

DOMENICO DAMASCELLI

**I CONFLITTI DI LEGGE
IN
MATERIA DI SOCIETÀ**



Cacucci Editore - Bari

DOMENICO DAMASCELLI

I CONFLITTI DI LEGGE
IN MATERIA DI SOCIETÀ



CACUCCI EDITORE - Bari - 2004

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA
© Copyright 2004 by Cacucci Editore
Via Nicolai, 39 - 70122 Bari - Tel. 080/5214220
<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilm, registrazioni o altro.

Al lettore

La realizzazione di un libro comporta costi variabili (carta, stampa, legatura) e costi fissi, cioè indipendenti dal numero di copie stampate (traduzione, preparazione degli originali, redazione, composizione, impaginazione). I fotocopiatori possono contenere il prezzo perché, oltre a non pagare i diritti d'autore, non hanno costi fissi.

Ogni fotocopia, d'altra parte, riducendo il numero di copie vendute dall'editore, aumenta l'incidenza dei costi fissi a copia e costringe l'editore ad aumentare il prezzo; questo, naturalmente, fornisce un ulteriore incentivo a fotocopiare. Se questo circolo vizioso non verrà spezzato, arriveremo al punto in cui gli editori non avranno più convenienza economica a realizzare libri di testo per l'università.

In quel momento non ci saranno più neppure le fotocopie.

L'editore

Stampato in Italia

Printed in Italy

Puglia Grafica Sud - Via Pasubio, 155/A - Bari

ai miei genitori

INDICE

<i>Elenco delle abbreviazioni</i>	9
-----------------------------------	---

CAPITOLO PRIMO

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DI CONFLITTO DELLE SOCIETÀ: DALLE PRELEGGI ALLA LEGGE 31 MAGGIO 1995 N. 218

1. Premessa	11
2. La legge applicabile alle società nel sistema previgente: <i>a)</i> la tesi favorevole all'applicazione dell'art. 25, comma 1, disp. prel. cod. civ.	13
3. <i>b)</i> la tesi che sosteneva l'assenza di una disciplina di conflitto riguardo alle società	14
4. <i>c)</i> la tesi che argomentava dall'art. 16, comma 2, disp. prel. cod. civ.	15
5. <i>d)</i> le tesi favorevoli all'applicazione dell'art. 17, comma 1, disp. prel. cod. civ.	17
6. <i>e)</i> le tesi che argomentavano dagli articoli 2505 e 2509 cod. civ.	21
7. Il passaggio al nuovo sistema di diritto internazionale privato; la formulazione originaria della norma sulle società	25
8. Rilievi preliminari sugli effetti dell'introduzione dell'art. 25 della legge di riforma	30
9. La portata dell'art. 16 disp. prel. cod. civ. nell'attuale contesto normativo	37

CAPITOLO SECONDO

L'INDIVIDUAZIONE DELLA LEGGE APPLICABILE ALLE SOCIETÀ NEL SISTEMA VIGENTE

1. Problemi generali nell'applicazione dell'art. 25 della legge di riforma: comprensività della categoria astratta contemplata, qualificazione della fattispecie concreta, interpretazione del criterio di collegamento	45
2. La legge applicabile alle società la cui costituzione non richiede l'intervento di un organo pubblico e/o l'iscrizione in pubblici registri	58

3. L'applicazione della legge italiana alle società aventi la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale in Italia disposta dall'art. 25 n. 1, secondo periodo, della legge di riforma	65
4. Il funzionamento del meccanismo del rinvio in materia societaria	75
5. Rapporti tra disciplina di conflitto e libertà comunitaria di circolazione delle società	79

CAPITOLO TERZO

L'ÀMBITO DI APPLICAZIONE
DELLA *LEX SOCIETATIS*

1. Considerazioni generali	85
2. La rappresentanza della società	89
3. Gli atti di disposizione di partecipazioni, quote, azioni e obbligazioni sociali. Gli atti di conferimento in società di beni o diritti	91
4. I «gruppi» di società	94
5. La responsabilità dell'unico socio di società di capitali	104
6. I patti parasociali	108

CAPITOLO QUARTO

LA LEGGE APPLICABILE A TRASFERIMENTO,
FUSIONE E SCISSIONE DI SOCIETÀ

1. Problemi generali nell'applicazione dell'art. 25 n. 3 della legge di riforma: distinzione tra requisiti di «validità» e requisiti di «efficacia» delle fattispecie contemplate da tale norma	119
2. Il trasferimento all'estero della sede statutaria	123
3. Il trasferimento della sede statutaria all'estero da parte di una società soggetta al diritto italiano	130
4. Il trasferimento in Italia della sede di una società soggetta al diritto straniero. Gli adempimenti pubblicitari correlati a tale trasferimento	135
5. Il trasferimento della sede di una società «comunitaria». Il significato da attribuire all'art. 2507 cod. civ.	141
6. La fusione «internazionale» di società	145
7. La scissione «internazionale» di società	151

<i>Indice degli autori</i>	153
----------------------------	-----

<i>Indice della giurisprudenza</i>	157
------------------------------------	-----

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

<i>Agg.</i>	Aggiornamento
<i>App.</i>	Corte d'appello
<i>Banca, borsa</i>	Banca, borsa e titoli di credito
<i>Cass.</i>	Corte di cassazione
<i>cod. civ.</i>	Codice civile
<i>cod. proc. civ.</i>	Codice di procedura civile
<i>Com. int.</i>	La Comunità internazionale
<i>Com. e studi</i>	Comunicazioni e studi dell'Istituto di Diritto Internazionale e straniero dell'Università di Milano
<i>Com. Mar. Law Rev.</i>	Common Market Law Review
<i>Consob</i>	Commissione nazionale per le società e la borsa
<i>Cons. Stato</i>	Il Consiglio di Stato
<i>Corr. giur.</i>	Il Corriere giuridico
<i>Corte cost.</i>	Corte costituzionale
<i>Cost.</i>	Costituzione
<i>Dir. int.</i>	Diritto internazionale
<i>Dir. comm. int.</i>	Diritto del commercio internazionale
<i>Dir. fall.</i>	Il Diritto fallimentare e delle società commerciali
<i>Dir. mar.</i>	Il Diritto marittimo
<i>Dir. Un. Eur.</i>	Il Diritto dell'Unione Europea
<i>disp. att. cod. civ.</i>	Disposizioni per l'attuazione del Codice civile e disposizioni transitorie
<i>disp. prel. cod. civ.</i>	Disposizioni preliminari al Codice civile
<i>d.l.</i>	Decreto legge
<i>d.lgs.</i>	Decreto legislativo
<i>d.p.r.</i>	Decreto del Presidente della Repubblica
<i>Enc. dir.</i>	Enciclopedia del diritto
<i>Enc. giur.</i>	Enciclopedia giuridica Treccani
<i>Fall.</i>	Il Fallimento
<i>Foro amm.</i>	Il Foro amministrativo
<i>Foro it.</i>	Il Foro italiano
<i>Foro pad.</i>	Il Foro padano
<i>Giorn. dir. amm.</i>	Giornale di diritto amministrativo
<i>Giur. agr. it.</i>	Giurisprudenza agraria italiana
<i>Giur. comm.</i>	Giurisprudenza commerciale
<i>Giur. it.</i>	Giurisprudenza italiana
<i>Giur. merito</i>	Giurisprudenza di merito
<i>Giust. civ.</i>	Giustizia civile
<i>G.U.C.E.</i>	Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee

<i>G.U.R.I.</i>	Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana
<i>Novissimo Dig. it.</i>	Novissimo Digesto Italiano
<i>Nuova giur. civ. comm.</i>	La nuova giurisprudenza civile commentata
<i>Nuove leggi civ. comm.</i>	Le nuove leggi civili commentate
<i>Pret.</i>	Pretura
<i>Raccolta</i>	Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado
<i>Rass. trib.</i>	La rassegna tributaria
<i>Recueil des Cours</i>	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye
<i>Rev. crit. dr. int. pr.</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Riv. dir. civ.</i>	Rivista di diritto civile
<i>Riv. dir. comm.</i>	Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni
<i>Riv. dir. impresa</i>	Rivista di diritto dell'impresa
<i>Riv. dir. int.</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>Riv. dir. int. priv. proc.</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>Riv. dir. priv.</i>	Rivista di diritto privato
<i>Riv. it. dir. lav.</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>Riv. legisl. fisc.</i>	Rivista di legislazione fiscale
<i>Riv. not.</i>	Rivista del notariato
<i>Riv. soc.</i>	Rivista delle società
<i>Riv. trim. dir. proc. civ.</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>Sez. civ.</i>	Sezione civile
<i>Sez. comm.</i>	Sezione commerciale
<i>Società</i>	Le Società
<i>S.U.</i>	Sezioni unite
<i>Trib.</i>	Tribunale
<i>T.U.</i>	Testo unico
<i>Vita not.</i>	Vita notarile

CAPITOLO PRIMO

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DI CONFLITTO DELLE SOCIETÀ: DALLE PRELEGGI ALLA LEGGE 31 MAGGIO 1995 N. 218

1. *Premessa*

Nel sistema internazionalprivatistico previgente mancava – com'è noto – una norma di conflitto specifica in materia di società e la dottrina ricostruiva la relativa disciplina sulla scorta di disposizioni di carattere generale delle preleggi o sulla base di altre norme dell'ordinamento.

La situazione è mutata radicalmente con la legge 31 maggio 1995 n. 218, recante riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato¹, che all'art. 25 ha dettato una norma dedicata alle

¹ Gli articoli da 1 a 63 e l'articolo 72 di detta legge sono entrati in vigore il 1° settembre 1995, mentre l'entrata in vigore degli articoli da 64 a 71, più volte rinviata, è stata fissata al 31 dicembre 1996, data in cui sono stati anche abrogati gli articoli 796-805 cod. proc. civ. (v., da ultimo, art. 10 d.l. 23 ottobre 1996 n. 542, pubblicato in *G.U.R.I.* n. 249 del 23 ottobre 1996, convertito in legge 23 dicembre 1996 n. 649, pubblicata in *G.U.R.I.* n. 300 del 23 dicembre 1996). Nel prosieguo del presente lavoro, alla legge 218/95 ci si riferirà anche con l'espressione «legge di riforma».

Inoltre, la materia delle società è stata recentemente oggetto di radicale riforma sia dal punto di vista del diritto processuale civile (v. il d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5) che dal punto di vista sostanziale (v. il d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, rettificato e corretto con avviso pubblicato in *G.U.R.I.* n. 153 del 4 luglio 2003 e di nuovo rettificato con avviso pubblicato in *G.U.R.I.* n. 165 del 18 luglio 2003, nonché con

«società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico

successivo d.lgs. 6 febbraio 2004 n. 37). Nel prosieguo del presente lavoro, ai citati decreti ci si riferirà anche con l'espressione sintetica «riforma delle società».

Sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, v. *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano* (a cura del Consiglio Nazionale del Notariato), *Atti del Convegno di studi tenutosi a Roma nei giorni 1 e 2 giugno 1984*, Milano, 1986; BALLARINO, *Sul progetto di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1990, p. 525 ss.; ID. (con la collaborazione di A. Bonomi), *Diritto internazionale privato*³, Padova, 1999; DAVI, *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, *ivi*, p. 556 ss.; *La riforma del diritto internazionale privato e i suoi riflessi sull'attività notarile. Atti del convegno di studi in onore di M. Marano, Napoli 30-31 marzo 1990*, Milano, 1991; GAJA (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale. Raccolta in ricordo di Edoardo Vitta*, Milano, 1994; *Il nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato*, coordinato da Capotorti, in *Corr. giur.*, 1995, p. 1226 ss.; *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: legge 31 maggio 1995 n. 218 - Commentario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 905 ss.; SAULLE, *Lineamenti del nuovo diritto internazionale privato*, Napoli, 1995; *Legge 31 maggio 1995 n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Commentario* a cura di Bariatti, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 877 ss.; BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996; GIARDINA, *Les caractères généraux de la réforme*, in *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1996, p. 1 ss.; MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Torino, 1997; ID., *Diritto internazionale privato e processuale. Parte speciale*, Torino, 1997; PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998; CARBONE, IVALDI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 2000; PAGANO, *Appunti di diritto internazionale privato*, Napoli, 2000; CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, Torino, 2001; LUPONE, *Diritto internazionale privato (disposizioni generali)*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, p. 382 ss.; POCAR, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*², con la collaborazione di Honorati, Milano, 2002; CIAN, TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile, Diritto internazionale privato e Diritto societario prima della riforma*, volume complementare alla settima edizione, Padova, 2004; MENGOZZI, *Il diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 2004.

Sulla riforma delle società, v. Associazione Disiano Preite, *Il nuovo diritto delle società, Società di capitali e cooperative*, Bologna, 2003; CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, aggiornamento della 5ª edizione del *Diritto commerciale, 2. Diritto delle società*, Torino, 2003; SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario, Autonomia privata e norme imperative nei DD.Lgs. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Milano, 2003; AA. VV., *Diritto delle società, Manuale breve*, Milano, 2004; GALGANO, GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*², in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico economico* diretto da Galgano, XXIX, 1, 2, Padova, 2004; MARASÀ, *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, Padova, 2004; SANDULLI, SANTORO (a cura di), *La riforma delle*

o privato, anche se privo di natura associativa», sottoponendoli alla «legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione», e all'art. 73 ha abrogato talune delle disposizioni su cui la dottrina aveva basato le proprie ricostruzioni².

Non sembra inutile, tuttavia, tratteggiare le caratteristiche salienti delle principali opinioni espresse, in passato, dagli autori; ci si avvedrà, infatti, che esse, nonostante muovessero da impostazioni teoriche generali (anche radicalmente) differenti, convergevano in larga misura sul piano concreto delle conseguenze applicative³, rispetto alle quali il citato art. 25 della legge di riforma, la cui presenza costituisce un'innovazione significativa del nuovo sistema internazionaleprivatistico⁴, si pone in rapporto di sostanziale continuità⁵.

2. *La legge applicabile alle società nel sistema previgente: a) la tesi favorevole all'applicazione dell'art. 25, comma 1, disp. prel. cod. civ.*

Sotto l'abrogata legislazione, una parte della dottrina, ponendo l'accento sul particolare rilievo che l'atto costitutivo e lo statuto assumono nella creazione, nella vita e nelle vicende della società e sottolineando come da tali atti derivino vincoli obbligatori a carico dei soggetti che li sottoscrivono, riteneva che tali obbligazioni fossero regolate dalla legge individuata dall'art. 25, comma

società, Torino, 2003; *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Cottino e altri, Bologna, 2004.

² Ci si riferisce, in particolare, agli articoli 17 e 25 disp. prel. cod. civ. e agli articoli 2505 e 2509 cod. civ., mentre è rimasto in vigore l'art. 16 disp. prel. cod. civ., a cui saranno dedicate alcune considerazioni alla fine del presente Capitolo.

³ In tal senso, v. LUZZATTO, AZZOLINI, *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Digesto discipline privatistiche, Sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, p. 136 ss., a p. 137.

⁴ V. PICONE, *La riforma italiana di diritto internazionale privato*, in *La riforma italiana*, cit., p. 103 ss., a p. 116.

⁵ Cfr. LUZZATTO, *Stato e capacità delle persone*, in *Problemi di riforma*, cit., p. 417 ss., a p. 431, secondo cui l'adozione del criterio dell'*incorporation* (a cui, come si vedrà, deve ritenersi ispirato l'art. 25 della legge di riforma) avrebbe offerto «la possibilità di mantenere una certa continuità con la tradizione» giuridica in materia.

1, disp. prel. cod. civ., applicabile direttamente, ove all'atto costitutivo fosse riconosciuta natura contrattuale, o per analogia, ove detto atto si configurasse come «un atto complesso o comunque non un atto contrattuale»⁶.

Tra i criteri di collegamento impiegati dalla citata norma di conflitto – nazionalità comune delle parti, luogo di conclusione dell'atto costitutivo, scelta della legge applicabile – particolare rilievo veniva attribuito alla «volontà esplicita o implicita delle parti», in quanto «sono tali e tante, in ogni legislazione, le prescrizioni riguardanti le società commerciali, che quasi fatalmente ogni atto che le costituisca si appella a una data legislazione e mostra il proprio collegamento con essa»⁷.

Tuttavia, l'*optio legis* doveva ritenersi limitata sotto un duplice profilo: «direttamente» dall'abrogato art. 2505 cod. civ. il quale, in deroga all'art. 25 delle preleggi, sottoponeva alla legge italiana le società che avessero in Italia la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'impresa⁸; «indirettamente» dalle prescrizioni della legge sostanziale prescelta, le quali, a esempio, disponessero che la sede della società non possa situarsi all'estero, o che i soci non possano avere nazionalità straniera⁹.

3. b) *la tesi che sosteneva l'assenza di una disciplina di conflitto riguardo alle società*

Un'autorevole dottrina sosteneva l'assenza nel sistema internazionaleprivatistico italiano di una norma volta a determinare «la

⁶ V. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*², Milano, 1950, p. 134 ss. Nel medesimo ordine di idee, v. CANSACCHI, *Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflits de lois*, in *Recueil des Cours*, 1953, II, p. 83 ss., a p. 130; CASSONI, *La nazionalizzazione delle società e il diritto internazionale privato*, Padova, 1959, p. 61 ss.

⁷ Così, BALLADORE PALLIERI, *op. cit.*, p. 136.

⁸ Id., *op. cit.*, p. 137 s.

⁹ Id., *op. loc. ult. cit.*, secondo cui, nel primo caso, «le parti hanno soltanto la scelta, ove vogliano concludere un atto valido, o di fissare la sede nel primo Stato o di far regolare la loro società dalla legge dell'altro Stato».

legge diretta a regolare l'attribuzione della personalità nonché l'inizio e la fine della stessa»¹⁰, con la conseguenza della esclusiva competenza dell'ordinamento italiano in materia.

Riguardo agli enti collettivi, l'attribuzione diretta della personalità da parte dell'ordinamento italiano – ricavabile implicitamente dall'art. 16, comma 2, disp. prel. cod. civ. riguardante il loro trattamento – era subordinata «alla personalità conferita all'ente collettivo dall'ordinamento dello Stato con cui esso è in certo modo collegato», costituendo le norme straniere semplicemente «il presupposto a cui è condizionato il funzionamento della norma italiana attributiva della personalità»¹¹.

Il ricorso alle norme straniere, sia pure al limitato fine della verifica dell'esistenza del detto presupposto, era escluso per le società costituite nel territorio dello Stato, anche se l'oggetto della loro attività fosse all'estero¹², per quelle che, sebbene costituite all'estero, avessero nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale dell'impresa¹³, e, infine, per le società costituite all'estero che stabilissero nel territorio dello Stato una o più sedi secondarie con rappresentanza stabile¹⁴, la cui «costituzione» si affermava sottoposta alle norme italiane in materia¹⁵.

4. c) *la tesi che argomentava dall'art. 16, comma 2, disp. prel. cod. civ.*

La presenza dell'art. 16, comma 2, disp. prel. cod. civ. costituiva la base anche di una diversa opinione. Precisamente, si so-

¹⁰ V. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*¹², Napoli, 1986, p. 91, il quale escludeva che tale potesse considerarsi l'art. 17 disp. prel. cod. civ. in quanto questa norma «contemplando lo stato delle persone, contemplando cioè un complesso di situazioni giuridiche permanenti in cui i soggetti di diritto possono trovarsi, presuppone l'esistenza del soggetto».

¹¹ Così, MORELLI, *op. cit.*, p. 92.

¹² Di cui all'abrogato art. 2509 cod. civ.

¹³ Di cui all'abrogato art. 2505 cod. civ.

¹⁴ V. l'abrogato art. 2506 cod. civ., corrispondente all'attuale art. 2508.

¹⁵ V., ancora, MORELLI, *op. cit.*, p. 92 s.

steneva che detta norma, la quale «presa a sé, (...) sembra voler solamente regolare la condizione dei soggetti stranieri», affrontasse e risolvesse «il problema dell'esistenza della società e del suo riconoscimento» nell'ordinamento italiano¹⁶.

La clausola di reciprocità contenuta in detta norma, inoltre, imponeva «all'interprete la ricerca della legge regolatrice dell'ente»¹⁷, la quale poteva essere individuata «non necessariamente in base ad una vera e propria norma di diritto internazionale privato»¹⁸, ma «alla luce delle circostanze concrete del caso», in quanto in materia «unico criterio possibile è quello che consiste nel ricercare, fra tutti i sistemi giuridici che possono avere delle connessioni con l'ente giuridico, quello che l'ha creato e gli ha conferito la personalità»¹⁹.

Tuttavia, secondo quest'ultima opinione, dalle norme contenute nel Capo IX del Titolo V del Libro V del codice civile, potevano trarsi «suggerimenti (...) in vista della ricerca della legge regolatrice delle società»²⁰.

In primo luogo, dal combinato disposto dell'art. 2196, dell'art. 2330 e dell'abrogato art. 2509 cod. civ., si ricavava che fossero soggette alla legge italiana «le società costituite in Italia, cosa possibile soltanto se tali società in Italia hanno la sede»²¹.

Le società costituite all'estero, invece, in virtù del citato art. 16, sarebbero state riconosciute nel nostro ordinamento con lo sta-

¹⁶ I passi citati nel testo sono tratti da BALLARINO, *Le società costituite all'estero*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 17, Torino, 1985, p. 385 ss., a p. 391; del medesimo a., v. pure *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 9, I, *Profili internazionalprivatistici e penalistici*, Torino, 1994, p. 3 ss., spec. p. 43 s.

¹⁷ Così, BALLARINO, *Le società*, cit., *ibidem*, il quale precisa che «per stabilire, infatti, se c'è reciprocità di trattamento a favore degli enti italiani, bisogna stabilire qual è l'ordinamento da prendere in considerazione»; v. pure BALLARINO, *La società per azioni*, cit., p. 44.

¹⁸ BALLARINO, *La società per azioni*, cit., *ibidem*, nota 31.

¹⁹ *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 44.

²⁰ *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 46.

²¹ *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 46 s., a p. 47.

tuto personale straniero loro proprio²²; tuttavia, le stesse società avrebbero dovuto, in forza dell'abrogato art. 2505 cod. civ., «corrispondere ai requisiti della legge italiana»²³ qualora, «dopo aver già funzionato, sia pur brevemente, all'estero»²⁴, avessero stabilito in Italia la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'impresa. Adempiuti gli oneri di cui all'art. 2505 cod. civ., tali società, pur mantenendo lo statuto personale straniero, sarebbero state considerate, «in ordine all'applicazione delle norme di diritto internazionale privato o di diritto processuale civile internazionale che fanno uso del criterio della cittadinanza», aventi la nazionalità italiana²⁵.

5. d) *le tesi favorevoli all'applicazione dell'art. 17, comma 1, disp. prel. cod. civ.*

Secondo la corrente di pensiero più seguita in dottrina e in giurisprudenza, la *lex societatis* sarebbe stata la legge nazionale, intesa come legge regolatrice «dello stato e della capacità delle persone», secondo la formula dell'art. 17, comma 1, disp. prel. cod. civ.

Questa tesi, suggerita, prima della codificazione del 1942, dal De Nova²⁶, è stata compiutamente sviluppata dal Capotorti, la cui

²² Precisamente, «se una società che non risulta sottoposta alla legge italiana è costituita in uno Stato che adotta il criterio del luogo della costituzione per sottoporla alle sue leggi, tale società sarà considerata in Italia avente uno statuto personale regolato dalla legge di quello Stato; se invece la società estera ha la sede in uno Stato che sottopone alle sue leggi le società che hanno nel suo territorio la propria sede, tali società saranno considerate in Italia aventi uno statuto personale regolato dalla legge dello Stato della sede»: così, BALLARINO, *op. loc. ult. cit.*

²³ ID., *op. ult. cit.*, p. 61 s.

²⁴ ID., *Le società*, cit., p. 394.

²⁵ V. BALLARINO, *La società per azioni*, cit., p. 64 s., secondo cui, inoltre, il mantenimento dello statuto personale straniero sarebbe subordinato alla condizione che la società continui ad avere la sede (legale o statutaria) all'estero; «se, invece, la società, pur costituita all'estero non aveva veramente sede fuori dell'Italia (...) l'art. 2505 trova applicazione riguardo ad essa in quella variante che comanda di 'strappare' la maschera straniera» e, pertanto, «in questo caso lo statuto personale della società sarà italiano».

²⁶ V. DE NOVA, *La nazionalità delle società commerciali e le società commer-*

ricostruzione occupa un posto di assoluto rilievo, soprattutto per i presupposti di teoria generale dai quali muove²⁷.

Il chiaro Autore muove da una serrata critica delle concezioni del diritto internazionale privato all'epoca dominanti le quali, pur differenziandosi sotto il profilo della funzione attribuita a tale branca del diritto – secondo alcuni consistente unicamente nel rinvio agli ordinamenti stranieri²⁸, per altri individuata nell'attitudine a collegare date categorie di rapporti tanto con l'ordinamento nazionale che con i varî ordinamenti stranieri²⁹ – risultavano, per lo più, accomunate nella definizione del suo oggetto, individuato nella disciplina dei «fatti con carattere di estraneità» rispetto all'ordine giuridico del foro³⁰.

Dimostrata l'inesattezza di quest'ultima affermazione³¹, il

ciali irregolari, nota a Trib. Roma 15 febbraio 1935, *Minangoy* e altri c. *Brasini*, in *Riv. dir. priv.*, 1936, II, p. 176 ss., secondo cui «varrebbe anche per le società commerciali il principio per cui (...) una persona deve essere considerata cittadina dello Stato che tale la considera» (p. 180); del medesimo a., v. *Esistenza e capacità del soggetto in diritto internazionale privato italiano*, in *Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi*, I, Milano, 1957, p. 379 ss.

²⁷ V. CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, Napoli, 1953; ID., *Considerazioni sui conflitti di leggi in materia di società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1965, p. 623 ss.; ID., *Lezioni di diritto internazionale privato, Parte speciale: la capacità*, Bari, 1966, p. 53 ss.

²⁸ Tra i sostenitori della «necessaria unicità» della funzione del diritto internazionale privato, v., per tutti, AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, p. 96 ss.; ID., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Milano, 1939, p. 73 ss.; MORELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1941, p. 35 ss.; ID., *Elementi*, cit., p. 19.

²⁹ V. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, II, Roma, 1938, p. 55 ss.; QUADRI, *Funzione del diritto internazionale privato*, in *Scritti giuridici*, II, *Diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1988, p. 3 ss., spec. p. 62 ss.; BALLADORE PALLIERI, *op. cit.*, p. 51 ss.

³⁰ V. AGO, *Teoria*, cit., p. 89 ss.; MORELLI, *Lezioni*, cit., p. 25 ss.; ID., *Elementi*, cit., p. 11 ss.; PERASSI, *op. cit.*, p. 45 ss.

³¹ Gli argomenti addotti sono noti. Innanzitutto, il rilievo che le disposizioni preliminari al codice civile e al codice della navigazione (che all'epoca costituivano il sistema italiano di diritto internazionale privato) «oltre a provvedere, testualmente al regolamento di rapporti o di situazioni giuridiche soggettive, e non alla valutazione di fatti (...) non specificano, comunque, alcun 'carattere di estraneità' come attributo di tali fatti o rapporti, né inducono a desumerlo da altri elementi del testo»; secondariamente, la circostanza che «il comune modo di intendere la 'estraneità'»,

Capotorti, attraverso la confutazione dei postulati dell'esclusività dell'ordinamento giuridico dal cui punto di vista ci si pone³² e dell'universalità delle sue valutazioni giusprivatistiche³³, giunge ad affermare la limitatezza spaziale di tale ordinamento e, su questo presupposto, ad assegnare al diritto internazionale privato, in primo luogo, la funzione di delimitare l'ordinamento nazionale (integrando l'efficacia delle norme contemplanti i vari gruppi di rapporti e istituti giuridici aggiungendo ai requisiti che quelle norme prescrivono il requisito del collegamento di uno degli elementi della fattispecie all'ordinamento nazionale)³⁴ e, secondariamente, quella di attribuire efficacia agli ordinamenti stranieri (consentendo agli organi dello Stato il potere-dovere di dare effetto alle valutazioni giuridiche straniere là dove le valutazioni giuridiche materiali dell'ordinamento dello Stato non estendono la loro efficacia).

Tra le norme di diritto internazionale privato, sotto il profilo della sua funzione preliminare, rientrano le norme che delimitano l'ordinamento in base al criterio della nazionalità e, complementar-

cioè «quello che le assegna come punti di riferimento i cosiddetti 'elementi materiali' dello Stato: popolo e territorio», non esclude che il diritto internazionale privato «si riferisca anche all'ordinamento nazionale, per designarlo come regolatore di fatti e rapporti estranei sì, in qualche loro aspetto, allo Stato, ma ad esso collegati per altri aspetti assunti come decisivi»; infine, l'inconsistenza, sul piano positivo, e la contraddittorietà, sul piano logico, dell'opinione secondo cui «il contrassegno di estraneità» delle categorie di fatti contemplati dalle norme del diritto internazionale privato sarebbe implicito nel criterio di collegamento: v. CAPOTORTI, *La nazionalità*, cit., p. 24 ss.

³² Secondo cui «non altre valutazioni potrebbero (...) esser considerate 'giuridiche', all'infuori delle valutazioni dall'ordinamento stesso prodotte»: v. CAPOTORTI, *op. ult. cit.*, p. 48 s.

³³ Derivante dall'esigenza di non lasciar privi di valutazione giuridica i rapporti giuridici privati, ovunque essi siano localizzati, esigenza soddisfatta proprio dal diritto internazionale privato, «il quale inserirebbe nell'ordinamento statale (...) le norme di diritto privato di tutti gli altri ordinamenti esistenti, conferendo loro una nuova giuridicità»: v. CAPOTORTI, *op. loc. ult. cit.*

³⁴ Per questa via, erano ricondotte al diritto internazionale privato tutte le norme dell'ordinamento intese a circoscriverne la sfera di efficacia sotto il profilo spaziale. Per la loro ricognizione, v. CAPOTORTI, *op. ult. cit.*, p. 77 ss., spec. p. 81 ss. e relative note.

mente, le norme attributive della qualifica di nazionale³⁵; il criterio delimitativo della nazionalità, inoltre, «esplica la sua funzione anche rispetto alle norme attributive di personalità», nel senso che è la legge dello Stato di appartenenza del soggetto, in quanto legge regolatrice dello «stato delle persone» secondo l'espressione contenuta nel citato art. 17, comma 1, a regolare «ogni questione circa i momenti iniziale e finale dell'esistenza giuridica del soggetto medesimo, circa gli eventi che su di essa possono variamente influire, ecc.»³⁶.

Dopo avere dimostrato che tutte le società sono dotate di personalità, il Capotorti conclude per l'applicabilità a tali enti collettivi dell'art. 17, comma 1, disp. prel. cod. civ., nonché di quelle altre norme di diritto internazionale privato in cui, per categorie di diritti suscettibili di far capo ad enti collettivi, è adottato il criterio delimitativo della nazionalità del soggetto³⁷.

L'indagine si volgeva quindi all'esame delle norme attributive della nazionalità italiana alle società, individuate negli abrogati articoli 2509 e 2505 cod. civ. In forza della prima delle citate norme, erano da considerarsi italiane, le società costituite in Italia, cioè quegli enti collettivi organizzati in Italia «assumendovi una forma qualificabile, alla stregua del nostro ordinamento, come 'società'», mediante la stipulazione in Italia del contratto sociale e l'impianto di una sede sul territorio dello Stato³⁸; a questa categoria di società nazionali, se ne aggiungevano, in base all'art. 2505, altre due: quelle che, ancorché costituite all'estero, fissassero in Italia la «sede dell'amministrazione»³⁹, o successivamente la trasferissero⁴⁰, e quelle, costituite all'estero e colà aventi la sede, che svolgessero in Italia «l'oggetto principale dell'impresa».

³⁵ CAPOTORTI, *op. ult. cit.*, p. 100 s.

³⁶ *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 107.

³⁷ *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 102, dove si portano a esempio gli abrogati articoli 24, 25 e 16 disp. prel. cod. civ.

³⁸ *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 203 s.

³⁹ Intesa come «sede statutaria, finché però non diverga da un'eventuale altra sede 'effettiva' la quale dovrebbe sempre avere la prevalenza»: v. CAPOTORTI, *op. ult. cit.*, p. 214.

⁴⁰ La differenza tra le due ipotesi stava in ciò: che mentre per le prime società

Per le società che non potessero considerarsi italiane alla stregua dei criterî sopra esposti, il più volte citato art. 17, comma 1, disp. prel. cod. civ., rendeva applicabile, nella funzione di rinvio, la legge dello Stato di appartenenza della società, la cui individuazione costituiva un problema «di fatto»⁴¹, dovendosi prendere atto «della qualifica, comunque dimostrata 'reale', applicando (...) la legge dello Stato cui la società appartenga»⁴².

Nella ricostruzione del Capotorti, infine, l'applicabilità alla società della legge nazionale era riconnessa all'acquisto della personalità da parte di quest'ultima, individuato nel momento in cui «i rappresentanti', designati dal gruppo, sono in grado di cominciare a perseguire i fini sociali con i mezzi (patrimoniali) sociali»⁴³; nella fase anteriore, gli effetti meramente obbligatori scaturiti dalla sottoscrizione dell'atto costitutivo (a esempio, l'obbligazione dei soci fondatori all'esecuzione dei conferimenti promessi) dovevano ritenersi sottoposti alla legge designata dall'art. 25, comma 1, disp. prel. cod. civ.⁴⁴.

6. e) *le tesi che argomentavano dagli articoli 2505 e 2509 cod. civ.*

Per altra parte della dottrina, le norme di diritto internazionale privato in materia di società erano ricavabili dagli abrogati articoli 2505 e 2509 cod. civ.

la fissazione in Italia della sede sin dal momento della costituzione comportava «l'indole originaria dell'acquisto della nazionalità italiana», per le seconde l'acquisto della nostra nazionalità non escludeva il riconoscimento della personalità attribuita dall'ordinamento di provenienza, salvo che quest'ultimo non riconnettesse al trasferimento di sede l'estinzione della società, nel quale ultimo caso si rendeva necessaria «la ricostituzione (o meglio la costituzione di un soggetto nuovo) alla stregua del nostro diritto»: v. CAPOTORTI, *op. ult. cit.*, p. 215 s.

⁴¹ «Nel senso che su esso non incide alcuna norma nostra»: v. CAPOTORTI, *op. ult. cit.*, p. 144 s.

⁴² *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 145.

⁴³ *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 132.

⁴⁴ *Id.*, *Lezioni*, cit., p. 67.

Secondo una prima corrente di pensiero⁴⁵, rilievo preminente doveva attribuirsi alla prima disposizione, che stabiliva unilateralmente l'applicazione della legge italiana al verificarsi di uno dei criteri di collegamento dalla medesima contemplati (localizzazione in Italia della sede dell'amministrazione o dell'oggetto principale dell'impresa)⁴⁶. In quest'ottica, il riferimento alle «società costituite all'estero», con cui l'art. 2505 iniziava, era interpretato come «una precisazione all'affermazione principale che consiste nella sottoposizione dell'ente al nostro diritto sostanziale» al ricorrere di uno di detti collegamenti, volta a chiarire la produzione di un tale effetto anche nel caso in cui la società, per essere stata costituita all'estero, fosse «*di fatto* sottoposta contemporaneamente ad un'altra legislazione»⁴⁷.

All'abrogato art. 2509, poi, era attribuita la funzione residuale di integrare la norma dell'art. 2505, disponendo la perdurante applicazione della legge italiana in caso di trasferimento all'estero dell'oggetto principale dell'impresa o della sede dell'amministrazione ovvero di entrambi i collegamenti (in quest'ultimo caso, alla condizione che fosse mantenuta in Italia la sede statutaria della società)⁴⁸.

L'individuazione della legge applicabile alle società non soggette al diritto italiano, infine, in mancanza di una norma apposita, doveva avvenire tramite un principio tacito di adattamento al diritto straniero, per la cui esatta individuazione avrebbero dovuto impiegarsi i criteri di collegamento vigenti

⁴⁵ Che si rifà, nell'impostazione teorica generale, alle tesi che assegnano alle norme di diritto internazionale privato l'unica funzione di delimitare l'ambito di applicazione dell'ordinamento del foro (su cui v., per tutti, QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, 1969, p. 244 ss.).

⁴⁶ V. CARUSO, *Le società nella Comunità Economica Europea. Contributo alla teoria della nazionalità delle società*, Napoli, 1969, 62 ss.; LEANZA, *Società (diritto vigente): società straniera*, in *Noviss. Digesto it.*, XVII, Torino, 1974, p. 693 ss., spec. p. 697 s.; ID., *Società straniere*, in *Novissimo Dig. it., Appendice*, VII, Torino, 1987, p. 408 ss., spec. p. 409.

⁴⁷ V. CARUSO, *op. cit.*, p. 69 (corsivo dell'a.).

⁴⁸ ID., *op. cit.*, p. 68 ss.

nell'ordinamento dello Stato nel quale, *prima facie*, tali società potevano dirsi collocate⁴⁹.

Secondo una diversa impostazione, che si richiamava ai precedenti storici degli articoli 2505 e 2509 cod. civ.⁵⁰, dal disposto di tali norme – che avevano a oggetto «le società costituite all'estero» e, rispettivamente «le società che si costituiscono nel territorio dello Stato» – poteva ricavarsi, in via interpretativa, una norma di conflitto bilaterale fondata sul criterio del luogo di costituzione della società, «inteso nel senso di luogo in cui si perfeziona il processo costitutivo e la società viene a esistenza»⁵¹.

Su questa premessa, il precetto dell'art. 2505 rappresentava un limite al funzionamento della norma di diritto internazionale privato appena individuata⁵²; precisamente, l'applicazione della legge italiana alle società costituite all'estero che manifestassero uno dei due fattori di contatto con il nostro Stato dalla medesima norma previsti, assumeva «il contenuto e la portata propri delle cosiddette norme di applicazione necessaria»⁵³.

Quanto all'ambito di applicazione della legge italiana, essa era ritenuta assoluta ed esclusiva nel caso di società che, ancorché costituite all'estero, ponessero *ab initio* la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'impresa in Italia; mentre era ritenuta limitata alle norme in materia societaria di ordine pubblico interno, intese come il complesso delle norme inderogabili dall'autonomia

⁴⁹ V. CARUSO, *op. cit.*, p. 188; LEANZA, *Società (diritto vigente): società straniera*, cit., p. 700.

⁵⁰ E, precisamente, agli articoli 230-232 del codice di commercio del 1882, a loro volta ispirati alla disciplina contenuta nella legge degli Stati sardi n. 4387 del 27 ottobre 1860.

⁵¹ V. SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1970, spec. p. 99 ss.; ID., *Società in generale (diritto internazionale privato e processuale)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 883 ss., spec. p. 890 ss.; ID., *Società, VII Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, spec. p. 5 ss.

⁵² V. SANTA MARIA, *Le società*, cit., p. 145 ss.

⁵³ V. SANTA MARIA, *Società in generale (diritto internazionale privato e processuale)*, cit., p. 891; ID., *Società, VII Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 7.

privata, nel caso di società costituite all'estero che, dopo aver operato per un certo periodo di tempo nello Stato di costituzione, trasferissero nel nostro Stato la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'impresa⁵⁴.

Altra dottrina, infine, interpretava le due disposizioni in esame come delle «*vere e proprie norme unilaterali di conflitto*»⁵⁵ le quali, attraverso il criterio della sede effettiva (art. 2505)⁵⁶ e il criterio del luogo di costituzione o dell'«incorporazione» (art. 2509)⁵⁷, erano in grado «di assoggettare in modo *immediato ed integrale* alla legge materiale italiana l'esistenza e la vita di una società»⁵⁸.

In ordine poi al riconoscimento delle società straniere, la stessa dottrina, riaffermato «il carattere strettamente unilaterale dell'art. 2505», ammetteva la possibilità di bilaterizzare il criterio sancito dall'art. 2509, dando rilievo così al criterio dell'«incorporazione»⁵⁹.

⁵⁴ V. SANTA MARIA, *Le società*, cit., p. 179 ss.

⁵⁵ Così, PICONE, *Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento di «Anstalten» e «Treuunternehmen» nell'ordinamento italiano*, in *Com. e studî*, XV, 1978, p. 82 ss., a p. 96 (corsivo dell'a.).

⁵⁶ Inteso «in una versione particolarmente ampia, che tiene conto del fatto (...) che si localizzi in Italia il 'centro principale' dell'attività di una società originariamente costituita all'estero»: v. PICONE, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁷ Secondo PICONE, *op. loc. ult. cit.*, «espressione sostanzialmente, e comunque sicuramente nel caso delle società di capitali, della localizzazione in Italia della sola sede statutaria di una società».

⁵⁸ Così, PICONE, *op. ult. cit.*, p. 97 (corsivo dell'a.), il quale ammetteva che, «in certe ipotesi», l'art. 2505 non imponesse la costituzione *ex novo* in Italia della società straniera che, costituitasi all'estero, trasferisse nel nostro Stato la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'impresa, ma si limitasse a chiedere la mera armonizzazione dell'atto costitutivo con la legge italiana; ciò dipendeva dal fatto che «anche nell'ordinamento italiano, va ritenuto esistente il principio, di immediato rilievo internazionalprivatistico, che garantisce, nell'ipotesi considerata, la *continuità* della soggettività di un ente collettivo straniero, quando al trasferimento in Italia della sede effettiva o dell'oggetto principale dell'impresa *si accompagna*, sempre chiaramente che ciò non comporti una estinzione dell'ente alla stregua dell'ordinamento di origine, il *trasferimento* in Italia della stessa *sede statutaria*» (p. 98 s., corsivo dell'a.).

⁵⁹ V. PICONE, *op. ult. cit.*, p. 100, il quale precisava che «in materia di società, almeno per quanto concerne la determinazione della legge applicabile alla 'costituzione' di una società di capitali, le presunte norme bilaterali di conflitto sarebbero in ogni caso tali solo in apparenza, risolvendosi comunque in una 'coppia' di auto-

7. *Il passaggio al nuovo sistema di diritto internazionale privato; la formulazione originaria della norma sulle società*

La formulazione dell'art. 25 n. 1 del disegno di legge n. 1192/XI⁶⁰ era del tutto differente rispetto alla norma consegnata agli interpreti dall'approvazione parlamentare⁶¹.

Infatti, il testo predisposto dal governo sottoponeva le società alla «legge dello Stato in cui si trova la loro amministrazione», coincidente, «salvo prova contraria», con il «luogo ove, per statuto, è fissata la sede»; era fatta salva l'applicabilità della nostra legge ove l'attività di tali enti si svolgesse «prevalentemente in Italia».

La scelta del criterio di collegamento della sede «effettiva» o «reale» (peraltro temperato dalla presunzione di cui si è detto),

nome norme unilaterali, sia pur di contenuto analogo: ogni ordinamento può infatti solo provvedere a 'costituire' una società nazionale, e 'riconoscere' una società 'straniera', ma non certo 'costituire' direttamente nel foro una società straniera!» (nota 28).

⁶⁰ Detto disegno di legge, unitamente alla relazione illustrativa e agli altri atti parlamentari relativi alla legge 218/95, possono leggersi in POCAR, *op. cit.*, p. 85 ss. La gestazione della legge di riforma iniziò con l'istituzione, decretata dall'allora Ministero di grazia e giustizia con provvedimento dell'8 marzo 1985, della Commissione per la riforma del diritto internazionale privato, la quale produsse uno schema di articolato e un'allegata relazione (non perfettamente coincidenti con il citato disegno di legge e con la relativa relazione illustrativa) riprodotti in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 932 ss. Sulle difformità tra il citato schema di articolato e il successivo disegno di legge, v. FUMAGALLI, *La riforma del diritto internazionale privato nel disegno di legge governativo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 494 ss.; comunque, è utile evidenziare che il raffronto delle due relazioni non rivela difformità di rilievo nella parte relativa alla norma di conflitto su società e altri enti.

⁶¹ La modifica è intervenuta in sede di approvazione del suddetto disegno di legge, definitivamente avvenuta nel corso della XII legislatura. Delle ragioni della modifica, apportata dal Comitato ristretto costituito in seno alla Commissione giustizia del Senato della Repubblica e a cui collaborarono i professori Monaco, Giardina e Migliazza, non v'è traccia negli atti parlamentari: v. l'intervento alla discussione in assemblea del relatore senatore Riz, in POCAR, *op. cit.*, p. 223 ss., il quale si limita a rilevare che «per le persone giuridiche di altri Stati (...) l'esigenza di una nuova disciplina legislativa appare impellente e necessaria» (p. 224). Si noti che, rispetto al testo di cui al ripetuto disegno di legge, non hanno subito modifiche i numeri 2 e 3 dell'art. 25; ciò pone qualche problema di coordinamento tra la norma contenuta al n. 3 e la nuova formulazione del n. 1, su cui v. *infra* il par. 3 del Capitolo IV.

rispetto al diverso criterio dell'«incorporazione»⁶², fu orientata

⁶² Un'indagine comparatistica rivela che i criteri di collegamento per la designazione della legge applicabile che attualmente si contendono il campo, possono ricondursi a due principali filoni: da un lato, si collocano i sistemi che si rifanno al momento genetico della società (viene richiamata, in tal caso, la legge del luogo di costituzione o di registrazione della società, ovvero *tout court* la legge di «incorporazione» dell'ente), dall'altro, quelli che fanno riferimento alla sede sociale.

Al primo gruppo appartengono, tradizionalmente, i Paesi di matrice anglosassone: v. la Rule 155 formulata da DICEY and MORRIS, *The Conflict of Laws*¹², 2, London, 1993, p. 1107, secondo cui «The existence or dissolution of a foreign corporation duly created or dissolved under the law of a foreign country is recognised in England» (la medesima regola è contenuta, per quanto riguarda gli Stati Uniti d'America, nel *Restatement, Second, Conflict of Laws*, 1971, § 297), nonché i Paesi Bassi (v. art. 2 della *Wet conflictenrecht corporaties* del 17 dicembre 1997, consultabile sul *web* all'indirizzo www.wetten.overheid.nl), la Danimarca e i Paesi scandinavi (v., anche per i riferimenti bibliografici, CARRARA, *Il caso Centros Ltd. c. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen e il criterio di collegamento internazionaleprivatistico delle sede effettiva*, in *Dir. fall.*, 2001, I, p. 827 ss., a p. 840); ma esso è andato allargandosi nel corso del tempo: v., a esempio, l'art. 18 n. 2 del decreto legge ungherese 13/1979, per il quale «lo statuto personale di una persona giuridica è il diritto dello Stato sul territorio del quale la persona giuridica è stata registrata» (traduzione italiana tratta da *Problemi di riforma*, cit., p. 1016); l'art. 17, comma 1, della legge dell'ex Jugoslavia del 15 luglio 1982 sulla soluzione dei conflitti di legge con le disposizioni di altri Stati in determinati rapporti, secondo cui l'«appartenenza ad uno Stato di una persona giuridica è regolata dal diritto dello Stato nel quale è stata costituita» (traduzione italiana tratta da *Problemi di riforma*, cit., p. 834); l'art. 154 n. 1 della legge federale svizzera sul diritto internazionale privato (LDIP) del 18 dicembre 1987, che, con riferimento alle società che siano dotate di «organizzazione», stabilisce: «Gesellschaften unterstehen dem Recht des Staates, nach dessen Vorschriften sie organisiert sind, wenn sie die darin vorgeschriebenen Publizitäts- oder Registrierungsvorschriften dieses Rechts erfüllen oder, falls solche Vorschriften nicht bestehen, wenn sie sich nach dem Recht dieses Staates organisiert haben» (la legge è consultabile sul *web*, nella versione italiana, all'indirizzo www.admin.ch/ch/i/rs/c291, ove sono pure disponibili la versione tedesca e francese; per un commento sulla disciplina di conflitto svizzera in materia societaria, v. BROGGINI, *Regole societarie del nuovo diritto internazionale privato svizzero*, in *Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini*, Berna, 1990, p. 263 ss., e in *Com. e studi*, 1992, p. 101 ss.) e l'art. 14 n. 1 della recente legge estone sul diritto internazionale privato del 27 marzo 2002, secondo cui «pour la personne morale est appliqué le droit de ce pays suivant lequel cette personne morale a été établie» (traduzione francese curata dal notaio A. Saaber di Tallinn; sulla disciplina di conflitto di quel Paese, v. NURMELA, ALMANN, TUULAS, VAINOMAA, *Rahvusvaheline eraõigus. Loengud*, Tallinn, 2003).

