

# BREVI RIFLESSIONI SULLA NATURA GIURIDICA DELLA FUSIONE DI SOCIETÀ

---

FERRUCCIO MARIA SBARBARO

## ABSTRACT

Questa brevissima disamina ha l'obiettivo di aggiornare il dibattito sulla natura giuridica della fusione di società, argomento frequentemente affrontato dalla dottrina italiana negli ultimi decenni.

L'occasione è giunta da una recente ordinanza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, che ha abbandonato la tesi tradizionalmente perorata dalla giurisprudenza italiana, tesa ad assimilare la fusione ad un fenomeno di successione universale *mortis causa*, ed ha proposto una teoria "evolutive-modificativa", vicina alle posizioni della dottrina.

Nel saggio, peraltro, si offre una breve comparazione con lo *statutory merger* statunitense e si suggerisce una rivisitazione del dibattito sulla natura della fusione anche alla luce del dato normativo attuale, frutto di una serie di riforme.

PAROLE CHIAVE: fusione; natura giuridica; Corte di Cassazione; successione; *analogia legis*; terza direttiva CEE.

XXXX

This short essay has the purpose of updating the discussion on the nature of corporate merger, an issue that has been frequently debated among Italian authors and researchers in the last decades.

The chance came up from a recent decision of the Italian Supreme Court (Corte di Cassazione), that shifted from the traditional position of the Jurisprudence – considering the merger as a "succession on death" – to a thesis that considers the merger as an "evolution-modification" of the corporation, which is close to the position of academics.

The essay also provides a brief comparison with American "statutory merger" and suggests to review the discussion on the nature of merger, considering the recent developments in the Italian and European legislation.

KEY WORDS: merger; Corte di Cassazione; succession; *analogia legis*; third EC directive.

# BREVI RIFLESSIONI SULLA NATURA GIURIDICA DELLA FUSIONE DI SOCIETÀ

FERRUCCIO MARIA SBARBARO<sup>1</sup>

*SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La fusione come fenomeno successorio. 3. Segue: gli effetti successori dello statutory merger. 4. La tesi “modificativa”. 5. L’ordinanza della Corte di Cassazione SS. UU. n. 2637/2006. 6. Considerazioni conclusive.*

1 – L’analisi volta a definire la natura giuridica della fusione si espone ad un’obiezione preliminare. Nell’ambito di una disciplina – ormai – capillare delle procedure e, soprattutto, degli effetti di tale operazione straordinaria, la ricerca di un significato “ulteriore” rispetto al quadro delineato dall’impianto normativo rischierebbe di apparire come una forzatura.

D’altronde, la “frenesia” di individuare natura e *ratio* dell’istituto trova – *rectius*, trovava – ragion d’essere nella mancanza di una disciplina analitica e, dunque, nella necessità di mutuare regole e meccanismi di altri istituti “analoghi”.

Se una siffatta operazione interpretativa poteva considerarsi opportuna sotto il vigore dell’originario Codice Civile del 1942, e prima ancora del Codice di Commercio, le modifiche e le integrazioni apportate alla disciplina della fusione dal d. lgs. 22/1991<sup>2</sup> prima, dalla 340/2000<sup>3</sup> poi, ed in ultimo dal d. lgs. 6/2003<sup>4</sup> ne hanno ristretto in modo significativo la rilevanza.

Ciononostante, la contrapposizione tra diverse tesi ricostruttive della natura della fusione rimane argomento attuale, se non altro perché su entrambi i lati del dibattito emergono – ed, anzi, si consolidano – posizioni “affascinanti”:

---

<sup>1</sup> Dottore di ricerca in diritto privato comparato, Università di Salerno.  
*Visiting research fellow*, Fordham Law School, New York.  
Avvocato in Roma.

<sup>2</sup> In esecuzione della terza direttiva 78/855/CEE, il decreto in parola ha ampliato la disciplina della fusione, che prima era limitata a solo due fasi: delibera di fusione e atto di fusione. Con la riforma del 1991 è stato introdotto lo schema disciplinare attualmente presente, articolato in: fase c.d. “preparatoria” o di redazione del progetto di fusione; delibera di fusione; atto di fusione.

<sup>3</sup> La riforma ha operato sotto due profili: soppressione dell’omologa (prevista, prima, anche per le delibere di fusione) e soppressione dei doppi adempimenti pubblicitari, in particolare l’obbligo di pubblicazione per estratto sulla Gazzetta Ufficiale, per il progetto, le delibere e l’atto di fusione.

