504-quater c.c., postulando l'inesistenza dell'atto di fusione, si identifica nella pratica in un procedimento funzionale che mira, quasi semplicisticamente a ridefinire la portata qualificatoria della fattispecie[29]. Come si è sostenuto in dottrina, "in esso si fa un utilizzo della categoria concettuale dell'inesistenza molto simile a quello, per molti aspetti criticabile[30], fatto dalla giurisprudenza per temperare le rigidità della disciplina sull'invalidità delle delibere assembleari[31].

Oltre all'idealtipo del difetto della sequenza procedurale tipica, si discute in dottrina in merito al concetto di inesistenza della fusione per difetto causale. Sarebbe il caso di quelle operazioni nelle quali non vi sarebbe omogeneità causale dei soggetti partecipanti[32]. Per quanto riguarda la categoria della fusione inesistente per gravi carenze processuali, la dottrina ha enucleato quattro tipologie:

a)



mancata adozione della delibera di fusione da parte di una società;

b)

mancata stipulazione dell'atto di fusione in esecuzione della delibera;

c)

inesistenza della delibera assembleare di fusione;

d)

inesistenza dell'atto di fusione.

Giova, altresì, sottolineare come la dottrina, partendo da questa classificazione, abbia messo in evidenza che il limite al 2504-quater c.c., costituito dalla inesistenza della fusione, rischierebbe di essere eversivo rispetto alla “riforma del 1991”. È stata, inoltre, negata la necessaria sussistenza di un rapporto di complementarità tra progetto di fusione delibera e atto, nel senso che la norma suddetta dimostrerebbe l'autonomia strutturale di quest'atto, come quello cui si riconetterebbe l'effetto stesso della fusione[33]

## la fusione inefficace

Come opportunamente notato dalla dottrina, l'effetto stabilizzatorio della fusione presuppone che la stessa sia efficace[34]. La giurisprudenza, inoltre, non ha mancato di evidenziare come l'inattaccabilità sancita dall'art. 2504-quater c.c. è in diretto collegamento con l'effetto della fusione. Conseguente, dunque, all'ultima delle iscrizioni, ossia al momento di esecuzione degli effetti che gli sono propri[35].

Ciò significa che, il regime preclusivo non dovrebbe operare quando all'iscrizione dell'atto di fusione non segua la normale realizzazione degli effetti costitutivi della fusione medesima[36].

Tale tesi, secondo Civerra, ha ricevuto delle critiche in un certo senso condivisibili. Invero, fa notare l'autore, se l'inefficacia della fusione, conseguente alla stipulazione dell'atto ante diem, potesse inibire l'effetto dell'art. 2504-quater c.c., i creditori beneficerebbero di una tutela maggiore di quella normalmente concessa loro dall'ordinamento. In effetti, secondo tale ricostruzione, l'accoglimento delle ragioni opponenti dovrebbe considerare anche il danno che può derivare dalla fusione a causa dell'effetto della confusione patrimoniale che si verificherebbe fra le società che partecipano alla fusione[37].

Come è noto, le cause di inefficacia possono essere di natura pattizia (originaria apposizione di termini o condizioni), di tal che daranno luogo solo al differimento dell'applicabilità della normativa al momento della produzione degli effetti, e cause di inefficacia di natura legale. Queste ultime si distinguerebbero, secondo un'ulteriore operazione diairetica, in cause di inefficacia legale sopravvenuta, ovvero sia l'applicabilità del 2504-quater c.c., e cause di inefficacia legale originaria che si avrebbe nel caso di difetto di rappresentanza o sottoposizione a procedura concorsuale[38].

Quanto al difetto di rappresentanza degli amministratori, si è avuto modo di evidenziare che l'atto posto in essere da soggetti non legittimati potrebbe essere considerato o meglio è da considerare un "non atto"

e dunque insensibile alla disciplina della suddetta norma, che sembrerebbe presupporre l'esistenza di un atto. Laddove siano trasgrediti i principi generali, la fattispecie sfuggirebbe all'applicazione dell'art. 2504-quater c.c., di converso, qualora dovessero esservi degli atti inficiati dall'inosservanza di regole procedurali dovrebbe applicarsi la norma di cui in commento[39].

Dunque, la mancanza della deliberazione di fusione o la mancanza della conformità dell'atto di fusione alle statuizioni contenute nella deliberazione, essendo causa di inefficacia dell'atto, non troverebbero applicazione nel disposto dell'art. 2504-quater c.c.

Nondimeno, se la delibera assembleare fosse valutata come meramente autorizzatoria, e dunque sprovvista di natura decisoria, l'atto di fusione sarebbe solo annullabile e, pertanto, ricadrebbe nell'ambito di applicazione della norma citata. Secondo una certa impostazione l'art. 2504-quater c.c. non sarebbe diretto a sanare atti viziati, ma a bloccare, piuttosto, qualsiasi azione tesa a porre nel nulla una fusione già in atto[40]. Ne consegue che per quanto riguarda la situazione dei singoli soci, come ha brillantemente segnalato la dottrina, esistono tre situazioni legittimanti il singolo socio a far valere l'inefficacia dell'atto di fusione, e di conseguenza l'inoperatività del rimedio stabilizzatorio dell'art. 2504-quater del codice civile.

Tali situazioni sarebbero:

a)

il diritto alla prosecuzione del rapporto;

b)

il mantenimento delle prerogative della categoria a cui appartiene il pacchetto azionario del socio;

c)

il diritto alla quota di liquidazione.

In nessuno di questi casi, sempre secondo il superiore orientamento, sembrerebbe esservi una situazione di attrito con la deliberazione e il successivo atto di fusione, tanto da produrre una situazione di inefficacia tale da limitare il ricorso al rimedio del 2504-quater**[41]**.