Impiegano il criterio di collegamento della sede, l'art. 10 del codice civile greco secondo cui «La capacità della persona giuridica è regolata dal diritto della sua sede»; l'art. 9 n. 2 della legge polacca del 12 novembre 1965 sul diritto internazionale privato, secondo cui «la capacità di una persona giuridica è regolata dal diritto dello Stato in cui è situata la sua sede» (traduzione italiana tratta da *Problemi*

– come si evince dall'analisi dei lavori preparatorî – da

di riforma, cit., p. 870); il § 10 della legge austriaca del 15 giugno 1978, per il quale «Das Personalstatut einer juristischen Person oder einer sonstigen Personen- oder Vermögensverbindung, die Träger von Rechten und Pflichten sein kann, ist das Recht des Staates, in dem der Rechtsträger den tatsächlichen Sitz seiner Hauptverwaltung hat» (la legge è parzialmente riprodotta in appendice a PICONE, *La riforma italiana*, cit., p. 657 ss.); l'art. 33 n. 1 del codice civile portoghese, secondo cui «la persona giuridica ha come statuto personale quello dello Stato in cui è situata effettivamente la sede principale della sua amministrazione» (traduzione italiana tratta da *Problemi di riforma*, cit., p. 906); l'art. 110, comma 1, del Codice di diritto internazionale belga, emanato con legge 16 luglio 2004, per il quale «La personne morale est régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel son établissement principal est situé dès sa constitution» (la legge è consultabile sul *web* all'indirizzo www.juridat.be); il sistema internazional-privatistico francese, dove, com'è noto, si è giunti a bilaterizzare la norma di cui all'art. 3 della legge 24 luglio 1966 (riprodotta all'art. 1837 del codice civile, modificato con legge 4 gennaio 1978) secondo cui «les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française» (v., per tutti, BATIFFOL, LAGARDE, *Traité de droit international privé*, Paris, 1993, p. 333 ss., ove ampi riferimenti alla giurisprudenza di quel Paese secondo cui la sede rilevante è la sede reale) e quello tedesco, dove, nonostante l'«indomabile controversia dottrinale» tra sostenitori della *Gründungstheorie* e fautori della *Sitztheorie* [l'espressione tra virgolette è tratta da BROGGINI, *Sulle società nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 30 ss., a p. 31, e in GAJA (a cura di), *La riforma*, cit., p. 283 ss., a p. 284, ove ampi riferimenti bibliografici], la giurisprudenza sembra orientata ad accogliere il criterio di collegamento della sede effettiva (v., da ultimo, Oberlandesgericht München 7 maggio 1992, in *Società*, 1993, p. 139 s., con nota DE VITA, p. 141 s.; Bayrisches Oberstes Landesgericht 11 febbraio 2004, in *Reflets*, n. 2/2004, p. 5 s., disponibile sul *web* all'indirizzo www.curia.eu.it sotto il *link* «Le Droit de l'Union en Europe /Jurisprudence nationale et internationale»; Bundesgerichtshof 13 marzo 2003, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 411 ss.).

Inoltre, il criterio della sede, effettiva e/o statutaria, è impiegato come criterio sussidiario dall'art. 154 n. 2 della citata legge svizzera e dall'art. 18 n. 3 della citata legge ungherese; mentre l'art. 17, comma 2, della citata legge dell'ex Jugoslavia ammette il rinvio quando la persona giuridica ha la sede effettiva in uno Stato diverso da quello in cui si è costituita e la legge di quest'ultimo Stato la considera a esso appartenente (per converso, l'art. 110, comma 2, del citato Codice di diritto internazionale belga ammette il rinvio quando il diritto dello Stato della sede dichiara applicabile il diritto dello Stato di costituzione).

Criterî di collegamento ulteriori, quali il luogo dove si svolge l'attività prevalente o l'oggetto principale dell'impresa, eventualmente accoppiati al criterio della sede effettiva, sono impiegati, per lo più, come criterî sussidiari per l'applicazione, in tutto o in parte, della normativa del foro (v., a esempio, l'art. 14 n. 2 della citata legge estone); mentre il criterio della nazionalità degli individui che esercitano il controllo sull'ente (c.d. criterio del controllo), pur impiegato in passato (v., a esempio, i trattati di pace che seguirono alla prima guerra mondiale e, precisamente l'art. 297-b del Trattato di Versailles, l'art. 249 del Trattato di Saint-Germain e l'art. 232 del Trattato del Trianon), non sembra più essere attuale.

considerazioni di carattere sia pratico che teorico⁶³.

Nel primo senso, il ripudio di quest'ultimo criterio è giustificato dalla relazione al citato disegno di legge «per le difficoltà eventualmente connesse alla determinazione della legge dello Stato dove si perfeziona il processo di creazione dell'ente»⁶⁴.

Dal punto di vista teorico, la stessa relazione stigmatizzava la necessità, implicita ove si fosse accolto l'altro criterio considerato, di ricorrere all'«analisi ipotetica delle condizioni di una determina-

Per una panoramica dei criteri di collegamento astrattamente prospettabili in tema di società e per ulteriori riferimenti, v. CAPOTORTI, *Considerazioni sui conflitti di leggi in materia di società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1965, p. 623 ss., spec. p. 633 ss.; BALLARINO, *La nazionalità delle società e la condizione delle società straniere*, in *I grandi problemi della società per azioni nelle legislazioni vigenti*, Padova, 1976, p. 1059 ss., spec. p. 1571 ss.

⁶³ In realtà, le ragioni che militano a favore dell'uno o dell'altro criterio sono di politica legislativa. Come ha posto in luce la dottrina, il criterio dell'«incorporazione» è ispirato all'«idea di dare spazio al modo in cui altri ordinamenti organizzano la disciplina giuridica dei gruppi sociali», mentre il criterio della sede reale tende «a dare rilievo al collegamento effettivo di un ente con la vita economica e sociale di un dato territorio. Ma così facendo finisce per far valere anche nei confronti degli ordinamenti stranieri esigenze che, in realtà, uno Stato può sensatamente soddisfare soltanto nei confronti della propria vita economica e sociale» (v. LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 141). Per converso, si afferma che la tecnica dell'«incorporazione» favorisce la creazione di «letterbox companies», cioè di società più o meno fittizie, localizzate in Paesi scelti dai soci per la «elasticità» delle rispettive legislazioni (si pensi, a esempio, ai c.d. paradisi fiscali). L'adozione del criterio di collegamento della sede reale, comportando la soggezione della società alla legge dello Stato nel cui territorio è «in fatto» amministrata, sarebbe tesa a scoraggiare o contrastare tali condotte; obiettivo perseguito anche dagli stessi ordinamenti che adottano il criterio dell'«incorporazione», i quali «sometimes voluntarily correct their system to take into account the potential danger to their reputation»: così, WYMEERSCH, *The Transfer of the Company's Seat in European Company Law*, in *Com. Mar. Law Rev.*, 2003, p. 661 ss., a p. 662, il quale alla nota 4 porta a esempio, la legge olandese sulle «formeel buitenlandse vennootschappen», cioè sulle «società formalmente straniere» (tale legge è stata oggetto di un procedimento innanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee conclusosi con la sentenza *Inspire Art* del 30 settembre 2003, causa C-167/01, che ne ha dichiarato l'illegittimità dal punto di vista comunitario; la sentenza, che non è ancora in *Raccolta*, può leggersi sul sito *web* della Corte all'indirizzo www.curia.eu.int ed è parzialmente pubblicata in *Notariato*, 2004, p. 28 ss., con nota LICINI).

⁶⁴ V. POCAR, *op. cit.*, p. 168.

ta legge prima ancora che si abbia la possibilità di stabilire se sia quella la legge da applicare»⁶⁵.

La disposizione del disegno di legge fu fatta segno di critica da parte della dottrina⁶⁶, la quale ha, viceversa, salutato con soddisfazione il testo definitivo dell'art. 25 n. 1.

All'esame di quest'ultima disposizione e delle altre norme di cui si compone il citato articolo della legge di riforma saranno dedicati i prossimi capitoli del presente lavoro. In questa sede, tuttavia, vale la pena di svolgere alcune brevi considerazioni intorno ai surriferiti assunti della citata relazione illustrativa.

Sul primo punto, l'individuazione della *lex societatis* sulla base del criterio di collegamento del luogo «in cui è stato perfezionato il procedimento di costituzione» della società, non comporta le difficoltà pratiche paventate; nella gran parte dei casi, infatti, la legge di «incorporazione» coinciderà con la legge dello Stato nel cui territorio si trova il luogo dove è fissata la sede statutaria della società e in cui, conseguentemente, devono eseguirsi le formalità di registrazione dell'ente⁶⁷.

⁶⁵ V. POCAR, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁶ V. PICONE, *I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *La riforma italiana*, cit., p. 3 ss., spec. p. 50 s. Per un commento generale alla disposizione del disegno di legge, v. AZZOLINI, *Problemi relativi alle persone giuridiche nella riforma di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 893 ss.

⁶⁷ Deve ritenersi raro, infatti, il caso di una società «incorporata» secondo una determinata legge, la quale consenta di fissare, sin dall'inizio, la sede all'estero: v. LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 147, per i quali «la ricerca materiale» dell'ordinamento che ha curato il sorgere della società «sembra, da un punto di vista pratico, esaurirsi nella localizzazione della sede statutaria»; più radicale BALLARINO, *Diritto*, cit., p. 366, secondo cui «tutte le leggi del mondo escludono la 'creazione' nel proprio ordinamento giuridico di società aventi la sede al di fuori dei limiti del potere d'imperio dello Stato».

A esempio, l'iscrizione delle società commerciali presso l'ufficio del Registro delle imprese nella cui circoscrizione è fissata la sede sociale è prescritta, per le società in nome collettivo, dall'art. 2296, comma 1, cod. civ.; per le società in accomandita semplice, in virtù dell'art. 2315 cod. civ.; per le società per azioni, dall'art. 2330, comma 1, cod. civ.; per le società in accomandita per azioni, in virtù dell'art. 2454 cod. civ.; per le società a responsabilità limitata, dall'art. 2463, ultimo

Secondariamente, l'asserita impossibilità di prendere in considerazione il modo di disporre del diritto straniero prima che quest'ultimo sia stato designato come applicabile a una data fattispecie dalla norma di conflitto del foro, assume il sapore di un'affermazione tralaticia, in cui riecheggia una delle obiezioni di carattere *logico* mosse dalla dottrina tradizionale al metodo della qualificazione *lege causae*⁶⁸, già superata, proprio in materia societaria, dalla dottrina più avvertita⁶⁹, e definitivamente smentita, sul piano positivo, dall'impianto complessivo della legge di riforma che, come meglio si vedrà in séguito, riconosce la giuridicità delle valutazioni straniere indipendentemente dal richiamo, a opera delle norme di diritto internazionale privato, dell'ordinamento di cui fanno parte⁷⁰.

8. *Rilievi preliminari sugli effetti dell'introduzione dell'art. 25 della legge di riforma*

Come è stato affermato, la presenza, nel nuovo sistema internazionalprivatistico, di una disposizione espressa su società e altri enti comporta una sorta di «normalizzazione» della materia⁷¹, la quale perde, così, quel «carattere 'straordinario'»⁷² di cui

comma, cod. civ.; per le società cooperative, dall'art. 2523, comma 1, cod. civ. Per un'analisi comparatistica, v. DI FABIO, *Il sistema della pubblicità commerciale nei Paesi della CEE e negli Stati Uniti d'America*, in C.N.N.-LUISS, *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, III, *Pubblicità legale dell'impresa*, Milano, 1990, p. 237 ss.; NOVARIO, *L'omologazione degli statuti delle società per azioni. Profili comparatistici*, in *Riv. not.*, 1997, p. 349 ss.; BUSATO (a cura di), *Il diritto delle società commerciali nei Paesi Europei*, Padova, 1998; RESCIO, TASSINARI, *La pubblicità commerciale nei Paesi dell'Unione Europea*, I (Repubblica Federale Tedesca, Francia, Gran Bretagna, Spagna, Austria), Milano, 2000.

⁶⁸ V., per tutti, VITTA, *Diritto internazionale privato*, I, Torino, 1972, p. 302 ss.

⁶⁹ V. SANTA MARIA, *Società in generale*, cit., p. 894.

⁷⁰ V. *infra* il par. 1 del Capitolo II.

⁷¹ Così, SANTA MARIA, *Articolo 25*, in *Riforma del sistema italiano*, cit., p. 1036 ss., a p. 1037.

⁷² L'espressione è di LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 139.

sembrava connotata in almeno talune delle ricostruzioni proposte in passato.

La designazione della legge applicabile alle società è affidata a una norma di conflitto di tipo bilaterale⁷³ ispirata al metodo tra-

⁷³ La natura bilaterale dell'art. 25 della legge di riforma è riconosciuta, implicitamente, da SANTA MARIA, *op. ult. cit.*, p. 1038 (ove è richiamata la duplice funzione, delimitativa e di rinvio, svolta dalla norma in esame), ed, espressamente, da LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 140 e da SEATZU, *Sulla nuova disciplina delle società nel diritto internazionale privato italiano*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 830 ss., a p. 831 s. Diversamente, secondo BENEDETTELLI, *Art. 25*, in *Legge 31 maggio 1995 n. 218*, cit., p. 1108 ss. (lo scritto è riprodotto, con qualche modifica e con il titolo *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 41 ss.), nonostante l'art. 25 all'apparenza sembri «una norma di conflitto 'classica' bilaterale», essa è il frutto di una diversa tecnica di coordinamento con gli ordinamenti stranieri che si svolge «in due distinte fasi. In primo luogo, al perfezionarsi delle fattispecie dalle quali le relative discipline di diritto materiale fanno derivare (...) l'effetto della 'creazione' di un nuovo soggetto giuridico, l'ordinamento italiano *costituisce* enti in base alla propria legge, mentre *riconosce* enti costituiti ai sensi del diritto straniero (...). In secondo luogo, sul presupposto di tale costituzione o di tale riconoscimento, e con riferimento ai fenomeni interessanti *l'esistenza* dell'ente quale soggetto dinamico, l'ordinamento italiano determina la legge regolatrice facendola coincidere (per lo meno in linea di massima) con la stessa *legge dell'ordinamento nell'ambito del quale l'ente è stato costituito*» (p. 1121; corsivo dell'a.). La tesi, nonostante la condivisibile esortazione dello stesso BENEDETTELLI a evitare «la tentazione di leggere l'art. 25 come mera recezione di questa o quella tesi» formulata nel vigore del vecchio sistema (p. 1110), riprende assai da vicino le opinioni sostenute in passato da PICONE (v. *supra*, il par. 6 del presente Capitolo) e dallo stesso riaffermate alla luce del nuovo sistema (v. *La riforma italiana*, cit., nota 54 a p. 117, dove si legge che l'art. 25 sarebbe una norma di conflitto bilaterale solo formalmente, risolvendosi «in una 'coppia' di autonome norme unilaterali, idonee a richiamare, rispettivamente, la legge interna per la 'costituzione' nel foro di società 'nazionali', e le leggi straniere per il solo 'riconoscimento' invece nel foro di società costituite all'estero»). Replicano efficacemente LUZZATTO, AZZOLINI, *op. loc. ult. cit.*, che l'obiezione di PICONE, - per il quale, come si è appena detto, la norma di conflitto in materia di società potrebbe operare, quanto agli enti stranieri, solo con riferimento a società già costituite - non è decisiva, perché il «quantum di diritto straniero 'importabile' in Italia al fine della costituzione di una nuova situazione o di un nuovo rapporto giuridico dipende, evidentemente, dalle caratteristiche dei singoli istituti, e dagli spazi lasciati all'autonomia delle parti e, sotto altro profilo, riservati ad interventi di organi pubblici, ma non sembra il caso di dedurre soltanto da quest'aspetto conclusioni relative al modo di operare della norma di conflitto in sé stessa».

dizionale della localizzazione delle fattispecie⁷⁴, nella versione, propria delle più moderne e avanzate legislazioni, della localizzazione c.d. *condizionata*, secondo cui, almeno in principio, il foro accetta di correggere, soprattutto attraverso il meccanismo del rinvio, l'originaria localizzazione della fattispecie con quella in ipotesi diversa ricavabile dal sistema di conflitto dell'ordinamento straniero richiamato in prima battuta⁷⁵.

⁷⁴ V. PICONE, *La teoria generale del diritto internazionale privato*, in *La riforma italiana*, cit., p. 137 ss., spec. p. 141 s. L'esistenza di quattro principali metodi per il coordinamento tra ordinamenti (e, precisamente, oltre al metodo tradizionale della localizzazione delle fattispecie, il metodo materiale dei conflitti di legge, il metodo del riferimento all'ordinamento competente e il metodo basato sul c.d. «jurisdictional approach» o, come si suol dire, sull'applicazione generalizzata della *lex fori*) è stata chiarita dallo stesso PICONE, di cui v. *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986, spec. p. XV ss. e p. 14 ss., e gli scritti ora raccolti in *La riforma italiana*, cit., *passim*.

⁷⁵ L'enucleazione di tre *varianti* all'interno del metodo tradizionale della localizzazione delle fattispecie [e, precisamente, «la localizzazione *diretta*, per cui la legge straniera richiamata è l'unica che corrisponda per il foro alla 'sede naturale' del rapporto in causa, e viene quindi resa applicabile a prescindere dal fatto che voglia dal suo punto di vista regolarlo; la localizzazione *condizionata* in cui il foro accetta di correggere la primitiva localizzazione della fattispecie con quella in ipotesi diversa ricavabile dal sistema di conflitto dell'ordinamento straniero in un primo tempo richiamato, e procede alla scelta della legge applicabile coordinando in vario modo (soprattutto attraverso il meccanismo del rinvio) le proprie soluzioni di conflitto con quelle ricavabili dall'ordinamento straniero stesso; e la localizzazione *per autocolligamento*, in cui il foro segue in partenza la localizzazione della fattispecie accolta da una legge straniera che 'voglia' per sua parte regolare la medesima, e procede, in una prospettiva 'unilateralistica' dei conflitti di leggi, all'applicazione della legge stessa»] è frutto del pensiero di PICONE [il brano citato è tratto da *La teoria generale*, cit., p. 142 (corsivo dell'a.), ma v. anche *Caratteri ed evoluzione del metodo tradizionale dei conflitti di leggi*, in *La riforma italiana*, cit., p. 243 ss., spec. p. 246 ss.].

Il discorso svolto nel testo non ha un rilievo soltanto teorico. Nell'impostazione, sostanzialmente «unilateralistica», del BENEDETTELLI (v. la nota 73 che precede), in cui l'individuazione della legge applicabile è affidata alle valutazioni degli ordinamenti interessati alla fattispecie, è, per così dire, *fisiologico* il verificarsi di ipotesi in cui più ordinamenti, ciascuno dal suo punto di vista, si ritengano competenti a disciplinare la società; e, in verità, di questo problema l'a. tiene conto, diffondendosi ampiamente sulle soluzioni da dare al caso di concorso di leggi applicabili (v. *op. cit.*, p. 1127 ss.; per la nostra critica, v., *infra*, nota 33 del Capitolo II). A ben vedere, non sembra questo il modo di operare dell'art. 25 n. 1, primo periodo, della legge

Certo, non si vuole negare che la peculiarità del fenomeno societario e l'importanza degli interessi economici sollecitati dall'operare delle società in un dato contesto sociale possano giustificare soluzioni particolari, rispetto a quelle predisposte per altre categorie di rapporti e situazioni giuridiche; tuttavia, come si vedrà, le soluzioni apprestate dal legislatore non presentano profili di «eccezionalità» e sono riconducibili a tecniche ormai acquisite al bagaglio di conoscenze degli operatori del settore⁷⁶.

Non appare inopportuno, nell'economia del presente lavoro, svolgere, a questo punto, qualche altra breve considerazione di carattere generale.

In primo luogo, vale la pena di osservare che l'art. 25 della legge di riforma offre, almeno in principio, una disciplina internazionalprivatistica completa delle società; in particolare, la *lex societatis* regola in maniera tendenzialmente esaustiva l'esistenza

di riforma. Come si è già detto nel testo e come si vedrà meglio nel Capitolo che segue, il criterio di collegamento prescelto dal legislatore, a causa della stessa configurazione che la «fattispecie società» riceve normalmente dalle discipline sostanziali, conduce pianamente, nella stragrande maggioranza dei casi, a individuare la legge applicabile in quella dell'ordinamento indicato in prima battuta dalla norma di conflitto. Certo, questa indicazione, in talune ipotesi, potrà o dovrà essere *corretta*, in modo che la legge applicabile risulti coerente con la *ratio* normativa che la vuole coincidente con quella dell'ordinamento che abbia provveduto all'«erezione» di una data formazione sociale in ente giuridico. Ma tale esigenza - connaturata al modo di essere del metodo tradizionale della localizzazione delle fattispecie, il quale, com'è noto, tende all'armonia internazionale delle decisioni (v., per tutti, PICONE, *Ordinamento competente*, cit., p. 37 ss.) - potrà essere soddisfatta mediante il funzionamento del meccanismo del rinvio, il quale, nonostante i dubbi espressi dalla dottrina (v. LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 149), mantiene, a nostro avviso, un margine di operatività in ambito societario (v. *infra* il par. 4 del Capitolo II). Ove ciò non dovesse accadere, e saranno casi rarissimi (forse «di scuola»), l'indicazione del criterio di collegamento (e, quindi, l'individuazione della legge applicabile) dovrà essere emendata in via interpretativa (v. *infra* il par. 2 del Capitolo II).

⁷⁶ Si pensi, a esempio, al rilievo che, a certe condizioni, è attribuito a norme appartenenti a sistemi giuridici, in primo luogo quello del foro, diversi dall'ordinamento designato in base al funzionamento del meccanismo di conflitto di per sé solo considerato. Come si dirà (v. *infra* il par. 3 del Capitolo II e il par. 2 del Capitolo IV), la presa in considerazione di dette norme avverrà attraverso il riconoscimento della loro necessaria applicazione.

della società, dalla nascita alla sua dissoluzione⁷⁷. Ciò comporta che non v'è più spazio per l'applicazione della *lex contractus*, neanche al momento genetico della società [come, del resto, risulta palese dallo stesso art. 25 n. 2, lett. c), che ricomprende espressamente, tra le materie regolate dalla legge designata al precedente n. 1, «la costituzione» della società], né, in generale, alla considerazione della volontà delle parti, almeno in senso tecnico⁷⁸.

Secondariamente, occorre mettere sull'avviso circa le ambiguità potenzialmente derivanti dall'utilizzazione, nel nuovo contesto normativo, dell'armamentario lessicale abitualmente impiegato nella nostra materia.

In particolare, deve essere chiaro che la nozione di *nazionalità* della società ha perso, stante la formulazione della nuova norma di conflitto, la funzione di criterio di collegamento per la designazione della legge regolatrice dell'ente, limitandosi a esprimere la sottoposizione della società alla legge richiamata dall'art. 25 n. 1,

⁷⁷ Come è stato affermato, la scelta legislativa sembra improntata alla c.d. *Einheitslehre*, che sottopone a un'unica legge sia le questioni relative alla valida costituzione ed esistenza della società, sia quelle relative al suo modo di essere e operare (tanto sul piano dei rapporti interni, quanto su quello dei rapporti esterni): v. LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 142. Sulle differenze tra l'impostazione accolta dal legislatore italiano e altre possibili prospettive, per le quali la disciplina di conflitto in materia societaria dovrebbe trovare una fondamentale distinzione tra ciò che concerne i rapporti interni, rimessi alla *lex incorporationis*, e le relazioni esterne dell'ente, regolate, in linea di massima, dal diritto del luogo in cui si svolge l'attività sociale, v. PICONE, *Diritto internazionale privato delle società*, cit., p. 102 e nota 31, e la bibliografia ivi citata.

⁷⁸ Del resto, la stessa dottrina che, per la designazione della legge applicabile alle società, faceva leva, nel sistema previgente, sull'abrogato art. 25, comma 1, disp. prel. cod. civ., era costretta, per forza di cose, a circondare la volontà delle parti di tali e tanti limiti da snaturarne le caratteristiche essenziali: v. *supra* il par. 2 del presente Capitolo. Si noti che lo stesso BALLADORE PALLIERI, che di quella tesi fu il primo sostenitore, optò in séguito per la diversa tesi favorevole all'applicazione dell'abrogato art. 17 disp. prel. cod. civ.: v. *Diritto internazionale privato italiano*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, XLV, Milano, 1974, p. 139 ss. Ciò non esclude, tuttavia, che la volontà delle parti possa venire in considerazione, in determinati casi, quale indice indiretto per l'individuazione della legge applicabile a società che risultino appartenenti a più ordinamenti: v. *infra* il par. 2 del Capitolo II.

primo periodo⁷⁹. Risulta evidente, pertanto, che gli aggettivi *italiana* o *straniera* potranno essere impiegati per esprimere la sottoposizione della società all'ordinamento italiano o, rispettivamente, a un ordinamento straniero, ma non nel senso che possano considerarsi *nazionali*⁸⁰ del relativo Stato⁸¹.

Ancora, l'impiego dell'espressione «riconoscimento» per indicare l'attribuzione di soggettività e capacità nel nostro ordinamento a una data società «straniera», non implica il ricorso a tecniche diverse dalla ordinaria tecnica conflittuale⁸², ma è funzione propria

⁷⁹ V. LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 142, secondo cui sulla base della nuova norma di conflitto «la nazionalità dell'ente non può essere intesa altrimenti che nel senso di sottoposizione alla legge indicata dall'art. 25» n. 1 della legge di riforma.

Nel testo si è fatto riferimento solo al primo periodo di quest'ultima norma, in quanto, a nostro avviso, nell'ipotesi di applicazione della legge italiana ai sensi del successivo secondo periodo della medesima disposizione, la società potrà considerarsi «italiana» soltanto quando la stessa abbia dovuto trasformarsi o ricostituirsi secondo uno dei tipi previsti dal nostro ordinamento, cioè in sostanza, si sia dovuta «reincorporare» in base alla nostra legge: v. *infra* il par. 3 del Capitolo II. In proposito, può essere utile ricordare che secondo CAPOTORTI, *Lezioni*, cit., p. 62 s., col manifestarsi dei contatti con l'ordinamento italiano indicati dall'abrogato art. 2505 cod. civ. (e ora riprodotti nel citato art. 25 n. 1, secondo periodo) la società «diviene italiana»; ma lo stesso a. aggiunge che la conclusione sarebbe diversa «ove il criterio di collegamento adottato dall'ordinamento italiano sia quello del luogo di costituzione» (v. *op. ult. cit.*, p. 70), ovvero, aggiungiamo noi, quello consimile, adottato dall'attuale norma di conflitto, del luogo dove si è perfezionato il procedimento di costituzione della società.

⁸⁰ Il termine *nazionale* è impiegato nel testo nell'accezione proposta dal CAPOTORTI, assimilabile alla nozione di *cittadinanza* delle persone fisiche: v. *La nazionalità*, cit., p. 98 ss.

⁸¹ Questa è la ragione per cui nel prosieguo del presente lavoro i due aggettivi, quando riferiti a una società, saranno scritti tra virgolette. La situazione, naturalmente, è diversa per quegli ordinamenti che facciano espressamente riferimento al criterio di collegamento della nazionalità dell'ente: v., a esempio, l'art. 9 n. 11, primo periodo, del codice civile spagnolo, secondo cui «la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción».

⁸² Come sembra nel pensiero di BALLARINO (v. il passo del testo in corrispondenza con le note 17, 18 e 19). Cfr., inoltre, BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, I, *La rilevanza degli atti amministrativi stranieri*, in *Trattato di diritto internazionale*, diretto da Ballardore Pallieri, Morelli e Quadri, Padova, 1964, p. 349 ss.; MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio (diritto internazionale pri-*

ed esclusiva dell'art. 25 della legge di riforma⁸³. Ciò trova riscontro nell'art. 25 n. 2, lett. d), secondo cui «la capacità» della società è disciplinata dalla *lex societatis* e vale a collocare nella giusta dimensione la portata precettiva dell'art. 16, comma 2, disp. prel. cod. civ., il quale – depurato della funzione che una parte della dottrina gli attribuiva in passato e che ora risulta assicurata dal citato art. 25 – rimane ascritto alle disposizioni sul trattamento degli stranieri. In altri termini, la condizione di reciprocità contemplata dall'art. 16 disp. prel. cod. civ. interverrà «soltanto nel momento (...) dell'attribuzione dei diritti civili, nel senso definito dallo stesso art. 16: nell'ambito dei quali la soggettività, che ne costituisce il presupposto, non può essere in alcun modo collocata»⁸⁴.

vato), in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, I, 4, Torino, 1964, p. 121 ss.; ANGELICI, *Appunti sul «riconoscimento» di società costituite all'estero*, Milano, 1982, *passim*; COSCIA, *Il riconoscimento delle società straniere*, Milano, 1984, p. 86 ss.

⁸³ Così, LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 142; v., inoltre, p. 139, dove si afferma che gli equivoci della dottrina sulla problematica del riconoscimento «derivano dall'antica e tradizionale subordinazione della possibilità dell'ente di svolgere la propria attività in uno Stato ad un riconoscimento da parte dell'autorità pubblica locale», ciò che «porta facilmente ad attrarre l'attenzione su tale atto, ed a ricollegherli tutti gli effetti che, in situazioni giuridiche diverse, vengono attribuiti ai meccanismi internazionalprivatistici. Le conseguenze di questa tradizione, poi, si sono fatte ulteriormente e più a lungo sentire nell'ambito di sistemi, come quello italiano in vigore fino alla riforma, che non contengono norme di conflitto espresse a proposito delle persone giuridiche, ma soltanto disposizioni apparentemente intese a operare una sorta di automatico 'riconoscimento' della loro soggettività, come l'art. 16, 2° co., disp. prel.». Proprio per evitare equivoci del genere, nel presente lavoro il verbo riconoscere e i termini derivati, quando riferiti a società, sono posti tra virgolette.

Sulle vicende storiche del «riconoscimento» delle società «straniere» in Italia, v. CAPOTORTI, *Considerazioni*, cit., p. 623 ss.; SANTA MARIA, *Le società*, cit., p. 12 ss.

⁸⁴ Così, LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 142. In giurisprudenza, v. Cass. 22 novembre 2002 n. 15301, *Filati Fantasia Bouclé di Cornoldò Amalia & C. s.n.c. c. Fossati*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 259 ss., spec. p. 261. *Contra* BALLARINO, *Diritto*, cit., p. 360 s., secondo cui, poiché la legge di riforma non ha abrogato l'art. 16 disp. prel. cod. civ., quest'ultima norma «continua a svolgere la sua funzione (...) consistente nel riconoscere le società create in altri ordinamenti giuridici (a condizione che le società italiane vi ricevano eguale trattamento)». Ne deriverebbe che la coesistenza tra il citato art. 16 e l'art. 25 della legge di riforma, potrebbe generare risultati contraddittori nell'ipotesi in cui uno stesso ente venga considerato «proprio»

9. *La portata dell'art. 16 disp. prel. cod. civ. nell'attuale contesto normativo*

Le considerazioni svolte alla fine del paragrafo precedente offrono l'occasione per accennare all'ambito di operatività dell'art. 16 disp. prel. cod. civ. con riferimento alla materia societaria.

Va rilevato, innanzitutto, che non mancano, in dottrina e giurisprudenza, opinioni che sostengono l'implicita abrogazione dell'art. 16 disp. prel. cod. civ., da ultimo a séguito dell'entrata in vigore del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero⁸⁵; tut-

da due ordinamenti diversi (viene portato a esempio il caso di una società costituita in Inghilterra e con sede sociale in Francia e perciò considerata da ciascun Paese appartenente al proprio ordinamento). Orbene, secondo tale dottrina, mentre «prima, applicando l'art. 16, si era costretti a scegliere una legge ed una sola» – e, precisamente, quella dell'ordinamento «più forte» – «ora l'applicazione di due norme può condurre a un risultato contraddittorio», consistente nel riconoscere, ai sensi del ripetuto art. 16, la società che la Francia considera propria, nel contempo regolando lo «statuto personale» della società secondo la legge inglese «perché così stabilisce l'art. 25». Tuttavia, a parte la considerazione che in nessuna delle opinioni che, per la ricostruzione della disciplina internazionalprivatistica delle società, si rifacevano all'art. 16 disp. prel. cod. civ. il «riconoscimento» degli enti «stranieri» era subordinato alla reciprocità, non sembra affatto che dalla norma delle preleggi discenda l'obbligo di «riconoscere» in Italia gli enti considerati propri da ordinamenti diversi da quello indicato dall'art. 25 della legge di riforma. Come è stato giustamente osservato, il fatto che l'art. 16 «impone all'interprete in via preliminare la ricerca della legge regolatrice dell'ente non significa, infatti, che non si debba applicare a tale fine l'art. 25 della l. n. 218, e cioè la norma di conflitto appositamente stabilita per la materia societaria. Dall'art. 16 disp. prel. c.c., non si desume nessuna indicazione circa il metodo da seguire per l'individuazione della legge applicabile agli enti giuridici, cosicché non esiste alcuna incompatibilità tra questa disposizione e l'art. 25» (così, SEATZU, *op. cit.*, p. 832 s.). Che «la funzione del secondo comma dell'art. 16» sia ormai «quella di regolare la condizione degli enti stranieri al pari di altre disposizioni del codice civile e delle leggi speciali», è riconosciuto da FIMMANÒ, *Riconoscimento e stabilimento delle società nel nuovo sistema di diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. impresa*, 1998, p. 303 ss., spec. nota 22 a p. 309 s.

⁸⁵ Si tratta del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, cui ha fatto séguito il relativo regolamento di attuazione emanato con d.p.r. 31 agosto 1999 n. 394. Sull'abrogazione implicita dell'art. 16 delle preleggi a opera della normativa appena citata, v., in dottrina, CARBONE, IVALDI, *Lezioni*, cit., p. 39; CAMPIGLIO, *Abrogazione dell'art. 16 delle preleggi per nuova disciplina?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 45 ss.,

tavia, la posizione maggioritaria, confortata dalla prassi del Ministero degli affari esteri⁸⁶, si esprime nel senso della perdurante vigenza della citata norma⁸⁷.

Non è possibile dare conto, in questa sede, dell'ampio dibattito sul principio di reciprocità e sull'interpretazione del detto art. 16⁸⁸; tuttavia, appare utile, ai nostri fini, richiamare l'attenzione su alcune questioni di carattere generale.

In primo luogo, va sottolineato che l'art. 16 delle preleggi non fa corpo con le norme che costituiscono il sistema italiano di diritto internazionale privato⁸⁹, ma va ascritto, come già si è accen-

spec. p. 49 s.; e, in giurisprudenza, App. Milano 22 giugno 1999, *Soc. Assicurat. Generali c. Danoodary*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 1093 s. La modifica dell'art. 16 preleggi (da cui sarebbe «scomparsa la condizione di reciprocità») era già stata sostenuta, a causa dell'incompatibilità con l'art. 10, comma 2, Cost., da BARILE P., *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 57.

⁸⁶ V. il sito web del detto Ministero all'indirizzo www.esteri.it/ita/4_29_73_306.asp.

⁸⁷ V. i riferimenti di dottrina e giurisprudenza, anche costituzionale, in CALÒ, *Il principio di reciprocità*, Milano, 1994, p. 30 ss. Adde MENGOZZI, *La condizione di reciprocità e il diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 485 ss.; LAURINI, *Il principio di reciprocità e la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 75 ss.; LEANZA, *Considerazioni critiche sulla portata e l'efficacia dell'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile*, *ivi*, p. 87 ss.; NASCIBENE, *Brevi spunti in tema di trattamento dello straniero e principio di reciprocità*, *ivi*, p. 93 ss.; BARALIS, *Significato attuale del principio di reciprocità - in particolare dell'art. 16 preleggi - nell'ordinamento giuridico italiano*, in IEVA (a cura di), *La condizione di reciprocità. La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato: aspetti di interesse notarile*, Milano, 2001, p. 25 ss.; COSCIA, *Condizione di reciprocità e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 557 ss.

⁸⁸ Su cui, v. l'accurata ricostruzione, anche in chiave storica, di CALÒ, *op. cit.*, *passim*.

⁸⁹ V., esplicitamente, CONETTI, *Art. 16-31, Disposizioni sulla legge in generale*, in *Commentario al Codice Civile*, diretto da Cendon, I, Torino, 1991, p. 77 ss., a p. 78. Per l'appartenenza dell'art. 16 alla normativa italiana di sostanza, si pronuncia COSCIA, *op. ult. cit.*, p. 563 ss. Diversamente, GIARDINA, *Art. 16-21, Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1978, p. 1 s., secondo cui l'art. 16 disp. prel. cod. civ. costituirebbe la premessa indispensabile nel funzionamento del diritto internazionale privato, fissando così il quadro entro il quale le norme di conflitto operano; MENGOZZI, *op. ult. cit.*, p. 490, per il quale il detto art. 16 costituisce «un limitatore

nato, alle disposizioni sul trattamento degli stranieri⁹⁰. Come chiarito da autorevole dottrina, i due gruppi di norme si distinguono quanto a tecnica impiegata e ad ambito di applicazione⁹¹. In particolare, sotto il primo profilo, le norme di conflitto sono norme strumentali cui spetta il compito di individuare la legge competente a disciplinare una determinata fattispecie concreta, mentre le norme sul trattamento degli stranieri sono norme sostanziali che ineriscono ai vari rami del diritto, sia pubblico che privato, e attribuiscono agli stranieri un certo numero di poteri, diritti e obblighi⁹²; sotto il secondo profilo, il diritto internazionale privato opera nei confronti di tutte le situazioni giuridiche, ovunque esse si realizzino e qualunque sia la nazionalità del soggetto, mentre le norme sul trattamento degli stranieri si applicano solo ai soggetti qualificati come stranieri e in quanto gli stessi entrino in contatto con l'ordinamento dello Stato del foro⁹³.

Secondariamente, è pacifico che per «diritti civili» debbano intendersi i diritti di natura privatistica, a eccezione dei diritti fondamentali, riconosciuti a tutti i soggetti, cittadini e stranieri, dalla nostra Costituzione, dal diritto internazionale generale, e dagli atti di adeguamento agli strumenti internazionali sulla tutela dei diritti umani⁹⁴. Ma la norma in esame precisa che i diritti rispetto ai quali occorre verificare la sussistenza della reciprocità sono solo quelli «attribuiti ai cittadini». Si tratta, a nostro avviso, dei diritti, poteri

all'apertura agli ordinamenti stranieri, parallelo al limitatore che è costituito» dall'ordine pubblico; BALLARINO, *Diritto*, cit., p. 298, secondo cui, nei casi di mancata prova della reciprocità, «ci troviamo in presenza di un vero e proprio limite di carattere generale all'applicazione del diritto straniero non dissimile dall'ordine pubblico internazionale (il diritto straniero non è applicabile perché non è conforme ad uno *standard* stabilito dalla nostra legge)» (corsivo dell'a.).

⁹⁰ V. già BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, II, *La circolazione degli uomini e delle cose*, in *Trattato di diritto internazionale*, cit., Padova, 1966, p. 121 ss., spec. p. 123 e nota 44, e, da ultimo, CALÒ, *op. cit.*, p. 65 ss.

⁹¹ V. CAPOTORTI, *La nazionalità*, cit., p. 101; ID., *Lezioni*, cit., p. 21 ss.; QUADRI, *Lezioni*, cit., p. 32 s.

⁹² V. CAPOTORTI, *op. ult. cit.*, p. 22; QUADRI, *op. cit.*, p. 33.

⁹³ Così, CAPOTORTI, *op. ult. cit.*, p. 21 s.

⁹⁴ V., da ultimo, LEANZA, *op. ult. cit.*, p. 89; COSCIA, *op. ult. cit.*, p. 558 s.

e facoltà aventi contenuto patrimoniale contemplati dal diritto civile italiano ed esercitabili dai cittadini italiani in relazione a beni e situazioni giuridiche localizzabili nell'ambito spaziale su cui lo Stato esercita la sovranità territoriale o, comunque, strettamente connessi con l'ordinamento italiano⁹⁵.

Dalla reciproca autonomia tra norme di conflitto e norme sul trattamento degli stranieri discende che la capacità del soggetto straniero andrà sempre valutata alla stregua della legge designata dalla competente disposizione di diritto internazionale privato⁹⁶, ma detta capacità, ammessa in ipotesi dalla legge straniera competente, potrà essere limitata dal concorso delle norme sul trattamento degli stranieri⁹⁷. È proprio quanto può accadere in virtù dell'art. 16 disp. prel. cod. civ., il quale, con disposizione di applicazione necessaria⁹⁸, stabilisce, eventualmente in deroga alla legge regola-

⁹⁵ Invero, il significato dell'espressione interpretata nel testo non risulta sufficientemente esplorato dalla dottrina; un cenno si trova in COSCIA, *op. ult. cit.*, p. 567, secondo cui l'art. 16 delle preleggi «ha ad oggetto soltanto i diritti civili, che si traggono direttamente dall'ordinamento italiano». Tuttavia, che detta disposizione si riferisca «a situazioni giuridiche delimitate *ratione loci*» è affermato da CAPOTORTI, *La nazionalità*, cit., p. 109 (corsivo dell'a.), il quale aggiunge che le norme sul trattamento dello straniero possono «impedire il godimento del diritto *nel territorio dello Stato del foro*» (v. CAPOTORTI, *Lezioni*, cit., p. 24, corsivo dell'a.). V., inoltre, la perspicua osservazione di LAURINI, *op. cit.*, p. 75, il quale, commentando l'abrogato r.d.l. 24 luglio 1942 n. 807 che, in deroga al ripetuto art. 16, sottoponeva ad autorizzazione governativa gli investimenti di capitali esteri in Italia, ritiene che la disposizione di detto decreto che eccettuava dall'autorizzazione i negozi giuridici posti in essere dallo straniero in relazione a partecipazioni in società aventi la residenza o la sede all'estero poteva ritenersi superflua «non riguardando l'acquisizione di diritti in Italia».

⁹⁶ Come del resto esplicitamente stabilito, per le persone fisiche, dall'art. 20, primo periodo, e dall'art. 23 n. 1, primo periodo, della legge di riforma (aventi a oggetto la capacità giuridica e, rispettivamente, la capacità di agire), e, per gli enti giuridici, dal citato art. 25 n. 2, lett. d), della medesima legge: v. COSCIA, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui l'art. 20 «ha reso esplicito il superamento delle tesi secondo cui gli individui, stranieri compresi, deriverebbero la loro soggettività direttamente dalla normativa italiana di sostanza».

⁹⁷ V. CAPOTORTI, *op. ult. cit.*, p. 23, il quale porta a esempi l'abrogato art. 17, comma 2, delle disp. prel. cod. civ. (ora riprodotto dall'art. 23 n. 2 della legge di riforma) e l'art. 116, comma 2, cod. civ., tuttora in vigore.

⁹⁸ A nostro avviso, pertanto, l'art. 16 delle preleggi, in quanto norma di appli-

trice della capacità, una incapacità speciale dello straniero relativamente all'esercizio dei «diritti civili attribuiti al cittadino» italiano, intesi nel senso sopra precisato, qualora non sia accertato che quest'ultimo possa esercitarne di analoghi con riferimento all'ordinamento dello Stato nazionale dello straniero⁹⁹.

cazione necessaria, troverà applicazione – con riferimento, lo ripetiamo, ai «diritti civili attribuiti al cittadino» nel senso precisato nel testo – anche quando la legge regolatrice della fattispecie in considerazione non sia la legge italiana, ovvero quando, essendo necessaria la forma autentica o pubblica, per il relativo atto si faccia ricorso al ministero di un notaio straniero. Diversamente, per COSCIA, *op. ult. cit.*, p. 567 s., l'art. 16 «va considerata non come norma completa, ma come disposizione che opera in collegamento con ogni altra interna, generalmente attributiva di diritti civili» e, pertanto, sarebbe applicabile solo quando le norme di conflitto abbiano designato come legge regolatrice la nostra legge. Si può obiettare che se così fosse, per superare la condizione di reciprocità basterebbe scegliere, nei casi in cui le norme di conflitto lo consentano, una legge regolatrice straniera, ovvero concludere l'atto all'estero. Inoltre, secondo COSCIA, *op. ult. cit.*, p. 568, poiché la «legge 218 del 1995 dispone che le decisioni straniere vadano automaticamente riconosciute sussistendo una serie di presupposti, fra i quali non è inserito il limite della reciprocità», «l'art. 16 disp. prel. può venire aggirato portando la lite davanti a un giudice estero competente»; da ciò l'a. trae, tra l'altro, la «conferma che l'art. 16 non è di applicazione necessaria». L'argomentazione non appare convincente: infatti, da un lato, la contrarietà della sentenza straniera alle norme italiane di applicazione necessaria può essere motivo per negarne il riconoscimento [v. MARESCA, *Art. 64-66*, in *Legge 31 maggio 1995 n. 218*, cit., p. 1460 ss., spec. p. 1467 e p. 1469 s., il quale ritiene applicabile, in tal senso, l'art. 64 n. 1, lett. g), della legge di riforma, interpretato estensivamente. E, aggiungiamo noi, quest'ultima disposizione potrà essere invocata anche per negare il riconoscimento in Italia degli atti pubblici stranieri]; dall'altro, l'attribuzione della natura di norma di applicazione necessaria a una determinata disposizione dell'ordinamento va dedotta, secondo il dettato dell'art. 17 della legge di riforma, dall'«oggetto e dallo scopo» della disposizione stessa. Ora, se, come pressoché unanimemente si afferma (v., per tutti, CALÒ, *op. cit.*, p. 11 ss.), lo scopo della disposizione in esame è di migliorare la condizione dei nostri connazionali all'estero, stimolando i legislatori stranieri all'adozione di normative di favore verso i cittadini italiani, sembra che l'art. 16 delle preleggi sia dotato di quella particolare «intensità valutativa» che è elemento sufficiente per riconoscerle la natura di norma di applicazione necessaria. Sui requisiti da cui dipende l'attribuzione del carattere di applicazione necessaria a una determinata norma, v., per tutti, BOSCHIERO, *Art. 17*, in *Legge 31 maggio 1995 n. 218*, cit., p. 1062 ss.; BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurigo, 1998, p. 138 ss.

⁹⁹ Sul contenuto e le modalità del confronto tra l'ordinamento italiano e quello straniero in considerazione e sulla necessaria elasticità dell'attività interpretativa, v., da ultimo, BARALIS, *op. cit.*, p. 39 ss.