<sup>4</sup> La riforma del diritto societario del 2003 ha consentito la partecipazione alla fusione alle società sottoposte a procedure concorsuali (art. 2501, comma 2 c.c.); ha previsto una limitata facoltà di modifica del progetto di fusione in sede di approvazione (art. 2502, comma 2, c.c.); ha previsto ipotesi di delibera della fusione da parte dell’organo amministrativo (artt. 2505, comma 2 e 2505 *bis*, comma 2, c.c.); ha semplificato il procedimento nel caso in cui non vi partecipino società per azioni (art. 2505 *quater*, c.c.); ha indicato i criteri di redazione del primo bilancio successivo (art. 2504 *bis*, comma 4, c.c.) ed infine ha introdotto nel nostro ordinamento la fattispecie della fusione a seguito di acquisizione con indebitamento – c.d. *leveraged buy out* (art. 2501 *bis*, comma 1 c.c.).

la teoria c.d. estintiva volta ad inquadrare la fusione come fenomeno di successione *mortis causa*, tradizionalmente perorata dalla giurisprudenza, contrapposta alla tesi “modificativa” invalsa in dottrina, che tende a ridurre il fenomeno ad una modificazione degli atti costitutivi delle società partecipanti.

L’adesione all’una o all’altra teoria, peraltro, comporta diverse conseguenze pratiche con riferimento a varie ipotesi giuridicamente rilevanti, cui si accennerà *infra*.

Vi è, poi, un ulteriore stimolo ad approfondire i termini del dibattito, nella circostanza che una recente ordinanza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione ha rovesciato l’approccio della costante giurisprudenza, aggiornando il punto di vista, teso ora a ricostruire la pretesa successione come vicenda meramente “evolutive-modificativa” dello stesso soggetto giuridico che “conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo”<sup>5</sup>.

L’indubbia rilevanza dell’intervento della Corte, lungi dal “declassare”, né tantomeno risolvere il contrasto tra le diverse teorie, ne rende doverosa la trattazione, risvegliando l’interesse per un approccio dogmatico all’istituto della fusione, sollecitando nuove riflessioni sulla natura e sugli effetti di questa.

Si proceda, pertanto, per ordine.

2 – La dottrina meno recente<sup>6</sup>, formatasi sotto il vigore dell’abrogato Codice di Commercio<sup>7</sup>, riconosce nella fusione di società i connotati di un fenomeno successorio, allineandone natura ed effetti alla colorazione più estrema del fenomeno in parola: la successione universale *mortis causa*<sup>8</sup>.

Questa posizione, salvo rare eccezioni<sup>9</sup>, è tradizionalmente stata accolta dalla giurisprudenza, che si è costantemente riferita alla fusione come ad una

---

<sup>5</sup> Cassazione SS.UU., 8 febbraio 2006, n. 2637.

<sup>6</sup> Fra tutti si vedano G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936, p. 216; U. NAVARRINI, *Delle società e delle associazioni commerciali. Commentario del Codice di Commercio*, II, Milano, 1924, p. 738; V. SCIALOJA, *Natura giuridica della trasformazione di società*, in *Saggi di vario diritto*, Roma, 1928, p. 49. Tra gli autori che hanno ritenuto che la fusione desse vita ad una successione a titolo universale si segnalano, peraltro, C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, II, Milano, 1962, p. 522; P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, p. 453; B. VISENTINI, *Fusione tra società*, Roma, 1942, pp. 3 ss.; A. DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale*, Roma, 1954, p. 366; G. CABRAS, *Trasformazione e fusione*, in *Giur. comm.*, 1976, I, p. 133; A. GRAZIANI, G. MINERVINI, U. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, Napoli, 1994, p. 254; A. FRÈ, *Sul diritto di recesso*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, pp. 34 ss.; F. FERRARA JR., *Persone giuridiche*, II ed., Torino, 1973, p. 543.

<sup>7</sup> All’art. 189, n. 7, il Codice di Commercio annoverava la fusione tra le cause di scioglimento della società.

<sup>8</sup> Uno sparuto gruppo di studiosi ha individuato, invece, nella fusione natura successoria a carattere particolare. Tra questi R. NICOLÒ, *L’adempimento dell’obbligo altrui*, Milano, 1936, p. 286 e F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, p. 95, che restringe l’ambito della successione a titolo universale alla sola successione ereditaria. In questo senso, di recente, anche F. SCARDULLA, *La trasformazione e la fusione di società*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XXX, t. 2, Milano, 2000, p. 308. *Contra* G. OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d. lgs. 22/1991*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 505.

<sup>9</sup> Trib. Napoli, 5 dicembre 1989, in *Società*, 1990, p. 939, con commento di C. SANTAGATA e Trib. Napoli, 17 luglio 1989, *ivi*, 1990, p. 356, nonché Cass., 25 ottobre 1977, n. 4565, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 352, secondo cui “mentre nella successione universale a causa di morte la successione di un soggetto ad un altro è effetto della estinzione di un preesistente soggetto, nella fusione di società l’estinzione della preesistente società è effetto della fusione; ed ancora, la particolare successione che si produce con la fusione di società è il risultato di deliberazioni sociali e di accordi (atti giuridici negoziali) e non di fatti (naturali o giuridici)”. Più di recente

“successione universale (corrispondente alla successione universale *mortis causa*) per cui si estingue definitivamente un soggetto e subentra un soggetto risultante o incorporante, che rappresenta il nuovo centro di imputazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti fusi o incorporati”<sup>10</sup>.