[1] Cfr. M. Di Sarli, sub. art. 2504-quater, in Commentario alla riforma delle società, Trasformazione - Fusione - Scissione, a cura di I. Bianchi, Milano, 2006, p. 949. Sul punto anche, A. Genovese, L'invalidità dell'atto di fusione, Torino, 1997; E. Civerra, Le operazioni di fusione e scissione, Milano, 2003; C. Santagata, Le fusioni, in Trattato Colombo - Portale, vol. VII, 2004, p. 597 e ss.

[2] Cfr, tra gli altri, A. Tamborrino, Le operazioni straordinarie, Milano, 2004, p. 91.

[3] Ibidem.

[4] Cfr. A. Genovese, L'invalidità dell'atto di fusione, Torino 1997, cit. p. 59. vedi anche De Acutis, il nuovo regime dell'invalidità della fusione, in Giur. comm. 1991, p. 735

[5] Ibidem.

[6]

P. Ruggeri, L'irreversibilità della fusione societaria, 2012, cit. p. 11

[7] Ivi, p. 12. Sul punto si vedano gli artt.1469-bis e ss. c.c.

[8] Così

G. Iermano, in Il nuovo diritto delle società, a cura di P. Abbadessa, G.B. Portale, Milano, 2007, p. 398

[9]

P. Ruggeri, op. cit. p. 13

[10] M. Di Sarli, L'invalidità della fusione, sub. art. 2504-quater op. cit. p. 961

[11] Vedi G. Laurini, La fusione, in Riv. not. 1991, p. 594, il quale ritiene che non possa essere dichiarata la nullità della società risultante dalla fusione ex art. 2332, in quanto questa disciplina di carattere generale sarebbe derogata da quella dell'art. 2504-quater c.c. Analogamente A. Serra - M.S. Spolidoro, Fusioni e scissioni, p. 166 ss.

[12] L'art. 23 III direttiva (direttiva CE 78/855), infatti, stabilisce la salvezza degli artt. 11 e 12 della direttiva 68/151( dai quali deriva l'attuale disciplina della nullità della società).

[13]

M. Di Sarli, op. cit. p. 961

[14]

E. Civerra, Le operazioni, cit. p. 135

[15]

Ivi. p. 136

[16]

**Cass. n. 8864/2012.**

[17]

E. Civerra, op. ult. cit. p. 139.

[18] Ibidem. In questo senso, anche, G. Oppo, Fusione e scissione delle società secondo il D.L. n. 22/1991: profili generali, in Riv. dir. civ., 1991, II, 501.

[19] Ibidem.

[20] Ibidem.

[21] Trib. di Perugia, 26 aprile 1993, RDco, 9-10, 1995, II, 357.

[22] A. Genovese, op. cit, p. 217 cit.

[23] Sui fondamenti teorici della regola che consente di far valere l'invalidità di singole clausole di atti negoziali, fatte salve le restanti parti, in letteratura Cfr. Criscuoli, 59 ss., e d'Antonio, 234. per la possibilità di far luogo a caducazione invalidativa parziale anche di clausole caratterizzanti contratti tipici cfr. M. Casella, 26 ss.

[24] Cfr. Trib. Roma, 9/12/1987. Vedi anche N. Salanitro, L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni, Giuffrè, Milano, 1965., 110, e G. zanarone, L'invalidità delle delibere assembleari, in Trattato delle società per azioni diretto da Colombo e Portale, L'assemblea, vol. 3, UTET, Torino, 1993, p. 646

[25] Ibidem.

[26] Cfr. V.G. Scognamiglio,



Sulla inesistenza giuridica del negozio di fusione, 1992. p. 1027.

[27] Escludono l'ammissibilità dell'inesistenza giuridica della fusione: Serra e Spolidoro, Fusioni e scissioni di società, Torino, 1994; Angelici, La nullità della fusione, in Riv. dir. comm., 1992, I, p. 267 ss.; Cottino, Diritto commerciale, I, 2, Padova, 1994, 765; Santagata, Le fusioni, cit. p. 614; E. Civerra, Le operazioni di fusione e scissione, Milano, 2003, p. 140.

[28] E. Civerra, op. cit. p. 140. In questo senso anche M. De Acutis, Il nuovo regime dell'invalidità della fusione, in Giur. comm., 1991, I, 736.

[29] A. Genovese, op. cit. p. 150

[30] Fra gli interventi di più decisa contestazione dell'utilizzo giurisprudenziale della categoria dell'inesistenza, come leva scardinante la chiusura del sistema delle invalidità degli atti societari, foriera di una perniciosa incertezza di diritto, si vedano G. Ferri, Sulle deliberazioni cosiddette inesistenti, in Riv. dir. comm., 1967, II, 398 ss.; L. Faregna, La deliberazione di società come atto a struttura procedimentale e la teoria giuridica dell'inesistenza, in Riv. dir. comm., 1988, I, 179 ss.; G. Meo, Gli effetti delle invalidità degli atti societari e il problema della tutela, Roma, 1992.

[31]

Per questa giurisprudenza si vedano, Trib. Napoli, 6/3/1993, e Cass. 14/1/1993, n. 403.

[32] E. Civerra, op. cit. 14.

[33] A. Genovese, op. cit. 152.

[34] E. Civerra,  
Le operazioni di fusione e scissione, cit., 142

[35] Ivi. 143.

[36] Ibidem.

[37]Ibidem.

[38] Ivi 144-145.

[39] Ibidem.

[40] Ibidem.

[41] A. Genovese, L'invalidità dell'atto di fusione, cit. 195.

<https://www.diritto.it/considerazioni-generalisullinvalidita-della-fusione/>