Infine, dai destinatari della norma in esame devono essere espunti le persone fisiche aventi cittadinanza straniera ma al contempo quella italiana¹⁰⁰; i cittadini e le società *comunitari*, a cui, come si dirà, le norme del Trattato CE riconoscono il diritto di stabilimento assicurando il c.d. trattamento nazionale¹⁰¹; i cittadini *extracomunitari* titolari di carta di soggiorno, quelli in possesso di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato o autonomo, ovvero per l'esercizio di impresa individuale, e i relativi familiari in regola con il soggiorno¹⁰².

Da quanto detto finora discende che, nella materia che ci occupa, la reciprocità andrà accertata con riferimento agli atti e ne-

¹⁰⁰ In quanto, in applicazione analogica dell'art. 19 della legge di riforma, «prevale» la cittadinanza italiana. Inoltre, secondo una parte della dottrina, tra gli stranieri contemplati dall'art. 16 preleggi non dovrebbero essere ricompresi gli italiani non appartenenti alla Repubblica di cui all'art. 51, comma 2, Cost.: v. CALÒ, *op. cit.*, p. 80 ss.; LEANZA, *op. ult. cit.*, p. 90. *Contra* CLERICI, *Le norme di diritto internazionale privato in materia di capacità, rapporti patrimoniali fra coniugi e successioni*, Relazione presentata alla Giornata di studio organizzata in Abano Terme il 14 maggio 1983 dal Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie su *Norme civili e valutarie relative all'intervento in atto di non residenti*, Calliano, s.d. (ma 1983), p. 33 ss., a p. 38, nota 54.

¹⁰¹ Il medesimo trattamento è assicurato ai cittadini e alle società dei Paesi membri dell'E.F.T.A. (Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera) dalle disposizioni dell'Accordo sullo Spazio Economico Europeo firmato a Oporto il 2 maggio 1992 e in vigore per l'Italia dal 1° gennaio 1994: su tali norme e su quelle del Trattato CE a cui si fa riferimento nel testo, v. *amplius* il par. 5 del Capitolo II.

Sull'incompatibilità tra ordinamento comunitario e reciprocità, si è recentemente espressa la Corte di giustizia delle Comunità europee nella sentenza *Commissione c. Italia* del 16 maggio 2002, causa C-142/01, in *Raccolta*, 2002, p. I-4541 ss.; in dottrina, v'è unanimità sul punto: v., da ultimo, BARONE, *Ordinamento comunitario e condizione di reciprocità*, in *Studi e materiali. Quaderni semestrali del Consiglio nazionale del notariato*, 2003, p. 226 ss.; CALÒ, *Appunti sulla condizione dello straniero comunitario*, *ivi*, p. 229 ss.

Secondo il Ministero degli Affari Esteri, sono dispensati dalla verifica della condizione di reciprocità i *cittadini* degli Stati CE e dei Paesi E.F.T.A., ma il mancato riferimento alle società è probabilmente frutto di una svista: v. il sito *web* all'indirizzo www.esteri.it/ita/4_29_73_306_258.asp.

¹⁰² Come stabilito dal combinato disposto dell'art. 2, comma 2, del citato d.lgs. 286/1998 e dell'art. 1, comma 2, del citato d.p.r. 394/1999.

gozi giuridici con cui il cittadino straniero¹⁰³ partecipi alla costituzione di una delle società tipizzate dall'ordinamento italiano, assuma cariche sociali in tali società¹⁰⁴, acquisti o permuti partecipazioni, quote, azioni od obbligazioni delle ridette società, nonché con riferimento agli atti e negozi giuridici con cui società «straniere»¹⁰⁵ esercitino uno dei diritti attribuiti a società «italiane»¹⁰⁶.

¹⁰³ A eccezione di quelli indicati nel capoverso precedente del testo e nelle relative note.

¹⁰⁴ L'espressione cariche sociali va intesa, a nostro avviso, in senso ampio: così, a esempio, sarà soggetta alla verifica della reciprocità l'assunzione della qualità di institore ai sensi degli articoli 2203 ss. cod. civ.

¹⁰⁵ A eccezione, ancora una volta, di quelle indicate nel capoverso precedente del testo e nelle relative note.

¹⁰⁶ A esempio, acquisto, permuta, locazione di beni siti in Italia, partecipazione alla costituzione di società tipizzate dall'ordinamento italiano, acquisto o permuta di partecipazioni, quote, o azioni in tali società, assunzione di mutui ipotecari o, in genere, di obbligazioni nei confronti di soggetti italiani, ecc.

CAPITOLO SECONDO

L'INDIVIDUAZIONE DELLA LEGGE APPLICABILE ALLE SOCIETÀ NEL SISTEMA VIGENTE

1. *Problemi generali nell'applicazione dell'art. 25 della legge di riforma: comprensività della categoria astratta contemplata, qualificazione della fattispecie concreta, interpretazione del criterio di collegamento*

La legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato ha dettato all'art. 25 – unica norma di cui si compone il Capo III del Titolo III, intitolato alle «Persone giuridiche» – la disciplina di conflitto di «Società ed altri enti».

Nonostante l'intitolazione del detto Capo III, deve ritenersi che il citato art. 25 si occupi di tutti i soggetti diversi dalle persone fisiche – in massima parte enti collettivi – a prescindere dalla ricorrenza, nel caso concreto, dei caratteri che, secondo il diritto materiale italiano, porterebbero all'attribuzione della «personalità» in senso tecnico-giuridico¹.

¹ È noto il processo di revisione critica a cui il concetto stesso di «persona giuridica» è stato sottoposto dalla dottrina italiana, la quale ha rilevato come l'espressione non abbia la funzione di connotare una speciale categoria di soggetti, diversi dalle persone fisiche, ma faccia solo riferimento a un «modo di esprimere la disciplina normativa» la quale, peraltro, non può mai mettere capo alla tutela di interessi non risolubili in interessi di individui. Nel linguaggio giuridico corrente, all'espressione «persone giuridiche» si attribuisce ormai valore soltanto classificato-

Ciò si ricava dall'espressione impiegata dal legislatore per definire la fattispecie (o categoria) astratta contemplata dalla disposizione in esame, la quale, avendo a oggetto le «società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa», comprende formazioni sociali, quali le società e le associazioni, che, nel diritto italiano, possono essere sfornite di «personalità», nonché dalla circostanza che non v'è, nella legge di riforma, alcuna altra norma volta a regolare «enti non oggetto di formale personificazione»², e trova conferma nei lavori preparatori della legge³.

rio per distinguere gli enti aventi c.d. «autonomia patrimoniale perfetta», da quelli che, difettandone, sono dotati di mera «soggettività». V., nella dottrina civilistica, ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi della società*, in *Riv. dir. soc.*, 1957, p. 981 ss.; ID., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 236 ss.; GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 553 ss.; ID., *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1969, p. 210 ss.; D'ALESSANDRO, *Personae giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, I, Milano, 1969, p. 241 ss. Adde, per una sintesi del dibattito, BASILE, FALZEA, *Persona giuridica (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 234 ss., spec. p. 250 ss.; MARASÀ, *Le società, Società in generale*², Milano, 2000, p. 100 ss. Nella dottrina internazionalprivatistica, v. SANTA MARIA, *Le società*, cit., p. 118 ss.; LUZZATTO, *Persona giuridica (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 276 ss., spec. p. 277 ss.

² Così, BENEDETTELLI, *op. cit.*, p. 1111; conforme, SEATZU, *op. cit.*, p. 833.

³ V. la citata Relazione al disegno di legge n. 1192/XI, in POCAR, *op. cit.*, p. 168, che riproduce, sul punto, la *Relazione allegata allo schema di articolato*, cit., p. 958, *sub* art. 23 (corrispondente all'art. 25 della legge), secondo cui l'espressione «ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa (...) consente di ritenere che la categoria indicata si estende anche a enti non personificati, o ad enti la cui personalità è controversa». Risultano, così, accolti i suggerimenti di una parte della dottrina, per la quale la norma di conflitto in materia di enti giuridici avrebbe dovuto essere formulata «in modo da renderla idonea a ricomprendere non soltanto quei fenomeni di gruppo che si traducono in entità personificate in senso strettamente tecnico, ma anche tutte quelle che danno vita a fenomeni associativi dotati di autonomia sufficiente per rendere possibile il collegamento a mezzo di criteri riferibili al gruppo come tale, anziché ai singoli soggetti che fanno capo allo stesso»: v. LUZZATTO, *Stato e capacità delle persone*, cit., p. 426 s.

L'ampia ed elastica definizione impiegata dal legislatore consente, pertanto, di ritenere che l'art. 25 faccia riferimento agli enti diversi dalle persone fisiche, che possano considerarsi autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive e siano destinatari di una disciplina speciale da parte dell'ordinamento, distinta da quella applicabile ai soggetti che li compongono o alle persone fisiche attraverso le quali essi agiscono⁴, a prescindere sia dall'attribuzione della «personalità» in senso formale⁵ e, come la stessa norma precisa, dalla natura pubblica⁶ o privata dell'ente,

⁴ Sul punto v'è unanimità in dottrina: v. BENEDETTELLI, *op. cit.*, p. 1111 ss.; LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 138 s.; FIMMANÒ, *op. cit.*, nota 19 a p. 308; TONOLO, *Titolo III, Capo III, Persone giuridiche*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma*, cit., p. 101 ss., spec. p. 105 s.; BAREL, *Art. 25*, in CIAN, TRABUCCHI, *Commentario breve*, cit., p. 48 ss., spec. p. 49 e p. 53 s.

⁵ Anche su questo punto v'è unanimità in dottrina: v. gli autori citati alla nota che precede.

⁶ Invero, problemi di legge applicabile sono difficilmente configurabili in relazione agli enti pubblici in senso stretto, territoriali e non, in quanto deve ritenersi pacifico che gli stessi siano soggetti al diritto pubblico dello Stato che con suoi provvedimenti li abbia creati; cfr., però, Cass., S.U., 15 gennaio 1996 n. 264, *Governo e Ministero della Repubblica dell'Iraq c. Breda meccanica bresciana s.p.a.* e altri, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 2324 ss., e in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 127 ss., la quale, per sostenere che la valutazione della capacità processuale di un ente pubblico straniero (nella specie, il Consiglio dei Ministri della Repubblica dell'Iraq) andasse fatta «con riferimento all'ordinamento straniero» di appartenenza ha richiamato l'art. 17 disp. prel. cod. civ. e l'art. 25 della legge di riforma (sebbene quest'ultima disposizione non fosse applicabile ai fatti di causa ai sensi dell'art. 72 n. 1 della medesima legge). Il riferimento a tali enti nel contesto dell'art. 25, può forse valere a chiarire come tra i soggetti contemplati da detta norma rientrino anche quelle formazioni sociali, la cui disciplina sia, in misura più o meno ampia, dettata dal diritto pubblico, quali, a esempio, le c.d. *società legali* (su cui v. IBBA, *Le società «legali»*, Torino, 1992; ID., *Società legali e società legificate*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993), in cui la legge è fonte dell'obbligo per determinati soggetti di costituire la società (c.d. *società obbligatorie*) ovvero fonte diretta del rapporto sociale fra i soggetti da essa stessa designati (c.d. *società coattive*), o gli enti risultanti dal processo di c.d. *privatizzazione* di enti pubblici (su cui v. JAEGER, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 989 ss.; OPPO, *La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 771 ss.; COSTI, *Privatizzazioni e diritto delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 77 ss.), sia nel caso in cui il controllo degli stessi sia mantenuto da soggetti pubblici (c.d. *privatizzazione formale*), sia nel caso in cui esso passi a soggetti

sia dalla sussistenza della pluralità dei soggetti che lo abbiano costituito o attualmente ne facciano parte, cioè dalla sua natura associativa.

Una volta determinati, nel senso sopra precisato, i caratteri della fattispecie astratta contemplata dall'art. 25, la verifica della loro sussistenza nella fattispecie concreta in considerazione, al fine della sussumibilità di quest'ultima nella norma di conflitto in esame, dovrà essere svolta alla luce dell'ordinamento con cui la fattispecie stessa si presenta collegata. Infatti, se, come sopra evidenziato, il dato caratterizzante delle formazioni sociali in discorso è la loro organizzazione secondo una disciplina speciale che ne connota il modo di essere rispetto alla disciplina generale dei rapporti e situazioni giuridiche in quanto non facenti capo alla formazione sociale stessa, è necessariamente all'ordinamento che presenta significative connessioni con la fattispecie che occorre fare riferimento per «individuare i fenomeni di soggettività giuridica, nel senso precisato, che tale ordinamento organizza»⁷.

privati (c.d. *privatizzazione sostanziale*), ma soggetti pubblici conservino poteri speciali di governo e/o di controllo.

⁷ Così, LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 139. Nel vigore delle preleggi, parte della giurisprudenza di merito negava che potessero essere considerati soggetti di diritto «enti o aggregati che non possono essere riconosciuti in Italia come persone giuridiche», quali le *Anstalten* del Liechtenstein: così, App. Venezia 23 maggio 1975 (ordinanza), *S.a.s. Gionata Anstalt e S.a.s. S. Thérèse Anstalt c. Società Veneta per la costruzione e l'esercizio di ferrovie secondarie italiane*, in *Riv. not.* (ove è riportata con la data 24 aprile 1975), 1975, p. 958 ss., in *Giur. it.*, 1975, I, 2, c. 835 ss., con note FALSITTA, *Capacità e trattamento dell'Anstalt nell'ordinamento giuridico italiano*, c. 837 ss., e BORGATO, *L'Anstalt persona giuridica*, c. 849 ss., in *Foro pad.*, 1975, I, c. 150 ss., con nota PESCE, *Le società (e l'ente o persona giuridica) estere non registrata e la sua relazione con l'ordinamento italiano*, c. 149 ss., e in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 58 ss., con nota LUZZATTO, *L'Anstalt e l'ordinamento giuridico italiano*; seguita da Trib. Milano 15 gennaio 1976 (decreto), *Edizioni 2 R s.r.l. ric.*, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 659 ss., con nota LUZZATO, *Ancora in tema di Anstalt*; Trib. Como 9 febbraio 1976, *Bernasconi in Binda c. Anstalt Tangent*, in *Foro pad.*, 1976, I, c. 35 ss., con nota redazionale; App. Milano 18 gennaio 1977, *Kendo Anstalt c. s.p.a. Pierrel*, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 122 ss., con nota LUZZATTO, *Una giurisprudenza milanese in tema di Anstalt*, p. 123 ss., le quali riprendono, più o meno fedelmente, le osserva-

Risulta così definitivamente confermata la possibilità, del resto implicitamente contemplata dal combinato disposto degli articoli

zioni svolte in dottrina da FERRARA, *L'impiego dell'Anstalt in Italia per occultare i beni*, in *Riv. soc.*, 1972, p. 1161 ss.; *contra*, Trib. Roma 16 dicembre 1966, *Banca Nazionale del Lavoro c. Costanzi e Bleu Grass Anstalt*, in *Dir. fall.*, 1968, II, p. 589 ss., con nota TAGLIAFERRI, *L'«Anstalt» del Liechtenstein soggetto di diritti (anche) nel nostro ordinamento giuridico*, p. 590 ss., e la giurisprudenza più recente, a partire da Cass. 28 luglio 1977 n. 3352, *Guerra c. De Plano Trust di Eschen e Moretto*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, II, p. 327 ss. (ove sono riportati in modo inesatti gli estremi della sentenza), con nota FERRI, *Capacità giuridica delle Anstalten e delle Entreprises fiduciaires e responsabilità dell'unico fondatore*, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 49 ss., con nota BORGIOI, *Le Treuunternehmen nell'ordinamento italiano*, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, c. 1076 ss., con nota CASSONI, *«Lex fori» e presupposti di personificazione dell'ente straniero*, c. 2003 ss., in *Giust. civ.*, 1978, I, p. 536 ss., con nota DI AMATO, *Riconoscimento dell'Anstalt e responsabilità illimitata del suo fondatore: un compromesso che non convince*, p. 538 ss., e in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1978, p. 377 ss.; a cui hanno fatto séguito Trib. Milano 14 settembre 1978, *Soc. Idera Business A.G. c. Fallimento Soc. Idera Business, Pubblico Ministero presso il Tribunale di Milano, Dog. A.G. e Banco di Roma*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1979, p. 125 ss.; Trib. Roma 6 novembre 1979, *Soc. F.i.b.a.d. c. Collie Anstalt*, in *Foro it.*, 1980, I, c. 492 ss., con nota redazionale; App. Torino 12 dicembre 1980, *Frejaville c. Afritimber Etablissement*, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, c. 43 ss., con nota COSCIA, *Norme pattizie e riconoscimento delle «Anstalten»*, c. 44 ss.; Cass. 14 aprile 1980 n. 2414, *Kendo Aktiengesellschaft c. Soc. Pierrel*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1980, p. 631 ss., e in *Riv. not.*, 1980, p. 1266 ss.; Cass. 21 gennaio 1985 n. 198, *Franciosi c. Benini e Anstalt Etzel, Fallimento s.r.l. Argoil, Xebato A.G.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, p. 353 ss.; App. Roma 28 ottobre 1986, *Adriatica Costruzioni c. Tundra AG*, in *Riv. not.*, 1988, p. 432 ss.; App. Milano 21 febbraio 1989, *Farfara Anstalt e Ergas c. Ruggiero, Clementi e Cogis s.p.a.*, in *Riv. not.*, 1989, p. 1240 ss., con nota redazionale; Cass. 15 febbraio 1993 n. 1853, *Clementi c. Farfara Anstalt e altri*, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2535 ss., con nota CALÒ, *Anstalt: fondazione con scopo di lucro?*; Cass. 16 novembre 2000 n. 14870, *Soc. immob. S. Stefano c. Min. fin.*, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Persona giuridica*, n. 22. Nella penultima delle citate sentenze si legge che «ciascun ordinamento ha il potere di determinare i soggetti cui attribuisce una rilevanza giuridica e, in particolare, di riconoscere la personalità giuridica a determinati centri di interessi. Il nostro ordinamento non può negare quanto un altro ordinamento sovra-no abbia riconosciuto, attraverso un sindacato sui criteri e sui presupposti in base ai quali altri Stati attribuiscono la personalità giuridica. È per questo che l'ordinamento italiano riconosce la personalità alle organizzazioni che siano riconosciute quali persone giuridiche negli ordinamenti stranieri, in forza della loro mera esistenza, come tali, alla stregua della legislazione dello Stato in cui siano costituite» (v. c. 2540 s.).

2249 e 2509 cod. civ., di «riconoscere» nel nostro ordinamento società non riconducibili ai «tipi» noti al diritto italiano⁸.

⁸ È salvo, naturalmente, il limite dell'ordine pubblico internazionale di cui all'art. 16 della legge di riforma: v. BENEDETTELLI, *op. cit.*, p. 1112 e nota 18; LUZZATTO, AZZOLINI, *op. loc. ult. cit.* Com'è noto, le *Anstalten* e le *Treuunternehmen* del Liechtenstein sono state considerate, da una parte della giurisprudenza di merito e da alcuni autori, contrarie all'ordine pubblico internazionale sotto il profilo della inammissibilità della gestione di una impresa individuale in regime di responsabilità limitata: in giurisprudenza, v. Trib. Trieste 27 febbraio 1974, *Ubaldanstalt c. Credito Romagnolo*, in *Giur. merito*, 1975, I, p. 119 ss., con nota GRECO, *Ancora in tema di Anstalt*, e in *Riv. not.*, 1975, p. 958 ss.; Trib. Padova 7 febbraio 1974 (ordinanza), *S.a.s. Gionata Anstalt e S.a.s. S. Thérèse Anstalt c. Società Veneta per la costruzione e l'esercizio di ferrovie secondarie italiane*, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 58 ss., con nota LUZZATTO, *L'Anstalt*, cit., e in *Foro pad.*, 1975, I, c. 150 ss., con nota PESCE, *Le società (e l'ente o persona giuridica) estere*, cit.; Trib. Milano 31 marzo 1977, *Resonia e Storella s.a. c. s.p.a. Montecatini Edison*, e Trib. Milano 18 luglio 1977, *Storella A.G. c. Gemina-Generale Mobiliare Intereszenze Azionarie s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 1978, II, 122 ss., con nota LUZZATTO, *Una giurisprudenza milanese*, cit.; Trib. Milano 22 settembre 1977, *Dream Land Holding Company Trust Reg. c. Gruppo Lepetit s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 561 ss., con nota BISCARETTI DI RUFFIA, *L'impresa fiduciaria del Liechtenstein e l'ordinamento italiano*; Trib. Monza 14 luglio 1978, *Tapira Establishment e s.a.s. Sidexport c. s.d.f. Italvetrine*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 481 ss. (solo massima), con nota BISCARETTI DI RUFFIA, *Sul riconoscimento della personalità giuridica in Italia ad un'Anstalt titolare di un brevetto per invenzione industriale*, e in *Giur. it.*, 1981, I, 2, c. 488 ss.; in dottrina, v. SANTONASTASO, *Limitazione della responsabilità e impresa individuale a responsabilità limitata (Riflessioni sull'Anstalt del Liechtenstein)*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 320 ss.; ALBAMONTE, *L'Anstalt del Liechtenstein e l'ordinamento italiano*, in *Riv. not.*, 1977, p. 869 ss.; DI AMATO, *Riconoscimento dell'Anstalt*, cit. A parte l'isolata decisione di Trib. Roma 16 dicembre 1966, cit., il *revirement* giurisprudenziale è iniziato con Cass. 28 luglio 1977 n. 3352, cit., cui hanno fatto séguito Trib. Milano 14 settembre 1978, cit.; Trib. Milano 11 gennaio 1979, *Monile Investment Trust c. Suprema s.r.l.*, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 837 ss., con nota BORGIOLO, *Anstalten e «magia delle parole»*, e in *Riv. not.*, 1980, p. 204 ss.; Trib. Roma 6 novembre 1979, cit.; Cass. 14 aprile 1980 n. 2414, cit.; App. Milano 25 febbraio 1981 (decreto), in *Vita not.*, 1981, p. 672 s.; Cass. 21 gennaio 1985 n. 198, cit.; App. Roma 28 ottobre 1986, cit.; App. Milano 21 febbraio 1989, cit.; Cass. 15 febbraio 1993 n. 1853, cit.; Cass. 16 novembre 2000 n. 14870, cit.; in dottrina, per la non contrarietà di dette figure all'ordine pubblico internazionale, v. - oltre alle citate note a sentenza di LUZZATTO, TAGLIAFERRI, FERRI, BORGIOLO, CASSONI, CALÒ, GRECO e BISCARETTI DI RUFFIA - CASSONI, *L'Anstalt nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 210 ss.; STOLFI, *Personalità giuridica dell'Anstalt e responsabilità dell'unico fondatore*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, p. 257 ss.; ID,

L'art. 25 n. 1, primo periodo, della legge di riforma richiama la «legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione».

Il riferimento al «procedimento di costituzione» dell'ente e al suo «perfezionamento», fanno intendere chiaramente come il criterio di collegamento impiegato da detta norma alluda alla produzione di un effetto giuridico, consistente precisamente nella nascita di un ente collettivo suscettibile di essere considerato centro autonomo di imputazione di situazioni giuridiche soggettive secondo la legge richiamata.

Ciò posto, deve ritenersi che la legge applicabile ai sensi dell'art. 25 n. 1, primo periodo, sia non già – come reca la lettera della norma – la legge dello Stato «nel cui territorio» il procedimento costitutivo è stato posto in essere, bensì propriamente la legge dello Stato per effetto della quale può dirsi perfezionato il procedimento di costituzione, cioè la legge secondo la quale l'ente in questione, perfezionandosi il relativo procedimento di costituzione,

Anstalt, I) diritto commerciale, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988; BORGIOLI, *Partecipazione di un «Anstalt» ad una società italiana e art. 2332 c.c.*, in *Riv. soc.*, 1977, p. 414 ss.; ID., *Treuunternehmen, Anstalten e la Cassazione*, in *Riv. soc.*, 1977, p. 1156 ss.; ID., *Anstalt*, in *Digesto discipline privatistiche. Sez. comm.*, I, Torino, 1987, p. 118 ss.; PICONE, *Diritto internazionale privato delle società*, cit.; BIGNAMI, *Riconoscimento e trattamento delle società straniere nell'ordinamento italiano: considerazioni sul significato del termine «società»*, in *Riv. soc.*, 1980, p. 121 ss.; GRAZIANO, *La riconoscibilità dell'Anstalt nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Vita not.*, 1985, p. 550 ss.; ELIA, *Anstalt: un problema irrisolto*, in *Riv. not.*, 1990, p. 375 ss. Dopo alcuni tentennamenti (v. App. Bruxelles 29 gennaio 1975, citata da SANTONASTASO, *Anstalt, società unipersonali e vicende giurisprudenziali dell'art. 2362 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 20 ss., a p. 29 e nota 33) la riconoscibilità delle *Anstalten* è stata ammessa anche in Belgio con la sentenza della Corte di cassazione del 13 gennaio 1978, *Anstalt Del Sol c. Soc. Space Age Plastics Company*, in *Foro it.*, 1979, IV, c. 328 ss., con nota redazionale. La questione ha perso gran parte del suo interesse a séguito dell'introduzione nel nostro ordinamento delle società di capitali unipersonali, dapprima limitatamente alle società a responsabilità limitata (v. l'abrogato art. 2475 cod. civ., come modificato dall'art. 3 d.lgs. 3 marzo 1993 n. 88, in attuazione della dodicesima direttiva 89/667/CEE del 21 dicembre 1989, il cui contenuto è ora riprodotto nell'art. 2463, comma 1, cod. civ.), attualmente anche per le società per azioni (v. art. 2328, comma 1, cod. civ.).

è venuto a esistenza: in breve, la legge dello Stato che – come si usa dire – «incorpora» la società⁹.

Pertanto, la verifica del prodursi degli effetti giuridici considerati dal criterio di collegamento rispetto alla fattispecie concreta – vale a dire dell'«incorporazione» dell'ente – non potrà che avvenire alla luce dell'ordinamento con cui la fattispecie stessa presenti significative connessioni. Infatti, dato che ciascun ordinamento pone autonomi presupposti, criteri e condizioni per la produzione di tali effetti, è solo alla luce delle sue norme che si potrà accertare l'avvenuta effettiva «incorporazione» dell'ente¹⁰.

Ne deriva che il ricorso alla *lex fori* varrà solo per verificare se un determinato ente risulti costituito in conformità di essa e, pertanto, «appartenente» all'ordinamento italiano¹¹. Diversamente opinando – cioè ritenendo che l'art. 25 sarebbe applicabile solo rispetto a società che siano venute a esistenza a séguito dell'espletamento di formalità procedurali identiche, o quanto meno analoghe, a quelle dettate dal diritto societario italiano – la qualificazione operata dall'ordinamento (straniero) con cui la fattispecie si presenta collegata rischierebbe di rimanere contraddetta dalla valutazione, in ipotesi diversa, operata dalla *lex fori*, con il risultato di frustrare l'atteggiamento di apertura verso i valori giuridici stranieri di cui è permeato lo stesso art. 25, teso al «riconoscimento»

⁹ V. LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 141 e p. 146 s. Sulle differenze tra luogo di costituzione e luogo di «incorporazione» della società, v. CAPOTORTI, *Caratteri generali della riforma e regime delle società in diritto internazionale privato*, in *La riforma del diritto internazionale privato e i suoi riflessi sull'attività notarile*, cit., p. 27 ss., a p. 40.

¹⁰ V. SANTA MARIA, *Articolo 25*, cit., p. 1040; BENEDETTELLI, *op. cit.*, p. 1124 s.; LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 141. In giurisprudenza, v. il passo di Cass. 15 febbraio 1993 n. 1853, cit., riportato *supra* alla fine della nota 7 del presente Capitolo.

¹¹ Sotto questo profilo, il criterio di collegamento impiegato dall'art. 25 della legge di riforma è assimilabile ai criteri di collegamento della cittadinanza delle persone fisiche e della nazionalità della nave o dell'aeromobile, rispetto ai quali la dottrina unanime, già nel vigore delle preleggi, riconosceva che la legge italiana potesse disciplinare unicamente l'attribuzione della cittadinanza o della nazionalità italiane: v., per tutti, MORELLI, *op. ult. cit.*, p. 45 ss. e p. 65 s.; VITTA, *op. cit.*, p. 322 s.

nel nostro ordinamento delle formazioni sociali «straniere» per come esse sono configurate ed esistenti nell'ordinamento di origine¹².

Le osservazioni che precedono, a cui si è pervenuti sulla base dell'interpretazione dell'art. 25, risultano coerenti con le indicazioni desumibili, in generale, dall'impianto complessivo della legge 218/95.

Com'è noto, il legislatore della riforma ha preferito non prendere posizione sul problema delle qualificazioni¹³, che è uno dei più antichi e dibattuti del diritto internazionale privato e su cui non potranno darsi, in questa sede, che rapidi cenni.

Correttamente impostato, esso consiste nello stabilire a quale ordinamento occorre riferirsi, da un lato, allo scopo di determinare il significato e la comprensività delle espressioni tecnico-giuridiche impiegate dalle norme di conflitto per indicare le categorie astratte di rapporti da esse contemplate (a esempio, successione per causa di morte, donazione, rapporti patrimoniali tra coniugi) e, dall'altro, allo scopo di verificare la sussistenza nella fattispecie concreta dei caratteri della fattispecie astratta contemplata dalla norma di conflitto al fine della sussumibilità della prima in quest'ultima.

Nel vigore delle preleggi, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, il problema andava risolto sulla base della *lex fori*, dunque, sulla base dell'ordinamento giuridico italiano¹⁴.

Ora, sotto il primo profilo, la soluzione appariva senz'altro condivisibile. Infatti, risolvendosi la determinazione del significato

¹² Cfr. LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 147.

¹³ Né su quello, a esso assimilabile, dell'interpretazione dei criteri di collegamento aventi natura giuridica, come quello in esame. Per la soluzione di quest'ultimo problema valgono considerazioni analoghe a quelle svolte nel testo con riferimento al problema delle qualificazioni. Sul tema, v., in generale, BARILE G., *Criteri di collegamento (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 350 ss., spec. p. 354 ss., ove ampi riferimenti bibliografici.

¹⁴ V., per tutti, MORELLI, *op. ult. cit.*, p. 31 ss. In giurisprudenza, v. Cass, S.U., 15 gennaio 1983 n. 319, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 738 ss.; Cass., S.U., 12 maggio 1969 n. 1617, *Soc. Assicurazioni Generali c. Agenzia marittima Tirreno*, in *Riv. dir. int.*, 1970, p. 106 ss., e in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 349 ss.

e della comprensività della categoria astratta in un problema di interpretazione della norma che contempla la categoria astratta considerata, è logico presumere che, almeno in linea di principio, il legislatore abbia attribuito alle espressioni impiegate nel campo del diritto internazionale privato il medesimo significato attribuito a queste in altri rami dell'ordinamento, segnatamente nel diritto civile, da cui le espressioni adoperate per indicare le categorie astratte contemplate dalle norme di conflitto sono prevalentemente tratte¹⁵. Inoltre, appunto perché si tratta di una questione di interpretazione, i criteri di ermeneutica utilizzabili a tal fine non possono essere che quelli ammessi nell'ordinamento cui appartiene la norma da interpretare.

La qualificazione della fattispecie concreta – cioè l'individuazione dei caratteri giuridici della stessa ai fini del suo incasellamento nella norma di conflitto pertinente – secondo la *lex fori* era, invece, diretta conseguenza dell'interpretazione prevalente del sistema previgente, la quale, ispirata ai postulati «positivistici» – all'epoca dominanti – dell'esclusività e universalità dell'ordinamento giuridico dal cui punto di vista ci si pone, assegnava al diritto internazionale privato l'unica funzione di individuare quale ordinamento straniero, tra i vari che ipoteticamente potevano venire in considerazione per la disciplina di situazioni con elementi di estraneità rispetto all'ordinamento del foro, dovesse essere applicato¹⁶.

¹⁵ V. ZICCARDI, *Introduzione critica al diritto internazionale*, I, *Diritto internazionale privato*, Milano, 1956, p. 47 ss.; SPERDUTI, *Le qualificazioni in diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1965, p. 393 ss., spec. p. 398 ss. e 404 ss.; BARILE G., *Lezioni di diritto internazionale privato*², Padova, 1980, p. 83 ss.

¹⁶ Conseguentemente, erano considerate propriamente norme di diritto internazionale privato unicamente quelle che svolgevano tale funzione, e, segnatamente, quelle contenute nelle citate disposizioni preliminari al codice civile e al codice della navigazione. Viceversa, erano ritenute estranee alla materia le norme sulla competenza giurisdizionale, le quali, per loro natura, non svolgono alcuna funzione di rinvio ma fissano i limiti alla giurisdizione dei giudici del foro. Infine, l'efficacia in Italia delle sentenze e, quanto agli effetti esecutivi, degli atti pubblici stranieri era subordinata all'emissione di una sentenza italiana attraverso cui, con modalità funzionalmente analoghe a quelle della norma di diritto internazionale privato, si attribuiva giuridicità alla norma concreta straniera.

Il rinvio, attraverso i criteri di collegamento posti dalla norma di conflitto, all'ordinamento straniero competente, conferiva alle relative norme materiali il carattere di giuridicità di cui altrimenti erano sprovviste¹⁷.

Poiché, dunque, il diritto straniero assumeva il carattere della giuridicità solo dopo il rinvio a esso operato dalla norma di conflitto, e poiché il momento della qualificazione è logicamente anteriore all'operare di detto rinvio, era giocoforza concludere che l'unico ordinamento disponibile per risolvere il problema fosse quello della *lex fori*, anche quando la fattispecie presentasse elementi di contatto con ordinamenti stranieri.

La tesi della qualificazione *lege fori* della fattispecie concreta risulta sostenuta in dottrina anche dopo l'entrata in vigore della legge 218/95¹⁸.

Tuttavia, l'opportunità di procedere alla qualificazione *lege causae*, cioè alla stregua dei principi giuridici e dei canoni interpretativi propri dell'ordinamento giuridico con cui la fattispecie concreta si presenta collegata, peraltro autorevolmente sostenuta già nel vigore delle preleggi¹⁹, appare oggi sorretta, in generale, dall'abbandono da parte del legislatore della riforma dei postulati «positivistici» dell'esclusività e dell'universalità dell'ordinamento dal cui punto di vista ci si pone, e dall'accoglimento di principi «istituzionistici», basati sui diversi presupposti della giuridicità delle valutazioni straniere indipendentemente dal richiamo, a opera delle norme di diritto internazionale privato, dell'ordinamento di cui fanno parte e della piena idoneità di dette

¹⁷ V., per tutti, MORELLI, *op. ult. cit.*, p. 11 ss.

¹⁸ V. BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma*, cit., p. 223 s.; MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, cit., p. 98 ss.; CONETTI, *Titolo III, Capo I, Disposizioni generali*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma*, cit., p. 39 ss., a p. 50.

¹⁹ V. QUADRI, *Analyse critique du problème des qualifications*, originariamente pubblicato in *Al Qanoun wal Bqtisad*, Le Caire, 1953, ora in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 469 ss., spec. p. 495 ss. e p. 520 ss.; ID., *Lezioni*, cit., p. 325 ss., spec. p. 332 ss.

norme a funzionare anche nei confronti dell'ordinamento cui esse appartengono²⁰.

Ne sono indici, fra altri, l'art. 1 della legge di riforma che assegna alle norme di conflitto il compito di porre «i criteri per l'individuazione del diritto applicabile» (senza distinguere tra diritto straniero e diritto italiano), l'art. 13 della stessa legge, che, consentendo di applicare l'ordinamento straniero richiamato solo se lo stesso si ritiene competente a disciplinare il caso concreto, valorizza la funzione delimitativa del diritto internazionale privato, il successivo art. 15, che espressamente richiama i criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo della legge straniera, nonché le frequenti indicazioni di competenza della legge italiana (si vedano, a esempio, l'art. 14 n. 2, l'art. 16 n. 2, l'art. 17 e l'art. 19 n. 2)²¹.

L'impostazione accolta vale a risolvere il problema della legge applicabile a fenomeni, quali le società in formazione (intendendosi con tale espressione tanto le fattispecie di costituzione a formazione progressiva – quali, a esempio, il nostro procedimento di costituzione per pubblica sottoscrizione – quanto gli atti o contratti preliminari aventi per unico scopo la creazione di obblighi tra le parti al fine di costituire una società²² – c.d. *pacta de condenda universitate*) e le società irregolari (cioè quelle fattispecie mancanti dei requisiti di pubblicità e/o di forma affinché possano essere considerate società perfettamente costituite²³), la cui riconduzione

²⁰ COSÌ, STARACE, *L'impegno scientifico, didattico e giudiziario di Francesco Capotorti*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, II, *Diritto dell'Unione europea, Diritto internazionale privato, Diritto pubblico*, Milano, 1999, p. XI ss., spec. p. XIII.

²¹ Per qualche cenno in proposito, v. SALERNO CARDILLO, DAMASCELLI, *Régime matrimonial, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, sous la direction de Verwilghen, *Partie spéciale*, II, *Chapitre X - Italie*, Bruxelles, 2003, p. 1523 ss., spec. p. 1535 s. e nota 16.

²² La definizione è ripresa da GIULIANO, LAGARDE, *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *G.U.C.E.*, n. C 282 del 31 ottobre 1980, p. 1 ss., a p. 12.

²³ V., a esempio, l'art. 2297 cod. civ.

alla normativa di conflitto in materia di enti giuridici o in materia di obbligazioni contrattuali era discussa nel sistema previgente. L'operatività dell'art. 25, infatti, dipenderà dalla qualificazione operata dalla *lex societatis*. Va rilevato, infatti, che numerosi ordinamenti apprestano una disciplina speciale per tali casi, volta a stabilire specifici regimi di responsabilità a carico dei promotori o dei soggetti che hanno agito in nome della società in corso di formazione o irregolare, talvolta unitamente alla stessa società costituenda, nella sua forma embrionale, o all'ente definitivamente sorto se ratifica le operazioni precedenti. In conseguenza, ove la *lex causae* qualifichi tali fattispecie come aventi natura *societaria*, salvo il funzionamento del meccanismo del rinvio²⁴, dovrà farsi applicazione della legge dello Stato dove si perfezionerà (o si sarebbe dovuto perfezionare) il procedimento di formazione della società. Ove, invece, dovesse prevalere, secondo la medesima *lex causae*, una qualificazione contrattuale delle fattispecie in considerazione, la legge regolatrice di tali fattispecie sarà designata sulla base della disciplina di conflitto in materia di obbligazioni contrattuali²⁵.

²⁴ V. *infra* il par. 4 del presente Capitolo.

²⁵ Cfr. LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 147 s., secondo cui, con riferimento alle società irregolari, il problema «consiste nel riuscire a qualificare una situazione giuridica non ancora definita in base alla legge presumibilmente applicabile se invece fosse tale», anche se, secondo i medesimi autori, «la qualificazione di tali fattispecie nel senso di ricondurle al contesto societario piuttosto che a quello puramente negoziale o rappresentativo, se affidata alla legge destinata a disciplinare il futuro ente cui ineriscono, implica una coerenza normativa nella regolamentazione dei rapporti che intercorrono tra la situazione di pre-incorporazione e quella di incorporazione avvenuta, consentendo il rispetto dei principi posti a tutela dell'affidamento». Anche in questo argomento riecheggia una delle obiezioni di carattere *logico* mosse dalla dottrina tradizionale al metodo della qualificazione *lege causae* (cfr. *supra* il par. 6 del Capitolo I). Va rilevato, invece, che quest'ultimo metodo (che attualmente si impone, come detto, sulla scorta delle opzioni di fondo della legge di riforma) comporta la necessità di tenere conto del modo di qualificare la fattispecie da parte dell'ordinamento che si presenta connesso con la fattispecie, il quale non necessariamente coincide con l'ordinamento che disciplinerebbe la società in caso di sua regolare costituzione. Inoltre, occorre sottolineare che, in caso di qualificazione contrattuale delle fattispecie in considerazione, l'applicazione della

2. *La legge applicabile alle società la cui costituzione non richiede l'intervento di un organo pubblico e/o l'iscrizione in pubblici registri*

Nella formulazione letterale del criterio di collegamento di cui all'art. 25 n. 1, primo periodo, appare verosimile che il legislatore della riforma, facendo riferimento al «procedimento» di costituzione della società, abbia tenuto presente il procedimento di costituzione delle società di capitali scandito, al momento dell'entrata in vigore della legge, dalla sequenza consistente nella stipula dell'atto pubblico costitutivo, nell'omologazione da parte del Tribunale e, infine, nell'iscrizione presso il competente Registro delle imprese²⁶; formalità, queste, il cui esatto adempimento costituiva, per il nostro ordinamento, presupposto per la «nascita» nel mondo giuridico della società in considerazione²⁷.

disciplina di conflitto in materia di contratti, e cioè della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, discende *di per sé* dall'art. 1 della Convenzione medesima e non, come sembrano ritenere gli autori citati (v. p. 148), dal rinvio *in ogni caso* alle norme uniformi disposto dall'art. 57 della legge di riforma: sul punto, sia consentito rinviare a DAMASCELLI, *Il rinvio «in ogni caso» a convenzioni internazionali nella nuova legge sul diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 78 ss.

²⁶ Com'è noto, il controllo di legalità di cui era investito il Tribunale secondo il dettato originario dell'art. 2330 cod. civ. è ora rimesso (dapprima a séguito delle modifiche introdotte a detta disposizione dall'art. 32 n. 2 della legge 24 novembre 2000 n. 340, attualmente in base alla formulazione definitiva della citata norma codicistica scaturita dalla riforma delle società), in via esclusiva al notaio rogante l'atto costitutivo. Residua una competenza del Tribunale per l'omologazione di quelle deliberazioni assembleari verbalizzate da notaio e rispetto alle quali il pubblico ufficiale non ritenga adempiute le condizioni stabilite dalla legge (v. l'originario art. 2411 cod. civ., nel testo modificato dalla suddetta legge 340/2000, e, attualmente, il nuovo testo dell'art. 2436, comma 3, cod. civ.).

²⁷ Si badi che con quanto affermato nel testo non si vogliono rimettere in discussione le conclusioni raggiunte nel paragrafo precedente circa l'interpretazione e le modalità di funzionamento del criterio di collegamento impiegato dalla nuova norma di conflitto; si vuole semplicemente sottolineare come la *scrittura* della norma abbia subito l'influenza delle modalità con cui la costituzione delle società di capitali era ed è disciplinata in Italia.

Il funzionamento del nuovo criterio di collegamento non presenta problemi di rilievo con riferimento a quelle fattispecie societarie il cui *iter* costitutivo si completa in modo analogo a quello appena descritto o, comunque, con l'adempimento di formalità pubblicitarie, sia pure senza valore costitutivo²⁸; in tali casi, infatti, la legge applicabile sarà quella dell'ordinamento nel cui territorio è stata eseguita l'iscrizione nei registri commerciali.

Non può escludersi, tuttavia, che vi siano ipotesi normative in cui la società venga a esistenza a séguito della sola sottoscrizione del relativo atto costitutivo, senza che occorra l'espletamento di alcun genere di formalità ulteriore²⁹.

Rispetto a fattispecie del genere deve porsi, preliminarmente, il problema della loro sussumibilità nell'art. 25 della legge di riforma. Potrebbe sostenersi, infatti, che la presenza o meno di un «procedimento» di costituzione della società costituisca lo spartiacque tra fattispecie ricomprese nell'ambito di applicabilità sog-

²⁸ Si pensi alle società personali commerciali per le quali, nel nostro come in altri ordinamenti, la prescritta iscrizione nel competente registro è condizione per la completa applicazione della relativa disciplina: quanto al nostro ordinamento, v., per le società in nome collettivo, il combinato disposto degli articoli 2296, comma 1, e 2297 cod. civ., e, per le società in accomandita semplice, il combinato disposto degli articoli 2315 e 2317 cod. civ.; per gli ordinamenti stranieri, v. le opere citate alla nota 67 del Capitolo I.

²⁹ A nostro avviso, il caso è raro, almeno in pratica. A ben vedere, infatti, per entrambi gli esempi di casi siffatti normalmente adottati dalla dottrina e tratti dall'ordinamento italiano, esistono disposizioni normative che prescrivono formalità pubblicitarie: v., per la società semplice, l'art. 7 n. 2, lett. a), n. 9), del d.p.r. 7 dicembre 1995 n. 581, portante regolamento di attuazione del Registro delle imprese ai sensi dell'art. 8 legge 29 dicembre 1993 n. 580, che richiede l'iscrizione di dette società in una sezione speciale del Registro; nonché, per la società tra avvocati, disciplinata dagli articoli 16 ss. del d.lgs. 2 febbraio 2001 n. 96, l'art. 16 numeri 2 e 4 del citato decreto che ne dispongono l'iscrizione in una sezione speciale del Registro delle imprese e, rispettivamente, in una sezione speciale dell'albo degli avvocati (diverso il discorso per le società tra ingegneri, previste dall'art. 17 n. 6 della legge 11 febbraio 1994 n. 109, le quali devono costituirsi secondo uno dei tipi previsti dal codice civile e, pertanto, sottostanno alle formalità pubblicitarie prescritte per queste ultime). Per un'indagine comparatistica, v., ancora una volta, le opere citate alla nota 67 del Capitolo I. *Adde* DE DONNO SFORZA, *Società, X) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993; *Id.*, *Società, X) Diritto comparato e straniero (postilla di aggiornamento)*, *ivi*, 2001.

gettiva della norma in esame, e fattispecie in cui la prevalenza dell'elemento contrattuale ne determina l'attrazione nell'orbita della disciplina internazionalprivatistica sulle obbligazioni contrattuali. L'opzione, dubitativamente prospettata in dottrina³⁰, va scartata, in quanto contraddetta dall'ampia e onnicomprensiva definizione della categoria astratta contemplata dall'art. 25 n. 1, primo periodo, che non autorizza a introdurre distinzioni nella fattispecie a seconda del maggior o minor grado di organizzazione³¹ della società in considerazione, e dalla circostanza che, essendo la valutazione della fattispecie concreta rimessa alla *lex causae*, ove quest'ultima le attribuisca natura societaria, l'indicazione rimane vincolante per l'interprete³².

³⁰ V. LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 144, dove si afferma che «il problema può (...) porsi per quelle situazioni di confine tra l'ambito contrattuale e quello societario, in particolare quando, nel caso si profili quest'ultima ipotesi, non siano comunque previste forme specifiche di costituzione o di pubblicità», e p. 147 s., dove, pur ammettendo che «la formulazione dell'art. 25 risulterebbe essere alquanto contraddittoria» se il criterio del «perfezionamento costitutivo» rilevasse come «formale discriminante» tra fattispecie «che presentano una connotazione istituzionistica e quelle invece caratterizzate dall'elemento contrattualistico», si confessa l'impossibilità, in mancanza di «prassi interpretativa» di «trarre delle conclusioni definitive» e si avanza l'ipotesi dell'applicabilità della citata Convenzione di Roma del 1980, in quanto applicabile *in ogni caso* in virtù dell'art. 57 della legge di riforma, «alla materia societaria non riconducibile all'art. 25».

³¹ Diversamente accade nel diritto internazionale privato svizzero dove proprio l'elemento dell'organizzazione costituisce la scriminante tra fattispecie rimesse alla norma di conflitto in materia societaria e fattispecie regolate dal diritto applicabile ai contratti: v. art. 150 n. 2 della citata legge federale svizzera sul diritto internazionale privato (LDIP) del 18 dicembre 1987.