Appare evidente, *ivi*, il riferimento alla oggi superata “teoria antropomorfa delle persone giuridiche”<sup>11</sup>, tendente ad estendere a queste i medesimi istituti disciplinanti le vicende della vita – e della morte – delle persone fisiche.

In particolare, quello successorio sarebbe, secondo tale impostazione, uno degli effetti diretti dell’iscrizione dell’atto di fusione nel registro delle imprese, insieme con l’effetto “costitutivo” della nuova società e con quello propriamente “estintivo” delle società partecipanti<sup>12</sup>.

Peraltro, la fusione manterrebbe la natura estintivo-successoria in entrambe le sue conformazioni tipiche. Sia nella fusione c.d. *propria*, laddove alla estinzione delle società fuse conseguirebbe la successione della nuova società risultante in tutti i rapporti giuridici già facenti capo alle società estinte, sia nella fusione c.d. *impropria* o per incorporazione, in cui a succedere sarebbe la società incorporante, per “morte” – *rectius*, estinzione – della sola incorporata.

Lungi dall’atteggiarsi a mero esercizio teorico, la tendenza ad assimilare fusione e successione *mortis causa* rispondeva in passato alla concreta necessità di reperire nell’ordinamento norme applicabili alla prima, la cui disciplina era originariamente tutt’altro che analitica<sup>13</sup>.

Attraverso l’interpretazione analogica della disciplina successoria, infatti, sarebbe agevole riscontrare e legittimare la posizione del soggetto risultante o incorporante come nuovo centro di imputazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti fusi o incorporati, nonché l’effetto di *confusione* dei rispettivi patrimoni<sup>14</sup>.

In sintesi, aderendo a questa tesi la conseguenza sul piano tecnico è che ogni atto, sia esso sostanziale o processuale, deve essere diretto – o, nella opposta direzione, ricondotto – al nuovo ente risultante o incorporante, il quale diventa l’unico soggetto obbligato per i debiti delle società estinte con la fusione.

L’effetto successorio assume, poi, rilevanza particolare sul piano processuale, laddove l’applicabilità delle norme relative alla morte o perdita di capacità della parte in corso di causa comportano inevitabili conseguenze: l’automatica interruzione del processo a seguito della dichiarazione del

---

Cass., 11 dicembre 2000, n. 15599, in *Foro It.*, 2001, I, 1932, con nota di L. NAZZICONE, *Il sindacato giudiziale sul rapporto di cambio nella fusione*.

<sup>10</sup> Cassazione 6 marzo 1987, n. 2381. Nello stesso senso, *ex plurimis*, Cass. 3 agosto 2005, n. 16195, in *Mass. Giust. Civ.*, 2005, p. 9; Cass. 11 aprile 2003, n. 5716, in *Fallimento*, 2004, p. 868; Cass. 2 agosto 2001, n. 10585, in *Società*, 2001, p. 1450; Cass. 26 luglio 2000, n. 9796, in *Foro it.*, 2001, I, p. 1286; Cass. 22 giugno 1999, n. 6298, in *Foro it.*, 2000, I, p. 379. Di recente si segnala Cass. 24 marzo 2006, n. 6686, in *Mass. Giust. Civ.*, 2006, p. 3.

<sup>11</sup> Fra tutti si veda F. GALGANO, *Persona giuridica*, in *Noviss. Dig. It., disc. Priv.*, XIII, Torino, 1995, pp. 392 ss., ove sono reperibili anche ulteriori riferimenti.

<sup>12</sup> In questo senso B. QUATRARO, *La fusione: profili e natura giuridica*, in *Dir. fall.*, 1994, I, p. 373.

<sup>13</sup> Nel codice del 1942, peraltro, il procedimento di fusione iniziava direttamente dalla delibera assembleare, omettendo la disciplina di regolamentare la fase preliminare del progetto e della determinazione del rapporto di cambio, che oggi appare senza dubbio come la più delicata.

<sup>14</sup> Fatta salva, ovviamente, l’opposizione dei creditori sociali a norma dell’art. 2503 c.c..

procuratore in udienza<sup>15</sup>, l'invalidità dell'atto introduttivo del giudizio notificato ad una società fusa o incorporata<sup>16</sup> ed in generale, come si accennava poco sopra, l'obbligo di indirizzare alla società risultante o incorporante tutti gli atti<sup>17</sup>, ferma restando la distinzione degli effetti sulla base del momento in cui si produce l'evento interruttivo di cui la fusione sarebbe causa<sup>18</sup>.

Infine, coerentemente con i principi successori, deve dedursi che il subentro della società risultante o incorporante nei diritti ed obblighi delle società estinte sia comunque limitato ai rapporti propriamente trasmissibili, non estendendosi a "quei rapporti il cui persistere è subordinato all'esistenza della società come soggetto di diritto, e cioè al fatto che il gruppo sociale conservi la propria individualità ed autonomia anche sul piano patrimoniale"<sup>19</sup>.

Ebbene, la tesi sin qui esposta mostra il fianco ad almeno due diverse obiezioni.

Rispetto alla successione tra persone fisiche, che avviene per effetto della morte, e dunque solo dopo di questa, nella fusione la trasmissione dei rapporti giuridici alla società risultante o incorporante precede l'estinzione delle società partecipanti o dell'incorporata, che avviene come conseguenza dell'assunzione di tutti i diritti ed obblighi da parte del nuovo soggetto<sup>20</sup>.

La differenza tra i due istituti – che si atteggiano, dunque, a fenomeni simmetricamente opposti – sarebbe troppo radicale per poterne legittimare l'assimilazione e finanche il parallelismo, tantomeno l'*analogia legis*.

In secondo luogo, la tesi si scontra con il dato normativo: non solo il Codice Civile non indica più, come faceva invece il Codice di Commercio, la fusione tra le cause di scioglimento della società, ma la nuova formulazione

---

<sup>15</sup> Cfr. Cass., 21 agosto 1996, n. 7704, in *NGCC*, 1996, p. 383, con nota di C. GAMBA, *Fusione di società e interruzione del processo*. Fra tutte si vedano, altresì, Cass. 2 agosto 2001, n. 10595, in *Giust. civ. mass.*, 2001, p. 153, Cass. 22 giugno 1999, n. 6268, in *Giust. civ. mass.*, 1999, p. 1455, Cass. 3 ottobre 1998, n. 9822, in *Giust. civ. mass.*, 1998, p. 2005.

<sup>16</sup> Alcune sentenze si schierano sul crinale della nullità rilevabile d'ufficio ed insanabile: Cass. 11 febbraio 1992, n. 1528, in *Giur. it.*, 1992, p. 1258, Cass. SS. UU. 14 gennaio 1992, n. 366, in *Giust. civ. mass.*, 1992, p. 543. Si parla di invece di nullità sanabile *ex nunc* a seguito della costituzione dell'incorporante in Cass. 11 aprile 2003, n. 5716, Cass. 19 febbraio 2000, n. 1918, in *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 415, Cass. 10 luglio 1999, n. 7254, in *Giust. civ. mass.*, 1999, p. 1610. Un terzo orientamento, infine, esclude la nullità considerando valido il rapporto processuale con il soggetto incorporante. Così Cass. 20 aprile 2002, n. 5704, in *Giust. civ. mass.*, 2002, p. 355.

<sup>17</sup> Cfr. Cass. 28 giugno 2002, n. 9504, in *Giust. civ. mass.*, Cass. 18 marzo 2005, n. 5973, Cass. 23 marzo 2001, n. 4180, in *Società*, 2002, p. 50 con nota di G. CASONI, *Notifica di atti giudiziari in caso di variazione di sede e denominazione sociale*.

<sup>18</sup> Se l'evento si fosse verificato prima della chiusura della discussione e non fosse stato dichiarato o notificato, la posizione processuale delle parti sarebbe rimasta cristallizzata. Nel caso di una fusione avvenuta tra la chiusura della discussione e la notificazione della sentenza si riteneva applicabile l'art. 286 c.p.c.. Nel caso in cui l'evento si fosse verificato tra un grado e l'altro del giudizio, la Cassazione a Sezioni Unite (19 dicembre 1996, n. 11394, in *NGCC*, 1997, p. 925, con nota di C. GAMBA, *Morte o perdita della capacità della parte, intervenuta tra il primo ed il secondo grado di giudizio*) stabiliva che il nuovo grado di giudizio dovesse instaurarsi "da e contro i soggetti reali del rapporto processuale".

<sup>19</sup> Cass. 28 agosto 1963, n. 2372, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, p. 55.

<sup>20</sup> In questo senso G. TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. GALGANO, VIII, Padova, 1985, p. 282; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1987, p. 641; G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 2002, p. 612.

dell'art. 2504 *bis*, comma 1 c.c.<sup>21</sup> ha addirittura eliminato ogni riferimento all'estinzione, sostituendo la locuzione “società estinte” con “società partecipanti alla fusione”.

L'inquadramento della fusione nell'alveo della successione universale *mortis causa* appare oggi, dunque, quantomeno rivedibile.

3 – La dottrina statunitense<sup>22</sup> riconosce al *merger* predominante funzione modificativa, includendolo tra le ipotesi di *fundamental change* della *corporation*, ma ne evidenzia altresì gli aspetti successivi, sottolineando a tal fine la rilevanza di un *discrimen* tra tale operazione ed altre ipotesi di acquisizione<sup>23</sup>.

Rispetto alle categorie dogmatiche del *civil law*, l'approccio anglosassone al *merger* si connota di aspetti profondamente diversi, focalizzandosi sui profili pratici e funzionali dell'operazione, intesa come meccanismo di acquisizione di *asset* piuttosto che come fenomeno estintivo-modificativo della persona giuridica.