³² Nella prospettiva di LUZZATTO, AZZOLINI, *op. loc. ult. cit.*, si rileva che, tanto applicando l'art. 25 della legge di riforma, quanto applicando la normativa di conflitto in materia di obbligazioni contrattuali, la legge designata «finirebbe nella pratica il più delle volte per coincidere (...), trattandosi, in ultima analisi, del diritto al quale le parti, raffigurabili come soci o come contraenti, fanno riferimento per regolamentare le proprie posizioni reciproche». Ci sia consentito dissentire da quest'ultima affermazione. Infatti, l'asserita applicabilità della disciplina internazionalprivatistica sui contratti porta con sé la necessità di considerare vincolante per l'operatore la scelta di legge effettuata dalle parti, che, stante il modo di disporre dell'art. 3 della Convenzione di Roma, potrebbe dirigersi anche verso un ordinamento che non presenta alcun contatto con la fattispecie da regolare. Di ciò si sono resi conto gli autori citati, che subordinano l'applicabilità della *lex contractus* alla circostanza

Ciò detto, rispetto alle società *de quibus*, bisogna evitare la tentazione di leggere l'art. 25 n. 1, primo periodo, della legge di riforma come riferentesi alla *lex loci actus*, cioè alla legge del luogo in cui è stato posto in essere l'atto costitutivo della società, conclusione a cui potrebbe giungersi argomentando che in tale luogo il procedimento di costituzione si è perfezionato *uno acto*.

Infatti, come si crede di aver dimostrato nel paragrafo precedente, l'art. 25 n. 1, primo periodo, designa quale legge regolatrice della società non già la legge dello Stato «nel cui territorio» l'atto costitutivo della società è stato posto in essere ma la legge dello Stato per effetto della quale può dirsi perfezionato il procedimento di costituzione, cioè la legge che, tramite le sue valutazioni, abbia effettivamente provveduto alla costituzione come società di una determinata formazione sociale.

Pertanto, l'applicazione della legge dello Stato nel cui territorio si è costituita la società sarà subordinata alla verifica che essa sia quella che ha «incorporato» la società e si reputi, in conseguenza, competente a disciplinarla.

Ove l'indagine dovesse dare esito negativo occorrerà stabilire se, tra gli ordinamenti che presentano collegamenti significativi con la fattispecie in considerazione, ve ne sia uno che abbia effettivamente provveduto alla «incorporazione» della società, con conseguente applicazione della relativa normativa sostanziale.

Potrebbe accadere, tuttavia, che più di un ordinamento, ciascuno dal suo punto di vista, si consideri applicabile; in tal caso, la

che «nel caso la fattispecie venga qualificata come formazione societaria, l'ordinamento indicato si reputi competente a disciplinarla». Ora, delle due l'una: o la qualificazione, da operarsi, come si è detto, secondo la *lex causae*, riconosce alla fattispecie concreta la natura di «società», e allora non v'è luogo affatto all'applicazione della norma di conflitto in materia di contratti; ovvero detta qualificazione attribuisce natura contrattuale alla fattispecie medesima, e allora la Convenzione di Roma sarà applicabile senza limiti di sorta. Si vedano, in proposito, anche le considerazioni svolte *supra* alla nota 25 e nel passo corrispondente del testo. Alla volontà delle parti potrà attribuirsi una funzione, ma solo nei limiti che saranno chiariti oltre nel testo.

legge regolatrice della società sarà quella dell'ordinamento che presenta il «collegamento più stretto» con la fattispecie concreta³³.

Il ricorso al criterio del collegamento più stretto per l'individuazione della legge applicabile ci pare giustificato dal largo impiego fattone dal legislatore della riforma³⁴, al punto da poterlo considerare ormai «un principio immanente nella nuova legge»³⁵,

³³ Anche secondo BENEDETTELLI, *op. cit.*, p. 1127 ss., il metodo del collegamento più stretto è un possibile criterio per la soluzione del problema del concorso tra leggi applicabili. Esso, tuttavia, viene considerato come criterio residuale: infatti, in primo luogo, «accertato che le *leges societatis* in concorso vogliono tutte applicarsi al caso di specie», «dovrà ritenersi legittimo far prevalere», sulla disciplina derogabile dettata da una di esse, «quella, in ipotesi di natura imperativa, dettata per lo stesso ente da un altro ordinamento che si ritiene competente»; in secondo luogo, «qualora le *leges societatis* vogliono tutte applicarsi nella fattispecie concreta con disposizioni di natura imperativa», prevarranno quelle norme che abbiano natura di norme di applicazione necessaria o che siano «qualificate dall'ordinamento di appartenenza (...) come di 'ordine pubblico' (internazionale)»; in subordine, quando «tutte le leggi in concorso si presentano su un piano di parità sotto il profilo indicato», sarà privilegiato l'ordinamento «del luogo in cui ha sede l'amministrazione dell'ente o in cui si trova il suo oggetto principale», valorizzando «la *ratio* della disposizione posta in fine del primo comma dell'art. 25»; subordinatamente ancora, «nel caso in cui non possa funzionare» il criterio appena esposto, «entrerà in rilievo» il criterio del collegamento più stretto. A parte le *notevoli* difficoltà pratiche derivanti dall'applicazione di tale soluzione (riconosciute dallo stesso BENEDETTELLI, *op. cit.*, p. 1134), il punto di debolezza della ricostruzione in esame sta nell'ammettere, del resto coerentemente con l'impostazione generale accolta dall'a. nell'interpretazione dell'art. 25 (v. *supra* le note 73 e 75 del Capitolo I), che la legge applicabile alla società possa essere un *ibrido*, composto di spezzoni di disciplina tratti da ordinamenti diversi. Come si vedrà nel Capitolo IV, una delle significative innovazioni della legge di riforma, segno della mutata impostazione generale del nuovo sistema, è rappresentata dal ripudio del c.d. cumulo di leggi, perseguito, attraverso il particolare modo di disporre dell'art. 25 n. 3, anche in materia societaria. La soluzione da noi proposta, oltre ad apparire più *semplice* nella sua applicazione pratica, pare maggiormente aderente al dato normativo, che vuole la società regolata, in principio, da una e una sola legge, e risulta coerente con il disfavore mostrato dal legislatore verso l'applicazione cumulativa delle leggi in considerazione.

³⁴ V. gli articoli 18 n. 2, 19 n. 2 e, per un'applicazione in ambito familiare, gli articoli 29 n. 2, 30 n. 1, 31 n. 1 e 38 n. 1 della legge di riforma. Il criterio del collegamento più stretto era noto al nostro sistema di conflitto ancor prima dell'entrata in vigore della legge 218/95: v. l'art. 4 n. 1 della citata Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, in vigore per l'Italia dal 1° aprile 1991 e l'art. 834, comma 1°, cod. proc. civ., introdotto dalla legge 5 gennaio 1994 n. 25.

³⁵ L'espressione è di CLERICI, *Articolo 19*, in *Riforma del sistema italiano*, cit., p. 997 ss., a p. 1003.

e appare suffragato, con particolare riguardo al caso di società che si presentano appartenenti a più ordinamenti, dalla circostanza che il legislatore lo ha prescritto anche per la scelta della legge applicabile alle persone fisiche appartenenti a più Stati³⁶.

Tuttavia, la possibile pluralità degli elementi di contatto astrattamente rilevanti comporta per l'operatore giuridico una delicata opera di apprezzamento del peso specifico di tali elementi, nonché una inevitabile ampiezza dei suoi poteri discrezionali nella ricerca della più stretta e reale connessione tra la fattispecie in considerazione e un dato ordinamento³⁷, con ricadute negative sul piano della certezza del diritto e della prevedibilità della legge applicabile.

Con riferimento alla fattispecie che ci occupa, gli indici di fatto che possono venire in considerazione sono molteplici: così, a esempio, potrà farsi riferimento alla sede – statutaria o reale – della società, al luogo di svolgimento dell'attività di impresa, alla nazionalità dei soci stessi, nonché, nei limiti che si diranno, alla volontà delle parti.

Non sembra azzardato, tuttavia, tentare di ricostruire una *gerarchia* degli indici in considerazione, dando rilievo a quegli elementi della fattispecie che il legislatore della riforma ha considerato collegamenti con il nostro ordinamento di intensità tale da giustificare l'applicazione unilaterale alla società della legge italiana: ci si riferisce, precisamente, alla «sede amministrativa» della

³⁶ Vale la pena di precisare che, per la soluzione del problema in esame, non è proponibile l'applicazione analogica dell'art. 19 n. 2 della legge di riforma, in quanto, come si è chiarito a suo tempo (v. *supra* il par. 7 del Capitolo I), nell'attuale sistema non è più possibile parlare, in senso proprio, di *nazionalità* delle società. Ne segue che nel caso in cui tra i diversi ordinamenti che si reputano competenti a disciplinare la società in considerazione vi sia quello italiano, la legge applicabile non sarà *automaticamente* quella di quest'ultimo, come stabilisce per i pluricittadini l'art. 19 n. 2, secondo periodo, ma dovrà essere individuata secondo i criteri suggeriti nel testo.

³⁷ Sul punto, v. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*², Bari, 2000, p. 86 s.

società e al luogo dove si trova «l'oggetto principale» della stessa, la cui presenza in Italia, secondo il disposto dell'art. 25 n. 1, secondo periodo, rende applicabile alla società, appunto, la legge italiana³⁸. In altri termini, a nostro avviso, l'interprete dovrà rivolgersi, in prima battuta e in via preferenziale, all'ordinamento della sede amministrativa e a quello in cui è localizzato l'oggetto principale della società, considerati su un piano di parità. Ove risulti che uno solo di tali ordinamenti abbia provveduto all'«incorporazione» della società, la ricerca dovrà arrestarsi, con la conseguente applicazione della relativa legge sostanziale. Se, invece, entrambi gli ordinamenti valutano come *propria* la società in questione, la scelta tra i due avverrà prendendo in considerazione la volontà dei soci di considerare costituito l'ente secondo un dato ordinamento³⁹.

Ove, poi, né l'ordinamento della sede amministrativa né quello in cui è localizzato l'oggetto principale della società si considerassero competenti a regolare la società, dovrà optarsi, tra gli ordinamenti a cui conducono gli altri elementi di fatto sopra indicati, per quello che riconosca una qualificazione *societaria* alla fattispecie; anche in questo caso, l'eventuale concorso tra più ordinamenti sarà

³⁸ Sul significato delle espressioni «sede amministrativa» e «oggetto principale» della società nonché sui problemi a cui dà luogo la norma richiamata nel testo e sui limiti di applicabilità della legge italiana, v. *amplius* il paragrafo che segue. La possibilità di ricorrere a detti contatti è sostenuta, ma, come si è visto, in una prospettiva radicalmente differente, da BENEDETTELLI, *op. cit.*, p. 1131.

³⁹ Elementi utili a tal fine potranno essere il riferimento, nell'atto costitutivo, a un «tipo» sociale proprio di uno degli ordinamenti in presenza, o la riproduzione, nelle clausole statutarie, di norme materiali di una delle leggi in considerazione, o, ancora, la lingua impiegata per redigere l'atto fondativo dell'ente, o, infine, la presenza in esso di una clausola di elezione della legge regolatrice. In relazione a quest'ultima eventualità, vale la pena di chiarire come, in nessun caso, l'*optio legis* inserita nell'atto costitutivo della società possa valere, *di per sé*, a rendere applicabile la legge scelta: nella ricostruzione proposta, infatti, la volontà delle parti non assume affatto la funzione di criterio di collegamento, ma solo quella di indice rivelatore indiretto dell'intenzione dei soci di *collocare* la società in un determinato ambiente giuridico e serve come criterio *di fatto* per dirimere il concorso tra ordinamenti nelle ipotesi indicate nel testo.

risolto facendo ricorso alla volontà delle parti nel senso sopra esposto.

Nel caso limite, infine, in cui nessun ordinamento dovesse qualificare come *societaria* la fattispecie in esame, non si potrà che concludere per l'*inesistenza* della società e rivolgersi ad altra norma di conflitto del foro per la designazione della legge applicabile ai rapporti tra le parti e nei confronti dei terzi⁴⁰.

3. *L'applicazione della legge italiana alle società aventi la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale in Italia disposta dall'art. 25 n. 1, secondo periodo, della legge di riforma*

Come accennato, l'art. 25 n. 1 della legge di riforma, dopo aver designato, al primo periodo, la legge dello Stato di «incorporazione» quale legge regolatrice della società, prescrive, al secondo periodo, l'applicazione della legge italiana quando «la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale» della società.

La norma ricalca, quasi alla lettera, le espressioni impiegate dall'abrogato art. 2505 cod. civ. per definire i collegamenti rilevanti col nostro ordinamento che giustificano l'applicazione della legge italiana⁴¹.

In proposito, possono riprendersi le conclusioni a cui si era pervenuti nella vigenza di quest'ultima norma. Così, per «sede dell'amministrazione» dovrà intendersi il luogo da cui provengono gli impulsi volitivi inerenti all'attività dell'ente, «vale a dire il complesso degli atti di formazione della volontà sociale a mezzo di organi cui è demandato istituzionalmente tale compito»⁴²; essa

⁴⁰ Potrà trattarsi, a seconda dei casi, della norma di conflitto in materia di obbligazioni contrattuali o di quella relativa alla responsabilità per fatto illecito.

⁴¹ Con l'unica, irrilevante, differenza che la vecchia disposizione faceva riferimento, più precisamente, all'«oggetto principale dell'impresa».

⁴² Così, Trib. Genova 31 marzo 1967, *Rizzuto c. Amm. Tesoro e Amm. Finanze*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967, p. 802 ss., a p. 806. Sulla definizione di «sede

è, dunque, la sede reale (o effettiva), della società, non necessariamente coincidente con la sede statutaria (o legale), cioè con quella formalizzata negli atti sociali (atto costitutivo e statuto)⁴³, a cui fa invece riferimento l'art. 25 n. 3 della legge di riforma. Quanto all'«oggetto principale», esso consiste nell'attività imprenditoriale prevalentemente svolta dalla società, con la duplice precisazione che non è sufficiente fare riferimento alle indicazioni contenute nello statuto, ma occorre accertare le concrete modalità di attuazione dell'oggetto sociale, e che, specialmente in caso di oggetto sociale complesso o di attività svolta in più Stati, non basta che la società svolga la sua attività in via continuativa in Italia, ma occorre anche che l'attività in Italia sia quella prevalente, secondo un giudizio di fatto basato su criteri non solo quantitativi, ma anche qualitativi⁴⁴.

Occorre stabilire, a questo punto, quale sia l'ampiezza di applicazione del nostro diritto al manifestarsi dei contatti sopra indicati.

Come già si è avuto modo di accennare, l'attuale sistema internazionalprivatistico contempla numerose disposizioni che attribuiscono competenza alla legge italiana nel suo complesso, ovvero

amministrativa», v., inoltre, Trib. Roma 2 maggio 1963, *Fragiacomo c. Soc. Zauberberg*, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 698 ss., con nota redazionale, secondo cui «la sede dell'amministrazione (...) è il luogo ove la società, come soggetto autonomo di diritto, svolge la sua vita sociale, attraverso l'esplicazione delle funzioni proprie degli organi che la compongono».

⁴³ V., in dottrina, CAPOTORTI, *La nazionalità*, cit., p. 214; SIMONETTO, *Delle società, Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero od operanti all'estero, Art. 2498-2510*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1965, p. 221 ss.; BALLARINO, *La società per azioni*, cit., p. 62 s.; BENEDETTELLI, *op. cit.*, p. 1136; e, in giurisprudenza, Cass. 10 dicembre 1974 n. 4172, *Fragiacomo c. Soc. An. Zauberberger Achiengesellschaft e Chiais*, in *Dir. fall.*, 1975, II, p. 729 ss., con nota redazionale, secondo cui, per la verifica della sussistenza dei collegamenti indicati dall'abrogato art. 2505 «occorre avere riguardo alla realtà effettiva, e non fermarsi alle risultanze degli atti ufficiali, che a tale realtà potrebbero non corrispondere» (p. 730; la sentenza è pubblicata anche in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 545 ss. e in *Riv. not.*, 1975, p. 947 ss.).

⁴⁴ V., in dottrina, SIMONETTO, *op. cit.*, p. 224 ss., e, in giurisprudenza, le sentenze citate alle due note che precedono.

a singole norme o gruppi di norme della *lex fori*⁴⁵. Le motivazioni alla base delle scelte operate dal legislatore possono essere diverse e sono state variamente individuate in dottrina⁴⁶.

La soluzione del problema che ci occupa dipende dalla natura da attribuire all'art. 25 n. 1, secondo periodo.

L'indagine deve principiarsi dall'esegesi del testo dell'art. 25 n. 1 e, in particolare, dal valore da attribuire alla congiunzione avversativa contenuta al secondo periodo, valore da cui dipende il rapporto esistente tra i due periodi di cui si compone la norma.

⁴⁵ V., oltre ai citati articoli 14 n. 2, 16 n. 2, 17 e 19 n. 2, gli articoli 12, 26, 31 n. 2, 38 n. 1, seconda frase, 43 e 46 n. 2.

⁴⁶ L'applicazione della legge italiana può essere disposta per evitare il c.d. «cumulo di leggi», come nel caso dell'art. 26 della legge di riforma che dichiara applicabile la legge italiana alla promessa di matrimonio quando i nubendi non abbiano la medesima nazionalità (v. PAGANO, *op. cit.*, p. 225 s.); o essere l'*extrema ratio* per la soluzione di problemi di carattere generale, come nel caso degli articoli 14 n. 2 e 16 n. 2, in materia di conoscenza del diritto straniero applicabile e, rispettivamente, di ordine pubblico internazionale; può dipendere dall'accoglimento del c.d. «metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori*», come per l'articolo 38 n. 1, seconda frase, che dichiara applicabile la legge italiana nei casi in cui venga «richiesta al giudice italiano l'adozione di un minore, idonea ad attribuirgli lo stato di figlio legittimo» [la citata disposizione costituisce la generalizzazione di una soluzione di conflitto già sancita dalla legge 4 maggio 1983 n. 184, su cui v., per tutti, CANNONE, *Aspetti problematici dell'applicazione della legge italiana al minore straniero in Italia (Art. 37 l. 4 maggio 1983 n. 184)*, in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, I, Bari, 1995, p. 45 ss.], o per l'art. 43, nella parte in cui, a determinate condizioni, consente al giudice italiano di adottare le misure di protezione dell'incapace maggiore di età previste dalla legge italiana (così, PICONE, *La riforma italiana*, cit., p. 152 ss.); o derivare dal funzionamento di norme di conflitto unilaterali, come nel caso dell'art. 12 sulla legge regolatrice del processo; ovvero, infine, può discendere dall'estrinsecazione di un principio di ordine pubblico positivo (così, per CONETTI, *Art. 31*, in *Legge 31 maggio 1995 n. 218*, cit., p. 1181 e nota 7, in relazione agli articoli 31 n. 2, in materia di separazione personale e scioglimento del matrimonio, e 46 n. 2, ultima frase, in materia di protezione dei diritti dei successibili legittimari) o implicare l'attribuzione del carattere di applicazione necessaria a determinate norme materiali [v. BALLARINO, *Sul progetto di riforma*, cit., p. 27, secondo cui il citato art. 46 n. 2 è «un'esplicita norma di applicazione necessaria - o forse una norma di conflitto unilaterale»; diversamente, per CLERICI, *Articolo 46*, in *Riforma del sistema italiano*, cit., nota 40 a p. 1140, l'art. 46 n. 2 è «una norma c.d. materiale, che amplia l'efficacia dell'ordinamento italiano a scapito di quelli stranieri (come del resto l'art. 31 comma 2 e talune norme in materia di adozione)»].

Una prima lettura potrebbe condurre a ritenere che l'art. 25 n. 1, valutato nel suo complesso, consideri «appartenenti» all'ordinamento italiano, e, dunque, integralmente regolate dalla legge italiana, tanto le società il cui procedimento di costituzione si sia perfezionato in Italia, quanto le società che in Italia abbiano «la sede dell'amministrazione» o svolgano il loro «oggetto principale». In quest'ottica, la disposizione in esame assumerebbe il valore e la portata di una vera e propria norma di conflitto unilaterale; ne seguirebbe che la legge italiana dovrebbe essere applicata, nella fattispecie in esame, nella sua interezza, con l'ulteriore conseguenza che ove la società fosse stata «incorporata» all'estero secondo la legge ivi vigente, dovrebbe, quanto meno, adottare uno statuto in tutto conforme al nostro diritto.

Ma, una più attenta valutazione degli elementi a disposizione dell'interprete guida verso una diversa conclusione. A nostro avviso, infatti, l'art. 25 n. 1, secondo periodo, presuppone il funzionamento della regola generale contenuta nel primo. In altri termini, con la prima norma di cui si compone l'art. 25 n. 1, il legislatore pone la regola generale secondo cui alla società è applicabile la legge dello Stato nel cui territorio si è perfezionato il procedimento di costituzione; con la seconda, sul presupposto che tale procedimento si sia perfezionato all'estero e, dunque, che la società sia regolata da una legge straniera, il legislatore dà rilievo alla legge italiana, la cui considerazione sarebbe esclusa dal funzionamento della regola generale.

A supporto di questa interpretazione, possono addursi due argomenti: uno in negativo, l'altro in positivo. Il primo argomento è fornito dalla formulazione letterale della nuova disposizione, la quale contiene due differenze, e non di poco momento, rispetto alla norma che ne costituisce il precedente: precisamente, l'art. 25 n. 1, secondo periodo, non prescrive più la soggezione della società «a tutte le disposizioni della legge italiana», né richiede che quest'ultima venga in rilievo per la valutazione dei «requisiti di validità dell'atto costitutivo»; ciò suggerisce che la legge italiana non pre-

tenda né di regolare *integralmente* la società «straniera», né di volerne la «ricostituzione» in conformità al nostro diritto societario⁴⁷. In positivo, deve rilevarsi che l'art. 7 n. 2 del citato d.p.r. 7 dicembre 1995 n. 581, richiede l'iscrizione presso il competente Registro delle imprese⁴⁸, sia delle società costituite secondo uno dei tipi disciplinati dal diritto societario italiano⁴⁹, sia delle «società che sono soggette alla legge italiana ai sensi dell'art. 25» della legge di riforma [lett. a), n. 7)]; ciò dimostra che queste ultime non sono tra quelle considerate «appartenenti» al diritto italiano, ma conservano la natura di società «straniere»⁵⁰, sia pure, *in certa misura*, soggette alla legge italiana.

In definitiva, alla designazione della legge applicabile è funzionalmente diretta solo la norma, di cui al primo periodo dell'art. 25 n. 1⁵¹; mentre, la norma di cui al secondo periodo della medesima disposizione, nel caso in cui la legge designata sia una legge straniera e in presenza degli indicati contatti col nostro territorio,

⁴⁷ V. BENEDETTELLI, *op. cit.*, p. 1135.

⁴⁸ Che sarà quello territorialmente competente in base al luogo in cui è situata la sede amministrativa, ovvero al luogo in cui viene prevalentemente esercitata l'attività d'impresa.

⁴⁹ E, precisamente, delle società commerciali di cui all'art. 2200 cod. civ. [lett. a), n. 2)] e delle società semplici di cui all'art. 2251 cod. civ. [lett. a), n. 9)].

⁵⁰ V. BENEDETTELLI, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui, inoltre, l'art. 25 n. 1, secondo periodo, «prevedendo che la legge italiana si applica a 'tali' enti (...) si riferisce agli stessi enti individuati dal periodo precedente, e cioè ad enti 'disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio si è perfezionato il procedimento di costituzione'». A nostro avviso, l'argomento non è forte, potendosi ritenere che con la locuzione «tali enti» la norma in esame abbia voluto riferirsi ai soggetti giuridici contemplati dal primo periodo, e cioè «le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa».

⁵¹ *Contra* BAREL, *op. cit.*, p. 51, secondo cui le «società che abbiano in Italia la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale risultano assoggettate all'applicazione della legge italiana, quale legge regolatrice dell'ente, relativamente alle materie indicate al 2° co. dell'art. 25». L'a. non fornisce, però, motivazione e a p. 50 afferma, contraddittoriamente, che l'art. 25 n. 1, secondo periodo «sottopone alla legge italiana anche la società (si sottintende: costituita all'estero e quindi straniera secondo la regola generale) che abbia in Italia la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale (senza che ciò precluda l'applicaz. anche della legge straniera)».

fissa un limite al richiamo dei valori giuridici stranieri⁵², in considerazione del rilevante interesse dello Stato a regolamentare fenomeni, quali lo svolgimento in Italia di attività di impresa da parte di soggetti stranieri, che coinvolgono direttamente l'economia nazionale⁵³. Un limite ampio, come si desume dal richiamo *tout court* alla «legge italiana» e non solo a talune norme di essa, eventualmente qualificate per il loro oggetto o per il loro scopo, e coincidente con le norme di diritto civile in materia societaria inderogabili dall'autonomia dei privati⁵⁴.

⁵² Il modo di disporre dell'art. 25 n. 1, secondo periodo, della legge di riforma non costituisce una novità per il nostro ordinamento: v. STARACE, *La rappresentanza nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1962, p. 126 ss., il quale, con riferimento alla figura del rappresentante stabile dell'imprenditore o di società costituite all'estero che stabiliscano nel nostro territorio una o più sedi secondarie, rinviene dei limiti all'applicazione del diritto straniero negli articoli 2197, comma 3, cod. civ. e, rispettivamente, negli articoli 2506 (attuale 2508), comma 1, e 2508 (attuale 2509 *bis*) cod. civ. Sulle ultime due norme citate, v. *amplius* il par. 4 del Capitolo IV.

⁵³ Si noti che, alla luce dell'attuale disciplina di conflitto, non occorre distinguere tra il caso in cui la società abbia sin dall'origine in Italia la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'impresa da quello in cui li trasferisca nel territorio dello Stato successivamente alla sua costituzione secondo un ordinamento straniero, per riconnettersi una differente «ampiezza» quanto all'applicazione della legge italiana (completa nel primo caso, limitata alle norme imperative nel secondo). Infatti, la necessità della distinzione, giustificata alla luce dell'abrogato art. 2505 cod. civ. sulla cui scorta, a seconda delle impostazioni dottrinali, si ricostruiva, con il concorso dell'abrogato art. 2509 cod. civ., la nazionalità (italiana) della società (v. CAPOTORTI, *op. ult. cit.*, p. 215 ss.) o il criterio di collegamento bilaterale del luogo di costituzione della società (v. SANTA MARIA, *Le società*, cit., p. 179 ss.), viene meno con l'accoglimento del criterio dell'«incorporazione» disposto dall'art. 25 n. 1, primo periodo, della legge di riforma.

⁵⁴ V. SANTA MARIA, *Articolo 25*, cit., p. 1040 s., secondo cui l'art. 25 n. 1, secondo periodo, della legge di riforma renderebbe «applicabili (...), in aggiunta alle norme straniere richiamate, le norme materiali di ordine pubblico interno vigenti nelle legge societaria italiana», intese dall'a. quali norme di applicazione necessaria; MALATESTA, *In tema di legge regolatrice della responsabilità dell'unico azionista*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 945 ss., per il quale al verificarsi dei contatti di cui alla norma in esame «si applicano tutte le norme imperative dell'ordinamento italiano» (p. 953). Anche PICONE, *La riforma italiana*, cit., p. 116 s., ritiene che la competenza della legge italiana sia, in base alla norma in esame, «assai più limitata che in passato nei casi in cui la società o l'ente in causa abbia la 'sede dell'amministrazione' o il suo 'oggetto principale' in Italia», anche se non precisa in che

Possiamo venire, a questo punto, alle conseguenze applicative dell'impostazione accolta.

In particolare, se l'ordinamento che ha provveduto all'«incorporazione» della società consente che la società stessa abbia fin dall'origine (ovvero non ne dispone l'estinzione nel caso in cui questa trasferisca) in Italia la sede reale o la propria attività principale, deve ritenersi che la società «conserv(i) la sua realtà di soggetto»⁵⁵ acquisita secondo l'ordinamento giuridico straniero di «incorporazione», in base a un principio di continuità soggettiva dell'ente cui il nostro sistema già si ispirava nel vigore delle preleggi⁵⁶ e che è ora normativamente sancito dalla citata disposizione dell'art. 25 n. 3⁵⁷.

misura. Gli stessi, LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 149 s., dopo aver sostenuto che la norma in esame è «espressione dell'obbligo di sottoporre (...) integralmente alla legge italiana» le società che si trovino nelle situazioni dalla medesima indicate, ritengono «opportuno approfondire (...) l'incisività dell'applicazione del diritto italiano», senza fornire, però, indicazioni più precise. A parere di BENEDETTELLI, *op. cit.*, p. 1135 s., da un lato, le norme imperative italiane da prendere in considerazione «sono solo quelle che attengono alla disciplina dell'ente per questioni connesse alla sua amministrazione o al suo oggetto (...); dall'altro, tali norme intendono applicarsi solo agli atti degli organi amministrativi o alle attività concernenti l'oggetto 'principale' localizzati in Italia». Tuttavia, la limitazione, che porrebbe delicati problemi interpretativi nell'individuazione delle norme applicabili, pare sfornita di un adeguato sostegno positivo.

Naturalmente, saranno applicate alla società «straniera» le leggi italiane in materia di svolgimento dell'attività di impresa; tuttavia, ciò prescinde dalla ricorrenza dei collegamenti indicati dall'art. 25 n. 1, secondo periodo, ed esula dal discorso prettamente internazionalprivatistico trattandosi di norme di applicazione necessaria appartenenti, per lo più, al diritto pubblico: cfr. CAPOTORTI, *op. ult. cit.*, p. 219.

⁵⁵ Così, CAPOTORTI, *op. ult. cit.*, p. 216.

⁵⁶ V. PICONE, *Diritto internazionale privato delle società*, cit., p. 98 s.

⁵⁷ V. LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 150, per i quali l'applicazione del diritto italiano ai sensi dell'art. 25 n. 1, secondo periodo, non incide «sull'identità dell'ente, che mantiene quindi la sua origine straniera», in quanto «se interpretata in base al principio di continuità dell'esistenza delle società, la prevista applicazione necessaria del diritto italiano sembra di fatto richiedere all'ente di conformarsi, senza soluzione di continuità, alle prescrizioni nazionali in materia societaria», e p. 154, ove si afferma che, nel contesto del successivo n. 3, per «trasferimento» deve intendersi «implicitamente la continuità della persona giuridica, come la stessa espressione chiaramente implica»

In conseguenza, non sarà necessario procedere alla ricostituzione della società nel nostro ordinamento. Tuttavia, ferma restando l'applicabilità della *lex societatis* indicata dall'art. 25 n. 1, primo periodo, la società in questione sarà tenuta, sempre che ve ne sia bisogno, ad armonizzare il proprio statuto con le norme imperative della nostra legge, o, per lo meno, con quelle prescritte a pena di nullità⁵⁸. In mancanza, non resterà che concludere per l'invalidità dell'atto costitutivo e, dunque, per l'inesistenza della società per il nostro ordinamento⁵⁹.

Naturalmente il contrasto tra disciplina straniera e normativa italiana imperativa può essere di diversa intensità: in concreto potrà darsi un ventaglio di possibilità che vanno dalla necessità di correggere unicamente questo o quell'aspetto dell'atto costitutivo o dello statuto, fino alla necessità di trasformare la società straniera di tipo diverso da quelli regolati dal codice civile in uno dei tipi conosciuti dalla nostra legge⁶⁰.

Scendendo nel dettaglio, vengono in considerazione, in primo luogo, le norme italiane che pongono requisiti di forma *ad substantiam* dell'atto costitutivo.

Mancando nella legge di riforma una norma generale in materia di forma degli atti⁶¹, deve ritenersi che, nonostante il silenzio

⁵⁸ La *necessità* di adeguare gli atti sociali alle sole norme imperative italiane prescritte a pena di nullità deriva dalla considerazione che solo queste determinano, a seconda del tipo societario, l'*inesistenza* o lo *scioglimento* della società. È evidente l'*opportunità* di conformare gli atti sociali anche alle altre norme imperative; tuttavia, a nostro avviso, queste ultime troveranno applicazione a prescindere da un atto espresso di adeguamento, in virtù di un meccanismo di sostituzione automatica alla disciplina straniera contrastante con quella inderogabile italiana. Il discorso ha particolare pregio per le società di capitali ove le cause di nullità sono ridotte alle poche espressamente enumerate all'art. 2332 cod. civ. e producono le conseguenze ivi previste.

⁵⁹ V. CAPOTORTI, *op. ult. cit.*, p. 217, che parla di perdita della personalità *ex nunc*, e SANTA MARIA, *Le società*, cit., p. 192, secondo cui la sanzione del mancato adeguamento è il non riconoscimento della società.

⁶⁰ V., sul punto, CAPOTORTI, *op. ult. cit.*, p. 220, secondo cui «l'esigenza di un atto costitutivo valido ai sensi della nostra legge, stabilita dal cit. art. 2505, implica conformità dell'atto a uno dei 'tipi' sociali previsti dalla legge medesima».

⁶¹ Il legislatore della riforma, infatti, ha preferito dettare norme sulla forma con

dell'art. 25 n. 2 sul punto, la forma dell'atto costitutivo della società sia rimessa alla disciplina della *lex societatis*⁶².

Ove, pertanto, in conformità a quest'ultima legge, l'atto costitutivo della società abbia forma libera, si pone un problema di contrarietà di tale atto alle norme italiane che prescrivono, a pena di nullità, almeno la forma della scrittura privata autenticata (per le società di persone commerciali) o la forma solenne (per le società di capitali e le società cooperative).

Invero, sembra che problemi del genere possano essere agevolmente superati attraverso il verbale di deposito negli atti di un notaio italiano dell'atto costitutivo e dello statuto della società, deposito richiesto dal combinato disposto dell'art. unico, secondo comma, della legge 13 marzo 1980 n. 73⁶³ e dell'art. 106 n. 4 della legge notarile, ai fini della successiva iscrizione della società presso il competente Registro delle imprese⁶⁴. Può ritenersi, infatti, che tale verbale di deposito conferisca al documento la veste formale richiesta dalla nostra legge; in altre parole, «la forma libera si trasfonde con l'atto di deposito nella forma vincolata prevista dall'ordinamento italiano»⁶⁵.

riferimento a singole categorie o istituti giuridici: v. gli articoli 28, sulla forma del matrimonio, 35 n. 3, sulla forma del riconoscimento del figlio naturale, 48, sulla forma del testamento, 56 n. 3, sulla forma delle donazioni, e 60 n. 2, sulla forma dell'atto di conferimento dei poteri di rappresentanza. A queste vanno aggiunte le disposizioni in materia di forma contenute nelle convenzioni internazionali a cui il legislatore rinvia «in ogni caso» per la disciplina di determinate categorie di fattispecie.

⁶² Conforme, BENEDETTELLI, *op. cit.*, p. 1114.

⁶³ Come sostituito dall'art. 6 d.lgs. 29 dicembre 1992 n. 516, recante attuazione della direttiva 89/666/CEE del 21 dicembre 1989 relativa alla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato.

⁶⁴ Che, come detto, sarà quello territorialmente competente in base al luogo in cui è situata la «sede amministrativa», ovvero al luogo in cui viene prevalentemente esercitata l'attività d'impresa.

⁶⁵ Così, RAMONDELLI, *L'attuale d.i.p. italiano in materia di società e sua influenza in sede di omologazione (Spunti in tema di forma degli atti e di nazionalità della società)*, in *Riv. not.*, 1996, p. 1401 ss., spec. p. 1410 ss.

Naturalmente, il verbale di deposito sarà utile occasione per testare la conformità degli atti sociali anche alle altre norme imperative della legge italiana, con l'avvertenza che il notaio potrà rifiutarsi di ricevere il deposito di detti atti ove accerti che gli stessi contrastino con le nostre norme imperative e non si possa, o non si voglia, provvedere ai necessari adeguamenti⁶⁶.

Quanto poi alla discussa questione del deposito del venticinque per cento dei conferimenti in danaro prescritto dagli articoli 2342, comma 2, e 2464, comma 4, cod. civ.⁶⁷, sembra sufficiente che tale requisito sia stato soddisfatto per equivalente nell'ordinamento di «incorporazione», e che, dunque, il capitale sociale sussista attualmente nella misura minima prescritta dalla legge italiana⁶⁸.

La circostanza che, come sopra chiarito, la legge regolatrice della società rimanga, nei limiti appena enunciati, quella designata a norma dell'art. 25 n. 1, primo periodo, ha ricadute sul piano pratico; essa comporta, a esempio, che la delibera assembleare approvata con un *quorum* inferiore a quello richiesto dalla *lex societatis* è impugnabile anche se, nel caso di specie, la legge italiana consenta *quorum* inferiori a quelli stabiliti dalla legge straniera e, inoltre, che le norme materiali italiane trovano applicazio-

⁶⁶ La legittimità del rifiuto è sicura, almeno per i casi di norme imperative prescritte a pena di nullità, in base all'art. 28 n. 1 legge notarile, che vieta al notaio di ricevere atti contrari alla legge.

⁶⁷ La misura del deposito dei conferimenti in danaro, originariamente fissata nei tre decimi [v. il vecchio art. 2329, comma 1°, n. 2) cod. civ., richiamato dal vecchio art. 2475, comma 2°, cod. civ.], è stata così ridotta a séguito dell'entrata in vigore della riforma delle società.

⁶⁸ V. SANTA MARIA, *Articolo 25*, cit., p. 1041 e Trib. Pordenone 28 settembre 1990 (decreto), *Luxabel S.A. ric.*, in *Foro pad.*, 1991, I, c. 187 ss., con nota redazionale. Cfr., inoltre, Appello Roma 23 dicembre 1974/25 gennaio 1975 (decreto), *P.M. ric.*, in *Riv. not.*, p. 969 s. che, in applicazione dell'abrogato art. 2505 cod. civ., ha escluso la «trascrizione e pubblicazione nel registro delle imprese» di un atto costitutivo redatto all'estero di una s.p.a. con sede in Roma, in quanto non risultava adempiuto l'obbligo del versamento dei tre decimi. Il decreto appare coerente con la nuova disciplina di conflitto, che avrebbe considerato la società sottoposta all'ordinamento italiano, in quanto ordinamento della (potenziale) «incorporazione».

ne soltanto finché la società mantenga nel territorio dello Stato uno dei due contatti indicati dall'art. 25 n. 1, secondo periodo⁶⁹.

Come detto, il nostro ordinamento prevede che le società «incorporate» all'estero ma soggette alla legge italiana debbano iscriversi nel Registro delle imprese. Quanto alle conseguenze della mancata iscrizione, se la società in questione si presenta conforme alle norme imperative italiane, il suo riconoscimento quale soggetto nel nostro ordinamento è, per così dire, automatico⁷⁰ e la mancata iscrizione comporterà unicamente, in aggiunta alla responsabilità della società, la responsabilità illimitata e solidale di coloro che hanno agito in nome della stessa, in applicazione analogica dell'art. 2509 *bis* cod. civ. dettato per il caso di mancata osservanza delle formalità pubblicitarie relative alle sedi secondarie di società estere⁷¹.

Il discorso fatto finora vale, come sopra evidenziato, quando l'ordinamento di origine della società non disponga l'estinzione dell'ente nel caso in cui questo fissi in Italia la sede reale o svolga quivi la propria attività principale; ove ciò dovesse avvenire non resterà che ricostituire *ex novo* la società optando per uno dei tipi previsti dall'ordinamento italiano.

4. *Il funzionamento del meccanismo del rinvio in materia societaria*

L'art. 13 n. 2 della legge di riforma, non includendo la materia in esame tra quelle a cui non si applica il rinvio⁷², implica la

⁶⁹ V. SANTA MARIA, *Le società*, cit., p. 195 s.

⁷⁰ ID., *op. ult. cit.*, p. 185 ss. che parla pure di riconoscimento *ope legis*.

⁷¹ V., ancora, SANTA MARIA, *op. ult. cit.*, p. 188 ss. Sulla norma codicistica indicata nel testo v. *amplius* il par. 4 del Capitolo IV.

⁷² Com'è noto, in base a detta norma il rinvio non si applica: nei casi in cui le norme di conflitto rendono applicabile la legge straniera sulla base della scelta effettuata in tal senso dalle parti interessate, riguardo alle disposizioni concernenti la forma degli atti e in relazione alle disposizioni del Capo XI del Titolo III della legge di riforma. Sulle ragioni di tali esclusioni, v. MUNARI, *Art. 13*, in *Legge 31 maggio 1995 n. 218*, cit., p. 1018 ss., spec. p. 1028 ss.; PICONE, *Il rinvio nel diritto*

necessità di tenere conto dell'operare di tale meccanismo e di verificare quali siano le sue conseguenze sulla individuazione della legge applicabile alle società⁷³.

Al riguardo si ricorderà che, in prospettiva comparatistica, l'alternativa, sul piano della disciplina di conflitto, al criterio di collegamento del luogo di «incorporazione» della società è costituita dal criterio di collegamento del luogo di situazione della sede sociale⁷⁴.

Pertanto, ove il diritto internazionale privato dell'ordinamento designato a norma dell'art. 25 n. 1, primo periodo, faccia impiego di quest'ultimo criterio di collegamento e la sede della società sia localizzata in uno Stato diverso da quello dell'ordinamento di «incorporazione», potrebbero configurarsi ipotesi di rinvio indietro alla legge italiana (qualora la società abbia fissato in Italia la sua sede) o di rinvio oltre a un terzo ordinamento (qualora la società abbia stabilito la sua sede nel territorio di quest'ultimo), ancorché subordinatamente al fatto che tale terzo ordinamento si consideri a sua volta competente secondo le proprie norme di conflitto⁷⁵.

internazionale privato italiano, in PICONE, *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli, 2003, p. 397 ss.

⁷³ E, infatti, che il rinvio funzioni in materia di enti giuridici è affermato da MOSCONI, *Articolo 13*, in *Riforma del sistema italiano*, cit., p. 956 ss.; a p. 958; ID., *Diritto internazionale privato e processuale. Parte speciale*, cit., p. 35; BALLARINO, *Diritto*, cit., p. 366 ss.

⁷⁴ V. la nota 62 del Capitolo I.

⁷⁵ È dubbio se, in caso di rinvio oltre non accettato, si debba tener conto dell'ulteriore rinvio operato dal diritto internazionale privato del terzo Stato a un quarto ordinamento, e così via. Parte della dottrina si esprime affermativamente: v. BALLARINO, *op. ult. cit.*, p. 263. Ciò che conta, secondo l'a., è che vi sia un ordinamento che accetti il rinvio; in tal caso, risultando adempiuta la condizione richiesta dalla lettera a) dell'articolo 13 n. 1, tale ordinamento sarà applicato. Secondo altri, il rinvio fatto dal terzo ordinamento opererebbe soltanto ove detto rinvio portasse all'ordinamento italiano: si avrebbe in tal caso un rinvio indietro implicitamente riconducibile alla lettera a) dell'articolo 13 n. 1 (così, PICONE, *La riforma italiana*, cit., p. 122 s.; *La teoria generale*, cit., 157 ss.; *Il rinvio*, cit. p. 659 s.). Per altri ancora, il rinvio di grado ulteriore sarebbe ammissibile solo ove l'ordinamento richiamato dalla norma di conflitto italiana, nell'ambito delle proprie norme di diritto internazionale privato, ammettesse il rinvio oltre e il quarto ordinamento richiamato accettasse il rinvio (v., in tal senso, SALERNO CARDILLO, *Regime patrimoniale tra*

In verità, come si è detto più volte, il criterio di collegamento impiegato dall'art. 25 n. 1, primo periodo, conduce, nella maggioranza dei casi, a individuare la legge applicabile in quella dell'ordinamento indicato in prima battuta dalla norma di conflitto, coincidente con l'ordinamento dello Stato nel cui territorio è fissata la sede della società e in cui, conseguentemente, sono eseguite le formalità di registrazione dell'ente⁷⁶.

Tuttavia, ipotesi di rinvio sono configurabili nei casi in cui, nonostante siano state adempiute tutte le prescrizioni richieste da un dato ordinamento per la costituzione della società, ivi comprese le formalità pubblicitarie, essa sia considerata «straniera» dall'ordinamento stesso, a causa dell'ubicazione al di fuori del proprio territorio della sede reale⁷⁷.

Casi di rinvio potranno aversi anche quando l'ordinamento richiamato dall'art. 25 n. 1, primo periodo, pur adottando, in prin-

coniugi nel diritto internazionale privato, Milano, 1998, p. 15 s. e p. 185). L'opinione maggioritaria, tuttavia, ritiene che il dettato normativo dell'articolo 13 non possa essere interpretato se non nel senso di limitare il rinvio altrove al solo richiamo operato dalla norma di conflitto straniera all'ordinamento di un terzo Stato, quando questo dichiara applicabile, in base ai propri criteri di collegamento, il suo diritto materiale (v. MOSCONI, *Articolo 13*, cit., p. 957 ss.; MUNARI, *Art. 13*, cit., p. 1022.; CONETTI, *Titolo III, Capo I, Disposizioni generali*, cit., p. 43). Questa soluzione, sembra discendere dalla formulazione letterale dell'articolo 13 n. 1, lettera a), che, dichiarando applicabile l'ordinamento dello Stato terzo a condizione che «il diritto di tale Stato» accetti il rinvio, escluderebbe che la competenza a regolare una data fattispecie possa discendere dalle valutazioni di sistemi di conflitto di ordinamenti diversi da quest'ultimo.

⁷⁶ V. quanto affermato alla nota 67 del Capitolo I e al principio del par. 2 del presente Capitolo. *Adde* le osservazioni di LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 149, secondo cui «gli ordinamenti, il cui diritto internazionale privato richiama la legge del luogo della sede amministrativa, solitamente prevedono, per esigenze di coerenza applicativa, comunque la possibilità di applicare la propria legge materiale nel caso in cui l'ente in questione si sia costituito in ambito nazionale. In genere la tendenza è quella di far coincidere, o per esplicita previsione normativa o per prassi giurisprudenziale, la sede effettiva con quella statutaria, se è solo quest'ultima ad essere situata sul territorio».

⁷⁷ Così, l'ordinamento francese che «refuse de considérer comme françaises des sociétés qui prétendraient se constituer selon la loi française, accomplir en France les formalités de constitution, mais qui n'y auraient pas leur siège réel» (v. BATIFFOL, LAGARDE, *op. cit.*, p. 336).

cipio, il criterio dell'«incorporazione», sottoponga a una legge diversa le società «che non si sono dotate di un'organizzazione»⁷⁸ o le società in via di formazione⁷⁹.

Infine, uno spostamento di competenza potrà avvenire a causa del trasferimento all'estero della sede statutaria, accompagnata o meno dalla fissazione colà della sede reale⁸⁰.

Nei casi appena esposti, se si tratta di rinvio indietro, la legge italiana sarà sempre applicabile, questa volta nella sua interezza e a prescindere dalla ricorrenza dei contatti indicati dall'art. 25 n. 1, secondo periodo⁸¹; se si tratta di rinvio altrove, cioè all'ordinamento di un terzo Stato, la relativa legge sarà applicabile a condizione che quest'ultimo ordinamento «accetti» il rinvio.

Un'ultima precisazione appare utile. Come si è detto, la forma dell'atto costitutivo e degli atti modificativi della società è rimessa alla disciplina della *lex societatis*, quale *lex substantiae*⁸². Deve ora aggiungersi che anche quando la *lex societatis* sia stata individuata a séguito del gioco del rinvio, la sua competenza in materia di forma dell'atto rimane fuori discussione. Infatti, l'inibizione del funzionamento del meccanismo del rinvio in materia di forma degli atti

⁷⁸ V. l'art. 150 n. 2 della legge federale svizzera, secondo cui «Für einfache Gesellschaften, die sich keine Organisation gegeben haben, gilt das auf Verträge anwendbare Recht».