Precisamente, si parla dello *statutory merger* come di una delle tre tecniche tipiche di acquisto di una *corporation* da parte di un'altra, accanto al *purchase of asset* ed al *purchase of stock*<sup>24</sup>, con le differenti conseguenze che il primo comporta rispetto agli altri due: assunzione delle *liabilities* della incorporata, necessità di approvazione da parte dei soci, diritto di recesso, oltre al diverso trattamento fiscale.

Peraltro, nella sua accezione più rigorosa, il *merger* comprende la sola fusione per incorporazione, laddove la fusione c.d. “propria” è invece da ricondursi al concetto di *consolidation*.

Fusione e *merger*, dunque, sono istituti non perfettamente sovrapponibili sul piano della struttura e della funzione.

Tuttavia, con riferimento agli effetti si reperisce nel *merger* un analogo meccanismo successorio “antropomorfo”, coordinato con l'inesorabile estinzione dell'incorporata *target corporation*.

Quest'ultima cessa di esistere – o quantomeno termina la sua esistenza come *separate legal entity*<sup>25</sup> – e, letteralmente, scompare, tanto che la si trova spesso definita come *disappearing corporation*<sup>26</sup>.

Un effetto, dunque, inequivocabilmente estintivo.

---

<sup>21</sup> “La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione”.

<sup>22</sup> Per una panoramica della materia si rinvia a R. C. CLARK, *Corporate Law*, Boston-Toronto, 1986, pp. 632 ss.; F. GEVURTZ, *Corporation Law*, St. Paul, 2000, pp. 644 ss.; W. A. KLEIN, J. C. COFFEE JR., *Business organization and finance. Legal and economic principles*, New York, 2007, pp. 222 ss.; AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principle of corporate governance: analysis and recommendation*, St. Paul., 1994, p. 256; R. F. BALOTTI, J. S. FINKELSTEIN, *The Delaware Law of corporations and business organizations*, New York, 1998, *passim*; D. CHOPER, J. C. COATES, R. J. GILSON, *Cases and materials on corporations*, Bologna, 1995, p. 905; F. H. EASTERBROOK, D. R. FISCHER, *The economic structure of corporate law*, Cambridge-Londra, 1991; P. A. GAUGHAN, *Mergers, acquisitions and corporate restructurings*, New York, 2002.

<sup>23</sup> In questo senso W. A. KLEIN, J. C. COFFEE JR., *op. cit.*, p. 222.

<sup>24</sup> *IBIDEM*.

<sup>25</sup> *IBIDEM*, laddove si parla altresì di “*termination of corporate existence*”.

<sup>26</sup> Fra tutti si veda F. GEVURTZ, *op. cit.*, p. 645.

Simmetricamente, la *surviving corporation* succede “*by operating of the law*” negli *asset* e nelle *liabilities* della incorporata<sup>27</sup> con la stessa automaticità con cui l’erede succede al *de cuius* nella successione universale *mortis causa*.

La successione negli *asset*, tuttavia, è stata espressamente limitata da alcune Corti nel caso in cui fra questi vi fossero dei rapporti contrattuali intrasmissibili in base ad una clausola *ivi* contenuta<sup>28</sup>, nell’ottica di evitare un utilizzo del *merger* come espediente elusivo rispetto a pattuizioni liberamente concordate dalle parti nell’ambito della propria autonomia negoziale e per esse, dunque, vincolanti.

Sul fronte delle *liabilities*, la successione – che si sostanzia nell’automatica assunzione dei debiti e delle responsabilità dell’incorporata – viene connotata negativamente e considerata, addirittura, un “*undesirable feature of a merger*”<sup>29</sup>.

Fatte salve le ipotesi di *leveraged buyout*, in cui l’assunzione del debito viene considerata il nucleo e la ragione stessa dell’operazione, essa viene negli altri casi giustificata dalla dottrina come corrispettivo negoziale della successione negli *asset* dell’incorporata<sup>30</sup>.

Da questa brevissima disamina emerge il carattere profondamente diverso del *merger* rispetto alla fusione, e più ancora il diverso approccio ai due istituti da parte dei rispettivi operatori.

La visione dogmatica propria delle dottrine generali di *civil law*, impegnate a delineare natura ed effetti della fusione su di un piano sostanziale, non è cara al legislatore anglosassone, che preferisce mettere in luce gli aspetti cui riconosce maggior rilievo pratico.

Nel descrivere le forme e la struttura del *merger*, infatti, si analizza *in primis* il potere di fatto esercitato dalla società acquirente/incorporante sulla *target corporation*<sup>31</sup>; nel delinearne gli effetti, l’accento è costantemente posto sulle questioni di equilibrio contrattuale sottese all’operazione.

Sebbene, dunque, entrambe le fattispecie comparate contengano un comune meccanismo successorio – peraltro non necessariamente ispirato a quello previsto per le persone fisiche – l’appartenenza a sistemi così profondamente diversi vanifica qualsivoglia tentativo di dedurre una comune natura giuridica.

4 – A fronte della tesi estintivo-successoria, l’orientamento prevalente in dottrina già prima della modifica dell’art. 2504 *bis* ad opera del d. lgs. 6/2003 era – e tuttora si conferma – quello volto a considerare la fusione come una particolare fattispecie di modificazione dell’atto costitutivo<sup>32</sup>, la cui funzione

---

<sup>27</sup> *Id.*, p. 655, ove è presente la colorita espressione “*much like an ameba absorbs its prey*”.

<sup>28</sup> Fra tutte cfr. *PPG Indus., Inc. v. Guardian Indus. Corp.*, 597 F. 2d 1090 (6th Cir. 1979).

<sup>29</sup> F. GEVURTZ, *op. cit.*, p. 656.

<sup>30</sup> *Id.*, p. 657: “*Presumably, the notion behind the surviving corporation’s automatic assumption of the disappearing corporation’s debt in a merger is that this constitutes a quid pro quo for the surviving corporation’s obtaining the disappearing corporation’s assets – which the disappearing corporation otherwise would have used to pay its debts*”.

<sup>31</sup> Tanto che si arriva, in taluni casi, a parlare di *de facto merger* dinanzi ad operazioni di acquisto di azioni il cui risultato sia un controllo quasi totale di una società sull’altra. Si veda, ad esempio, *Farris v. Glen Alden Corp.*, 393 pa. 427, 142 A. 2d 25 (1958).

<sup>32</sup> Gli esponenti più autorevoli di questo orientamento sono C. SANTAGATA, *Le fusioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, VII, 2, 1, Torino, 2004, pp. 41 ss.; E. SIMONETTO, *Della trasformazione e della fusione*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1965, pp. 99 ss.; G. TANTINI, *op. cit.*, pp. 275 ss.; G. MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche*

risiederebbe non già nell'estinzione degli enti partecipanti, ma nella modifica e nel rafforzamento dell'assetto organizzativo attraverso la sintesi di due o più soggetti.

Non si formerebbe, in quest'ottica, un nuovo contratto sociale, ma si verificherebbe una modificazione – *rectius*, integrazione – dei rispettivi contratti sociali delle società partecipanti, “consistente in una riunificazione soggettiva delle compagini sociali e nella riunificazione oggettiva dei patrimoni”<sup>33</sup>.

Sul piano della volontà, l'intento perseguito dalle parti della fusione non è evidentemente quello di estinguere entrambi o uno dei due enti partecipanti, bensì di rafforzare i rispettivi organismi economici vitali rendendoli più potenti. La fusione – si dice – lungi dall'essere rivolta all'estinzione delle società, costituisce un “contratto di vita” che contraddistingue la crescita dell'impresa e l'evoluzione del sistema nel suo complesso<sup>34</sup>.

Le modificazioni statutarie che caratterizzano l'operazione, in quanto tendenti ad assimilare le diverse posizioni sociali allo statuto di una nuova e diversa società – nella fusione propria – o ad adeguare lo statuto dell'incorporata a quello dell'incorporante, realizzano in ogni caso una coincidenza oggettiva dello statuto di tutte le società partecipanti, che implica l'imputazione di tutti i rapporti ad un solo ente e rende pertanto superfluo il mantenimento di distinti centri di imputazione<sup>35</sup>.

Non sarebbe quindi necessario ricorrere alla successione universale per spiegare e comprendere la natura della fusione. Essa nasce da un atto di autonomia privata – la delibera – interno al gruppo, che intende continuare l'attività della società, ma intende farlo in una società diversa. La società fusa si estingue perché si estinguono quel contratto sociale e quell'organizzazione che, però, continuano secondo un diverso contratto ed una diversa organizzazione sociale.

La fusione sarebbe dunque, strutturalmente, una modificazione dell'atto costitutivo, dalla cui attuazione derivano il trasferimento dell'insieme di diritti patrimoniali della società fusa e, come conseguenza, lo scioglimento del rapporto sociale proprio della società fusa: solo in questo senso potrebbe legittimamente parlarsi dell'effetto estintivo della fusione<sup>36</sup>.

Non a caso, alcuni autori<sup>37</sup> hanno osservato come il ricorso al concetto dell'estinzione, ad integrazione dell'aspetto modificativo, rischi di realizzare contraddizioni.

Si pensi, ad esempio, alla conseguente estinzione di rapporti – ad esempio l'usufrutto – che in realtà si trasmettono pacificamente alla società risultante o incorporata, oppure alla difficoltà di spiegare sul piano sostanziale

---

dell'atto costitutivo, in *Trattato*, Torino, 1993, pp. 24 ss.; F. FERRARA, F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, p. 819; A. SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1995, p. 346.

<sup>33</sup> In questi termini A. FERRUCCI, C. FERRENTINO, *Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*, II, Milano, 2005, p. 1813.

<sup>34</sup> G. COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, 1987, p. 378.

<sup>35</sup> Cfr. C. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 43.

<sup>36</sup> In questo senso G. TANTINI, *op. cit.*, p. 284.