⁷⁹ V. l'art. 154 della legge federale svizzera il quale, dopo aver stabilito, al n. 1, che «Gesellschaften unterstehen dem Recht des Staates, nach dessen Vorschriften sie organisiert sind, wenn sie die darin vorgeschriebenen Publizitäts- oder Registrierungsvorschriften dieses Rechts erfüllen», dispone, al n. 2, che «Erfüllt eine Gesellschaft diese Voraussetzungen nicht, so untersteht sie dem Recht des Staates, in dem sie tatsächlich verwaltet wird».

⁸⁰ Per quest'ultima ipotesi si rinvia a quanto si dirà al par. 2 del Capitolo IV.

⁸¹ Nonostante, per il modo in cui si atteggiavano i sistemi di conflitto stranieri, il rinvio indietro alla legge italiana si verificherà, di regola, quando nel nostro Stato sia stata fissata la sede reale della società, nella diversa «ampiezza» di applicazione della nostra legge sta la differenza con il caso in cui medesimo contatto con il nostro Stato – l'ubicazione della sede reale – attivi, a prescindere dal rinvio, la norma citata nel testo. Il punto non sembra essere colto appieno da LUZZATTO, AZZOLINI, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui «la forma del rinvio indietro finisce per essere superata dal richiamo alla legge di incorporazione associato alla sottoposizione necessaria al diritto italiano delle fattispecie che sul nostro territorio hanno (...) collegamenti effettivi».

⁸² V. *supra* il passo del testo in corrispondenza con la nota 62.

disposta dall'art. 13 n. 2, lett. b) della legge di riforma, opera, come si ricava dalla lettera di quest'ultima disposizione, solo quando l'individuazione della legge regolatrice della forma di un dato rapporto è rimessa a disposizioni apposite, distinte da quelle che si occupano della designazione della legge applicabile alla sua sostanza⁸³.

5. *Rapporti tra disciplina di conflitto e libertà comunitaria di circolazione delle società*

Non è inopportuno, a questo punto, accennare alle influenze del diritto comunitario in materia societaria sulla disciplina di conflitto dettata dall'art. 25 n. 1 della legge di riforma.

La libertà di stabilimento, disciplinata dagli articoli 43-48 del Trattato CE⁸⁴, si sostanzia nel diritto di stabilirsi in uno Stato membro diverso da quello di origine per svolgervi in modo stabile un'attività economica di natura non subordinata alle stesse condizioni poste dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini (c.d. principio del trattamento nazionale). Della libertà in parola beneficiano sia le persone fisiche in possesso della cittadinanza di uno degli Stati membri, sia le persone giuridiche, in particolare le società, equiparate alle prime, ai sensi del citato art. 48, alla duplice condizione che siano costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e abbiano, nel territorio della Comunità, la sede sociale o l'amministrazione centrale o il centro di attività principale. Lo stabilimento riguarda sia «la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società» (art. 43, comma 2), sia «l'apertura di agenzie, succursali o filiali»

⁸³ Precisamente, l'art. 13 n. 2, lett. b) dispone che l'applicazione del precedente n. 1 è esclusa «riguardo alle disposizioni concernenti la forma degli atti». Sulla questione, v. PICONE, *Il rinvio*, cit., p. 662 ss., spec. p. 663.

⁸⁴ La numerazione delle norme indicate nel testo segue quella introdotta dal Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, in vigore dal 1° maggio 1999, rimasta invariata col successivo Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001, in vigore dal 1° febbraio 2003.

(art. 43, comma 1). Inoltre, in virtù del combinato disposto degli articoli 55 e 48 del Trattato, le società godono delle libertà in tema di prestazione dei servizi riconosciute dal Trattato stesso a favore dei cittadini degli Stati membri dagli art. 49 ss.⁸⁵. Completa la disciplina in materia l'art. 294 del Trattato che impegna ogni Stato membro a non discriminare i cittadini di altri Stati membri quanto alla loro partecipazione finanziaria al capitale delle società commerciali⁸⁶.

Sotto il profilo che qui interessa va posto in evidenza, in primo luogo, che dal citato art. 48 del Trattato non può desumersi l'esistenza di una disciplina di conflitto comunitaria in tema di società, che si sostituisca, nei limiti di applicabilità soggettiva del Trattato, alle norme di collisione dei singoli Stati membri⁸⁷.

⁸⁵ Si ricorda che il medesimo trattamento è riservato ai cittadini e alle società dei Paesi E.F.T.A. (Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera) in forza degli articoli 31, 34 e 38 (riproducenti le disposizioni degli articoli del Trattato CE citati nel testo) e dell'art. 4 (corrispondente all'art. 12 del Trattato CE) del citato Accordo sullo Spazio Economico Europeo. Il discorso svolto nel presente paragrafo vale, pertanto, anche con riferimento alle persone fisiche e alle società appartenenti a tali Stati.

⁸⁶ Com'è noto, l'art. 293 del Trattato CE obbliga gli Stati membri ad avviare negoziati, tra l'altro, per «il reciproco riconoscimento delle società (...), il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse». Detti negoziati, iniziati nel giugno 1962, si conclusero con la firma della Convenzione di Bruxelles del 29 febbraio 1968 sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche, mai entrata in vigore a causa della mancata ratifica da parte dei Paesi Bassi. Tuttavia, come ha chiarito la Corte di giustizia delle Comunità europee «anche se le convenzioni» *ex art. 293* «possono (...) facilitare la realizzazione della libertà di stabilimento, l'esercizio di questa libertà non può (...) essere condizionato dall'adozione di tali convenzioni» (v. punto 55 della sentenza *Überseering* del 5 novembre 2002, causa C-208/00, in *Raccolta*, 2002, p. I-9919 ss.). Sulla citata Convenzione di Bruxelles, v., per tutti, SANTA MARIA, *Problemi interpretativi della Convenzione CEE sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche*, in *Com. e studi*, XIII, 1969, p. 291 ss.; ID., *La Convenzione CEE sul reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche*, in *Il diritto delle società nella Comunità Economica Europea*, Padova, 1975, p. 89 ss.

⁸⁷ In tal senso si esprime la dottrina italiana unanime: v. CAPOTORTI, *Art. 58*, in *Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*, Commentario diretto da Quadri, Monaco e Trabucchi, Milano, 1965, p. 447 ss., spec. p. 464 ss.; ID., *Il diritto di stabilimento delle società nel Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1965, p. 5 ss., a p. 10; CARUSO, *op. cit.*, p. 79 ss.; BADIALI, *Il diritto degli Stati negli ordinamenti delle Comunità europee*, Milano, 1971, p. 393 ss.; MONACO, *Problemi di diritto internazionale privato nell'ordinamento delle Comu-*

Invero, il diritto comunitario, sul modello degli accordi bilaterali di stabilimento, da un lato, lascia a ogni Stato membro la libertà di fissare, attraverso le proprie norme internazionalprivatistiche e materiali, quali società debbano essere considerate come *proprie* dello Stato membro medesimo, e, dall'altro, obbliga ciascuno degli Stati membri ad accordare alle società costituite secondo la legislazione di uno degli altri Stati membri e in presenza di uno dei contatti indicati dal citato art. 48, il trattamento previsto dal Trattato, imponendo implicitamente il «riconoscimento» di tali società, nei limiti occorrenti a garantire le libertà attribuite dal Trattato, a prescindere dai risultati a cui perverrebbero le discipline di conflitto nazionali, sulla semplice scorta di detti due presupposti. È da escludere, pertanto, che il requisito della costituzione conforme alla legge dello Stato possa essere considerato alla stregua di un criterio di collegamento (quello del luogo di costituzione della società), in quanto «qui il fenomeno giuridico (società) è ricondotto alla legge regolatrice attraverso un suo momento (la costituzione) che già si suppone disciplinato da quella legge»⁸⁸; come pure è da escludere che i collegamenti elencati nel ripetuto art. 48 costituiscano altrettanti criteri di collegamento atti a designare la legge applicabile alla società, in quanto essi indicano «un legame con la Comunità, non con il singolo Stato membro»⁸⁹ e rappresentano, giova ripeterlo, solamente uno dei presupposti richiesti per l'applicabilità del regime giuridico riservato dal Trattato alle società.

nità europee, in *Riv. dir. int.*, 1973, p. 205 ss., spec. p. 221 ss.; SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*², Milano, 1995, p. 8 ss.; LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 156; BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 569 ss., a p. 576; ID., *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario*, in PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 205 ss., a p. 209 s.; BALLARINO, *Les règles de conflit sur les sociétés commerciales à l'épreuve du droit communautaire d'établissement. Remarques sur deux arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2003, p. 373 ss., spec. p. 384 ss.; ID., *Sulla mobilità delle società nella Comunità europea. Da Daily Mail a Überseering*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 669 ss., spec. p. 679 ss.; BAREL, *op. ult. cit.*, p. 50.

⁸⁸ Così, CAPOTORTI, *Art. 58*, cit., p. 465.

⁸⁹ Così, ancora, CAPOTORTI, *op. loc. ult. cit.*

Ciò detto, deve aggiungersi che, ferme restando le sopra evidenziate differenze di funzionamento tra la disciplina comunitaria e le tecniche propriamente internazionalprivatistiche, il nostro sistema di conflitto si presenta coerente con i principî comunitarî in quanto i risultati cui conduce la disciplina *speciale* apprestata dal Trattato CE con riferimento alle società *comunitarie* non sono divergenti, in punto di *lex societatis* concretamente applicabile, rispetto a quelli cui si perverrebbe sulla scorta dell'art. 25 n. 1, primo periodo, della legge di riforma, posto che, come visto, anche quest'ultima norma porta ad applicare alla società l'ordinamento che ha presieduto alla sua creazione⁹⁰.

Qualche problema solleva, invece, l'art. 25 n. 1, secondo periodo, che dispone l'applicazione della nostra legge in presenza di uno dei collegamenti col territorio italiano dalla stessa norma indicati.

In proposito, sulla base della considerazione che la disciplina posta dal Trattato non pregiudica le valutazioni di competenza dell'ordinamento di ciascuno Stato membro, potrebbe sostenersi la prevalenza di tali valutazioni su quelle, in ipotesi di segno opposto, dell'ordinamento di altro Stato membro; in altri termini, potrebbe sostenersi la prevalenza delle norme di collisione del foro⁹¹.

La questione ha, a nostro avviso, un rilievo pratico ridotto dal momento che, come sopra si è cercato di dimostrare, l'art. 25 n. 1, secondo periodo, non impedisce il «riconoscimento» delle società «straniere» che si siano stabilite nel nostro Stato, ma impone,

⁹⁰ V. LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 157, i quali affermano che il principio della libertà di stabilimento e di circolazione sembra «stimolare l'adozione, nei singoli ambiti nazionali, di soluzioni internazionalprivatistiche che favoriscono il mutuo riconoscimento delle attività economiche e delle realtà disciplinate da uno degli ordinamenti della Comunità, orientando la scelta di conflitto nel senso di applicare a tali fattispecie la legge in base alla quale tali fattispecie hanno avuto origine». Cfr. GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 71 ss., spec. p. 76 ss., secondo cui la giurisprudenza comunitaria avrebbe aperto «una breccia nella teoria della sede reale» anche se è «forse prematuro affermare che (...) abbia certificato la fine di tale teoria».

⁹¹ È quanto afferma BEITZKE, *Expertise juridique concernant l'art. 220, al. 3 du Traité de Rome*, Doc. CEE 4958/IV/62-F, p. 60 ss., citato da CAPOTORTI, *op. ult. cit.*, p. 457.

unicamente e ove necessario, l'adeguamento degli atti sociali alle norme imperative italiane. Nei confronti delle società *comunitarie*, la necessità di ricorrere a tale adeguamento si presenterà di rado, ove si consideri che, almeno per le società di capitali, l'attuale disciplina codicistica discende, nei suoi punti essenziali, dall'adeguamento del nostro ordinamento a normativa secondaria comunitaria di armonizzazione della materia⁹².

Tuttavia, in caso contrario, posto che, in virtù delle norme del Trattato sopra indicate e della relativa interpretazione datane dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee⁹³, una società *comunitaria* deve essere riconosciuta in ciascuno Stato membro con lo statuto personale che le è proprio, l'art. 25 n. 1, secondo periodo, in conformità dei principî che regolano i rapporti tra diritto comunitario e diritto nazionale, dovrà essere disapplicato⁹⁴,

⁹² Si vedano le modifiche al codice civile introdotte dal d.p.r. 29 dicembre 1969 n. 1127 (con cui è stata data attuazione alla prima direttiva n. 68/151/CEE del 9 marzo 1968), dal d.p.r. 10 febbraio 1986 (con cui è stata data attuazione alla seconda direttiva n. 77/91/CEE del 10 dicembre 1976), dal d.lgs. 16 gennaio 1991 n. 22 (con cui è stata data attuazione alla terza direttiva n. 78/855/CEE del 9 ottobre 1978 e alla sesta direttiva n. 82/891/CEE del 17 dicembre 1982), dal d.lgs. 9 aprile 1991 n. 127 (con cui è stata data attuazione alla quarta direttiva n. 18/660/CEE del 25 luglio 1978 e alla settima direttiva n. 83/349/CEE del 18 luglio 1983), dal d.lgs. 27 gennaio 1992 n. 88 (con cui è stata data attuazione all'ottava direttiva n. 84/253/CEE del 10 aprile 1984), dalla legge 19 febbraio 1992 n. 142 (con cui è stata data attuazione alla dodicesima direttiva n. 89/667/CEE del 21 dicembre 1989) e dal d.lgs. 29 dicembre 1992 n. 516 (con cui è stata data attuazione all'undicesima direttiva n. 89/666/CEE del 21 dicembre 1989).

⁹³ V. le sentenze *Centros* del 9 marzo 1999, causa C-212/97, in *Raccolta*, 1999, p. I-1459 ss.; *Überseering* del 5 novembre 2002, cit.; *Inspire Art* del 30 settembre 2003, cit., le quali fanno applicazione in materie di stretta attinenza internazionale-privatistica di principî già affermati con riferimento al diritto pubblico economico, fiscale e previdenziale dalle sentenze: *Commissione c. Repubblica francese* (caso del c.d. *avoir fiscal*) del 28 gennaio 1986, causa 270/83, in *Raccolta*, 1986, p. 273 ss.; *Segers* del 10 luglio 1986, causa 79/85, in *Raccolta*, 1986, p. 2375 ss.; *Commerzbank* del 13 luglio 1993, causa C-330/91, in *Raccolta*, 1993, p. I-4017 ss.; *Commissione c. Italia* del 6 giugno 1996, causa C-101/94, in *Raccolta*, 1996, p. I-2691 ss. Com'è noto, la giurisprudenza della Corte non è vincolante al di là del caso concreto; tuttavia, la sua autorevolezza non può non influire sull'applicazione delle norme interpretate anche oltre la causa decisa: su questi problemi, v., per tutti, CAPOTORTI, *Corte di giustizia della Comunità europea*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988.

⁹⁴ L'affermazione della *primauté* del diritto comunitario, che comporta la disap-

con la conseguente sottoposizione della società stessa alla legge dell'ordinamento che ha provveduto a «incorporarla»⁹⁵.

Ciò non esclude che, a norma dell'art. 46 n. 1 del Trattato, *determinate* disposizioni imperative del foro possano trovare applicazione a scapito della *lex societatis*, ma questo potrà avvenire a condizione che esse soddisfino i requisiti indicati dalla giurisprudenza della Corte. Precisamente, occorrerà dimostrare che tali disposizioni non determinino discriminazioni (neanche indirette o di fatto) in base alla *nazionalità*, siano giustificate da motivi imperativi di interesse pubblico, siano idonee al conseguimento dello scopo perseguito e non vadano oltre quanto necessario al raggiungimento di quest'ultimo⁹⁶.

plicazione da parte del giudice del diritto nazionale col primo contrastante, risale, nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, alla celebre sentenza *Simmenthal* del 9 marzo 1978, causa 106/77, in *Raccolta*, 1978, p. 629 ss., punto 24. Sulla questione, è nota l'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, iniziata con la sentenza 7 marzo 1964 n. 14, *Costa c. Enel* (in STARACE, DECARO, *La giurisprudenza costituzionale in materia internazionale*, Napoli, 1977, p. 132 ss.) e proseguita con varie altre sentenze, tra cui si segnala quella dell'8 giugno 1984 n. 170, *Granital* (in STARACE, CANNONE, *La giurisprudenza costituzionale in materia internazionale e comunitaria (1977-2000)*, Napoli, 2001, p. 438 ss.). In dottrina, v. SICO, *Ancora sul rapporto tra diritto comunitario e ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1018 ss. *Adde*, più di recente, POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Milano, 2003, p. 330 ss.; TESAURO, *Diritto comunitario*², Padova, 2003, p. 184 ss.; ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2003, p. 391 ss.

⁹⁵ V. GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società*, cit., p. 110 s.; BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione*, cit., p. 594 ss.; ID., *Diritto internazionale privato delle società*, cit., p. 217; CARRARA, *op. cit.*, p. 853 s.; MUNARI, TERRILE, *The Centros Case and the Rise of an EC Market for Corporate Law*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, p. 3 ss., spec. p. 18 ss.; DAMASCELLI, *Profili internazionalprivatistici delle società*, in *Il notario tra regole nazionali ed europee*, Relazioni al 40° Congresso Nazionale del Notariato (Bari, 26-29 ottobre 2003), Milano, 2003, p. 33 ss., a p. 67; LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il «caso Überseering»: tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, in *Banca, borsa*, 2003, I, p. 456 ss., a p. 474; ALLOTTI, PERNAZZA, *Trasferimento della sede effettiva delle società in Europa e libertà di stabilimento*, nota a Corte di Giustizia CE 5 novembre 2002, causa C-20/800, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, in *Società*, 2003, p. 893 ss., a p. 908; BAREL, *op. ult. cit.*, p. 51.

⁹⁶ V. i punti 31-38 della sentenza *Centros*; 91-92 della sentenza *Überseering*; 132-133 della sentenza *Inspire Art*. In dottrina, v. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione*, cit., p. 591 ss.; ID., *Diritto internazionale privato delle società*, cit., p. 221 e p. 264 ss.

CAPITOLO TERZO

L'ÀMBITO DI APPLICAZIONE DELLA *LEX SOCIETATIS*

1. *Considerazioni generali*

La *lex societatis* è competente, in linea di principio, a regolare l'intero statuto personale della società, avendo l'elencazione di cui all'art. 25 n. 2 della legge di riforma valore meramente esemplificativo, come è reso palese dall'impiego dell'espressione avverbiale «in particolare» con cui detta norma principia¹.

Così, spetterà alla legge regolatrice della società disciplinare tutto ciò che attiene al momento genetico dell'ente: il procedimento di costituzione (in particolare, se sia ammessa la costituzione per pubblica sottoscrizione e, in caso positivo, gli obblighi e le responsabilità dei soci promotori e degli amministratori prima della conclusione del procedimento, nonché la disciplina delle conseguenze derivanti dal mancato perfezionamento del procedimento di costituzione della società, la necessità dell'omologazione da parte di organi pubblici, l'iscrizione in pubblici registri), la forma dell'atto costitutivo², la natura giuridica della società (in particolare, l'appartenenza a uno dei tipi entro i quali l'ordinamen-

¹ Sul punto, v'è unanimità in dottrina: v. SANTA MARIA, *Articolo 25*, cit., p. 1041 s.; BENEDETTELLI, *Art. 25*, cit., p. 1113; LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 151.

² Sulla legge regolatrice della forma dell'atto costitutivo e degli atti modificativi della società, v. le considerazioni generali svolte *supra* al par. 3 del Capitolo II.

to di costituzione classifica le società)³, la sua capacità (ivi inclusa la capacità di stare in giudizio⁴; sono salve, invece, le condizioni speciali di capacità che, in applicazione degli articoli 20 n. 1, secondo periodo, e 23 n. 1, secondo periodo, sono rimesse alla legge regolatrice del rapporto a cui ineriscono⁵, come, a esempio, la capacità di obbligarsi per fatto illecito⁶, la capacità di ricevere per donazione⁷ o successione⁸), le modalità di formazione della deno-

³ V. App. Milano 14 gennaio 2000, *Veneta Mineraria c. Ammainter*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 172 ss., e in POCAR, *Il nuovo diritto*, cit., p. 319 ss., che facendo applicazione della legge dello Stato di costituzione ha riconosciuto la sussistenza della personalità giuridica e la legittimazione ad agire di una *joint venture* di diritto russo.

⁴ V. Cass., S.U., 15 gennaio 1996 n. 264, cit., nonché Trib. Trani 22 gennaio 1996, *Soc. Tosca import export c. Acquaviva*, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, c. 467 ss., con nota DE LUCA, e in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 178 ss., secondo cui «la persona fisica che agisce in giudizio in Italia in rappresentanza di una società costituita all'estero non deve fornire la prova del rapporto organico ai fini della propria legittimazione processuale, gravando viceversa sulla controparte che ne eccepisce l'inesistenza l'onere probatorio contrario».

⁵ V. BENEDETTELLI, *op. ult. cit.*, p. 1116, secondo cui «anche nei confronti degli enti giuridici dovrebbe valere la regola (...) secondo la quale le condizioni speciali di capacità prescritte dalla legge regolatrice di un rapporto sono disciplinate da questa legge».

⁶ Che la capacità di obbligarsi per fatto illecito, in quanto capacità speciale, sia sottoposta alla medesima legge che regola la sostanza dell'illecito, era affermato in dottrina già nel vigore delle preleggi: v. CAPOTORTI, *La capacité en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1963, III, p. 158 ss., spec. p. 253 s.; FERRARI BRAVO, *Responsabilità civile e diritto internazionale privato*, Napoli, 1973, p. 122. Nello stesso senso, si esprimono, alla luce del nuovo sistema di conflitto, DAVI, *La responsabilità extracontrattuale nel nuovo diritto internazionale privato*, Torino, 1997, p. 70; CONETTI, *La legge applicabile alla responsabilità per fatto illecito*, in CENDON (a cura di), *La responsabilità civile, I, Danno e risarcimento in generale*, Torino, 1998, p. 525 ss.; POCAR, *op. ult. cit.*, p. 74.

⁷ V., nel vigore delle preleggi, MORELLI, *op. ult. cit.*, p. 151; VITTA, *Diritto internazionale privato*, III, Torino, 1975, p. 207; e, attualmente, BOSCHIERO, *Art. 56*, in *Legge 31 maggio 1995 n. 218*, cit., p. 1167 ss., spec. p. 1174 s.; DI BLASE, *Articolo 20*, in *Riforma del sistema italiano*, cit., p. 1008 ss., a p. 1011.

⁸ V., anteriormente alla riforma, MORELLI, *op. ult. cit.*, p. 143 e p. 149; e, nel vigore del nuovo sistema, da ultimo, DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, Padova, 2001, p. 152; DAMASCELLI, *La legge applicabile alla successione per causa di morte*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 85 ss., a p. 100 s. *Contra* BALLARINO, *Diritto*, cit., p. 534, secondo cui la questione dell'ammissibilità di disposizioni testamentarie a favore di «persone morali» andrebbe disciplinata «dalla legge regolatrice dello statuto personale, cioè dalla legge che le ha create, conferendo ad esse la personalità».

minazione o ragione sociale (in particolare, le indicazioni che devono obbligatoriamente esservi inserite)⁹.

La *lex societatis* presiederà, inoltre, alla disciplina della vita della società e della sua organizzazione interna: la formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi sociali (in particolare, le modalità di convocazione e i *quorum* costitutivi e deliberativi, di assemblea, organo amministrativo e organo di controllo; i requisiti per l'elezione alle cariche sociali; le attività che, in adempimento alle prescrizioni di legge, gli organi sociali hanno il dovere di porre in essere, ovvero sono a essi inibite¹⁰; i criteri e le regole che i componenti gli organi amministrativo e di controllo devono seguire nell'esercizio delle loro funzioni e i comportamenti dovuti in situazioni di conflitto di interessi con la società), la rappresentanza dell'ente (in particolare, la questione se siano opponibili alla società gli atti compiuti dagli amministratori al di fuori dell'oggetto sociale o superando i limiti dei loro poteri, e la responsabilità degli amministratori stessi per gli atti *ultra vires*¹¹), le

⁹ V. Trib. Venezia 6 luglio 1998, *Ministero dei trasporti ucraino e Comandante della m/n «Radomyshl» c. Pied Rich B.V.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 92 ss., a p. 96.

Secondo BENEDETTELLI, *op. ult. cit.*, p. 1114, la *lex societatis* sarà applicabile alla violazione dei segni distintivi «soltanto quando la lesione di 'diritti al nome' dell'ente venga da essa disciplinata all'interno delle norme speciali che definiscono lo statuto dell'ente medesimo», in caso contrario «per effetto del combinato disposto degli artt. 24, comma 2°, e 62 della legge n. 218 (...) la legge regolatrice sarà individuata nella legge applicabile alla responsabilità per fatto illecito». Quest'ultima legge sarà applicabile alle violazioni dei segni distintivi dell'ente inquadrabili nell'ambito di fenomeni di concorrenza sleale: v. HONORATI, *La legge applicabile alla concorrenza sleale*, Padova, 1995, p. 151 ss.

¹⁰ Si pensi, in ordine all'organo amministrativo, all'obbligo di predisposizione del bilancio e dei relativi documenti integrativi, e, rispettivamente, alle limitazioni all'acquisto da parte della società di azioni proprie o di azioni di controllate e controllanti, o al divieto di concedere finanziamenti per l'acquisto di azioni proprie da parte di terzi.

¹¹ V., in tal senso, la sentenza del 19 maggio 1992 n. 877D della *Cour de Cassation* francese, *Banque Worms c. Grindlay's Bank*, in *Società*, 1993, p. 133 s., con nota redazionale. Si rammenta che, secondo dottrina e giurisprudenza, agli atti compiuti dal rappresentante della società sarebbero applicabili, in via analogica,

modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto e la forma che tali atti devono rivestire, la trasformazione, le modalità di acquisto e perdita della qualità di socio, e le responsabilità, diritti, obblighi, poteri e facoltà di quest'ultimo¹², le conseguenze della violazione della legge o dell'atto costitutivo (in particolare, le conseguenze, in termini di responsabilità di amministratori e sindaci nei confronti della società, dei soci e dei terzi, per la violazione degli obblighi e divieti inerenti alla loro qualifica; le cause di invalidità delle deliberazioni degli organi sociali e le modalità della loro impugnazione).

Infine, la stessa *lex societatis* regolerà lo scioglimento (in particolare, le cause di scioglimento, le modalità di nomina e i requisiti di eleggibilità dei liquidatori, il procedimento e le modalità della liquidazione, le responsabilità per i debiti sociali quando il patrimonio sociale sia insufficiente al loro soddisfacimento) e l'estinzione della società (anche quando essa dipenda da operazioni di fusione o scissione, salva l'applicazione, nel caso in cui tali operazioni coinvolgano più ordinamenti, dell'art. 25 n. 3 della legge di riforma¹³).

Conviene precisare, peraltro, che la «portata» della *lex societatis* è soltanto «tendenzialmente onnicomprensiva»¹⁴, dovendosi ritene-

l'art. 11 n. 2, della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, e l'art. 23 n. 2, della legge di riforma: v. GATTINI, *Atti ultra vires di amministratori di società straniere*, in *Esercizio di poteri gestori nel contesto internazionale*, Milano, 1996, p. 223 ss., spec. p. 236 ss.; BENEDETTI, *op. ult. cit.*, nota 33 a p. 1116; Trib. Milano 29 maggio 1986, *Castiglione c. Incofim s.r.l.* e altri, in *Società*, 1987, p. 23 ss., con nota PROTETTI, p. 25 ss.

¹² Naturalmente, sono regolati dalla *lex societatis* anche i diritti e gli obblighi di quei soggetti «che per effetto di specifici rapporti stabiliti con l'ente, trovano nell'ambito dello statuto dell'ente medesimo una posizione giuridica 'istituzionale': si pensi, per esempio, ai sottoscrittori di obbligazioni emesse da una società di capitali (...) quando la *lex societatis* riconosca agli stessi (eventualmente attraverso la previsione di organi *ad hoc*) particolari diritti di controllo o anche di partecipazione all'amministrazione dell'ente»: così, BENEDETTI, *op. ult. cit.*, p. 1117.

¹³ V. in proposito i paragrafi 6 e 7 del Capitolo IV.

¹⁴ L'espressione è di LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 151.

re che, in ragione del coordinamento da assicurare tra norme di conflitto del medesimo sistema, taluni aspetti pur rilevanti per la società e la sua attività, rientrino in fattispecie contemplate da norme diverse dall'art. 25 e dunque possano essere sottoposti a leggi diverse da quella richiamata da quest'ultima norma. Così, per fare un esempio, la capacità d'agire dei soci sarà regolata, per le persone fisiche, dalla legge nazionale *ex art. 23 n. 1*, primo periodo, della legge di riforma, e, per gli enti giuridici, dalla legge applicabile all'ente *de quo*, giusta l'inequivoca determinazione contenuta nell'art. 25 n. 2, lett. d)¹⁵.

2. *La rappresentanza della società*

Con riguardo alla rappresentanza della società, parte della dottrina sostiene che non si debba fare riferimento alla legge designata dall'art. 25 n. 1 della legge di riforma ma a quella, eventualmente diversa, individuata attraverso il successivo art. 60, «nella misura in cui l'ordinamento di costituzione non ponga regole *ad hoc*» sull'agire rappresentativo dell'ente «ma utilizzi a tal fine le proprie norme generali in materia di rappresentanza»¹⁶, e ciò sul presupposto che quando «la *lex societatis*, in tutto o in parte, non individui una disciplina tipica dell'ente e faccia invece applicazione delle disposizioni generali del proprio ordinamento (...) la legge regolatrice andrà determinata sulla base delle diverse norme di conflitto del diritto internazionale privato italiano volta a volta in rilievo»¹⁷.

¹⁵ Sarà invece sottoposta alla *lex societatis*, ai sensi dell'art. 23 n. 1, secondo periodo, in quanto capacità speciale di agire, la capacità di assumere le cariche sociali.

¹⁶ Così, BENEDETTELLI, *op. ult. cit.*, p. 1116, il quale porta a esempio, tra altri, il caso del contratto concluso in conflitto di interessi dall'amministratore della società a cui, nel nostro ordinamento, si ritiene applicabile l'art. 1394 cod. civ.

¹⁷ *Id.*, *op. cit.*, p. 1113 (corsivo dell'a.).

L'opinione non sembra condivisibile, sotto un duplice profilo.

In primo luogo, sul piano del diritto positivo, essa risulta in contraddizione tanto con il dettato letterale dell'art. 25 n. 2, lett. f), della legge di riforma, che rimette inequivocabilmente alla legge designata dal numero precedente «la rappresentanza dell'ente», quanto con il disposto dell'art. 60 della medesima legge che riguarda, come è indicato nella sua rubrica e come si ricava dal suo disposto, soltanto la rappresentanza *volontaria*, non anche la c.d. rappresentanza organica, istituito da tenere nettamente distinto dalla rappresentanza volontaria posto che in esso difetta la caratteristica fondamentale di quest'ultima, vale a dire la diversità tra il soggetto che pone in essere il negozio giuridico (il rappresentante) e il soggetto nella cui sfera giuridica si producono gli effetti di tale negozio (il rappresentato), laddove – com'è noto – l'attività svolta dall'organo dell'ente è riferita direttamente all'ente stesso¹⁸.

Va osservato, inoltre, che non vi sono ragioni plausibili per escludere che eventuali «lacune» della normativa speciale societaria rinvenibili nell'ordinamento della legge di «incorporazione» vadano colmate facendo ricorso alle risorse del medesimo ordinamento. Al contrario, a un simile ricorso l'interprete non sembra possa sottrarsi ove si considerino la sopra evidenziata *ratio* dell'art. 25 n. 2 della legge di riforma, e soprattutto il disposto dell'art. 15 della legge di riforma che impone di applicare la legge straniera «secondo i propri criteri di interpretazione». Ciò considerato, a noi pare che, se la *lex societatis* non contiene norme *ad hoc* sull'agire rappresentativo dell'ente ma utilizzi a tal fine le norme generali sull'agire rappresentativo, l'interprete sia tenuto a rispettare tale scelta legislativa e dunque ad applicare le norme di carattere generale in materia della *lex societatis*, senza chiamare in causa l'art. 60 della legge di riforma.

¹⁸ Sulla rilevanza internazionalprivatistica della differenza tra rappresentanza volontaria e rappresentanza organica, v. STARACE, *La rappresentanza*, cit., p. 8 s.; STARACE, DE BELLIS, *Rappresentanza (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, 1987, p. 489 ss., nota 2 a p. 490 s.; PETTINATO, *Art. 60*, in *Legge 31 maggio 1995 n. 218*, cit., p. 1409 ss., spec. p. 1429.

3. *Gli atti di disposizione di partecipazioni, quote, azioni e obbligazioni sociali. Gli atti di conferimento in società di beni o diritti*

Gli atti di disposizione di partecipazioni, quote, azioni e obbligazioni sociali prospettano un caso di *depeçage* multiplo. Infatti, competerà alla legge nazionale del soggetto di cui si tratta di regolare la capacità di agire¹⁹; alla legge regolatrice del titolo d'acquisto spetterà di disciplinare gli aspetti strettamente negoziali dell'atto considerato, quali, a esempio, il consenso e i vizi che ne possano inficiare la validità, la liceità della causa, e altri aspetti o questioni di carattere generale come quelli concernenti la simulazione, la responsabilità precontrattuale, le garanzie spettanti all'acquirente, le conseguenze dell'inadempimento²⁰; la *lex societatis* sarà competente in ordine all'idoneità di partecipazioni, quote, azioni od obbligazioni a essere alienate, ai limiti alla circolazione di queste, all'ammissibilità e al contenuto delle clausole di prelazione e di gradimento, alle modalità del trasferimento, alla possibilità di costituzione di usufrutto e pegno, alla disciplina dell'acquisto di azioni proprie da parte della società, al regolamento della comunione delle partecipazioni; la legge regolatrice dei titoli di credito, richiamata dall'art. 59 n. 3 della legge di riforma, disciplinerà le questioni attinenti alle obbligazioni cartolari scaturenti dai titoli azionari e obbligazionari²¹.

¹⁹ In virtù dell'art. 23 della legge di riforma o, se si tratta di capacità di testare, del successivo art. 47. Ove si tratti di capacità di un ente collettivo la legge regolatrice sarà quella richiamata dall'art. 25 n. 1 per espressa indicazione dell'art. 25 n. 2, lett. d).

²⁰ Si tratterà, nel caso di contratto a titolo oneroso o gratuito, della legge designata dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 o dall'art. 56 della legge di riforma (relativamente a quelle donazioni che si ritengano escluse dal campo di applicabilità oggettiva delle norme uniformi: sul punto, sia consentito il rinvio a DAMASCELLI, *Il rinvio «in ogni caso»*, cit., p. 93 ss.); nel caso di testamento, della legge indicata dall'art. 46 della legge di riforma, e così via.

²¹ In materia di titoli di credito è tuttora utile lo studio di STARACE, *Sulla legge applicabile alla polizza di carico*, in *Riv. dir. int.*, 1958, p. 199 ss. Adde CASSONI, *I titoli di partecipazione, obbligazionari e rappresentativi di merci*, Padova, 1978.

È comunemente affermata, inoltre, l'applicabilità della *lex rei sitae* designata dall'art. 51 della legge di riforma per la disciplina del possesso, della proprietà e degli altri diritti reali sulla partecipazione sociale, nonché per la soluzione dei conflitti con diritti di terzi²². L'interferenza della *lex rei sitae* si verificherà tuttavia alquanto di rado. Si consideri, infatti, da un lato, che, salvo il caso dei titoli azionari, la natura della partecipazione sociale non può ridursi se non con difficoltà alla nozione di «bene mobile», risolvendosi piuttosto in una posizione giuridica soggettiva complessa il cui contenuto dipende dal tenore degli atti sociali, dai rapporti del socio con la società e dall'andamento degli affari sociali; e, dall'altro, che l'art. 25 n. 2, lett. g), rimette espressamente alla *lex societatis* «le modalità di acquisto e di perdita della qualità di (...) socio», modalità alle quali possono ricondursi a buon titolo i meccanismi di soluzione dei conflitti tra più aventi causa da un medesimo autore, ove affidati a regole speciali di opponibilità, proprie del diritto societario²³.

Si noti che, stante il criterio di collegamento impiegato dall'art. 59 n. 3 della legge di riforma, la legge designata coinciderà, di regola, con la *lex societatis*. Tuttavia, un caso nel quale legge regolatrice della società e legge dell'emissione non coincidono è quello – segnalato nella tesi di dottorato in diritto internazionale discussa nel corrente anno da LEANDRO, *La circolazione dei crediti cartolarizzati e la tutela del terzo nel diritto internazionale privato* – in cui «un ordinamento assegni alla società la facoltà di trasferire la sede all'estero ed ivi emettere azioni senza perdere la nazionalità d'origine» (p. 110 del dattiloscritto). Sulla legge applicabile alle società che trasferiscono la propria sede all'estero, v. *amplius* i paragrafi 2, 3 e 4 del Capitolo IV.

²² V. CARBONE, *Conflitti di leggi e tra giurisdizioni nella disciplina dei trasferimenti di pacchetti azionari di riferimento*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 777 ss., spec. p. 783 ss., secondo cui quali «*situs* delle azioni (...) devono essere presi in considerazione, qualora non coincidenti, sia il luogo in cui le azioni si trovano al momento della conclusione dell'atto di cessione (...) sia il luogo in cui ha sede la società», anche se, «qualora si ritenga che al riguardo non debba rilevare e/o operare il 'cumulo' tra 'siti' (...), appare comunque essenziale che la verifica (...) degli effetti del trasferimento azionario siano valutati sulla scorta di quanto prevede la legge del luogo della sede della società» (corsivo dell'a.); BENEDETTELLI, *op. ult. cit.*, p. 1117; TONOLO, *op. cit.*, p. 111; BAREL, *op. loc. ult. cit.*

²³ V., a esempio, l'art. 2470, comma 3, cod. civ. Per un caso di «doppia vendita» di azioni, v. App. Milano 18 luglio 2000, *Lasinter Holding A.G.* e altro c.

Va tenuto presente, infine, che in caso di vendita o acquisto di titoli azionari od obbligazionari negoziati in un mercato regolamentato, ai sensi dell'art. 7 n. 1 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, «potrà essere data efficacia» alle norme di applicazione necessaria della legge regolatrice di tale mercato²⁴. In particolare, ove la vendita o l'acquisto siano posti in essere nella borsa italiana, dovranno essere rispettate le disposizioni di cui agli articoli 94-101, o, rispettivamente, 102 e 103 del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, T.U. in materia di intermediazione finanziaria (c.d. T.U.F.), quando l'operazione rivesta i caratteri di una «sollecitazione all'investimento» o al *disinvestimento*, cioè di un'«offerta, invito a offrire o messaggio promozionale, in qualsiasi forma rivolti al pubblico, finalizzati alla vendita» [secondo la definizione dell'art. 1, lett. t), del medesimo decreto], o, rispettivamente, «all'acquisto o allo scambio» [successiva lett. v)], tra l'altro, di azioni od obbligazioni sociali²⁵.

Considerazioni in parte analoghe valgono per gli atti di conferimento in società di beni in natura e crediti. Invero, salva l'applicazione della legge nazionale alla capacità del conferente e della *lex contractus* agli aspetti strettamente negoziali dell'atto, la *lex societatis* disciplinerà l'ammissibilità, i limiti e le modalità di tale forma di conferimento, mentre gli effetti traslativi di detti atti e le relative formalità pubblicitarie saranno assoggettati, quando abbia-

Laspro N.V. e altro, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 61 ss., con nota PESCATORE, *Vendita internazionale «plurima» di un medesimo pacchetto azionario: tra problemi di diritto applicabile e partecipazione in assemblea*, p. 71 ss.

²⁴ V. BALLARINO, *La società per azioni*, cit., p. 146 s.

²⁵ Sulla natura di norme di applicazione necessaria delle disposizioni citate nel testo e sui complessi problemi della loro applicazione a fattispecie caratterizzate da elementi di estraneità, v., diffusamente, BENEDETTELLI, «*Corporate governance*», *mercati finanziari e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 713 ss. Per un caso giurisprudenziale concernente un'offerta pubblica di acquisto di azioni di una società «americana» da parte di una società «lussemburghese» le cui quote erano interamente possedute da una società «italiana», v. Trib. Milano 14 novembre 1974, *D. Vismara c. Liquigas s.p.a., Ronson Corporation, Tomacelli e Bisciola*, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 346 ss., con nota UBERTAZZI, *L'offerta al pubblico nel diritto internazionale privato*.

no a oggetto beni mobili e immobili, alla *lex rei sitae* – in applicazione dell'art. 51 n. 1 della legge di riforma e, rispettivamente, del successivo art. 55 – quando abbiano a oggetto beni immateriali, alla relativa legge regolatrice – indicata dall'art. 54 della legge di riforma – e, quando abbiano a oggetto crediti, alla legge regolatrice del credito ceduto – a norma dell'art. 12 n. 2 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 – legge che disciplinerà anche la notificazione e le altre condizioni di opponibilità al debitore ceduto.

4. I «gruppi» di società

Il problema delle c.d. «imprese multinazionali», cioè di quelle «grandi imprese (...) operanti in più Stati attraverso imprese produttrici di beni o erogatrici di servizi ivi situate e di cui sono titolari, di solito, singole società di diritto locale», è noto alla dottrina internazionalistica italiana da lungo tempo²⁶. La struttura-

²⁶ La definizione è di SACERDOTI, *Multinazionali (imprese)*, in *Digesto discipline privatistiche, Sez. comm.*, X, Torino, 1994, p. 119 ss., a p. 119. Adde, SACERDOTI, *Le imprese multinazionali in un mondo di Stati*, in *Com. int.*, 1974, p. 3 ss.; ID., *L'impresa multinazionale come gruppo internazionale di società*, in *Giur. comm.*, 1988, I, p. 62 ss.; ID., *Impresa multinazionale*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989; MALINTOPPI, *Alcune riflessioni sul diritto applicabile alle imprese multinazionali*, in *Giur. comm.*, 1975, I, p. 916 ss.; FRANCONI, *Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, Milano, 1980; PICONE, SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia. Raccolta sistematica dei principali atti normativi internazionali ed interni con testi introduttivi*, Milano, 1982; CASSONI, *Problemi relativi al fenomeno del gruppo sotto il profilo della legge regolatrice e della legge sostanziale italiana*, in *Riv. soc.*, 1985, p. 862 ss. V., inoltre, tra i cultori del diritto commerciale e della comparazione giuridica, CORAPI, *Società multinazionali*, in *Novissimo Dig. it., Appendice*, VII, Torino 1987, p. 420 ss.; ID., *Imprese multinazionali*, in *Digesto discipline privatistiche, Sez. comm.*, VII, Torino, 1992, p. 249 ss.; ALESSI, *La disciplina dei gruppi multinazionali nel sistema societario italiano*, Milano, 1988; PETRICCIONE, *Holding in diritto comparato*, in *Digesto discipline privatistiche, Sez. comm.*, VI, Torino, 1991, p. 466 ss.; COTTINO, *Società, III) Gruppi di società - dir. comm.*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993; COVELLI, *Società, IV) Gruppi di società - dir. comp. e stran.*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993; MASI, *Impresa multinazionale*, in *Enc. dir., Agg.*, VI, Milano 2002, p. 508 ss.; nonché il saggio del Forum Europaeum sul Diritto dei Gruppi di società, in *Riv. soc.*, 2001, p. 341 ss.

zione dell'impresa multinazionale nella forma del «gruppo» di società consente di organizzare un'attività imprenditoriale di grandi dimensioni ripartendola tra soggetti formalmente distinti e, almeno in principio, presenta il vantaggio di limitare la responsabilità patrimoniale al capitale di ogni singola società consociata; tuttavia, il perseguimento degli interessi della società capogruppo o del «gruppo» nel suo complesso pone la questione della tutela dei soci delle società consociate, dei loro creditori e, in generale, degli investitori, rispetto a operazioni intragruppo che determinino il depauperamento patrimoniale di una delle società «figlie» con conseguente vantaggio della società «madre» o di altra società «figlia».

L'art. 25 della legge di riforma non contiene una norma espressa dedicata ai «gruppi» multinazionali di società. Tuttavia, deve ritenersi che la disciplina delle responsabilità a carico della capogruppo e/o dei suoi amministratori per atti di scorretta gestione che arrechino pregiudizio alla consociata, e, correlativamente, delle tutele a favore dei soci di quest'ultima e/o dei suoi creditori e dei terzi in genere, sia rimessa alla rispettiva *lex societatis*, nella cui competenza rientrano «la responsabilità per le obbligazioni dell'ente» [art. 25 n. 2, lett. h)] e «le conseguenze delle violazioni della legge» [successiva lett. h)].

Ove, a' termini dell'art. 25 n. 1, risulti applicabile la legge italiana vengono in considerazione gli articoli 2497-2497 *septies* cod. civ., i quali, colmando una lacuna della nostra legislazione²⁷,

²⁷ Com'è noto, anteriormente alla riforma delle società, mancava nel nostro ordinamento una disciplina organica in materia di «gruppi». I tentativi di ricostruire sistematicamente una fattispecie di responsabilità della capogruppo e/o dei suoi amministratori per condotte abusive erano basati sull'art. 2362 cod. civ. e sull'art. 3, ultimo comma, della legge 3 aprile 1979 n. 95 recante disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (c.d. «legge Prodi»), il cui contenuto è oggi trasfuso nell'art. 90 del d.lgs. 8 luglio 1999 n. 270. In particolare, si proponeva di applicare la prima delle norme citate (che nel testo anteriore alla riforma delle società stabiliva la responsabilità illimitata dell'unico azionista, in caso di insolvenza e per le obbligazioni sorte nel periodo di unica appartenenza delle azioni), anche nei casi in cui mancasse la formale e integrale intestazione delle azioni: v., in dottrina, BIGIAMI, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954, p. 192 ss.; ID., *Responsabilità illimitata del socio tiranno imprenditore occulto*, in *Giur. it.*, 1967, IV,

disciplinano l'attività di «direzione e coordinamento di società»²⁸.

L'economia del presente lavoro impedisce di approfondire i delicati problemi interpretativi di diritto sostanziale sollevati dalle citate norme; ma ciò non ci esime dal tratteggiare almeno le caratteristiche principali della nuova disciplina.

In primo luogo, va osservato che il legislatore non ha dettato una definizione di «gruppo»²⁹, preferendo indicare le situazioni in presenza delle quali deve presumersi sussistente l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società. Precisamente, secondo l'art. 2497 *sexies* cod. civ. l'attività di direzione e coordi-

p. 49 ss.; e, più di recente, GALGANO, *La società e lo schermo della personalità giuridica*, in *Giur. comm.*, 1983, I, p. 5 ss.; SCOTTI CAMUZZI, *L'unico azionista*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, II, 2, Torino 1991, p. 773 ss.; e, in giurisprudenza, da ultimo, Cass. 7 novembre 2002 n. 15633, *Soc. Finscoop in l.c.a. c. Soc. Buzzi Unicem*, in *Vita not.*, 2003, p. 951 ss. Dall'altra norma (che prevede la responsabilità degli amministratori della società controllante nei casi di abuso della direzione unitaria della società controllata in amministrazione straordinaria) si deduceva la responsabilità della stessa società capogruppo, e anche al di fuori di procedure concorsuali: v., in dottrina, JAEGER, *Direzione unitaria di gruppo e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 1985, p. 817 ss.; ROVELLI, *Direzione unitaria e responsabilità nel gruppo*, in *Società*, 1989, p. 1127 ss.; e, in giurisprudenza, Cass. 26 febbraio 1990 n. 1439, *Caltagirone c. Fall. soc. Caltagirone*, in *Giur. comm.*, 1991, II, p. 366 ss.; App. Milano 10 marzo 1995, *Furlan c. Soc. Farmitalia Carlo Erba* e altro, in *Società*, 1995, p. 1437 ss.; Trib. Milano 22 gennaio 2001, *Fall. Zimo Explor c. Giacomini*, in *Fall.*, 1999, p. 2317 ss., con nota ZAMPERETTI, *La responsabilità di amministratori e capogruppo per «abuso di direzione unitaria»*.