<sup>37</sup> È il caso di G. FERRI, *La fusione delle società commerciali*, Roma, 1936; C. SANTAGATA, *op. cit.*, p. 43; D. CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971, p. 306; E. SIMONETTO, *op. cit.*, p. 208; A. SERRA, *op. cit.*, p. 336; F. SALERNO CARDILLO, *Fusione delle società: successione universale o modificazione statutaria?* in *Vita not.*, 1987, p. 472; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1996, p. 758.



l'attribuzione al socio dell'incorporata di una quota della società incorporante a fronte di una pretesa estinzione della sua pregressa partecipazione, essendo la società incorporata, e non i soci di questa, a "conferire" nell'incorporante.

D'altronde, oltre che contraddittorio il richiamo all'estinzione sarebbe probabilmente superfluo.

Al fine di realizzare la sovrapposizione delle strutture societarie e la conseguente perdita di identità autonoma delle società partecipanti – o dell'incorporata – è sufficiente infatti la modifica delle rispettive strutture in modo da uniformarsi al nuovo modello (società risultante o incorporante), senza che sia necessario ricorrere al concetto di estinzione.

Questa considerazione è, oggi, avallata dal dato normativo.

La nuova formulazione dell'art. 2504 *bis* dispone che "la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione (*e non più le "società estinte"*), proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione".

La norma in parola rafforza inequivocabilmente la teoria della mera modificazione rispetto a quella estintivo-successoria, che appare irreversibilmente superata. Di tale superamento anche la giurisprudenza è tenuta, oggi, a dare conto.

5 – Con l'ordinanza n. 2637 dell'8 febbraio 2006 la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, ha contraddetto la tradizionale interpretazione giurisprudenziale della natura della fusione, sostenendo che essa "non determina, nelle ipotesi di fusione per incorporazione, l'estinzione della società incorporata, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria, ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti alla fusione, risolvendosi in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo"<sup>38</sup>.

Come si accennava *supra*, la decisione si è poggiata sul dato normativo contenuto nell'art. 2504 *bis* c.c.<sup>39</sup>.

Il risvolto immediato di tale pronuncia appare quello processuale, giacché secondo la Corte "la fusione per incorporazione non determina la perdita della capacità processuale della società incorporata e non comporta quindi l'interruzione del processo ai sensi dell'art. 300 c.p.c."

D'altronde, la nuova formulazione dell'art. 2504 *bis* contiene il riferimento espresso e letterale alla prosecuzione dei rapporti processuali<sup>40</sup>, da

---

<sup>38</sup> Per commenti alla pronuncia in parola si veda S. MILANESI, *Fusione societaria e processo: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Giur. comm.*, 4, 2007, II, p. 787; A. DIMUNDO, *Effetti processuali della fusione: le Sezioni Unite pongono fine all'interruzione dei processi civili*, in *Società*, 2006, p. 459. Si veda anche *Foro it.*, 2006, I, p. 1739 con nota di D. DALFINO, RORDORF, M. PAOLA; *Giust. civ.*, 2007, XI, p. 2499 con nota di F. D'ALESSANDRO e *Riv. notar.*, 2006, IV, p. 1135 con nota di F. SCALABRINI, G. TRIMARCHI.

<sup>39</sup> Si veda, sul punto, M. SALERNO, *Articolo 2504 bis*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli-Santoro, Torino, 2003, p. 457; L. A. BIANCHI, M. DI SARLI, *Commento all'art. 2504 bis c.c.*, in *Codice civile commentato*, a cura di Alpa-Mariconda, III, Milano, 2005, p. 1900; B. QUATRARO, G. QUATRARO, *La fusione e la scissione*, in AA. VV., *Il nuovo diritto societario. Profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, Torino, 2005, p. 164; F. MAGLIULO, *La fusione delle società*, Milano, 2005, p. 15; F. GALGANO, *Diritto commerciale. Società*, Bologna, 2005, p. 500; A. RICCIO, *La fusione di società non è, dunque, causa di interruzione del processo*, in *Contr. Impr.*, 2006, p. 581.

leggersi in chiara contrapposizione all'interruzione, mentre altrettanto inequivocabile non sembra l'abbandono di eventuali effetti estintivi<sup>41</sup>, nonostante la revisione lessicale da "società estinte" a "società partecipanti alla fusione".

Non può negarsi, dunque, come evidentemente la spinta verso la rinnovata posizione interpretativa sia giunta alla Corte anche dalla copiosa produzione dottrinale<sup>42</sup> che, già prima della riforma del 2003, argomentava la supremazia della tesi "modificazionista" rispetto alla teoria estintivo-successoria.

Peraltro, la sede della decisione in parola – regolamento preventivo di giurisdizione – ne giustifica, almeno in parte, il difetto principale, ossia la sbrigativa trattazione della questione che qui interessa, a cui viene dedicato poco più di un paragrafo, ed esclusivamente richiamando l'art. 2504 *bis*, c.c.<sup>43</sup>.

La formulazione di quest'ultimo articolo, in effetti, come si diceva lascia poco spazio ad interpretazioni in chiave interruttiva del processo – su questo aspetto era chiamata a pronunciarsi la Corte in via preliminare – assorbendo in quel riferimento alla "prosecuzione", contenuto nell'ultima parte del primo comma dell'art. 2504 *bis*, ogni velleità argomentativa in tal senso sollevabile.