²⁸ Gli articoli citati nel testo, che costituiscono il Capo IX del Titolo V del codice civile, sono applicabili a tutte le società regolate da detto Titolo. Per le società cooperative e le mutue assicuratrici, disciplinate al successivo Titolo VI del medesimo codice, l'art. 2545 *septies* detta la disciplina del «gruppo cooperativo paritetico» nascente dal «contratto con cui più cooperative appartenenti anche a categorie diverse regolano, anche in forma consortile, la direzione e il coordinamento delle rispettive imprese»; la dottrina è prevalentemente orientata a ritenere applicabili gli articoli 2497 ss. cod. civ. anche a tale figura: v. BONFANTE, *sub art. 2545 septies*, in *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 2634 ss., spec. p. 2640 s., ove ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁹ Anzi, ha avuto cura di evitare, almeno negli articoli 2497 ss. cod. civ., lo stesso impiego del termine «gruppo» che, però, compare nel citato art. 2545 *septies* e nel successivo art. 2634, comma 3, cod. civ.

namento di società si presume, salvo prova contraria, quando «sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci³⁰ o che comunque le controlla ai sensi dell'art. 2359» cod. civ.³¹; la presunzione diviene assoluta, a mente del successivo art. 2497 *septies*, se l'attività di direzione e coordinamento è esercitata sulla base «di un contratto» con le società consociate o in virtù «di clausole dei loro statuti».

Ricorrendo una delle fattispecie appena esposte nonché determinate condizioni³², l'art. 2497 cod. civ. consente di agire contro la società capogruppo, in solido con «chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, (con) chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio», ai soci delle consociate per il ristoro del «pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale», e ai loro creditori sociali per il risarcimento della «lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società».

Ai sensi del successivo art. 2497 *bis*, commi 1 e 2, la società soggetta ad altrui direzione e coordinamento deve indicare tale sua situazione negli atti sociali e nella corrispondenza, nonché mediante iscrizione nell'«apposita sezione del registro delle imprese nella quale sono indicati le società o gli enti che esercitano attività di

³⁰ Ai sensi degli articoli 25 ss. del d.lgs. 9 aprile 1991 n. 127, recante attuazione della quarta direttiva n. 78/660/CEE del 25 luglio 1978 relativa ai conti annuali e dell'ottava direttiva n. 83/349/CEE del 18 luglio 1983, relativa ai conti consolidati.

³¹ Secondo l'art. 2359, comma 1, cod. civ., sono considerate società controllate le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti, o dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante, nell'assemblea ordinaria; e le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

³² V. i commi 1, 2 e 3 dell'art. 2497 cod. civ. Le condizioni richieste sono che la società capogruppo abbia agito «nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società» consociate e che il danno non sussista «alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento» ovvero sia stato «integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette» (comma 1). Altra condizione è che i legittimati attivi non siano «stati soddisfatti dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento» (comma 3).

direzione e coordinamento e quelle che vi sono soggette»³³. Gli amministratori della società «figlia» sono responsabili nei confronti dei soci e dei terzi per i danni che questi abbiano subito a causa del mancato adempimento delle prescritte forme di pubblicità, o del loro mantenimento quando la soggezione sia cessata.

Le azioni contemplate dalle disposizioni illustrate costituiscono rimedi distinti, ancorché potenzialmente concorrenti, che differiscono quanto a legittimazione e presupposti. Precisamente, la prima si rivolge contro la società capogruppo e chi abbia concorso al fatto lesivo o ne abbia tratto vantaggio, ed è esperibile solo dai soci della consociata e dai relativi creditori quando abbiano subito pregiudizio alle loro ragioni a causa di atti di scorretta gestione della società, influenzati o determinati dalla capogruppo; la seconda ha come destinatari gli amministratori della società soggetta a direzione e coordinamento e può essere esercitata non solo dai soci e dai creditori di quest'ultima, ma anche dai terzi in genere, che incolpevolmente abbiano fatto affidamento sull'appartenenza o meno della società a un «gruppo», risultante dalla inattuale od omessa pubblicità.

Le azioni di cui ai citati articoli 2497 e 2497 *bis* sono attivabili dai soggetti legittimati nei confronti di società – a seconda dei casi, capogruppo o consociate – «italiane», anche nell'ipotesi in cui l'altra società risulti essere una società soggetta a una legge straniera. Né, con riferimento alla seconda delle norme citate, vale argomentare in senso contrario sulla base del rilievo che non possono ritenersi soggetti agli obblighi pubblicitari ivi previsti gli amministratori della capogruppo «straniera» perché «il fascio degli obblighi gravanti sugli amministratori stessi» è determinato dalla *lex societatis*³⁴. Quest'ultima affermazione, in sé corretta, è tuttavia

³³ Secondo MURATORE, *sub* articoli 2497 *bis*-2497 *ter*, in *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 2185 ss., a p. 2194, «l'iscrizione a registro della situazione di controllo dovrebbe avere, alla stregua degli ordinari principi (art. 8, 5° co., l. 29 dicembre 1993 n. 580), mera funzione di certificazione anagrafica e di pubblicità notizia».

³⁴ Così, MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale*

contraddetta dalla lettera della disposizione in parola³⁵ che, come ha posto in luce un'attenta dottrina³⁶, grava di detti obblighi unicamente gli amministratori della consociata, ai quali incombe di provvedere all'iscrizione della società nell'apposita sezione del Registro delle imprese indicando gli estremi della società, ancorché «straniera», che esercita l'attività di direzione e coordinamento.

Inoltre, le garanzie apprestate dal legislatore devono ritenersi azionabili rispetto a società costituite all'estero che abbiano in Italia la «sede dell'amministrazione» o quivi svolgano «l'oggetto principale» dell'impresa, società che, in virtù dell'art. 25 n. 1, secondo periodo, della legge di riforma, sono assoggettate alle prescrizioni imperative in materia societaria della legge italiana e, dunque, anche alle disposizioni codicistiche in discorso³⁷; nonché, limitatamente alla responsabilità per omessa o inattuale pubblicità di cui al ripetuto art. 2497 *bis*, rispetto a società «straniere» soggette ad attività di direzione e coordinamento che abbiano in Italia solo una sede secondaria³⁸.

privato e diritto comunitario: prime riflessioni, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 29 ss., a p. 48; nello stesso senso, BAREL, *op. loc. ult. cit.*

³⁵ L'art. 2497 *bis* recita testualmente: «La società deve indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta (...) mediante iscrizione, a cura degli amministratori, presso la sezione del registro delle imprese» (comma 1), «nella quale sono indicati le società o gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento e quelle che vi sono soggette» (comma 2).

³⁶ V. MURATORE, *op. loc. ult. cit.*

³⁷ Secondo MUNARI, *op. ult. cit.*, p. 45, invece, «le disposizioni di cui al nuovo art. 2497-*bis* cod. civ., risultano *evidentemente* formulate come applicabili nei confronti di società 'controllate' italiane» (corsivo aggiunto).

³⁸ Ciò deriva dal combinato disposto dell'art. 2508, comma 1, cod. civ., che sottopone le società «straniere» che abbiano fissato in Italia una sede secondaria «alle disposizioni della legge italiana sulla pubblicità degli atti sociali» e dell'art. 2193, ultimo comma, cod. civ., che fa salve le «disposizioni particolari della legge» nei casi in cui all'iscrizione degli atti sociali presso il Registro delle imprese non possa riconoscersi, come nel nostro caso (v. la nota 33 che precede), l'efficacia tipica indicata nei due commi precedenti. Va tenuto presente, inoltre, che, per le società «straniere» di tipo diverso da quelle nazionali, l'art. 2509 cod. civ. dispone l'applicazione delle norme italiane relative alla società per azioni per ciò che riguarda, tra l'altro, la responsabilità degli amministratori.

Sulla pubblicità delle sedi secondarie di società «straniere», v. *amplius* il par. 4 del Capitolo IV.

A parte i casi testé illustrati, non essendovi ragioni per attribuire alle disposizioni codicistiche il carattere della necessaria applicazione³⁹, la disciplina dei «gruppi» è affidata alla legge (straniera) che regge la società in considerazione.

Secondo un'opinione, sarebbe comunque possibile «chiedere l'applicazione del nuovo art. 2497 cod. civ.» nei confronti «di 'controllanti' non italiane e di 'controllanti' italiane di 'controllate' estere», ove alla responsabilità prevista da quest'ultima norma si riconosca natura extracontrattuale e «l'illecita attività di direzione o coordinamento abbia determinato un danno a interessi italiani», sulla base della scelta della legge italiana consentita al danneggiato dall'art. 62 n. 1, secondo periodo, della legge di riforma⁴⁰. In contrario, occorre appena rilevare, quanto alle società soggette alla legge italiana, che l'applicazione di questa legge non subisce eccezioni per il fatto che dette società siano capogruppo di società «straniere», sicché non appare giustificato fare ricorso, per fondare la competenza della legge italiana, al citato art. 62, come in genere a norme di conflitto diverse dall'art. 25 n. 1, primo periodo, della legge di riforma. Quanto poi alle società soggette a leggi straniere, va osservato che la discussione dottrinale circa la natura aquiliana o contrattuale della responsabilità di cui all'art. 2497 cod. civ. può riguardare soltanto l'individuazione della norma di conflitto applicabile a profili in cui la disciplina sostanziale dettata dal legislatore si rivela lacunosa, quali la ripartizione dell'onere probatorio e il termine di prescrizione dell'azione⁴¹, e che l'eventuale accogli-

³⁹ Non sembra, infatti, che la trasparenza dei rapporti tra società appartenenti a un «gruppo», che è la motivazione alla base della disciplina del Capo IX, possa considerarsi un fine particolarmente importante per il nostro Stato, tanto da giustificare, ai sensi dell'art. 17 della legge di riforma, l'applicazione necessaria degli articoli 2497 ss.: conformi, MUNARI, *op. loc. ult. cit.*; BAREL, *op. loc. ult. cit.*; cfr. BENEDETTELLI, *Art. 25*, cit., p. 1138, secondo il quale non «sembra condivisibile la tesi sostenuta» da ALESSI, *op. cit.*, «per cui tutta la disciplina dei 'gruppi' andrebbe qualificata come di applicazione necessaria».

⁴⁰ Così, MUNARI, *op. ult. cit.*, p. 46.

⁴¹ V. BADINI CONFALONIERI, VENTURA, *sub art. 2497*, in *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 2150 ss., a p. 2175.

mento della qualificazione aquiliana della responsabilità stessa non costituisce, di per sé, ragione sufficiente per sottrarre all'art. 25 una materia intimamente connessa allo statuto personale della società – quale è la responsabilità in parola – per attrarla nell'orbita di una norma di conflitto che, come il citato art. 62, sembra dettare la disciplina di fattispecie di illecito non riconducibili a norme diverse⁴². Inoltre, a mente del n. 1, secondo periodo, di quest'ultima norma, la scelta della legge italiana è possibile solo se essa si identifichi con «la legge dello Stato in cui si è verificato il fatto» (nella specie, la scorretta attività di direzione e coordinamento)

⁴² Nel vigore delle preleggi, non pochi autori sostenevano che la disciplina di conflitto in materia di responsabilità civile avesse valore residuale, nel senso che essa fosse applicabile nei soli casi in cui la situazione o l'interesse in oggetto non fossero regolati da diversa norma di conflitto: così, sia pure con varietà di argomentazioni, VENTURINI, *Diritto internazionale privato. Diritti reali e obbligazioni*, Padova, 1956, p. 297 ss.; FERRARI BRAVO, *Aspetti generali della disciplina della responsabilità per il fatto illecito nel diritto internazionale privato*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari*, XVII, 1962, p. 17 ss., spec. p. 50 ss.; Id., *Responsabilità civile*, cit., p. 89 ss.; BALLARINO, *L'arricchimento senza causa nel diritto internazionale privato*, in *Dir. int.*, 1963, p. 341 ss., spec. p. 355 ss.; SARAVALLE, *Responsabilità del produttore e diritto internazionale privato*, Padova, 1991, p. 64 ss. In senso contrario si pronunciavano ZICCARDI, *Questioni di diritto internazionale privato in tema di responsabilità da illecito*, in *Dir. int.*, 1953, p. 50 ss., spec. p. 53 ss.; MORELLI, *op. ult. cit.*, p. 171; BADIALI, *Personalità e capacità nel diritto internazionale privato e processuale*, in *Scritti degli allievi in memoria di G. Barile*, Padova, 1956, p. 1 ss., spec. p. 68 ss. Con l'entrata in vigore del nuovo sistema, si pronuncia nel primo senso POCAR, *Articolo 62*, in *Riforma del sistema italiano*, cit., p. 1210 ss., secondo cui «l'assenza di una disposizione al riguardo» sembra «condurre a una soluzione in favore di un'autonoma disciplina dell'illecito collegato a un rapporto esistente»; nel secondo DAVÌ, *op. ult. cit.*, p. 61, per il quale «sembra (...) sufficientemente certo (...) che, sia sul piano delle esigenze dell'astratta costruzione teorica, sia sul terreno dell'interpretazione del diritto positivo, non sia adducibile nessun consistente argomento a sostegno della tesi dell'assorbimento».

Effettivamente, la questione è problematica. A nostro avviso, tuttavia, la prima soluzione sembra doversi preferire in considerazione della tendenza della legge di riforma a evitare che il rapporto sia sottoposto a una pluralità di leggi regolatrici, di cui è testimonianza l'arricchimento del numero di fattispecie che formano oggetto di apposita norma di conflitto (v. PAGANO, *op. cit.*, p. 225 ss.). Ulteriore conferma può ricavarsi dall'art. 24 n. 2 della legge di riforma che ha ritenuto necessario precisare che «le conseguenze della violazione» dei diritti della personalità «sono regolate dalla legge applicabile alla responsabilità per fatti illeciti» (cfr. LUGATO, *Obbligazioni contrattuali e non contrattuali*, in *Il nuovo sistema italiano*, cit., p. 1254 ss., spec. p. 1258 s.)

«che ha causato il danno»; ne segue che nei casi in cui tale attività sia localizzata presso la «sede dell'amministrazione» della società – che sono i casi più frequenti – la legge italiana avrà titolo a regolare la responsabilità in questione grazie all'art. 25 n. 1, secondo periodo, della legge di riforma, e, dunque, a prescindere da qualsiasi designazione del danneggiato. Né più convincente risulta l'affermazione dell'autore qui criticato, secondo cui, «ove, invece, si volesse ravvisare nel nuovo art. 2497 cod. civ. (...) anche una fattispecie di responsabilità contrattuale, (...) l'art. 57 della legge n. 218/95, e il suo rinvio ai criteri di collegamento posti dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulle obbligazioni contrattuali determinerebbe la quasi certezza dell'applicazione del nuovo art. 2497 cod. civ. relativamente ai soci di società 'controllate' italiane»⁴³, nei confronti – sembra di intendere – di società capogruppo «straniere». In proposito, alle osservazioni critiche sopra svolte quanto al rilievo della natura della responsabilità di cui all'art. 2497 cod. civ. e contro il ricorso a una norma di conflitto diversa da quella propria delle società può aggiungersi che, secondo l'interpretazione preferibile dell'art. 1 n. 2, lett. e) della Convenzione di Roma del 1980, la materia societaria deve ritenersi esclusa dall'ambito di applicazione di tale Convenzione⁴⁴, e dunque – ne deduciamo –

⁴³ V. MUNARI, *op. ult. cit.*, p. 47.

⁴⁴ La norma citata nel testo esclude dal campo di applicazione delle norme uniformi le «questioni inerenti al diritto delle società (...), quali la costituzione, la capacità giuridica, l'organizzazione interna e lo scioglimento delle società (...), nonché la responsabilità legale personale dei soci e degli organi per le obbligazioni della società». Nonostante la non felice formulazione della norma e i dubbi sollevati da una parte della dottrina [v. ZONCA, *Convenzione di Roma del 1980 e diritto delle società*, in SACERDOTI, FRIGO (a cura di), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti*, Milano, 1993, p. 101 ss., spec. p. 107 ss., secondo cui ricadrebbero nel campo di applicazione della Convenzione di Roma i rapporti giuridici tra soci e società, in quanto, stante la formulazione letterale dell'eccezione in esame, sarebbero escluse solo le situazioni attinenti all'organizzazione interna dell'ente], riteniamo preferibile l'opinione secondo cui, con detta norma, l'intera materia del diritto societario sia stata eccettuata dalla disciplina convenzionale (v. COSCIA, *Le materie escluse dalla Convenzione di Roma. Il diritto delle società*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, II. Limiti di applicazione*. *Lectio notariorum*, Milano, 1994, p. 161 ss., a p. 167).

anche la questione di responsabilità qui considerata. E può osservarsi ulteriormente che il rinvio «in ogni caso» disposto dal citato art. 57 alla Convenzione di Roma non produce affatto l'effetto di ampliare l'ambito di applicazione di quest'ultima alle materie escluse a norma del suo art. 1 n. 2⁴⁵.

In verità, le esigenze di tutela dei soggetti che entrano in rapporto con società partecipanti a un «gruppo» e operanti in Italia sembrano sufficientemente soddisfatte attraverso la sopra dimostrata applicabilità dell'art. 2497 e/o dell'art. 2497 *bis* alle società «straniere» che stabiliscano nel nostro Stato la «sede dell'amministrazione» o una sede secondaria, ovvero quivi svolgano l'«oggetto principale» dell'impresa⁴⁶, nonché dell'art. 2497 *bis* alle società costituite all'estero che abbiano in Italia una sede secondaria. Non è inutile rilevare altresì che, considerata la disciplina sulla competenza giurisdizionale contenuta nella legge 218/95, nonché nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 e nel Regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, appare raro il caso che

⁴⁵ Per le ragioni che inducono a tale interpretazione dell'art. 57 della legge di riforma ci permettiamo di rimandare, ancora, a DAMASCELLI, *Il rinvio «in ogni caso»*, cit., *passim*, e spec. p. 85.

⁴⁶ A dette società devono ritenersi applicabili anche le altre norme che compongono il citato Capo IX. Ciò non crea difficoltà interpretative né per l'art. 2497 *ter* cod. civ. (secondo cui «le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando da questa influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione. Di esse viene dato adeguato conto nella relazione» degli amministratori sulla situazione della società e sull'andamento della gestione di cui all'art. 2428 cod. civ.), né per l'art. 2497 *quinquies* cod. civ. (che dispone, ai sensi del precedente art. 2467, la postergazione del rimborso dei finanziamenti effettuati dalla società che esercita l'attività di direzione alla soddisfazione degli altri creditori della società soggetta a tale attività). Quanto all'art. 2497 *quater* cod. civ., occorre distinguere: precisamente, le cause di recesso previste dalle lettere a) e c) di detta norma saranno attivabili dai soci delle società consociate anche quando la società capogruppo sia soggetta a una legge straniera; quella di cui alla lett. b), invece, essendo subordinata all'ottenimento da parte del socio di sentenza esecutiva di condanna *ex art.* 2497, sarà esperibile solo quando la capogruppo sia una società soggetta alla legge italiana. Quest'ultima distinzione, sia detto per completezza, va mantenuta quando le cause di recesso previste dall'art. 2497 *quater* sono invocate dai soci di società consociata «italiana».

azioni del genere siano proposte dinanzi ai nostri giudici nei confronti di società «straniere» che non presentino col nostro ordinamento i contatti testé indicati⁴⁷.

5. *La responsabilità dell'unico socio di società di capitali*

Nel vigore dell'abrogato sistema internazionalprivatistico, la giurisprudenza si è occupata a più riprese del problema dell'applicabilità a situazioni caratterizzate da elementi di internazionalità dell'art. 2362 cod. civ., il quale, nel testo anteriore alla riforma delle società, stabiliva che «in caso d'insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni risultano essere appartenute ad una sola persona, questa risponde illimitatamente».

⁴⁷ Secondo l'unanime interpretazione della dottrina, il titolo generale di giurisdizione del domicilio o residenza in Italia del convenuto, di cui all'art. 3 n. 1 della legge di riforma, deve intendersi riferito, quanto alle società, alla loro sede: v. DI BLASE, *Art. 3*, in *Legge 31 maggio 1995 n. 218*, cit., p. 905 ss., a p. 907; CONETTI, *Titolo I, Disposizioni generali*, in CONETTI, TONOLO, VISMARA, *Commento alla riforma*, cit., p. 3 ss., a p. 4. Inoltre, in base all'art. 53, comma 1, della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, «la sede delle società e delle persone giuridiche è assimilata al domicilio» delle persone fisiche che, com'è noto, è titolo generale di giurisdizione a norma del precedente art. 2, comma 1; ancora, secondo l'art. 60 n. 1 del Regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (che, a partire dal 1° marzo 2002, ha sostituito la predetta Convenzione di Bruxelles nei rapporti tra gli Stati membri della Comunità europea diversi dalla Danimarca), «una società o persona giuridica è domiciliata nel luogo in cui si trova: a) la sua sede statutaria, o b) la sua amministrazione centrale, oppure c) il suo centro d'attività principale»; infine, l'art. 5 n. 5 della Convenzione di Bruxelles e del Regolamento n. 44/2001 rimettono la cognizione delle controversie concernenti l'esercizio di una succursale, di un'agenzia o di qualsiasi altra sede d'attività al giudice del luogo in cui essa è situata. Sui problemi interpretativi sollevati dalle citate norme, v. BENEDETTELLI, *Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 879 ss.

Naturalmente, non può escludersi che la giurisdizione del giudice italiano sussista in quanto la società abbia in Italia «un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio a norma dell'articolo 77 del codice di procedura civile», secondo quanto stabilito dal citato art. 3 n. 1 della legge di riforma; ovvero a séguito dell'accettazione della giurisdizione italiana in forza dell'art. 4 n. 1 della medesima legge, ovvero degli articoli 17 e 18 della Convenzione di Bruxelles o degli articoli 23 e 24 del c.d. regolamento Bruxelles I.

La questione ha perso parte del suo interesse a séguito dell'entrata in vigore della nuova disciplina di diritto sostanziale che ha ammesso la costituzione unipersonale anche della società per azioni⁴⁸ e ha circoscritto la responsabilità illimitata dell'unico socio, ove la società sia insolvente, al caso in cui gli amministratori non adempiano alla prescritta pubblicità ovvero quando, venuta meno la pluralità dei soci, il socio superstite non provveda, nei termini di legge, all'integrale versamento del capitale sociale⁴⁹.

Vale la pena, comunque, di ricostruire il percorso seguito dalla giurisprudenza, al fine di fugare talune incertezze interpretative mostrate dai nostri giudici.

Nelle decisioni più risalenti, la questione dell'applicabilità del citato art. 2362 cod. civ. è stata affrontata esclusivamente sotto l'angolo visuale della competenza giurisdizionale. Partendo dalla qualificazione dell'obbligazione di pagamento gravante sull'unico socio come obbligazione *ex lege*, la giurisprudenza della Cassazione, sulla base dell'abrogato art. 4, n. 2), cod. proc. civ., riconosceva la giurisdizione del giudice italiano relativamente a domande proposte contro soggetti stranieri, persone fisiche o giuridiche, soci unici di società «italiane» insolventi, ritenendo detta obbligazione sorta in Italia, presso la sede della società⁵⁰.

⁴⁸ V. il citato art. 2328, comma 1, cod. civ.; per le società a responsabilità limitata, la costituzione unipersonale era già stata consentita in virtù dell'abrogato art. 2475 cod. civ., come modificato dall'art. 3 d.lgs. 3 marzo 1993 n. 88, il cui contenuto è ora riprodotto nel citato art. 2463, comma 1, cod. civ.

⁴⁹ Le norme di riferimento sono, quanto alla società per azioni, gli articoli 2325, comma 2, 2342, comma 4, e 2362 cod. civ., e, quanto alla società a responsabilità limitata, gli articoli 2462, comma 2, 2464, ultimo comma, e 2470, commi 4, 5, 6 e 7, cod. civ. Non determina più responsabilità illimitata, la circostanza che l'unico socio sia una persona giuridica o unico socio di altra società di capitali, come era previsto dall'art. 2497, comma 2, lett. a), cod. civ., nel testo anteriore alla riforma delle società.

⁵⁰ V., da ultimo, Cass. 24 febbraio 1986 n. 1088, *Chocolat Tobler s.a. c. Banca Nazionale del Lavoro*, in *Giur. comm.*, 1986, p. 537 ss., con nota WEIGMANN, *Oltre l'unico azionista*, p. 538 ss. In precedenza, conformi, Cass., S.U., 3 maggio 1971 n. 1268, *Raytheon Co. c. Banca commerciale italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1971, p. 712 ss.; Cass., S.U., 27 marzo 1972 n. 952 (regolamento di giurisdizione), *Raytheon Company c. Cassa Centrale di Risparmio V.E. per le Province Siciliane e The Machlett*

Il problema, distinto e logicamente successivo, dell'individuazione della norma di conflitto competente a designare la legge applicabile alla fattispecie in esame, è stato trattato per la prima volta *ex professo* da una recente sentenza della Corte d'appello di Milano la quale, ponendosi nel solco tracciato dai giudici di legittimità, ha qualificato la responsabilità illimitata dell'unico azionista come obbligazione sussidiaria che trae origine direttamente dalla legge e, facendo conseguentemente applicazione dell'art. 25, comma 2, disp. prel. cod. civ., relativo alle obbligazioni non contrattuali, nonché individuando nella sede della società il luogo in cui è avvenuto il fatto generatore dell'obbligazione, ha ritenuto la competenza della legge di tale sede. La Corte milanese ha avuto cura di precisare peraltro che la soluzione sarebbe stata la medesima ove i fatti di causa fossero stati giudicati alla luce della legge di riforma del sistema di conflitto, risultando applicabile, in tal caso, l'art. 61 della legge di riforma⁵¹.

L'opinione non ci sembra da condividere.

Anzitutto, va osservato che il citato art. 61 rimette «alla legge dello Stato in cui si è verificato il fatto da cui deriva l'obbligazione»,

Laboratories Incorporated, e Cass., S.U., 27 marzo 1972 n. 953 (regolamento di giurisdizione), *The Machlett Laboratories Incorporated c. Banco di Sicilia e Raytheon Company*, entrambe in *Giur. it.*, 1972, c. 1171 ss., con nota redazionale; Cass. 16 maggio 1973 n. 1385, *Credito italiano c. S.a. Chocolat Tobler*, in *Banca, borsa*, 1973, II, p. 374 ss., con nota redazionale; Cass., S.U., 14 dicembre 1981 n. 6594, *Chocolat Tobler S.A. c. Banco Ambrosiano*, in *Riv. not.*, 1982, p. 291 ss., con nota redazionale, p. 297 s., in *Vita not.*, 1982, p. 103 ss., con nota CORDA, CALÒ, *Nuovo orientamento della Cassazione in materia di responsabilità ex art. 2362 c.c. della società per azioni unico azionista*, e in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1983, p. 124 ss.

⁵¹ V. App. Milano 18 giugno 1999, *Ro.Bio. Inc., Ro.Bio. Ltd., Garofali, Livolsi c. Mediobanca*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 732 ss., confermata da Cass. 14 febbraio 2002 n. 2111, in *Società*, 2002, p. 971 ss., con nota PERNAZZA, SABBADINI, *Diritto applicabile alle società costituite all'estero e responsabilità dell'unico azionista*, p. 984 ss. Invero, la legge della sede della società era stata ritenuta applicabile anche da Cass., S.U., 14 dicembre 1981 n. 6594, cit., a p. 292, «essendo la responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali regolata dalla legge dello Stato in cui ha sede la società *lex societatis*» (sic!), nonché da Trib. Milano 22 gennaio 1998, *Ro.Bio. Inc.* e altro *c. Mediobanca*, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, c. 1660 ss. e Trib. Milano 23 aprile 1998, *Banca della Svizzera italiana c. Micoperi s.p.a.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 275 ss., ma senza alcuna motivazione.

oltre alla gestione di affari altrui, l'arricchimento senza causa e la ripetizione dell'indebito, «le altre obbligazioni legali, non diversamente regolate» dalla legge di riforma. Come risulta chiaramente dalla sua formulazione letterale, quest'ultima disposizione ha portata residuale, quale norma di chiusura volta a dettare la disciplina delle obbligazioni *ex lege* che, non potendosi configurare come mera conseguenza o elemento accessorio del rapporto giuridico a cui ineriscono, non risultano assorbite dalla corrispondente norma di conflitto⁵².

Orbene, la «responsabilità per le obbligazioni dell'ente» è inclusa dall'art. 25 n. 2, lett. h), della legge di riforma nel campo di applicazione della *lex societatis*, sicché risulta in contrasto con una simile espressa indicazione ricondurre i profili di responsabilità in questione all'art. 61. E poiché la responsabilità personale del socio unico non è, a sua volta, che un profilo della «responsabilità per le obbligazioni dell'ente», deve ritenersi che anch'essa rientri nel campo di applicazione della *lex societatis* (e non in quello della legge richiamata dall'art. 61).

Pertanto, è alla *lex societatis* che compete stabilire le condizioni in presenza delle quali il socio unico sia chiamato a rispondere personalmente delle obbligazioni sociali⁵³; sicché, in conclusione, le norme del diritto societario italiano relative alla responsabilità illimitata dell'unico socio saranno applicabili, in quanto la legge applicabile alla società *de qua* sia la legge italiana⁵⁴.

⁵² V. in proposito MALATESTA, *Articolo 61*, in *Riforma del sistema italiano*, cit., p. 1204 ss.; BAREL, *Art. 61*, in *Legge 31 maggio 1995 n. 218*, cit., p. 1433 ss.

⁵³ V. MALATESTA, *In tema di legge regolatrice*, cit., p. 951 ss.; BAREL, *Art. 25*, cit., p. 52 s.

⁵⁴ Non rileva invece la nazionalità del socio stesso né la circostanza che quest'ultimo sia una persona giuridica.

Secondo un'opinione dottrinale, le norme relative alla responsabilità illimitata dell'unico socio troveranno applicazione solo nel caso in cui il socio unico sia una persona fisica, mentre nell'ipotesi in cui il socio unico sia una persona giuridica la vicenda finisce per coinvolgere (anche) un profilo di responsabilità della società unica, la quale potrà essere ritenuta responsabile per le obbligazioni della società di cui detiene la totalità delle azioni o quote solo se ciò sia previsto dalla propria legge regolatrice (v. BALLARINO, *Diritto*, cit., p. 380, il quale riprende una tesi da lui già

6. *I patti parasociali*

Si definiscono «patti parasociali» quegli «accordi stipulati dai soci (da alcuni o anche da tutti), di regola fuori dell'atto costitutivo e dello statuto, per regolare *inter se* o anche nei rapporti con la società, con organi sociali, o con terzi, un loro interesse o una loro condotta sociale»⁵⁵. Tipici esempi di patti parasociali sono i sindacati di voto (con cui i soci partecipanti si obbligano reciprocamente a votare nell'assemblea della società in conformità della volontà della maggioranza degli aderenti al sindacato) e i sindacati di blocco (con cui i soci partecipanti introducono limitazioni all'alienazione delle azioni o quote della società prevedendo una prelazione a favore degli altri soci sindacati, ovvero subordinando il trasferimento al gradimento del terzo acquirente). Ma i patti parasociali possono avere l'oggetto più vario, potendo, a esempio, regolare la nomina degli organi della società, od obbligare i soci sindacati a corrispondere, su richiesta degli amministratori, ulteriori conferimenti, o ancora prevedere la redistribuzione fra i partecipanti degli utili e delle perdite della società.

Riguardo a tali convenzioni, la dottrina internazionalprivatistica italiana è orientata a distinguere tra i profili attinenti al negozio

sostenuta nel vigore delle preleggi: v. *La società per azioni* cit., p. 166 ss.). Può replicarsi che lo statuto del socio unico persona giuridica non rileva ai fini della determinazione del regime di autonomia patrimoniale dell'ente che controlla, giacché nel momento in cui l'ente assume una partecipazione in una società retta da una legge diversa, assume anche le obbligazioni a ciò conseguenti, quali sono definite dalla *lex societatis*: v. BENEDETTELLI, *Art. 25*, cit., p. 1119; MALATESTA, *op. ult. cit.*, p. 953 s.; BAREL, *op. ult. cit.*, p. 53.

⁵⁵ La definizione è tratta da OPPO, *Le convenzioni parasociali tra diritto delle obbligazioni e diritto delle società*, in *Riv. not.*, 1987, p. 647 ss., a p. 648 ss., a cui si deve il conio dello stesso aggettivo «parasociale»: v. ID., *Contratti parasociali*, Milano, 1942. Nella dottrina commercialistica recente, v., tra gli studi monografici, SANTONI, *Patti parasociali*, Napoli, 1985; FARENGA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987; TORINO, *I contratti parasociali*, Milano, 2000; RIOLFO, *I contratti parasociali*, Padova, 2003. Nella dottrina internazionalprivatistica, v., in generale, CARBONE, *Patti parasociali, autonomia negoziale e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 885 ss.

giuridico in quanto tale (quali, il consenso e i vizi che ne possano inficiare la validità, la simulazione, le conseguenze relative all'inadempimento), rimessi alla disciplina della *lex contractus*, e i profili di valutazione della loro compatibilità con le norme generali, concernenti il funzionamento degli organi sociali e la ripartizione delle competenze gestionali tra assemblea, soci e amministratori, della società a cui ineriscono, sottoposti alla *lex societatis*⁵⁶.

L'assunto, che va completato quanto alla capacità dei paciscenti⁵⁷, ci sembra sia sostanzialmente da condividere.

Come già accennato, infatti, l'art. 1 n. 2, lett. e), della Convenzione di Roma del 1980, a cui l'art. 57 della legge di riforma affida la disciplina di conflitto delle obbligazioni contrattuali, esclude dal suo campo di applicazione l'intera materia del diritto societario. Specularmente, l'art. 25 n. 2 della legge di riforma sottopone alla *lex societatis* tutte le questioni attinenti all'ente, dalla sua nascita fino all'estinzione⁵⁸. Inoltre, quest'ultima norma precisa che tra le materie rimesse alla legge regolatrice dell'ente rientrano «le modalità di funzionamento degli organi» [lett. e)] e «i diritti e gli obblighi inerenti» alla qualità di socio [lett. g)]. Orbene, se, come si è visto, i patti parasociali possono influire sul regolare funzionamento degli organi sociali (e, in particolare, dell'assemblea: si pensi, a esempio, ai sindacati di voto deliberanti a maggioranza che possono condurre all'approvazione delle delibere assembleari con maggioranze fittizie) o sulla posizione del socio (che, nei sindacati di

⁵⁶ V. BALLARINO, *La Convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali e le società commerciali*, in *Riv. not.*, 1993, p. 1 ss., spec. p. 7 ss.; Id., *Diritto*, cit., p. 378 s.; BALLARINO, BONOMI, *Sulla disciplina delle materie escluse dal campo di applicazione della Convenzione di Roma*, in *Riv. dir. int.*, 1994, p. 939 ss., spec. p. 969 ss.; BENEDETTELLI, *op. ult. cit.*, p. 1117 s.; TONOLO, *op. cit.*, p. 106; BAREL, *op. loc. ult. cit.*; DRAETTA, *Brevi note sulla legge applicabile ai patti parasociali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 565 ss., spec. p. 571 ss.

⁵⁷ Regolata, per le persone fisiche, dalla legge nazionale ex art. 23 n. 1, primo periodo, della legge di riforma, e, per gli enti giuridici, dalla legge applicabile all'ente *de quo*, giusta l'art. 25 n. 2, lett. d).

⁵⁸ Sulla correlazione tra l'art. 1 n. 2, lett. e), della Convenzione di Roma del 1980 e l'art. 25 n. 2 della legge di riforma, v. SANTA MARIA, *op. ult. cit.*, p. 1042.

voto, può subire compressioni, anche consistenti, del diritto di voto⁵⁹, e, nei sindacati di blocco, accetta di limitare la propria libertà di disporre della partecipazione sociale), la conclusione da trarre è che, ove i patti parasociali vengano in considerazione sotto i profili testé indicati, essi andranno valutati alla stregua della *lex societatis*; la legge designata dalla Convenzione di Roma sarà da applicare invece limitatamente alle questioni relative alla validità sostanziale e formale dei patti medesimi, rispettandosi così la competenza della *lex societatis* riguardo alla loro ammissibilità e agli effetti che essi siano suscettibili di produrre sulla vita societaria⁶⁰.

⁵⁹ Si pensi ai sindacati di voto c.d. «a efficacia reale», in cui al fine di prevenire l'inadempimento degli accordi da parte di qualcuno degli aderenti, si prevede il trasferimento del diritto di voto a soggetti terzi (attraverso un mandato collettivo irrevocabile; il rilascio di procure di voto irrevocabili o la girata delle azioni per procura; l'intestazione fiduciaria delle azioni a terzi; il deposito delle azioni, ai sensi dell'art. 1773 cod. civ., effettuato nell'interesse di tutti gli aderenti presso un terzo mandatario o presso la società).

⁶⁰ Si noti che, per quanto concerne la disciplina della validità sostanziale, l'eventuale divergenza tra *lex contractus* e *lex societatis* si verificherà, almeno di regola, solo in caso di scelta di legge da parte dei soci partecipi al patto parasociale. Infatti, in mancanza di *electio juris* – non essendo possibile, per la stessa natura del patto parasociale, individuare tra gli aderenti alla convenzione «la parte che deve fornire la prestazione caratteristica» ai sensi dell'art. 4 n. 2 della Convenzione di Roma – la ricerca del collegamento più stretto condurrà, normalmente, all'applicazione della legge regolatrice della società a cui il patto stesso inerisce: v. BENEDETTELLI, *op. ult. cit.*, p. 1118, il quale, alla nota 18, precisa che «non è detto che sia necessariamente la *lex societatis* ad imporsi tra le varie leggi in potenziale concorso quale legge del 'collegamento più stretto'; si pensi (...) ai patti tra i soci di una *holding* costituita in un certo Stato che abbia quale unico bene una partecipazione al capitale sociale di una società costituita in un altro Stato, patti che, se riferiti alla gestione della società partecipata, potrebbero risultare più 'collegati' alla legge di quest'ultimo ordinamento» (corsivo dell'a.). Sul punto, *adde* DRAETTA, *op. cit.*, p. 567 ss.

Ci sembra troppo radicale l'opinione di SEATZU, *op. cit.*, p. 837 e nota 18, che propone l'«assoggettamento di tali fattispecie ad una soltanto delle due possibili leggi regolatrici e cioè la *lex societatis* e la *lex contractus*», suggerendo, a tal fine, di indagare se nel caso concreto vi sia «prevalenza degli aspetti societari su quelli contrattuali o viceversa» (corsivo dell'a.). Quel che si può concedere, è che vi sono ipotesi in cui la legge regolatrice dell'ente viene in considerazione in via del tutto marginale, come nel caso di «impegni che si esauriscono nella sfera di autonomia dei contraenti, come l'obbligo di non vendere le azioni fino ad una certa data o i patti di prelazione relativi ad azioni liberamente trasferibili»: così, BALLARINO, *Diritto*, cit., p. 379, secondo cui la legge regolatrice di tali impegni «è quella del

Ove, a' termini dell'art. 25 n. 1, risulti applicabile la legge italiana vengono in considerazione gli articoli 2341 *bis* e *ter* cod. civ. con cui il diritto societario italiano si è dotato di una pur parziale disciplina di diritto comune dei patti parasociali⁶¹.

Come nel caso dei «gruppi», il legislatore ha preferito non dettare una definizione della fattispecie e si è limitato a regolarne gli aspetti ritenuti maggiormente rilevanti.

Prima di analizzare nel dettaglio la disciplina introdotta con le citate norme, è opportuno soffermarsi brevemente sul relativo campo di applicazione. Premesso che la disciplina dei patti parasociali delle società quotate rimane affidata esclusivamente agli articoli 122-124 del citato d.lgs. 58/98 e ai relativi regolamenti emanati dalla Consob⁶²; entrambi i citati articoli del codice civile sono applicabili alle società per azioni con titoli diffusi⁶³, ancorché

contratto da cui traggono origine». L'affermazione è condivisibile, in quanto in tali casi non siamo di fronte a veri patti parasociali – cioè, riprendendo la definizione del citato art. 2341 *bis*, comma 1, cod. civ., a patti che hanno il «fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società» – ma ad accordi tra soci che non influiscono sulla vita dell'ente (cfr. DRAETTA, *op. cit.*, p. 567).

⁶¹ Nella legislazione speciale, il riconoscimento dei patti parasociali, culminato con gli articoli 122 e 123 del T.U.F., era iniziato con l'art. 2 legge 5 agosto 1981 n. 416, sull'editoria; l'art. 37 legge 6 agosto 1990 n. 223, sulla disciplina del sistema radiotelevisivo; l'art. 27 legge 10 ottobre 1990 n. 287, sulla tutela della concorrenza; l'art. 4 legge 2 gennaio 1991 n. 1, sull'intermediazione mobiliare; l'art. 6 legge 17 maggio 1991 n. 157, sull'*insider trading*; l'art. 10 legge 9 gennaio 1991 n. 20, sul controllo delle imprese assicurative; l'art. 26 legge 9 aprile 1991 n. 127, sui bilanci consolidati; gli articoli 7 e 10 legge 18 febbraio 1992 n. 149, sulle offerte pubbliche di acquisto; l'art. 23 d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385, T.U. delle leggi in materia bancaria; gli articoli 1 e 2 d.l. 31 maggio 1994 n. 332, convertito dalla legge 30 luglio 1994 n. 474, sulle privatizzazioni.

⁶² Come espressamente disposto dall'art. 122 n. 5 *bis*, T.U.F., aggiunto dall'art. 9.69 d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, inserito dall'art. 3 d.lgs. 6 febbraio 2004 n. 37. Sulla disciplina dei patti parasociali nelle società quotate, il cui esame esula dai limiti di questo lavoro, v., *ex multis*, OPPO, *sub* articoli 122 e 123, in ALPA, CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico sulle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Padova, 1999, p. 1130 ss.; PINNARÒ, *I patti parasociali*, in PATRONI GRIFFI, SANDULLI, SANTORO (a cura di), *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, Torino, 1999, p. 771 ss.; SANTONI, *sub* articoli 122-124, in CAMPOBASSO (a cura di), *Testo unico della finanza*, II, Torino, 2002, p. 1001 ss.

⁶³ Ai sensi dell'art. 111 *bis* disp. att. cod. civ., la misura rilevante della diffusione è stata stabilita con la deliberazione Consob n. 14372 del 23 dicembre 2003.

non quotate; mentre alle società per azioni c.d. «chiuse», nonché alle società, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e di persone, controllanti società per azioni, è applicabile solo l'art. 2341 *bis* cod. civ.⁶⁴.

Quest'ultima norma regola i patti parasociali finalizzati «a stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società»⁶⁵, quando «hanno per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società per azioni o nelle società che le controllano» [lett. a)]⁶⁶, «pongono

⁶⁴ Rimangono fuori dal campo di applicazione delle disposizioni in esame le società in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata e le società di persone che non controllino società per azioni. Secondo MUNARI, *Patti parasociali e norme di diritto internazionale privato e comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 127 ss., a p. 136, «la generale legittimazione dei patti parasociali nell'ordinamento italiano risulta ormai codificata per tutte le società per azioni, e con effetti senz'altro estendibili anche alle altre società di capitali». L'affermazione non può ritenersi sicura, considerato che in base alla legge 3 ottobre 2001 n. 366, recante delega al Governo per la riforma del diritto societario, «la riforma è diretta a: (...) prevedere una disciplina dei patti parasociali, concernenti le società per azioni o le società che le controllano» [art. 4 n. 7, lett. c)]. V. anche la *Relazione ministeriale* al decreto di riforma, in COSTANZO, GAZZANI, NOVATI, *Le società, Commento al D.lgs. 6/2003*, Milano, 2003, a p. 21, la quale afferma che la nuova disciplina «ha inteso regolare la fattispecie con riferimento» alle società per azioni, ma «non intende escludere la possibilità che analoghi patti riguardino altre forme di società, per le quali ovviamente resterà applicabile la disciplina generale dell'autonomia privata e dei contratti». Rimane impregiudicato il problema, discusso in dottrina, dell'applicabilità in via analogica, in tutto o in parte, delle norme codicistiche alle società escluse: v. SANTONI, *sub* articoli 2341 *bis*-2341 *ter*, in *La riforma*, cit., p. 94; FIORIO, *sub* art. 2341 *bis*-2341 *ter*, in *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 132 ss., a p. 142.

⁶⁵ Secondo GALGANO, GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., 1, p. 87 s., con tale espressione «la norma enuncia la causa del patto parasociale»; il concetto era già stato impiegato in giurisprudenza come uno dei parametri su cui fondare il giudizio di meritevolezza dei patti parasociali: v. Cass. 23 novembre 2001 n. 14865, *Luigi c. Di Gregorio*, in *Giur. it.*, 2002, c. 547 ss., con nota COTTINO, e in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 666 ss., con nota COSTI, *La Cassazione e i sindacati di voto: tra dogmi e «natura delle cose»*. E esso, tuttavia, lascia non poche incertezze con riguardo all'individuazione delle fattispecie rilevanti: v. le osservazioni di RESCIO, *sub* art. 2341-bis, in *Parere dei componenti del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in Diritto commerciale interno ed internazionale (Università Cattolica di Milano), sullo schema di decreto legislativo sulla riforma delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 1458 s.; SANTONI, *op. ult. cit.*, p. 93; FIORIO, *op. cit.*, p. 143 s.

⁶⁶ A esempio, i sindacati di voto a maggioranza e gli accordi attributivi della rappresentanza azionaria in più assemblee (anche se, per questi ultimi, si pongono

limiti al trasferimento delle relative azioni o delle partecipazioni in società che le controllano» [lett. b)]⁶⁷, «hanno per oggetto o per effetto l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante su tali società» [lett. c)]⁶⁸. Secondo la disposizione in commento, tali patti sono validi «in qualunque forma stipulati»⁶⁹ e possono essere a tempo determinato o indeterminato: nel primo caso, non possono avere durata superiore a cinque anni, sono rinnovabili alla scadenza⁷⁰ e se conclusi per un periodo maggiore, questo è ridotto *ex lege* a cinque anni; nel secondo caso, «ciascun contraente ha diritto di recedere con un preavviso di sei mesi»⁷¹.

delicati problemi di coordinamento con l'art. 2372 cod. civ., che, da un lato, ammette la possibilità di rilasciare deleghe di voto per più assemblee, ma, dall'altro, dispone che la procura è sempre revocabile, nonostante ogni patto contrario). Sembrano esclusi, invece, i patti diretti all'esercizio congiunto di diritti amministrativi diversi dal voto, quali l'impugnazione delle delibere annullabili, la proposizione dell'azione sociale di responsabilità, ecc.

⁶⁷ Sono ricompresi nella previsione normativa i sindacati di blocco, i patti di prelazione e gradimento, i patti che vietano la vendita delle azioni o la costituzione di pegno, usufrutto o altri vincoli sulle azioni. È dubbio se vi rientrino gli accordi diretti a limitare il trasferimento di strumenti finanziari che consentano l'acquisto delle azioni, quali le obbligazioni convertibili o i *warrants*, ovvero degli strumenti finanziari disciplinati dagli articoli 2346, comma 6, e 2349, comma 2, cod. civ., nell'ipotesi in cui, ai sensi dell'art. 2351 cod. civ., sia attribuito il diritto di voto su particolari argomenti o il diritto di nominare un membro degli organi di amministrazione o di controllo.

⁶⁸ La categoria, che ha portata residuale rispetto alle due precedenti, comprende, a esempio, i patti di stabilità con cui gli aderenti si impegnano a non acquistare ulteriori azioni, quelli che vietano l'adesione ad altri patti parasociali, quelli che prevedono l'acquisto congiunto di partecipazioni tali da consentire l'esercizio di un'influenza dominante sulla società.

⁶⁹ Per un recente caso giurisprudenziale in cui è stata accertata l'esistenza di un patto parasociale in assenza di accordo scritto, v. App. Milano 28 febbraio 2003, *Cingano* e altro c. *Consob*, in *Giur. it.*, 2003, p. 1857, con nota FIORIO.

⁷⁰ Si discute, in dottrina, sull'ammissibilità delle clausole di tacito rinnovo: per la soluzione negativa, v. RESCIO, *La disciplina dei patti parasociali dopo la legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 840 ss., a p. 843.

⁷¹ Secondo l'art. 2341 *bis*, comma 3, le norme illustrate nel testo non sono applicabili «ai patti strumentali ad accordi di collaborazione nella produzione e nello scambio di beni e servizi relativi a società interamente possedute dai partecipanti all'accordo». La validità di tali patti, come di altri non espressamente indicati dall'art. 2341 *bis* (si pensi, a esempio, ai c.d. sindacati di gestione – cioè quelle convenzioni

Il successivo art. 2341 *ter* prevede che i patti parasociali⁷² debbano essere comunicati alla società e dichiarati in apertura di ogni assemblea⁷³. La dichiarazione deve essere trascritta nel verbale assembleare, che va depositato presso il Registro delle imprese competente per territorio. In caso di omissione della detta dichiarazione⁷⁴, i soci sindacati non possono esercitare il diritto di voto; inoltre, qualora venga violato il divieto di voto e questo risulti determinante per il raggiungimento delle necessarie maggioranze, la deliberazione è impugnabile a norma dell'art. 2377 cod. civ.

Gli articoli del codice civile appena illustrati sono applicabili, nei limiti soggettivi e oggettivi chiariti, ai patti parasociali concernenti società soggette alla legge italiana anche nell'ipotesi in cui esse siano società controllanti di società «straniere».

A nostro avviso, non sono applicabili, invece, ai patti parasociali riguardanti società soggette a una legge straniera, ancorché siano società controllanti di società «italiane».

Di parere contrario è parte della dottrina, la quale afferma che alle disposizioni italiane concernenti i patti parasociali debba riconoscersi natura di norme di applicazione necessaria.

In particolare, con riferimento alle norme dettate dal T.U.F., è stato sostenuto che, ove i patti parasociali «riguardino società *stra-*

con cui gli aderenti si impegnano a concordare alcune decisioni gestionali strategiche quali la determinazione degli investimenti da effettuare, la nomina delle cariche sociali, le scelte di cooperazione con altri gruppi imprenditoriali, le politiche industriali, commerciali e finanziarie della società, obbligandosi a far sì che gli amministratori si conformino e diano esecuzione alle decisioni del sindacato - ai patti di consultazione facoltativa o a quelli relativi alla distribuzione degli utili) dovrà essere giudicata, caso per caso, alla luce dei principî generali.

⁷² Non è chiaro se l'art. 2341 *ter* riguardi solo i patti contemplati dalla norma precedente o anche quelli diversi da questi ultimi: sul punto, v. FIORIO, *sub* articoli 2341 *bis*-2341 *ter*, cit. p. 153 s.

⁷³ La norma in commento non chiarisce se oggetto della *disclosure* debba essere esclusivamente l'esistenza dei patti o se, invece, sia necessario fornire ulteriori informazioni, quali il contenuto delle clausole contrattuali, la durata, l'elenco degli aderenti, ecc.: v., ancora, FIORIO, *op. ult. cit.*, p. 155 s.

⁷⁴ E, secondo la dottrina, anche in caso di sua incompletezza, inesattezza o radicale falsità: v., sempre, FIORIO, *op. ult. cit.*, p. 158.

niere controllanti società italiane, gli articoli 122 e 123 opereranno (...) a titolo di norme di applicazione necessaria, quale che sia la disciplina data ai patti dalla *lex societatis* regolatrice dell'ente, in virtù della connessione con il sistema sociale italiano derivante appunto dal rapporto di controllo»⁷⁵. L'affermazione appare incerta. In primo luogo, non sembra che la «connessione» di una data fattispecie «con il sistema sociale italiano» integri, di per sé sola, i requisiti richiesti dall'art. 17 della legge di riforma, affinché date norme possano essere considerate di applicazione necessaria. Secondariamente, come riconosce lo stesso autore⁷⁶, le norme in oggetto sono applicabili, a mente dell'art. 119 T.U.F., «alle società *italiane* con azioni quotate in mercati regolamentati italiani o di altri paesi dell'Unione europea»⁷⁷. Ora, è vero che gli articoli 122 e 123 T.U.F. si riferiscono anche a società controllanti società con azioni quotate e che la menzione nell'art. 119 T.U.F. solo di queste ultime e non delle società che le controllano potrebbe condurre, su un piano squisitamente *formale*, a ritenere applicabili dette norme a tutte le società controllanti, e, dunque, anche alle società «straniere», ma è vero altresì che l'art. 119 T.U.F. delimita espressamente il campo di applicazione delle norme in discorso alle società «italiane» e che sarebbe singolare che il legislatore italiano avesse obbligato le società «straniere» controllanti società «italiane» con azioni quotate agli adempimenti pubblicitari previsti dall'art. 122 n. 1 T.U.F., sanzionando la loro inosservanza con la nullità dei patti (successivo n. 3), lasciandone invece esenti le società «straniere» che presentano indubbiamente una maggiore «connessione con il sistema sociale italiano» rispetto alle prime, quali quelle con azioni quotate nella nostra borsa⁷⁸.

⁷⁵ Così, BENEDETTELLI, «*Corporate governance*», cit., p. 736 ss. (corsivo dell'a.).

⁷⁶ Id., *op. ult. cit.*, p. 717.

⁷⁷ Corsivo aggiunto.

⁷⁸ Senza contare che taluni degli adempimenti pubblicitari prescritti e, precisamente, l'obbligo del deposito dei patti parasociali «presso il registro delle imprese del luogo ove la società ha la sede legale», disposto dall'art. 122 n. 1, lett. c), T.U.F., potrebbero non essere eseguibili dalle società «straniere».

Altra parte della dottrina attribuisce natura di norme di applicazione necessaria alle disposizioni in oggetto sostenendo, quanto agli articoli 123 T.U.F. e 2231 *bis* cod. civ., nella parte in cui limitano la durata dei patti parasociali, che essi sarebbero espressione di «esigenze considerate imperative dal nostro ordinamento (...) dato il disfavore con cui» quest'ultimo «considera impegni contrattuali di lunga durata»⁷⁹, e, quanto agli articoli 122 ss. T.U.F. e 2341 *ter* cod. civ., che essi sarebbero volti «alla tutela di interessi di natura pubblicistica»⁸⁰. Anche questa opinione non sembra conforme ai requisiti richiesti dall'art. 17 della legge di riforma. Infatti, da un lato, non paiono sussistere nel nostro ordinamento elementi tali da fare ritenere che il disfavore che il legislatore italiano mostra per gli impegni contrattuali di lunga durata assuma tale rilievo da poter essere considerato oggetto di una norma di applicazione necessaria; dall'altro, il fatto che una norma sia diretta a soddisfare interessi di natura pubblicistica non comporta che essa sia da considerare, per ciò solo, norma di applicazione necessaria⁸¹.

⁷⁹ Così, DRAETTA, *op. cit.*, p. 570 s., il quale, riprendendo osservazioni svolte da MUNARI, *op. ult. cit.*, p. 134 s., ritiene che tali esigenze imperative sarebbero comunque soddisfatte «anche se limiti di durata diversi, o termini di recesso diversi, fossero previsti da un ordinamento straniero (...) contando, al riguardo, l'equivalenza sostanziale, piuttosto che la identità di parametri normativi rilevanti». Né l'uno, né l'altro autore, tuttavia, forniscono indicazioni circa i termini di svolgimento del detto «giudizio di equivalenza».

⁸⁰ *Id.*, *op. cit.*, p. 573.

⁸¹ Questa ci pare la sede opportuna per criticare un'altra tesi avanzata, sia pure dubitativamente, da una parte della dottrina, per la quale le norme del codice civile concernenti, secondo la definizione dell'art. 2325 *bis*, comma 2, le «società con azioni quotate in mercati regolamentati», ormai piuttosto numerose, sono applicabili «anche alle società estere non operanti in Italia (*ex* art. 25, l. 218/95) con azioni quotate in mercati regolamentati italiani» (così, MONTALENTI, *sub* art. 2325 *bis*, in *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 30 ss., a p. 34 s.). L'opinione trova un appiglio nell'art. 206 T.U.F. il quale, stabilendo che «le disposizioni dettate dal codice civile per le società con azioni quotate in borsa si applicano a tutte le società con azioni quotate in mercati regolamentati italiani o di altri paesi dell'Unione europea», si riferirebbe alle norme dettate dal codice «all'epoca» dell'entrata in vigore del d.lgs. 58/98 e, pertanto, non costituirebbe «chiave di interpretazione anche delle disposizioni 'future' del codice civile». L'argomento, già di per sé piuttosto debole, perde del tutto valore sol che si consideri che il legislatore, intervenuto a coordinare la

Qualche dubbio può sorgere, infine, circa l'applicabilità dell'art. 2341 *ter* relativamente a società «straniera» che abbiano fissato in Italia solo una sede secondaria. È vero che l'art. 2508, comma 1, cod. civ., sottopone tali società «alle disposizioni della legge italiana sulla pubblicità degli atti sociali»⁸² e che tra questi ultimi rientrano senz'altro i verbali assembleari; ma la finalità della norma da ultimo citata sembra quella di tutelare, tramite un'adeguata informazione, i terzi che entrino in rapporto con la sede secondaria, mentre il citato art. 2341 *ter*, a differenza del successivo art. 2497 *bis*, pare avere una rilevanza esclusivamente endosocietaria, come può ricavarsi dai rimedi apprestati alla sua violazione⁸³.

riforma delle società con le disposizioni del T.U.F. attraverso il citato d.lgs. 6 febbraio 2004 n. 37, ha lasciato tale e quale l'art. 206 riconoscendogli, anche nel mutato quadro normativo, la funzione di assoggettare alle norme del codice civile concernenti le società quotate, le società *italiane* con azioni quotate in mercati regolamentati italiani o comunitari diversi dalla borsa.

⁸² Su tale norma, v. *amplius* il par. 4 del Capitolo IV.

⁸³ Si rammenta che all'impugnativa di cui all'art. 2377 cod. civ. sono legittimati i soci assenti, dissenzienti o astenuti, ovvero l'organo amministrativo o di controllo.

CAPITOLO QUARTO

LA LEGGE APPLICABILE A TRASFERIMENTO, FUSIONE E SCISSIONE DI SOCIETÀ

1. *Problemi generali nell'applicazione dell'art. 25 n. 3 della legge di riforma: distinzione tra requisiti di «validità» e requisiti di «efficacia» delle fattispecie contemplate da tale norma*

Il trasferimento della sede statutaria e la fusione di società, rientrano di per sé, in quanto fenomeni attinenti alla vita dell'ente, nella sfera di operatività della *lex societatis*.

Tuttavia, quando tali vicende coinvolgano più ordinamenti, l'art. 25 n. 3 della legge di riforma prescrive, affinché le stesse abbiano effetto per l'ordinamento italiano, di tenere conto, oltre che della *lex societatis*, della legge dello Stato in cui viene fissata la nuova sede statutaria o, rispettivamente, delle leggi in cui si trovano le sedi delle società partecipanti alla fusione.

L'art. 25 n. 3 non detta una disposizione sulla legge applicabile alle fattispecie contemplate – e, dunque, non deroga alla norma di conflitto di cui al n. 1, primo periodo, della medesima disposizione – ma prescrive che l'«efficacia» di dette fattispecie, cioè il prodursi degli effetti propri delle medesime (continuità soggettiva dell'ente sul piano internazionale, nel caso di trasferimento all'estero della sede statutaria¹; trapasso, senza soluzione di

¹ V. AZZOLINI, *op. cit.*, p. 920, secondo la quale «soltanto nell'ipotesi che l'ente

continuità, delle situazioni giuridiche soggettive facenti capo alle società partecipanti alla fusione in capo alla società derivante dalla fusione²) sia subordinato, dal punto di vista del nostro ordinamento, alla concorde valutazione in tal senso da parte delle leggi in considerazione³.

continui la propria esistenza avrebbe senso parlare di 'trasferimento', in sintonia con la stessa disposizione di conflitto; nel caso contrario il problema si porrebbe in termini diversi, diventando una questione di scioglimento e di eventuale nuova incorporazione»; LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 154, secondo cui, nel contesto della disposizione in esame, per «trasferimento» deve intendersi «implicitamente la continuità della persona giuridica, come la stessa espressione chiaramente implica».

² Secondo la dottrina commercialistica tradizionale e la giurisprudenza di legittimità la fusione andrebbe qualificata come vicenda *estintiva* delle società che si fondono o sono incorporate e *costitutiva* del nuovo centro di imputazione nella fusione in senso stretto, e produrrebbe un effetto *successorio* a titolo universale, *mortis causa* o *inter vivos* (in dottrina, v., *ex multis*, GRAZIANI, *Diritto delle società*, p. 523; FERRI, *Le società*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, X, 3, Torino, 1971, p. 687 ss.; in giurisprudenza, v., da ultimo, Cass., sez. lav., 6 marzo 1987 n. 2381, *Zavatta c. Società RDB sud La Tercema*, in *Giust. civ.*, Mass., 1987). L'opinione, che trovava un precedente storico nell'art. 189 n. 7 del codice di commercio del 1882 e un aggancio nel testo dell'abrogato art. 2504 *bis*, comma 1, cod. civ. nel passo in cui si faceva cenno alle «società estinte» a séguito della fusione, era criticata dalla dottrina più moderna secondo cui la fusione è mera modificazione degli atti costitutivi delle società interessate all'operazione, sicché non si fa luogo né a formazione di un nuovo contratto sociale, né a trasmutazione della qualità di socio, né a trasferimento di beni (v., per tutti, SIMONETTO, *op. cit.*, p. 211 ss.; SERRA, *La trasformazione e la fusione delle società*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 17, Torino, 1985, p. 299 ss., spec. p. 336 ss.). Quest'ultima impostazione sembra aver influenzato il testo del riformato art. 2504 *bis*, comma 1, cod. civ., dove il riferimento alle «società estinte» è stato sostituito con l'espressione «società partecipanti alla fusione»: v. SALERNO, *sub art. 2504 bis*, in SANDULLI, SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, cit., p. 458 ss.; CAGNASSO, *sub art. 2504 bis*, in *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 2342.

³ V. SEATZU, *op. cit.*, p. 840, secondo cui «il 3° comma dell'art. 25 si occupa dei requisiti per il riconoscimento in Italia dei trasferimenti di sede in altro Stato e delle fusioni di enti con sedi in Stati diversi anziché dell'individuazione della legge applicabile a tali fenomeni» (corsivo dell'a.). Secondo BENEDETTELLI, *Art. 25*, cit., p. 1139, la disposizione in esame sarebbe una «norma di diritto internazionale privato 'materiale'».

Condizionare solo l'«efficacia», nel senso sopra precisato, dei trasferimenti di sede statutaria e delle fusioni «internazionali» al modo di disporre delle leggi indicate dall'art. 25 n. 3, lascia intendere chiaramente che la «validità» delle fattispecie in esame sia rimessa, per la società che si trasferisce all'estero, alla relativa *lex societatis*, e, per ciascuno degli enti coinvolti nella fusione, alla rispettiva legge regolatrice⁴.

Le osservazioni che precedono forniscono un criterio interpretativo della disposizione in esame coerente con uno dei tratti caratteristici della legge di riforma, la quale ha avuto cura di escludere, almeno in principio, l'applicazione cumulativa di leggi diverse⁵.

Il fenomeno era noto al sistema previgente⁶ e si conciliava, dal

⁴ V. SEATZU, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui «ai fini della validità di tali vicende modificative ed estintive degli enti, si dovranno osservare *unicamente* le prescrizioni» della *lex* o delle *leges societatis* (corsivo dell'a.). Cfr. DANIELE, *Capacità e diritti delle persone (Artt. 20-25)*, in *Il nuovo sistema italiano*, cit., p. 1239 ss., a p. 1243, il quale, pur convenendo che l'art. 25 n. 3 si riferisca solo all'efficacia delle operazioni in discorso, ritiene che «si verifica, in questo caso, un cumulo di leggi applicabili»; BENEDETTELLI, *op. cit.*, p. 1141, per il quale si dovrà verificare se «le norme materiali applicabili alla specifica operazione in rilievo siano tra loro compatibili (...)». Nello svolgere tale indagine l'interprete non dovrà naturalmente fermarsi a rilevare le difformità esistenti tra le varie discipline, ma sarà tenuto (...) ad individuarne la *ratio* sì da accertare che vi sia *effettivamente* un cumulo di leggi» (corsivo dell'a.).

⁵ Che l'esclusione del c.d. «cumulo di leggi» sia uno degli elementi caratterizzanti della legge di riforma, è riconosciuto da PAGANO, *op. cit.*, p. 225 s.

⁶ Esso si verificava nel campo dei rapporti di famiglia (per i quali l'abrogato art. 17, comma 1, disp. prel. cod. civ., richiamava la legge nazionale delle persone in considerazione) ove i soggetti in causa avessero avuto nazionalità diversa. V., per tutti, con riferimento alla promessa di matrimonio e in materia di condizioni per contrarre matrimonio, MORELLI, *op. ult. cit.*, p. 48 s., p. 101 s. e p. 103 s. Si noti che anche nei casi in cui le abrogate norme di conflitto richiamavano una sola legge – come per i rapporti personali (art. 18 disp. prel. cod. civ.) e patrimoniali (successivo art. 19, comma 1) tra coniugi e per i rapporti tra genitori e figli (art. 20, comma 1, disp. prel. cod. civ.) – l'applicazione cumulativa delle leggi era prospettata come una delle possibili soluzioni atte a colmare la lacuna conseguente alla declaratoria di incostituzionalità, per violazione degli articoli 3 e 29 Cost., dei criteri di collegamento che attribuivano prevalenza alla legge nazionale del marito o, rispettivamente, del padre: v., per un *resumé* di dottrina e giurisprudenza, VITTA, MOSCONI, *Corso di diritto internazionale privato e processuale*⁴, Torino, 1991, p. 203 ss.

punto di vista dell'interpretazione «positivistica» all'epoca prevalente, con la considerazione del diritto straniero alla stregua di «mero fatto», a cui era conferita giuridicità soltanto per il tramite del richiamo nell'ordinamento del foro effettuato dalle norme di diritto internazionale privato. Ne seguiva che, configurandosi la disciplina dei «fatti con elementi di estraneità» come una disciplina speciale rispetto a quella apprestata per le «fattispecie puramente interne», ma pur sempre formalmente riconducibile all'ordinamento del foro, il legislatore fosse libero di «produrla» a sua discrezione, anche «componendola» con norme tratte da ordinamenti diversi⁷.

Come si è più volte avuto modo di sottolineare, l'impostazione generale del nuovo sistema appare radicalmente differente, essendo informata al riconoscimento della giuridicità del diritto straniero a prescindere dal richiamo di esso a opera delle norme di conflitto. In questa nuova prospettiva si colloca, tra altre, la regola sancita dal citato art. 15 della legge di riforma, che impone di interpretare le leggi straniere alla luce dei principî giuridici e dei canoni interpretativi proprî dell'ordinamento di cui sono emanazione. Tale precetto, che vuole le leggi straniere applicate nel nostro ordinamento per come esse sono, sarebbe surrettiziamente violato ove fosse disposta l'applicazione cumulativa di leggi diverse, dal momento che l'adattamento necessario a conciliare prescrizioni normative, in ipotesi, contrastanti o incompatibili, conduce, inevitabilmente, a «tradirne» il dettato⁸; significativamente, il legi-

⁷ V. l'icastica affermazione che si legge in LOUSSOUARN, BOUREL, *Droit international privé*⁴, Paris, 1993, p. 243 s., secondo cui questa concezione era capace di «transformer l'ordre juridique du for en une sorte de *boa constrictor* apte à digérer, par petits morceaux il est vrai, les différents systèmes juridiques du monde» (corsivo degli autori).

⁸ Cfr. CONETTI, *Titolo III, Capo I, Disposizioni generali*, cit., p. 49, secondo cui il ripetuto art. 15 esclude «ormai operazioni interpretative di adattamento della legge straniera a opera del giudice italiano, per coordinarla o renderla compatibile con altre norme del foro o di altri ordinamenti stranieri che concorrano a disciplinare la fattispecie». Sotto questo profilo – afferma tale autore (p. 53) – risulta coerente il disposto del successivo art. 16 della legge di riforma che impone la «completa

slatore della riforma, con riguardo a quelle fattispecie soggette, nel vigore delle preleggi, al c.d. «cumulo di leggi», ha introdotto disposizioni volte a escluderne la ricorrenza⁹.

2. *Il trasferimento all'estero della sede statutaria*

Quanto al trasferimento all'estero della sede statutaria, riprendendo le conclusioni a cui era giunta la migliore dottrina già in passato, occorre tenere presente che la disciplina dell'ordinamento dello Stato dal quale la società proviene e quella dell'ordinamento nel quale essa si trasferisce possono essere diversi¹⁰.

disapplicazione» della legge straniera richiamata nel caso di accertato contrasto degli effetti della sua applicazione con l'ordine pubblico internazionale.

⁹ Si vedano l'art. 26 della legge di riforma che, nel caso in cui i nubendi non abbiano una legge nazionale comune, rimette alla legge italiana la disciplina della promessa di matrimonio e il successivo art. 27, primo periodo, secondo cui «la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di *ciascun* nubendo al momento del matrimonio» (corsivo aggiunto). Inoltre, in materia di rapporti personali e patrimoniali tra coniugi, il legislatore ha dettato, per il caso in cui gli sposi abbiano differente cittadinanza o più cittadinanze comuni, il criterio sussidiario del luogo della prevalente localizzazione della vita matrimoniale (articoli 29 n. 2 e 30 n.1, primo periodo); mentre i rapporti personali e patrimoniali tra genitori e figli sono attualmente regolati dalla legge nazionale di questi ultimi (art. 36).

¹⁰ Com'è noto le riflessioni sul trasferimento di sede all'estero furono stimulate, negli anni '50 del secolo scorso, dal celebre caso *Fabrique de Crayons Koh-i-Noor L. & C. Hardtmuth S.r.l. c. Koh-i-Noor Tuskarna L. & C. Hardtmuth Narodni Podnik*, deciso dal Tribunale di Torino con sentenza del 14 dicembre 1955 (in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 139 ss., con nota CANSACCHI, *Inefficacia extraterritoriale delle confische di marchi di azienda operate da leggi nazionalizzatrici*, p. 140 ss.) e dalla Corte d'appello della medesima città con sentenza del 17 giugno 1958 (in *Riv. dir. int.*, 1958, p. 597 ss., con nota CAPOTORTI, *Sulla continuità delle società «di persone» che trasferiscono la sede in un altro Stato*, p. 607 ss.). Oltre alle note a sentenza appena citate, v. CAPOTORTI, *Il trasferimento di sede di una società da uno Stato all'altro*, in *Foro it.*, 1958, IV, c. 209 ss.; FRANCESCHELLI, *Fusione con trasferimento della sede all'estero e diritto di recesso*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 142 ss.; UBERTAZZI, *Trasferimento all'estero della sede sociale e diritto valutario*, in *Banca, borsa*, 1971, I, p. 384 ss.; Ordine dei Dottori Commercialisti di Milano e di Lodi (Commissione per i rapporti internazionali), *Il trasferimento della sede sociale all'estero o dall'estero*, Milano, 1988.

Dal punto di vista del primo ordinamento, potrà accadere che il trasferimento di sede all'estero non produca né estinzione dell'ente né mutamento di legge applicabile ovvero che faccia cessare l'applicabilità della legge di origine o, infine, che sia previsto come fattispecie estintiva. Dal punto di vista del secondo ordinamento, potrà accadere che il trasferimento della sede di un ente costituitosi all'estero non comporti l'applicazione all'ente medesimo della legge locale ovvero la comporti, in tutto o in parte, ma senza negazione del carattere «straniero» dell'ente o, infine, sia consentita solo nel quadro di una costituzione *ex novo* secondo la legge locale¹¹.

Affinché vi sia continuità soggettiva della società sul piano internazionale occorre che gli ordinamenti interessati convergano, nel loro modo di disporre, verso la produzione di un tale effetto.

Pertanto, una volta accertato che la *lex societatis* considera valido il trasferimento all'estero¹² e non vi riconnette un'ipotesi di estinzione della società, dovrà verificarsi se la legge dello Stato di fissazione della nuova sede consenta alla società di stabilirsi sul suo territorio: in caso affermativo, il trasferimento di sede sarà considerato efficace per il nostro ordinamento.

In caso contrario, non potendosi configurare, ai sensi dell'art. 25 n. 3, un trasferimento di sede, la vicenda potrà essere valutata, alternativamente, in termini di scioglimento dell'ente originario e «incorporazione» di una nuova società nel Paese ospitante¹³, ovvero qualora nell'ordinamento di partenza non sia prevista, come conseguenza del trasferimento, l'estinzione della società preesistente e si richieda una costituzione *ex novo* nell'or-

¹¹ V. CAPOTORTI, *Art. 58*, cit., p. 461 s.

¹² Naturalmente, dovrà essere rispettata la disciplina posta dalla *lex societatis* per la deliberazione di tale modifica statutaria: a esempio, eventuali speciali maggioranze e formalità pubblicitarie della delibera o eventuali tutele predisposte a favore dei soci assenti o dissenzienti, quali il diritto di recesso.

¹³ L'estinzione della società che si trasferisce all'estero si verifica in Germania: v. Oberlandesgericht München 7 maggio 1992, cit., secondo cui la «delibera di trasferire all'estero la sede amministrativa effettiva e la sede legale della società comporta secondo la tesi dominante lo scioglimento della società».

dinamento del Paese di destinazione, in termini di esistenza di due enti distinti¹⁴.

La legge applicabile alla società che abbia trasferito la propria sede statutaria all'estero continuerà a essere la legge dello Stato di «incorporazione» della società ai sensi dell'art. 25 n. 1, primo periodo.

È salva l'ipotesi in cui tanto il diritto internazionale privato dello Stato dal quale la società proviene quanto quello dello Stato nel quale essa si trasferisce adottino il criterio di collegamento della sede statutaria¹⁵ o quello della sede reale¹⁶ e anche quest'ultima sia stata trasferita. In una simile ipotesi, infatti, si è di fronte a un caso di rinvio «altrove» accettato ai sensi dell'art. 13 n. 1, lett. a), della legge di riforma, e, pertanto, la società rimarrà assoggettata, dal momento in cui il trasferimento potrà dirsi «efficace»¹⁷, alla legge dello Stato della nuova sede¹⁸.

A parte l'ipotesi appena illustrata, alle prescrizioni in materia societaria della legge dello Stato della nuova sede va attribuita rilevanza se, e nella misura in cui, esse presentino carattere di norme di applicazione necessaria. Ciò consegue alla posizione che alle norme straniere di applicazione necessaria è stata attribuita nel sistema internazionalprivatistico italiano.

Com'è noto, la legge di riforma non ha espressamente preso in considerazione tali norme, limitandosi a disporre, con l'art. 17, la «prevalenza» sulle norme di conflitto delle prescrizioni del foro appartenenti a tale categoria.

¹⁴ Così, LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 153 s..

¹⁵ V., a esempio, il citato art. 10 del codice civile greco, interpretato da BATIFOL, LAGARDE, *op. cit.*, p. 335, nota 9 § 193, come riferentesi alla sede statutaria.

¹⁶ Il criterio di collegamento della sede si riferisce normalmente – per espresso disposto normativo o per prevalente interpretazione giurisprudenziale – alla sede «effettiva»: v. la nota 62 del Capitolo I.

¹⁷ Al fine dell'accertamento di tale momento, potranno assumere rilievo le disposizioni in materia di formalità pubblicitarie con efficacia costitutiva eventualmente previste dalla legge della nuova sede.

¹⁸ Cfr. LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 149 s.

Tuttavia, riguardo alle norme di applicazione necessaria appartenenti alla *lex causae* è da condividere l'opinione comune che esse siano ricomprese nel richiamo internazionalprivatistico in quanto, come si ricava agevolmente dal citato art. 15 della legge di riforma, il diritto straniero deve essere applicato nella sua interezza¹⁹.

Riguardo poi alle norme di applicazione necessaria appartenenti a ordinamenti stranieri diversi da quello della *lex causae*, va ricordato che l'articolo 7 n. 1 della citata Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, espressamente richiamata dall'articolo 57 della legge di riforma, consente al giudice, a determinate condizioni, di dare efficacia a tali norme quando l'ordinamento a cui esse appartengono, pur non essendo quello competente a regolare il contratto in questione, sia l'ordinamento di uno Stato con il quale la situazione presenti «uno stretto legame».

La presenza di siffatta disciplina induce a chiedersi se norme del genere possano assumere rilievo anche quando esse riguardino materie diverse da quella contrattuale.

Un argomento per la risposta positiva a tale quesito è offerto dalla relazione al disegno di legge n. 1192/XI, dove si legge che «nei casi (...) in cui la fattispecie sarebbe suscettibile di essere sottoposta a norme autolimitate di un ordinamento straniero diverso da quello a cui si fa rinvio, il citato art. 7 della Convenzione di

¹⁹ V., da ultimo, BONOMI, *op. ult. cit.*, p. 242 s., secondo cui, sebbene la disposizione di cui all'art. 15 «non contenga un riferimento esplicito ai criteri di applicazione nello spazio, da essa si desume che alla norma straniera deve essere attribuito lo stesso significato che essa ha nell'ordinamento di appartenenza». Nello stesso senso, DAVÌ, *Le questioni generali*, cit., nota 155 a p. 632; TREVES, *Articolo 17*, in *Riforma del sistema italiano*, cit., p. 986 ss., a p. 988; BOSCHIERO, *Art. 17*, cit., p. 1062 ss., a p. 1069.

Né può costituire impedimento al richiamo nel foro delle norme di applicazione necessaria della *lex causae*, la circostanza che, come può frequentemente accadere, esse appartengano al diritto pubblico. Infatti, è ormai pacifico che la natura pubblicistica della norma richiamata, purché la stessa sia dotata di effetti in ambito privatistico, «ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition» (così, si è espresso l'Institut de droit international: v. *Annuaire* 1977, II, p. 328 ss.).

Roma potrebbe costituire per l'interprete un utile punto di riferimento»²⁰.

Sulla base di tale indicazione si è ritenuto che l'applicabilità delle norme di applicazione necessaria di una legge straniera diversa dalla *lex causae* non sia incompatibile con il sistema internazionalprivatistico introdotto dalla legge di riforma e possa avere luogo qualora il giudice la ritenga opportuna²¹.

Un simile orientamento appare condivisibile, ma richiede – a nostro avviso – di essere meglio precisato.

Preliminarmente, va posto in luce che, come è stato efficacemente dimostrato, la *ratio* della possibile applicazione delle norme in discorso risiede, essenzialmente, nel principio dell'armonia internazionale delle decisioni, il quale tende a soddisfare tanto gli interessi particolari delle parti private (per le quali è importante che i rapporti giuridici formino oggetto di una disciplina uniforme nei diversi Paesi con cui sono collegati), quanto esigenze di carattere generale (quali la certezza del diritto e la sicurezza delle relazioni giuridiche internazionali, nonché, indirettamente, il ricono-

²⁰ V. POCAR, *Il nuovo diritto*, cit., p. 164.

²¹ V. TREVES, *op. loc. ult. cit.*; BOSCHIERO, *op. ult. cit.*, p. 1070. V., inoltre, PICONE, *La teoria generale*, cit., p. 143 s., dove si legge che l'art. 7 n. 1 della Convenzione di Roma «è per sua natura suscettibile di predisporre (anche al di là cioè della materia contrattuale) una soluzione valida *in generale*» (corsivo dell'a.) e ID., *Caratteri ed evoluzione del metodo tradizionale*, cit., nota 170 a p. 294, dove si rileva che la possibilità di un richiamo delle norme di applicazione necessaria straniere è «per così dire sempre *implicita* in ogni sistema di conflitto» essendo «il frutto dell'operatività di una variante del metodo classico basata sull'unilateralismo, la quale è sempre latente – in ossequio al principio dell'armonia internazionale delle soluzioni (...) – nel sistema» (corsivo dell'a.). Più cauto DAVI, *op. ult. cit.*, p. 638, il quale auspica *de jure condendo* l'introduzione di una previsione legislativa modellata sul disposto del ripetuto art. 7 n. 1. Secondo POCAR, *op. ult. cit.*, p. 48, «il riferimento alla convenzione di Roma», per la considerazione delle norme di applicazione necessaria appartenenti a ordinamenti stranieri diversi dalla *lex causae*, «se può essere assunto come criterio orientativo in astratto, potrà forse esserlo molto meno in concreto in materie diverse da quelle regolate dalla convenzione stessa»: come si vedrà, noi crediamo che, per la nostra materia, l'applicazione di siffatte norme trovi riscontri sia sul piano generale dell'impostazione accolta dalla legge di riforma che su quello specifico della disciplina di conflitto delle società.

scimento delle decisioni straniere)²². Tale principio permea di sé l'attuale sistema internazionalprivatistico italiano²³ e può essere assunto perciò a criterio applicativo delle norme di conflitto ispirate al metodo tradizionale della localizzazione delle fattispecie²⁴, tra le quali, come si è chiarito²⁵, va annoverato l'art. 25 della legge di riforma²⁶.

Venendo alla fattispecie che ci occupa, a noi pare che, dal punto di vista del nostro ordinamento, la fissazione della sede nel territorio di uno Stato è circostanza idonea a denotare l'esistenza, per riprendere l'espressione impiegata dalla citata disposizione della Convenzione di Roma, dello «stretto legame» tra la società e lo Stato medesimo e dunque che essa giustifichi la possibile considerazione delle norme di applicazione necessaria appartenenti all'ordinamento di quest'ultimo. A ciò sembra dare conforto la constatazione che, almeno per i casi in cui la sede statutaria coincida con la sede reale, l'art. 25 n. 1, secondo periodo, della legge di riforma ricollega alla presenza in Italia della «sede dell'amministrazione» la necessaria applicazione della legge italiana²⁷.

²² Su punto, v. diffusamente, BONOMI, *op. ult. cit.*, p. 322 ss. ADDE DAVI, *op. ult. cit.*, p. 635 s., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

²³ Ne sono indici, tra altri, l'art. 13 n. 1, lett. a), della legge di riforma, che ammettendo il «rinvio oltre accettato», dà rilievo alla volontà di applicazione del diritto straniero richiamato dalle norme di conflitto, nonché l'art. 7 della medesima legge, che attribuisce rilevanza alla litispendenza internazionale nei casi in cui il giudice ritenga che l'emananda decisione straniera possa esplicare effetti in Italia, e il successivo art. 64, che introduce il principio del riconoscimento automatico delle sentenze straniere, i quali testimoniano della volontà legislativa di realizzare a un grado elevato il coordinamento con gli ordinamenti stranieri che hanno interesse a regolare un determinato rapporto giuridico.

²⁴ V., in proposito, PICONE, *La teoria generale*, cit., p. 141 s., cui si deve la sottolineatura della rispondenza delle norme improntate al metodo della localizzazione allo scopo di realizzare l'armonia internazionale delle decisioni.

²⁵ V. *supra* il par. 8 del Capitolo I.

²⁶ V., ancora, PICONE, *Ordinamento competente*, cit., p. 37, ove si afferma che, nell'ambito di un sistema di conflitto ispirato al metodo della scelta della legge applicabile, il principio dell'armonia internazionale delle decisioni possa avere «una portata anche pratica», influenzando «concretamente, attraverso deroghe ed eccezioni, il modo di operare delle singole norme di conflitto» (corsivo dell'a.).

²⁷ Sulla possibilità di «bilateralizzare» i criteri di applicazione unilaterale adot-

In linea col riferimento alle indicazioni fornite dalla ripetuta disposizione convenzionale può aggiungersi che le conseguenze derivanti dall'applicazione nel foro delle norme di applicazione necessaria in discorso appaiono coerenti con il perseguimento dell'armonia internazionale delle decisioni – in considerazione della presumibile esistenza nell'ordinamento a cui appartengono di titoli di competenza giurisdizionale fondati sul criterio della sede sociale²⁸

tati dalle norme di applicazione necessaria della *lex fori* al fine di «concretizzare» il requisito dello stretto legame posto dall'art. 7 n. 1 della Convenzione di Roma, si esprime BONOMI, *op. ult. cit.*, p. 350 ss.

Come si è chiarito (v. *supra* il par. 3 del Capitolo II), l'art. 25 n. 1, secondo periodo, della legge di riforma comporta l'applicazione alle società ivi contemplate delle prescrizioni italiane inderogabili in materia societaria. Il rilievo delle norme di applicazione necessaria della legge dello Stato di situazione della nuova sede non ha quest'ampiezza che deriva, nel caso della norma da ultimo citata, dal suo particolare modo di disporre. Le norme di applicazione necessaria rilevanti saranno piuttosto quelle a cui possa riconoscersi tale natura in base agli ordinari criteri interpretativi (su cui, v., ampiamente, BONOMI, *op. ult. cit.*, p. 165 ss. e p. 223 ss.).

Per converso, il discorso fatto nel testo può assumere una portata più ampia sotto un diverso angolo visuale. Precisamente: in primo luogo, la presa in considerazione delle norme di applicazione necessaria dell'ordinamento di ubicazione della sede reale potrà avvenire in generale, anche in mancanza e a prescindere da un formale trasferimento della sede statutaria; secondariamente, potranno venire in rilievo anche norme di applicazione necessaria di ordinamenti, diversi dalla *lex societatis* e dalla legge del luogo di situazione della sede reale, che presentino «uno stretto legame» con la società in questione, primo fra tutti quello dove si svolge «l'oggetto principale» dell'attività sociale, che è l'altro criterio dal quale consegue, ex art. 25 n. 1, primo periodo, l'applicazione unilaterale della legge italiana.

Secondo BENEDETTELLI, *op. ult. cit.*, p. 1132 s., sarebbe possibile dare rilievo alla legge dello Stato nel cui territorio viene fissata la sede reale, ove diverso da quello di costituzione della società, mediante l'applicazione bilaterale dell'art. 25 n. 1, secondo periodo. Nella prospettiva dell'a. vi sarebbe, in tal caso, un vero e proprio «concorso di *leges societatis*» da risolvere secondo i criteri enunziati per «l'ipotesi in cui l'ente risulti 'costituito' ai sensi di più *leges societatis*» (da noi esaminati criticamente *supra* alla nota 33 del Capitolo II). Lo stesso a. precisa che «andrà tuttavia tenuto presente (...) che la legge di costituzione dell'ente avrà, presuntivamente, maggior titolo per imporsi» e che, «conseguentemente, l'ambito di operatività della legge dell'ordinamento di 'contatto' andrà definito restrittivamente, valorizzando le specifiche finalità per le quali tale legge vuole applicarsi in presenza (e solo in presenza) di certi collegamenti». Nei risvolti applicativi, l'opinione appena esposta risulta coincidente con la soluzione da noi fornita, che, tuttavia, ci pare più solidamente fondata dal punto di vista teorico.

²⁸ Cfr. BONOMI, *op. ult. cit.*, p. 331.

e del presumibile interesse delle parti alla riconoscibilità dell'emananda sentenza nell'ambito di detto ordinamento – e corrispondono alla ragionevole aspettativa delle parti²⁹.

3. *Il trasferimento della sede statutaria all'estero da parte di una società soggetta al diritto italiano*

Merita, a questo punto, analizzare l'ipotesi del trasferimento della sede statutaria all'estero da parte di una società soggetta al diritto italiano e quella dell'analogo trasferimento in Italia da parte di una società soggetta a un diritto straniero.

Il primo caso è espressamente contemplato dal nostro codice civile, il quale fissa il *quorum* deliberativo dell'assemblea straordinaria in seconda convocazione delle società per azioni che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio avente all'ordine del giorno il trasferimento della sede all'estero (art. 2369, comma 6) e attribuisce il diritto di recesso dalla società ai soci che non hanno concorso a detta delibera [art. 2437, comma 1, lett. c)]³⁰, nonché ai soci della società a responsabilità limitata che non hanno consentito al trasferimento della sede all'estero (art. 2473, comma 1)³¹. Pertanto, è possibile che una società soggetta al

²⁹ Cfr. BONOMI, *op. ult. cit.*, p. 345 s. e p. 365.

³⁰ La medesima disciplina vale, per le società in accomandita per azioni, in forza del richiamo generico all'applicabilità delle norme sulla società per azioni disposto dall'art. 2454 cod. civ. e del riferimento implicito all'art. 2369 cod. civ. disposto, in tema di modificazioni dell'atto costitutivo, dall'art. 2460 cod. civ..

³¹ Inoltre, per le società cooperative, l'ammissibilità del trasferimento all'estero si ricava, dal riconoscimento, in tal caso, del diritto di recesso al socio, desumibile, secondo la preferibile interpretazione, dal combinato disposto degli articoli 2532, comma 1, e 2519, cod. civ. [v. CARMIGNANI, *sub* art. 2532, in SANDULLI, SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, cit., p. 114 ss.; CALLEGARI, *sub* art. 2532, in *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 2525 s., ove ulteriori riferimenti di dottrina e indicazioni della giurisprudenza conforme anteriore alla riforma delle società]; per le società di persone, indirettamente, dalla circostanza che «nessuna norma prescrive, per nessun tipo di società, la persistenza della sede sociale in Italia, né vieti una modifica dell'atto costitutivo rivolta a trasferire la sede stessa all'estero (e neanche

nostro diritto deliberi il trasferimento all'estero della sede sociale, senza che questo comporti l'estinzione dell'ente alla luce del diritto italiano³². Tuttavia, affinché tale trasferimento sia efficace occorrerà accertare che lo Stato d'arrivo riconosca la società con il suo carattere straniero e che siano rispettate le prescrizioni, anche in materia di pubblicità, richieste dalla legge ai fini dell'ubicazione della sede sul suo territorio³³.

Quanto alla legge applicabile, la società continuerà a essere soggetta alla legge italiana, in quanto legge di «incorporazione» della società, a mente dell'art. 25 n. 1, primo periodo, della legge di riforma; del medesimo avviso è la giurisprudenza prevalente³⁴.

consideri causa di scioglimento una delibera assembleare di siffatto contenuto)»: così, CAPOTORTI, *Il trasferimento di sede*, cit., p. 209; per le società consortili, dall'applicabilità della disciplina relativa al tipo prescelto (arg. ex art. 2615 *ter*, cod. civ.).

³² Conforme la giurisprudenza: v., nel vigore delle preleggi, App. Milano 22 maggio 1974 (decreto), *Hermes s.r.l. ric.*, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 832 ss., con nota redazionale, il quale – in riforma del decreto del Tribunale di Como del 25 febbraio dello stesso anno che aveva revocato il precedente decreto del 22 novembre 1973, con cui era stata ordinata l'iscrizione presso i competenti uffici della deliberazione assembleare di trasferimento all'estero della sede sociale, giudicandola «impossibile dal punto di vista giuridico (...), perché in tal modo si eluderebbero le norme circa lo scioglimento della società» (p. 833 s.) – rileva che «l'ipotesi, ben lungi dall'essere giuridicamente impossibile, è espressamente prevista» dal codice civile (p. 835); Trib. Torino 16 dicembre 1991, *Banque Dumenil Leblè s.a.* e altri c. *S.p.a. Dominion Trust Corporation Limited*, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 811 ss., con nota LO CASCIO, *Dichiarazione di fallimento della società che sia stata costituita in Italia e che abbia trasferito la propria sede legale all'estero*, p. 820 ss., secondo cui «il trasferimento della sede all'estero è atto previsto dal diritto societario italiano» e «non rientra (...) tra le fattispecie estintive della società di capitali» (p. 814).

³³ V. LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 1543 s.

³⁴ V. i decreti di Trib. Alessandria 18 agosto 1995 e App. Torino 1 dicembre 1995, *Pantech s.r.l. ric.*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 415 ss., con nota redazionale, ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, p. 855 s., con nota SANTUS, *In tema di trasferimento della sede all'estero ed omologazione parziale*, p. 857 ss., secondo cui la società costituita in Italia che trasferisce all'estero la sede sociale continua a essere soggetta al nostro diritto materiale ai sensi dell'art. 25 n. 1 della legge di riforma e, pertanto, non può deliberare la trasformazione in un tipo non contemplato dall'ordinamento italiano (si noti, tuttavia, che l'applicabilità alla vicenda *de quo* della legge di riforma era quantomeno dubbia, considerato che il relativo giudizio era iniziato in data anteriore alla sua entrata in vigore); Trib. Verona 5 dicembre 1996 (decreto),

Senonché, l'art. 25 è stato interpretato anche nel senso che esso assoggetta la società «alla legge del luogo di costituzione (...), da equipararsi, in forza del comma 3, al luogo ove la sede sociale sia successivamente ed efficacemente trasferita» e se ne è dedotta l'inammissibilità del controllo giudiziario *ex art.* 2409 cod. civ. rispetto a una società costituita in Italia che al momento del deposito del relativo ricorso «aveva già trasferito la propria sede in Stato estero», a causa della «sopravvenuta inapplicabilità del diritto interno»³⁵.

Questo orientamento è stato commentato favorevolmente in dottrina. Secondo un autore, «interpretando diversamente la norma, si finirebbe col sottoporre alla legislazione italiana un'impresa che ha, in realtà, già stabilito il centro decisionale delle proprie scelte in altro paese»³⁶; secondo altri, se «il diritto internazionale privato del Paese di accoglienza (...) adotta criteri di collegamen-

Galvani Hotel s.r.l. ric., in *Società*, 1997, p. 574 ss., con nota FIMMANÒ, e in *Vita not.*, 1997, p. 931 s., con nota redazionale, per il quale «il trasferimento della sede sociale all'estero pure legittimo non può determinare – allo stato – la perdita della nazionalità italiana» (p. 574 e, rispettivamente, p. 932); Trib. Udine 8 dicembre 1997 (decreto), *Concast System s.p.a. ric.*, in *Dir. fall.*, 1998, II, p. 957, secondo cui «la società costituita in Italia e poi trasferita all'estero continua ad essere disciplinata dalla legge italiana, in forza del criterio adottato in forza del citato art. 25, comma 1, primo periodo»; App. Trieste 9 ottobre 1999 (decreto), *Danieli Ecologia s.p.a. ric.*, in *Riv. not.*, 2000, p. 167 ss., ove è riprodotto anche il reclamo del notaio AMODIO, p. 171 ss., la quale, in risposta alle argomentazioni svolte dalla reclamante, ha affermato che «non può condividersi l'interpretazione che porta a 'svincolare' la disciplina dei trasferimenti della sede statutaria in altro Stato (...) dalla generale disciplina contenuta nei commi 1 e 2 (dell'art. 25), che implicano l'assoggettamento della società alla legge nazionale del Paese in cui è stato perfezionato il procedimento di costituzione» (p. 169 s.), né «l'assunto secondo cui i soci possano liberamente decidere di sottoporre ad una diversa legge regolatrice i rapporti derivanti dal contratto di società» (p. 170), fondato dalla reclamante, in maniera evidentemente incongrua, sul disposto dell'art. 13 n. 2, lett. a), della legge di riforma (v. p. 173 s.).