Tuttavia, sebbene la decisione in parola si atteggi a condivisione – quantomeno parziale – della posizione dottrinale tesa ad escludere la presenza di effetti estintivi, sembrerebbe potersi leggere nell'atteggiamento della Corte la volontà di "ridimensionare" i termini del dibattito, sfumandone i contorni dogmatici e restringendone la portata al piano pratico-processuale.

6 – Forzare una riconduzione della fusione ad altre categorie dogmatiche – estinzione, successione, modificazione dell'atto costitutivo – significa inevitabilmente negare, o quantomeno sottovalutare, la sua autonomia come fattispecie tipica.

D'altronde, se si guarda oggi al dato normativo, la fusione emerge come istituto tipico, peculiare, analiticamente disciplinato e con una propria autonoma funzione, che è proprio quella di permettere la creazione di una nuova società – o la *reductio ad unitatem* – senza che si debba passare per la preventiva formale estinzione degli enti partecipanti<sup>44</sup>, né per la procedura ordinaria di costituzione di un nuovo soggetto.

Ciò premesso, è pur sempre vero che nel fenomeno della fusione, complessivamente considerato, sono presenti tutti gli effetti sin qui descritti – modificazione degli atti costitutivi, successione, estinzione – ma non come

---

<sup>40</sup> Anche se, come sostengono alcuni, per escludere l'applicabilità dell'interruzione non sarebbe nemmeno necessario il ricorso all'art. 2504 *bis*. Cfr. S. MILANESI, *op. cit.*, p. 799, M. DALFINO, *Fusione societaria e successione del processo senza pause*, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 1087.

<sup>41</sup> Ha sostenuto M. PERRINO, *Artt. 2504-2504 ter cc.*, in *Società di capitali*, a cura di G. NICCOLINI E A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, III, 2004, p. 1972 che l'eliminazione dell'inciso "società estinte" non è sufficiente a negare l'esistenza di un fenomeno estintivo delle società incorporate. Nello stesso senso A. RICCIO, *op. cit.*, p. 491. In giurisprudenza medesimi argomenti sono stati avanzati da Trib. Oristano, 3 marzo 2005, in *Giust. civ.*, 2006, p. 1005 con nota di G. BENCINI, *Fusione per incorporazione: riflessi processuali alla luce del nuovo art. 2504 bis*; Trib. Mantova, 18 giugno 2003; Trib. Roma, 23 maggio 2005.

<sup>42</sup> Si veda la nota n. 32 *supra*.

<sup>43</sup> Peraltro l'ordinanza presenta anche un chiaro errore materiale, riferendosi all'art. 2505 *bis* c.c.

<sup>44</sup> Che prevedrebbe, tra l'altro la definizione dei rapporti tra i soci e con i creditori. Sul punto si veda A. FERRUCCI, C. FERRENTINO, *op. cit.*, p. 1814.

istituti autonomamente chiamati ad operare nella loro globalità – ed eventualmente richiamabili per risolvere “grane” interpretative – bensì come elementi di una sintesi, usati per comporre un meccanismo complesso, dotato di propria autonomia.

Si direbbe: dalla somma degli addendi emerge un risultato ulteriore, diverso da quello aritmetico.

Il *quid pluris* è rappresentato dalla disciplina autonoma, la regolamentazione specifica ed analitica del procedimento, degli effetti, delle forme e delle patologie della fusione, che consente di reperire risposte e soluzioni puntuali alle questioni applicative – almeno nella maggior parte dei casi – senza che sia necessario ricorrere a procedimenti interpretativi analogici o estensivi.

Peraltro, giacché il legislatore è intervenuto sulla disciplina della fusione in tempi relativamente molto recenti, difficilmente potrebbe darsi valore di lacune – e dunque legittimare l'*analogia legis* – alla mancata regolamentazione di taluni aspetti o effetti, dovendosi invece, in applicazione del principio *ubi voluit ibi dixit*, riconoscervi una precisa scelta normativa.

Oltre che “forzato” sul piano dogmatico, dunque, ricondurre la fusione nell'alveo di altri istituti sarebbe inopportuno – ed inutile – nell'ottica applicativa, rischiando altresì di vanificare gli sforzi compiuti dal legislatore – anche in chiave “europea”<sup>45</sup> – per dotare l'istituto di una disciplina autonoma, aggiornata e possibilmente uniforme.

L'approccio al fenomeno della fusione dovrebbe, viceversa, evidenziarne proprio la natura di istituto autonomo e complesso – *rectius*, composito – pervaso dalla peculiarità della sua funzione e caratterizzato da un effetto finale originale ed irripetibile – oltre che non ipotizzabile nell'ottica presuntivamente “antropomorfica” di cui *supra*: la contemporanea estinzione e continuazione della persona giuridica.

---

<sup>45</sup> Si pensi al recepimento della terza direttiva 78/855/CEE.