³⁵ Si tratta della decisione, invero isolata, di Trib. Monza 5 aprile 2002 (decreto), *P.M. ric.*, in *Società*, 2002, p. 1265, con nota FREGONARA, p. 1266 s., e in *Giur. comm.*, II, p. 558 ss., con nota DAL SOGLIO, *Trasferimento della sede all'estero e procedimento ex art. 2409*, p. 559 ss. (i passi citati nel testo sono tratti da p. 1265 e, rispettivamente, da p. 558).

³⁶ V. FREGONARA, *op. cit.*, p. 1267.

to, in materia di enti, fondati sulla *Sitztheorie*, allora l'effettivo trasferimento della sede statutaria all'estero determina la soggezione dell'ente al diritto dello Stato di destinazione e l'assunzione di un nuovo statuto personale, con la conseguenza che il giudice italiano dovrà prendere atto di una nuova incorporazione», mentre l'applicazione del diritto italiano sarebbe giustificata qualora la società «avesse mantenuto con l'Italia un legame particolarmente forte, vale a dire qualificato dalla presenza sul territorio della sede dell'amministrazione o dell'oggetto principale dell'attività»³⁷.

Secondo altra dottrina, poiché «la localizzazione *ab initio* della sede, indicata nello statuto, in Italia è, quanto meno, per le società 'persone', il presupposto stesso della valida costituzione in Italia», il trasferimento della sede statutaria all'estero, salvo che la «sede dell'amministrazione» o l'«oggetto principale» dell'impresa non permangano localizzati nel nostro Stato, implica la cessazione dell'applicazione alla società della legge italiana, perché «venendo meno il presupposto necessario alla valida costituzione in Italia della società, vengono a cessare gli effetti della costituzione della società in Italia che diviene, quindi, soggetta ad una nuova legge che voglia essere applicata»³⁸.

Le suesposte opinioni non appaiono condivisibili sotto più profili.

Prescindendosi dalle affermazioni che, in quanto prive di qualsiasi addentellato positivo, si risolvono in petizioni di principio³⁹, deve osservarsi, in primo luogo, che, se è vero che per la maggior parte delle società la situazione della sede statutaria in Italia è condizione per la loro valida costituzione secondo il diritto materiale italiano, nessuna norma dell'ordinamento dispone la «cessazione degli effetti della costituzione della società», cioè il suo scioglimento, ove essa deliberi il trasferimento di detta sede all'estero. E se pure esistesse una norma siffatta, o la si potesse

³⁷ V. DAL SOGLIO, *op. cit.*, p. 565 ss.

³⁸ V. SANTA MARIA, *op. ult. cit.*, p. 1042 ss.

³⁹ Ci si riferisce in particolare all'opinione del FREGONARA.

ricavare in via interpretativa, non emergono ragioni che inducono a ritenere che si farebbe un trattamento diverso, disponendo o meno lo scioglimento della società, a seconda che la legge dello Stato di ubicazione della nuova sede si ritenga o non si ritenga competente a regolare la società.

Secondariamente, non appare compatibile con l'art. 25 della legge di riforma la prospettazione di una disciplina differenziata a seconda del «tipo» di società e, precisamente, tra società dotate di «personalità giuridica», per le quali il venire meno della sede statutaria in Italia determinerebbe una causa di scioglimento, e le altre, per le quali un effetto del genere non si produrrebbe. A parte la considerazione che la fissazione in Italia della sede sociale costituisce condizione per la valida costituzione secondo il nostro diritto per tutte le società commerciali – e, dunque, anche per le società personali, che comunemente si ritengono prive di «personalità» – l'indicazione della categoria astratta contemplata dalla norma da ultimo citata testimonia, nella sua ampiezza e onnicomprensività, la volontà legislativa di disciplinare unitariamente gli enti collettivi, a prescindere dalla configurazione e dalla qualificazione che essi ricevano dai singoli diritti nazionali.

Riguardo poi all'idea che la legge regolatrice della società continuerebbe a essere la legge italiana se la società, pur trasferendo all'estero la sede statutaria, continuasse ad avere in Italia la «sede dell'amministrazione» o l'«oggetto principale» dell'impresa, cioè uno dei collegamenti indicati dall'art. 25 n. 1, secondo periodo, della legge di riforma, può osservarsi che, così argomentando, non si tiene presente che quest'ultima disposizione non è diretta a individuare la legge applicabile alla società – individuazione cui provvede il primo periodo del medesimo n. 1 – ma prescrive soltanto la (parziale) applicazione della legge italiana in presenza di uno di detti collegamenti.

Alla base delle opinioni considerate v'è, probabilmente, la preoccupazione di scongiurare il rischio che nella fattispecie considerata la società sia soggetta a leggi diverse a seconda dell'ordinamento dal cui punto di vista ci si pone. Ma delle due l'una: o si ammette che, alla stregua dell'art. 25 n. 3 della legge di riforma,

il trasferimento di sede non può considerarsi «efficace», in quanto l'ordinamento dello Stato di arrivo non «riconosce» la società «italiana» con il suo carattere «straniero» (a esempio, perché ne impone una vera e propria ricostituzione secondo la propria legge); oppure deve accettarsi che l'efficacia del trasferimento di sede non esclude che la società sia retta da due leggi diverse, a seconda che sia considerata dal punto di vista dell'ordinamento italiano o da quello dell'ordinamento dello Stato nel cui territorio la sede è trasferita. Quest'ultima possibilità non deve sorprendere, dal momento che l'obiettivo dell'armonia internazionale delle soluzioni, cui è improntata la legge di riforma e, in particolare, l'art. 25, va inteso pur sempre come un obiettivo *tendenziale*, la cui piena realizzazione resta subordinata al modo di disporre delle singole norme di conflitto⁴⁰.

4. *Il trasferimento in Italia della sede di una società soggetta al diritto straniero. Gli adempimenti pubblicitari correlati a tale trasferimento*

L'ipotesi del trasferimento della sede statutaria in Italia da parte di una società soggetta al diritto straniero, può ritenersi contemplata, almeno implicitamente, dall'art. 25 n. 3 della legge di riforma, nonché dal precedente n. 1, primo periodo, «il quale, rinviando per la disciplina delle persone giuridiche al luogo di in-

⁴⁰ Si noti, a esempio, che la situazione sarebbe stata diversa ove fosse stato tradotto in legge l'art. 25 del disegno di legge 1192/XI, perché, stante la presunzione contenuta di cui al n. 1, secondo periodo, di detta norma, la *lex societatis* sarebbe coincisa, almeno di regola, con la legge del luogo di situazione della sede statutaria della società; ovvero nel caso in cui fosse stata prevista dal legislatore una disposizione analoga al citato art. 17, comma 2, della legge dell'ex Jugoslavia (secondo cui «Se la persona giuridica ha la sede effettiva in uno Stato diverso da quello in cui è stata costituita e se, secondo il diritto di tale Stato, è considerata ad esso appartenente, verrà considerata come una persona giuridica appartenente a quest'ultimo Stato»; traduzione italiana tratta da *Problemi di riforma*, cit., p. 834) o all'art. 112, comma 2, del citato Codice di diritto internazionale privato belga (per il quale «En cas de transfert de l'établissement principal sur le territoire d'un autre Etat, la personne morale est régie par le droit de cet Etat à partir du transfert»).

corporazione, ne presuppone il riconoscimento a prescindere dalle vicende cui è soggetta la loro sede statutaria»⁴¹.

Naturalmente, occorrerà verificare che l'ordinamento di origine non imponga, in una simile eventualità, l'estinzione o lo scioglimento della società stessa, giacché se così fosse disposto, non potrebbe considerarsi avvenuto alcun *trasferimento* di sede, nel senso voluto dall'art. 25 n. 3, e non potrebbe che prospettarsene la ricostituzione *ex novo* alla stregua dell'ordinamento italiano (e dunque secondo uno dei tipi previsti da tale ordinamento)⁴².

Quanto alla legge regolatrice della società trasferitasi sul nostro territorio, l'applicazione della legge italiana, nei limiti indicati⁴³, dipenderà dalla sussistenza, nel caso concreto, dei collegamenti col nostro Stato previsti dall'art. 25 n. 1, secondo periodo, della legge di riforma; ove ciò non dovesse ricorrere, la società continuerà a essere regolata *in toto* dalla legge dello Stato di «incorporazione»⁴⁴.

⁴¹ Così, LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 153. Essa era riconosciuta, già nel vigore delle preleggi, dalla giurisprudenza: v. Trib. Pordenone 28 settembre 1990, cit., che ha omologato e ordinato l'iscrizione nel Registro delle imprese della delibera di assemblea straordinaria, con cui erano decisi il trasferimento in Italia e la trasformazione in s.p.a. secondo le prescrizioni della legge italiana, di una società con sede in Lussemburgo, «non trattandosi della costituzione *ex novo* di una società ma solo del trasferimento e trasformazione di un soggetto già esistente anche per l'ordinamento italiano» il quale «riconosce soggettività giuridica anche agli enti costituiti all'estero secondo le norme ivi vigenti».

⁴² Cfr., nel vigore delle preleggi, Trib. Roma 9 dicembre 1982 (decreto), *Comreal s.r.l. ric.*, in *Vita not.*, 1983, p. 662 s., con nota redazionale, e in *Riv. not.*, 1983, p. 1212 ss., con nota ROSSELLI, *L'acquisto della nazionalità italiana da parte di società straniera: brevi note di diritto internazionale privato*, che in una fattispecie in cui una società costituita nella Repubblica di Panama aveva deliberato il trasferimento in Italia della sede sociale, la trasformazione in s.r.l. secondo le prescrizioni della legge italiana, nonché la cessazione delle vecchie cariche sociali, e delegato il nuovo amministratore a ritirare e annullare i certificati azionari e a chiedere la cancellazione della società dal locale registro commerciale, ha ritenuto, sull'implicito presupposto dell'intervenuto scioglimento della società panamense, di dovere valutare se la detta deliberazione avesse i requisiti di forma e di sostanza dell'atto costitutivo di una nuova società alla stregua della legge italiana.

⁴³ V. il par. 3 del Capitolo II.

⁴⁴ Salva, in virtù dell'art. 17 della legge di riforma, l'applicazione delle norme italiane di applicazione necessaria, nonché, in base all'art. 16 della medesima legge, l'applicazione integrale della legge italiana nel caso in cui la *lex societatis* si presenti contraria all'ordine pubblico internazionale.

Ai sensi dell'art. 2508, comma 1, cod. civ., le società costituite all'estero che stabiliscono in Italia «una o più sedi secondarie con rappresentanza stabile sono soggette alle disposizioni della legge italiana sulla pubblicità degli atti sociali»⁴⁵.

Secondo l'insegnamento della giurisprudenza, sussiste una «sede secondaria» ai sensi della citata disposizione, quando la società costituita all'estero abbia in Italia un nucleo organizzato, collegato organicamente con la sede «centrale» della società e al quale sia preposto un soggetto giuridico⁴⁶, investito della rappresentanza stabile della società⁴⁷. La giurisprudenza precisa, inoltre,

⁴⁵ La norma citata nel testo ha ricevuto l'indicata numerazione a séguito dell'entrata in vigore della riforma delle società, ma essa riproduce alla lettera il previgente art. 2506 cod. civ., come modificato dall'art. 2 del d.lgs. 29 dicembre 1992 n. 516, con cui è stata data attuazione all'undicesima direttiva n. 89/666/CEE del 21 dicembre 1989 (v. DONNINI, *Pubblicità delle succursali stabilite in uno Stato membro*, in *Società*, 1990, p. 585 ss.; SCHWACHTGEN, *Les principes communautaires en matière de publicité des sociétés*, in C.N.N.-LUISS, *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, III, *Pubblicità legale dell'impresa*, Milano, 1990, p. 315 ss.; LAURINI, *Pubblicità delle succursali all'estero*, in *Riv. soc.*, 1993, p. 250 ss.). Nelle note che seguono i riferimenti giurisprudenziali all'art. 2506 devono intendersi fatti all'attuale art. 2508.

⁴⁶ Che può essere «anche una società italiana, la quale con la sua organizzazione costituisca l'elemento materiale della sede secondaria di altra società»: v. Cass. 13 maggio 1969 n. 1636, *Sazano c. New India Assurance Company*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 412 s.; Cass. 19 novembre 1971 n. 3319, *Amm. Finanze c. Boudin*, in *Riv. not.*, 1972, p. 581 ss.; Cass. 12 giugno 1982 n. 3573, *Soc. Dresser Europe c. Cifaratti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, II, p. 597 ss., con nota redazionale; Cass. 26 ottobre 1982 n. 5597, *Soc. Dresser Europe c. D'Aquino*, in *Foro it.*, Rep. 1982, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 899.

⁴⁷ V. Cass., S.U., 15 novembre 1960 n. 3041, *Amm. Finanze c. Soc. F.lli Cosulich*, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 650 ss., secondo cui sussiste una sede secondaria quando è accertata «la esistenza, in Italia, di un nucleo organizzato, collegato organicamente con la sede centrale estera ed al quale sia stato preposto un soggetto giuridico investito della rappresentanza stabile, in Italia, della società» (p. 654), seguita da Cass. 16 giugno - 30 novembre 1967 n. 2854, *Soc. Cosulich c. Amm. Finanze*, in *Riv. legisl. fisc.*, 1968, c. 784 ss.; Cass. 6 settembre 1968 n. 2881, *S.p.a. Fotoprodotti Gevaert c. Amm. Finanze*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 1002 ss.; Trib. Venezia 24 settembre 1969, cause riunite *Agenzia Marittima Tositti & Dal Bon c. Compañia Maritima de Isola Spetsai L.T.D.A., Egidio Baradel & C. s.n.c. e Adria Lines s.r.l.; Tositti & Dal Bon s.a.s. c. Adria Lines s.r.l.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 853 ss.; Trib. Roma 10 luglio 1987 (decreto), *Zanfìn s.p.a. ric.*, in *Vita not.*, 1988, p. 338; nonché Trib. Milano 9 dicembre 1963, *Conceria Torcera c. Pegolotti e Credito Italiano*, in *Banca, borsa*, 1964, II, p. 114 ss., con nota redazionale, che,

che la rappresentanza deve essere affidata a un soggetto abilitato ad agire in nome e per conto della società con carattere di continuità⁴⁸ ed estesa al compimento degli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa⁴⁹ e che la «sede secondaria» non acquisisce soggettività autonoma ma costituisce organo della società, da cui è istituita e diretta⁵⁰.

La delibera di istituzione della sede secondaria è presa dagli organi competenti e secondo le forme indicate dalla *lex societatis*⁵¹, a cui la sede secondaria stessa continua a essere soggetta anche dopo l'installazione in Italia⁵², salva l'osservanza, ai sensi dell'art. 2508, comma 3, delle disposizioni italiane «che regolano l'esercizio dell'impresa o che la subordinano all'osservanza di particolari condizioni»⁵³.

al fine della sussistenza della sede secondaria, non ritiene sufficiente che un soggetto abbia compiuto atti e negozi in nome e per conto della società, ma richiede la dimostrazione che esso sia stato preposto dalla società ad «uno stabile apprestamento di mezzi destinati allo svolgimento dell'attività sociale» in Italia (p. 116). Pertanto non può qualificarsi «sede secondaria» l'apertura in Italia di un ufficio di rappresentanza con il compito di raccogliere e fornire informazioni per conto della società costituita all'estero: v. Trib. Roma 24 novembre 1987 (decreto), in *Società*, 1988, p. 395 s., con nota redazionale.

⁴⁸ Così, Trib. Roma 24 novembre 1987, cit., a p. 395.

⁴⁹ V. Trib. Venezia 24 settembre 1969, cit., secondo cui «la rappresentanza deve assumere la veste di un mandato generale rappresentativo dirigenziale» (p. 854); App. Torino 20 dicembre 1969, *S.p.a. Fotoprodotti Gevaert c. Amm. Finanze*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 872 ss., che parla di «rappresentanza institoria» e «mandato di ampio respiro» (p. 874).

⁵⁰ V. Cass. 6 settembre 1968 n. 2881, cit., p. 1004 s.; Cass., 19 novembre 1971 n. 3319, cit., a p. 584; Cass. 12 giugno 1982 n. 3573, cit., a p. 599; Cass. 26 ottobre 1982 n. 5597, cit.

⁵¹ A esempio, la competenza a istituire sedi secondarie potrebbe essere attribuita all'assemblea straordinaria in quanto modifica dell'atto costitutivo [come, almeno di regola, nel diritto societario italiano: arg. ex articoli 2328, comma 2, n. 2) e 2365, comma 2, cod. civ.] ovvero all'organo amministrativo.

⁵² V. Trib. Roma 26 ottobre 1984, in *Rass. trib.*, 1985, II, p. 616 s., secondo cui non commette la contravvenzione di cui all'art. 1, comma 6, della legge 7 agosto 1982 n. 516 (che punisce con l'arresto fino a due anni o con l'ammenda fino a lire quattro milioni chi non tiene o non conserva talune delle scritture contabili obbligatorie), il legale rappresentante di una società estera con sede secondaria in Italia, che non abbia trascritto nel libro degli inventari il bilancio della società, quando la legge regolatrice della società stessa preveda termini elastici per l'approvazione del bilancio, incompatibili con la legge italiana.

⁵³ Si tratta di norme di applicazione necessaria appartenenti, per lo più, al diritto pubblico: cfr. CAPOTORTI, *La nazionalità*, cit., p. 219.

La pubblicità deve essere eseguita per ciascuna sede secondaria⁵⁴ e si realizza depositando per l'iscrizione⁵⁵, presso il Registro delle imprese competente per territorio, l'atto costitutivo e lo statuto della società⁵⁶, nonché la delibera di istituzione della sede medesima. Detti documenti, quando siano stati redatti nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, devono essere preventivamente depositati presso un notaio italiano o presso l'archivio notarile distrettuale competente per territorio⁵⁷ ed essere legalizzati⁵⁸ e, in ogni caso, devono essere muniti di una traduzione giurata in lingua italiana⁵⁹. La società richiedente, inoltre, deve indicare, affinché siano pubblicati, i dati anagrafici delle persone che la rappresentano stabilmente in Italia, precisandone i poteri (art. 2508, comma 1, secondo periodo), e «gli estremi della pubblicità attuata nello Stato ove è situata la sede principale» (art. 101 *ter* disp. att. cod. civ.). Infine, le società che istituiscono in Italia

⁵⁴ Per le società *comunitarie* che abbiano stabilito in Italia più sedi secondarie, l'art. 101 *quater* disp. att. cod. civ. stabilisce che è sufficiente eseguire la pubblicità presso il Registro delle imprese «di una soltanto delle sedi secondarie, depositando negli altri l'attestazione dell'eseguita pubblicità»

⁵⁵ Entro trenta giorni dall'istituzione della sede secondaria: v. art. 2199, primo comma, cod. civ.

⁵⁶ Invero, l'art. 2508, comma 1, fa riferimento, in generale, agli «atti sociali», a differenza del testo originario dell'art. 2506, anteriore alla novella del 1992, che richiedeva l'iscrizione dell'atto costitutivo. La necessità del deposito dell'atto costitutivo e dello statuto è comunque pacifica, considerato che essi sono i più importanti tra gli atti sociali, e riceve un'indiretta conferma dal disposto del citato art. 101 *quater* disp. att. cod. civ. che lo richiede espressamente per le sedi secondarie delle società *comunitarie*.

⁵⁷ In forza del combinato disposto dell'art. unico, comma 2, della legge 13 marzo 1980 n. 73, come sostituito dall'art. 6 del citato d.lgs. 29 dicembre 1992 n. 516, e dell'art. 106 n. 4 della legge 16 febbraio 1913 n. 89 (c.d. legge notarile). In tal caso, stabilisce la prima delle norme citate che il termine per l'iscrizione è di quarantacinque giorni dal ricevimento del deposito.

⁵⁸ Salve le esenzioni previste dalle convenzioni internazionali in vigore (tra le quali si segnalano la Convenzione dell'Aia del 5 ottobre 1961 riguardante l'abolizione della legalizzazione di atti pubblici stranieri e la Convenzione di Bruxelles del 25 maggio 1987 relativa alla soppressione della legalizzazione di atti negli Stati membri delle Comunità europee).

⁵⁹ Come richiesto dall'art. 101 *ter* disp. att. cod. civ., il quale per un evidente difetto di coordinamento continua a fare riferimento agli articoli 2506 e 2507, cod. civ. anziché alla numerazione che detti articoli hanno ricevuto a séguito dell'entrata in vigore della riforma societaria.

una sede secondaria devono periodicamente depositare presso il Registro delle imprese copia del bilancio approvato⁶⁰ ed eseguire gli altri adempimenti pubblicitari prescritti dalla legge italiana per i tipi sociali corrispondenti ovvero, nel caso in cui la società straniera non corrisponda a nessuno di detti tipi, dettati per la società per azioni (art. 2509 cod. civ.)⁶¹.

L'efficacia delle iscrizioni è quella tipica prevista dall'art. 2193 cod. civ.⁶²; a tutela dei terzi che abbiano compiuto operazioni con la sede secondaria l'art. 2508, comma 2, aggiunge una particolare forma di «efficacia negativa» dell'iscrizione, disponendo che non possa essere loro opposta la difformità degli atti pubblicati in Italia da quelli pubblicati nello Stato ove è situata la sede principale (art. 2509 cod. civ.).

L'inosservanza degli adempimenti richiesti dagli articoli 2508 e 2509, è sanzionata dal successivo art. 2509 *bis* cod. civ. con la responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni sociali da parte di coloro che hanno agito in nome della società⁶³. Detta responsabilità deve ritenersi circoscritta alle obbligazioni sociali assunte dalla sede secondaria, si aggiunge alla responsabilità della società⁶⁴ e,

⁶⁰ Valgono, in proposito le medesime considerazioni svolte *supra* nota 56.

⁶¹ Inoltre, secondo la citata disposizione alle società di tipo diverso da quelli previsti dalla legge italiana si applicano le norme sulla responsabilità degli amministratori dettate per le società per azioni.

⁶² V. Cass. 10 dicembre 1992 n. 13094, *Amm. Finanze c. Elpis - Enterprise Latine de Placements Immobiliers Soumission*, in *Giust. civ.*, Mass., 1992, la quale ha ritenuto valida la presentazione della dichiarazione dei redditi da parte di un amministratore non ancora iscritto nel Registro delle imprese qualora l'amministrazione finanziaria, terzo tutelato dall'onere di pubblicità previsto dall'art. 2506 cod. civ., nulla abbia eccepito in proposito, in quanto «la presunzione di ignoranza dei fatti non iscritti (o efficacia negativa dell'iscrizione)» di cui al comma 1 del citato art. 2193 «opera solo se è fatta valere dai terzi».

⁶³ Secondo Pret. Roma 27 maggio 1981, *Santilli e Calabrese c. Edilex s.p.a.*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 97 ss., «la locuzione 'coloro che agiscono in nome della società' non va intesa in senso proprio, e, cioè, nel senso che tali soggetti debbano essere muniti formalmente di poteri di rappresentanza (...), bensì più semplicemente come soggetti che agiscono di fatto nel nome della società straniera (...) restando indifferente (...) il reale rapporto tra essi e la società stessa» (p. 99).

⁶⁴ V. BALLARINO, *op. ult. cit.*, p. 362.

nonostante la formulazione letterale del citato art. 2509 *bis*, non cessa con l'adempimento delle formalità richieste dalla legge⁶⁵.

Il diritto italiano richiede l'iscrizione presso il Registro delle imprese anche delle società che stabiliscono in Italia la «sede dell'amministrazione» ai sensi dell'art. 25 n. 1, secondo periodo, della legge di riforma⁶⁶, senza precisarne contenuto, modalità e conseguenze del mancato adempimento; mentre nessuna norma espressa prevede formalità pubblicitarie a carico delle società che fissano sul nostro territorio la «sede statutaria». Al riguardo deve ritenersi che si applichino per analogia le disposizioni del codice civile illustrate nel presente paragrafo.

5. *Il trasferimento della sede di una società «comunitaria». Il significato da attribuire all'art. 2507 cod. civ.*

La Corte di giustizia delle Comunità europee si è occupata a più riprese del trasferimento di sede di società comunitarie.

Secondo un suo risalente insegnamento, dalle norme sulla libertà di stabilimento «non può evincersi l'attribuzione alle società di diritto nazionale di un diritto a trasferire la direzione e l'amministrazione centrale in un altro Stato membro pur conservando la qualità di società dello Stato membro secondo la cui legislazione sono state costituite» e, pertanto, «si deve riconoscere che, secondo il Trattato, (...) (la) facoltà, ed eventualmente le modalità, di un trasferimento della sede, legale o reale, di una società di diritto nazionale da uno Stato membro all'altro, costituiscono un problema la cui soluzione non si trova nelle norme sul diritto di stabilimento»⁶⁷. Tuttavia, la stessa Corte ha recentemente avuto

⁶⁵ V. SIMONETTO, *op. cit.*, p. 253, il quale apporta ragioni di tutela dell'affidamento dei terzi.

⁶⁶ V. art. 7, secondo comma, n. 6), del d.p.r. 7 dicembre 1995 n. 581, portante regolamento di attuazione del Registro delle imprese ai sensi dell'art. 8 legge 29 dicembre 1993 n. 580, citato *supra* al par. 3 del Capitolo II.

⁶⁷ V. la sentenza *Daily Mail* del 27 settembre 1988, causa 81/87 (le citazioni

modo di precisare che l'indirizzo testè esposto si riferiva «ai rapporti tra una società e lo Stato membro secondo la cui normativa è stata costituita» e «non riguardava il trattamento applicato da uno Stato membro ad una società, validamente costituita in un altro Stato membro, che esercita la sua libertà di stabilimento nel primo Stato membro» in una forma considerata da quest'ultimo alla stregua di un trasferimento di sede nel suo territorio, concludendo che, a prescindere da tale valutazione, la società «è legittimata a far valere la libertà di stabilimento»⁶⁸.

Da quanto precede sembra che si possa ricavare il seguente principio di diritto: se l'ordinamento dello Stato membro di costituzione della società consente il trasferimento di sede all'estero, lo Stato membro in cui viene fissata la nuova sede è tenuto a consentire alla società lo stabilimento sul suo territorio, «riconoscendone» la natura straniera e facendo applicazione, conseguentemente, del suo statuto personale.

sono tratte dai punti 23 e 21). Da questa sentenza la citata decisione dell'Oberlandesgericht München 7 maggio 1992 ha tratto argomento per escludere che la disciplina tedesca che dispone lo scioglimento della società in caso di trasferimento all'estero della sede amministrativa o della sede legale sia contrastante con il diritto comunitario.

⁶⁸ V. la sentenza *Überseering* del 5 novembre 2002, cit., spec. punti 61-77 (le citazioni sono tratte dai punti 62, 66 e 76). Già nella sentenza *Centros* del 9 marzo 1999, cit., la Corte aveva avuto modo di precisare che è legittima dal punto di vista del diritto comunitario la costituzione di una società secondo la legislazione di uno Stato membro, la quale svolga la sua attività esclusivamente in un diverso Stato membro attraverso l'apertura quivi di una succursale, e aveva giudicato contrastante con la libertà di stabilimento assicurata dal Trattato il rifiuto degli organi di questo secondo Stato membro di procedere all'iscrizione nei registri commerciali della sede secondaria, motivato con il fatto che così facendo i soci avrebbero eluso la normativa nazionale sul capitale minimo delle società (v. punti 27 ss.). Nella successiva sentenza *Inspire Art* del 30 settembre 2003, cit., la stessa Corte ha ribadito il principio di diritto enunciato nella sentenza *Centros* e ha giudicato contraria alla libertà di stabilimento una normativa nazionale che prescrivere l'iscrizione di una società, costituita in conformità del diritto di altro Stato membro e svolgente la sua attività in maniera prevalente nello Stato membro di stabilimento, nei Registri commerciali di quest'ultimo con l'indicazione che si tratti di «società formalmente straniera», e obblighi la società stessa al rispetto di determinate disposizioni relative al capitale minimo e alla responsabilità degli amministratori (v. punti 95 ss.).

Detto principio sembra conforme a quanto dispone l'ordinamento italiano che, come si è visto, consente il trasferimento in Italia della sede sociale di una società soggetta al diritto straniero, con la precisazione che in caso di trasferimento in Italia della sede reale della società, non potrà trovare applicazione l'art. 25 n. 1, secondo periodo, della legge di riforma.

Rimane da affrontare il problema della portata da attribuire all'art. 2507 cod. civ. Con tale norma il legislatore stabilisce che «l'interpretazione ed applicazione» delle illustrate disposizioni contenute nel Capo XI del codice civile «è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee».

Come si è visto, detti articoli prescrivono le formalità pubblicitarie a cui sono soggette le società costituite all'estero che vogliano stabilire in Italia una sede secondaria (art. 2508 cod. civ.), anche per il caso che dette società siano di tipo diverso da quelle nazionali (art. 2509 cod. civ.), le responsabilità dei soggetti che agiscono in nome della società in mancanza dell'adempimento delle suddette formalità (art. 2509 *bis* cod. civ.) e, infine, la salvezza della legislazione speciale relativa all'esercizio di determinate attività da parte di società nelle quali siano rappresentati interessi stranieri (art. 2510 cod. civ.).

I primi commentatori, dopo avere scartato l'ipotesi, peraltro contraddetta dalla lettera della disposizione, secondo cui il nuovo art. 2507 cod. civ. avrebbe la funzione, definita *massimalista*, di estendere alle società *extracomunitarie* la disciplina sulla libertà di stabilimento portata dal Trattato CE, hanno concluso per il valore meramente pedagogico della norma in esame, volta a rammentare all'interprete l'esistenza della disciplina in tema di società dettata dal Trattato medesimo⁶⁹.

Ora, dal momento che la norma, così interpretata, sarebbe pleonastica⁷⁰, v'è da chiedersi se non si possa attribuirle un significato ulteriore.

⁶⁹ V. MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano*, cit., p. 40 ss.; CARBONE, *La riforma societaria tra conflitti di leggi e principi di diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 89 ss., a p. 95.

⁷⁰ Dato che l'obbligo di rispettare le norme del Trattato discende dal diritto

A noi pare che il riformato art. 2507 cod. civ. possa essere inteso come una norma sull'interpretazione delle restanti norme del Capo XI del codice civile, volta a impegnare il giudice ad assicurare *anche* alle società *extracomunitarie*, limitatamente alle materie contemplate da detto Capo, un trattamento *tendenzialmente* analogo a quello che sarebbe riservato alle società *comunitarie* in virtù delle norme del Trattato e della loro applicazione giurisprudenziale⁷¹.

Certo, anche così interpretato, la portata precettiva dell'art. 2507 cod. civ. appare modesta, posto che il testo dell'art. 2508 deriva dall'adattamento alla undicesima direttiva comunitaria e che gli articoli 2509 e 2509 *bis* non ci sembrano presentare profili di incompatibilità col diritto comunitario⁷².

Non è da escludersi, tuttavia, che, con riferimento agli articoli del codice civile appena citati, tale conclusione possa mutare con l'evolversi del diritto e della giurisprudenza comunitari; mentre, pare possibile fin d'ora prospettare un'influenza del ripetuto art. 2507 sull'art. 2510 cod. civ.

Così, dovranno considerarsi illegittime le disposizioni delle leggi speciali che vietino o sottopongano a particolari condizioni l'esercizio in Italia di determinate attività da parte di *società comunitarie* anche quando nelle stesse siano rappresentati *interessi extracomunitari*, in quanto, ricorrendo i requisiti indicati dall'art. 48 del Trattato CE, il diritto di stabilimento non sembra potere soffri-

internazionale generale oltre che dalla nostra Costituzione (v. art. 117, comma 1, Cost., come modificato dall'art. 3 della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3).

⁷¹ *Contra* MUNARI, *op. ult. cit.*, p. 43 s., il quale afferma che il riformato art. 2507 cod. civ. prescriverebbe «di applicare le disposizioni del Capo XI in conformità 'ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee' limitatamente alle società costituite all'interno di uno degli Stati membri UE».

⁷² Peraltro, un profilo di incompatibilità col diritto comunitario è segnalato da CARBONE, *op. ult. cit.*, p. 94 s., secondo cui, poiché l'art. 2509 *bis* cod. civ. assimila «la responsabilità dei rappresentanti delle società straniere a quella degli amministratori che agiscono per conto di società italiane prima dell'adempimento delle formalità costitutive previste al riguardo di queste ultime, le società straniere vengono considerate come se fossero prive in Italia di personalità giuridica. Ma tale effetto appare in evidente contrasto con i principi del sistema comunitario».

re eccezioni. Inoltre, in relazione alle *società extracomunitarie* in cui siano rappresentati *interessi stranieri*, si dovrà optare, ove siano possibili diverse interpretazioni di dette leggi speciali, per quella che, nel rispetto degli interessi essenziali dello Stato nella regolazione del mercato e dell'economia nazionali⁷³, assicuri alla norma gli effetti più «liberali».

6. *La fusione «internazionale» di società*

L'applicazione dell'art. 25 n. 3 della legge di riforma alla fusione «internazionale» di società solleva problemi interpretativi diversi da quelli esaminati a proposito del trasferimento di sede.

Come già osservato all'inizio di questo capitolo, la «validità» della fusione deve ritenersi sottoposta alla *lex societatis* di ciascun ente partecipante alla fusione, mentre l'«efficacia» dell'operazione, cioè il prodursi degli effetti «tipici» della fattispecie, è subordinata, dal punto di vista dell'ordinamento italiano, alla concorde valutazione in tal senso delle leggi competenti a' termini della disposizione in esame.

Poiché l'art. 25 n. 3 richiama le leggi degli «Stati interessati», in dottrina ci si è chiesti quali siano precisamente tali Stati nel caso di fusione.

Secondo una prima opinione, il richiamo delle leggi degli Stati interessati andrebbe inteso come richiamo alla *lex societatis*, alla legge della sede statutaria, nonché alla legge della «sede amministrativa», ove diversa; quest'ultima legge, infatti, sarebbe da comprendere tra quelle «*espressamente* citat(e) dalla disposizione», come sarebbe dimostrato «*inequivocabilmente* dal fatto che per le fusioni non viene precisato, come invece accade per i trasferimenti di sede, che per sede si intende, appunto, la sola sede statutaria»⁷⁴.

⁷³ Sulla nozione di «regolazione del mercato», v. lo studio di GUARINI, *Riflessioni in tema di regolazione del mercato attraverso autorità indipendenti*, in GABRIELE, BUCCI, GUARINI (a cura di), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, Bari, 2002, p. 187 ss.

⁷⁴ V. BENEDETTELLI, *op. ult. cit.*, p. 1140 e nota 101 (corsivo aggiunto).

Un'altra opinione, dopo aver esattamente sostenuto che la «sede» indicata dall'art. 25 n. 3 a proposito della fusione sia «il luogo indicato nello statuto come sede della società», ritiene di potere ricavare da «un'interpretazione sistematica» dell'art. 25 n. 3 e del precedente n. 1, primo periodo, la «volontà del legislatore di considerare del tutto equivalenti il riferimento al luogo di costituzione e quello alla sede statutaria», in quanto, tra l'altro, «l'eventuale differente valutazione della legge competente a disciplinare le fusioni» si porrebbe in contrasto con l'intenzione del legislatore che vuole «sottoposte ad un'unica legge tutte le questioni relative allo statuto dell'ente»⁷⁵.

A noi pare che né l'una né l'altra delle esposte opinioni siano conformi alla *voluntas legis*.

Agli argomenti addotti dalla prima è agevole opporre che l'art. 25 n. 3 non contiene, in tema di fusione, alcun riferimento *espresso* alla legge dello Stato in cui ha sede l'amministrazione (a differenza di quanto accade, invece, all'art. 25 n. 1, secondo periodo), e che il legislatore della riforma può ben avere ritenuto superfluo ripetere per la fusione l'espressione «sede statutaria» impiegata poco prima con riferimento al trasferimento di sede. Inoltre, l'opinione in parola, comportando – nell'ipotesi di ubicazione della sede statutaria e della «sede dell'amministrazione» in Stati diversi – l'applicazione cumulativa delle leggi delle due sedi, sia pure limitatamente alla verifica dell'«efficacia» della fusione, prospetta un'interpretazione confliggente con l'impostazione della legge di riforma, che tende a evitare il più possibile il fenomeno del «cumulo di leggi». Conviene precisare peraltro che questo rilievo critico non intende negare qualsiasi rilevanza alla legge del luogo di situazione della sede reale, giacché esso non pregiudica la considerazione delle prescrizioni di tale legge in materia di fusione alle quali sia da riconoscere natura di norme di applicazione necessaria⁷⁶.

⁷⁵ V. VILLATA, *Spunti di riflessione a margine di una recente giurisprudenza onoraria in tema di fusione internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 2001, p. 77 ss., spec. p. 88 ss.

⁷⁶ Secondo quanto detto *supra* al par. 2 che precede.

La seconda opinione, condivisibile sul punto dell'identificazione della «sede» indicata dall'art. 25 n. 3 in tema di fusione con la «sede statutaria», appare inaccettabile, sia perché essa muove dalla premessa della coincidenza tra legge di «incorporazione» della società e legge del luogo di situazione della sede statutaria che non trova riscontro nella disposizione in discorso, sia perché essa non tiene conto del fatto che, come più volte precisato, l'art. 25 n. 3 richiede la verifica sulla base di leggi in ipotesi diverse dalla *lex societatis* della sola «efficacia» della fusione.

A noi pare che il dato testuale della disposizione in esame comporti la necessità di verificare la praticabilità dell'operazione di fusione, quanto alla validità, alla stregua della *lex societatis* di ciascun ente e, quanto all'efficacia, alla stregua delle leggi, in ipotesi diverse, del luogo di situazione delle sedi statutarie delle società che si fondono. Tuttavia, va subito soggiunto che l'applicazione alla fusione «internazionale» dell'art. 25 n. 3, come appena interpretato, comporterà la considerazione di leggi diverse dalle *leges societatis* solo nel caso in cui una delle società partecipanti alla fusione abbia, dopo la costituzione, trasferito all'estero la sede statutaria⁷⁷ e la legge applicabile alla società non sia divenuta quella della nuova sede, a causa del mancato funzionamento del meccanismo del rinvio.

Inoltre, qualora la fusione non avvenga mediante incorporazione di una società in un'altra già esistente, ma mediante la creazione di una società nuova, l'efficacia della fusione sarà subordinata alla verifica che anche la legge regolatrice di quest'ultima, ove diversa da quella delle società partecipanti alla fusione, preveda la nascita dell'ente come effetto della intervenuta fusione.

Scendendo nel dettaglio, l'eseguibilità della fusione dipenderà dall'accertamento che ciascuna delle leggi in considerazione conosca l'istituto della fusione, che le società di cui si tratta rientrino, secondo le leggi che le regolano, tra quelle per cui è ammessa la

⁷⁷ Ripetiamo, infatti, che deve ritenersi raro il caso di una società «incorporata» secondo una determinata legge, la quale consenta di fissare, sin dall'inizio, all'estero la sede statutaria: v. *supra* la nota 67 del Capitolo I.

fusione⁷⁸, che, qualora si voglia procedere a fusione tra società di tipo e/o con scopo diversi, ciò sia consentito dalle rispettive leggi regolatrici⁷⁹.

Ulteriori problemi interpretativi sorgono, una volta accertata l'ammissibilità in astratto della fusione secondo le leggi coinvolte, per la determinazione della disciplina concretamente applicabile al procedimento di fusione. Almeno di regola, a ciascuna società partecipante alla fusione sarà richiesta soltanto l'osservanza delle norme della legge a cui essa è sottoposta⁸⁰. Così, per fare degli esempi, alle iscrizioni nei registri commerciali dovrà darsi corso separatamente, senza alcun riguardo per quanto dispone la legge dell'altra società; similmente la competenza e la forma delle deliberazioni societarie sarà quella stabilita per ciascuna società dalla sua legge regolatrice.

Naturalmente, potrà accadere che la normativa sostanziale delle leggi in considerazione presenti differenze e/o incompatibilità. Nella comparazione di dette normative occorre tenere presente, tuttavia, che di conflitto vero e proprio non può parlarsi ove esse dettino requisiti diversi ma equivalenti (come, a esempio, nel caso di norme che richiedano la predisposizione di documentazione

⁷⁸ V. BALLARINO, *La società per azioni*, cit., p. 114; LUZZATTO, AZZOLINI, *op. cit.*, p. 155.

⁷⁹ Si pensi a quelle norme che impongono la preventiva trasformazione della società di persone in società di capitali, quando la prima debba fondersi per incorporazione nella seconda, o che vietano la fusione per incorporazione di una società cooperativa in una società lucrativa: v. BALLARINO, *op. loc. ult. cit.*; BENEDETTELLI, *op. ult. cit.*, p. 1142.

⁸⁰ V., in dottrina, BEITZKE, *Les conflits de lois en matière de fusion de sociétés (droit communautaire et droit international privé)*, in *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1967, p. 1 ss., spec. p. 7 s., e, in giurisprudenza, sia pure con qualche incertezza argomentativa e un incongruo riferimento all'ordine pubblico internazionale come «limite estremo» di controllo della legge straniera regolatrice della società incorporante, App. Roma 28 marzo 2000 (decreto), *Soc. Inko ric.*, in riforma al decreto del Tribunale di Roma del 15 dicembre 1999, entrambi in *Riv. not.*, 2000, 1294 ss., ove è pure riprodotto il reclamo del notaio BELLAGAMBA (il citato decreto della Corte d'appello, unitamente ad altro decreto di segno opposto del Tribunale della medesima città in data 12 novembre 1999, può leggersi anche in *Foro it.*, 2000, c. 2963 ss., con nota FRANGINI).

diversa ma contenente le medesime informazioni), ovvero diversi ma omogenei (come, a esempio, in tema di forma dell'atto di fusione, dove l'applicazione della legge che prescriva la forma solenne soddisferà i requisiti richiesti dalla legge meno rigorosa)⁸¹, o ancora diversi ma conciliabili (così, a esempio, ove una delle leggi in presenza subordini l'efficacia della fusione al decorso di un termine, pendente il quale è data facoltà ai creditori di proporre opposizione, mentre secondo altra legge la fusione diviene efficace in un momento precedente, dovrà farsi prevalere la prima legge⁸²).

Non può escludersi, tuttavia, che per taluni aspetti (in particolare, quando viene richiesto un comportamento comune o quando sussiste una relazione tra la posizione di una società e quella dell'altra) si debba procedere all'applicazione cumulativa delle leggi in presenza, con il conseguente adempimento delle condizioni più restrittive⁸³. In tali casi, sarà compito dell'interprete cercare un coordinamento delle disposizioni in presenza che consenta di salvaguardare il risultato divisato, ammettendo, a esempio, che gli adempimenti richiesti a una delle società dalla sua legge regolatrice siano eseguiti dalla società soggetta a una diversa legge che non li richieda anche in forme non strettamente coincidenti con quelle prescritte dalla prima, quando il risultato perseguito dalla legge che richiede gli adempimenti possa ottenersi ugualmente⁸⁴.

Infine, per quanto concerne il «passaggio» alla società risultante dalla fusione del patrimonio delle società partecipanti alla stessa, bisognerà tenere presenti, oltre alle leggi sopra indicate,

⁸¹ V. BAREL, *op. ult. cit.*, p. 54.

⁸² V. BENEDETTELLI, *op. loc. ult. cit.*

⁸³ V. BALLARINO, *op. ult. cit.*, p. 117.

⁸⁴ V. BENEDETTELLI, *op. loc. ult. cit.*, che porta a esempio il caso del deposito presso la sede dell'incorporante, o presso il competente registro commerciale, di documentazione relativa all'incorporanda non prevista dalla legge regolatrice di quest'ultima. Per ulteriori esempi, v. BEITZKE, *op. ult. cit.*, p. 8 s.

anche, se diverse, la legge di situazione dei beni materiali e la legge regolatrice dei beni immateriali e dei crediti. Se tali leggi prevedono, tanto nei rapporti tra le società quanto nei confronti dei terzi, un effetto del genere, il «passaggio» discenderà *ope legis* dalla realizzata fusione, a prescindere dalla qualificazione che ciascun ordinamento dia al fenomeno (come effetto della natura di mera modificazione dell'atto costitutivo delle società partecipanti alla fusione; come conseguenza dell'estinzione dell'incorporata; in virtù della successione universale dell'incorporante all'incorporata⁸⁵). In caso contrario, sarà necessario procedere a uno o più atti traslativi dei beni o di cessione dei crediti che compongono il patrimonio delle società fuse, soggetti come tali alle rispettive leggi regolatrici⁸⁶.

In entrambi i casi, l'atto di fusione, in quanto titolo di acquisto della proprietà di detti beni e della titolarità dei crediti, sarà soggetto alle formalità pubblicitarie previste per i beni mobili e immobili dalla legge del *situs rei*⁸⁷ e per i beni immateriali dalla relativa legge regolatrice⁸⁸, nonché alla notificazione e alle altre condizioni di opponibilità al debitore ceduto prescritte dalla legge regolatrice del credito⁸⁹.

La legge regolatrice della società derivante dalla fusione sarà quella della società incorporante ovvero, nel caso in cui la fusione non avvenga mediante incorporazione di una società in un'altra già esistente ma mediante la creazione di una società nuova, la legge di costituzione di quest'ultima.

⁸⁵ Per una sintetica indagine comparatistica, v. BEITZKE, *op. ult. cit.*, p. 13.

⁸⁶ Così, BEITZKE, *op. ult. cit.*, p. 13 ss.; BALLARINO, *op. ult. cit.*, p. 117 s.

⁸⁷ In applicazione dell'art. 55 della legge di riforma.

⁸⁸ Individuata dall'art. 54 della legge di riforma nella «legge dello Stato di utilizzazione».

⁸⁹ Come stabilito dall'art. 12 n. 2 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980.

7. La scissione «internazionale» di società

L'art. 25 della legge di riforma non fornisce indicazioni sulla legge applicabile alla scissione – che è l'operazione con cui «una società assegna l'intero suo patrimonio a più società, preesistenti o di nuova costituzione, o parte del suo patrimonio, in tal caso anche ad una sola società»⁹⁰ – quando essa, coinvolgendo più ordinamenti, assuma carattere «internazionale».

Sull'ammissibilità della fattispecie non vi sono dubbi, posto che essa è nota al legislatore italiano, che la disciplina ai fini fiscali⁹¹.

In considerazione della «similarità (anche se non esatta specularità)» tra gli istituti della scissione e della fusione in dottrina si è proposta l'applicazione analogica alla prima della disciplina dettata per la seconda dall'art. 25 n. 3⁹². Effettivamente, ove la società che intende scindersi e la società o le società beneficiarie della scissione (costituite o costituende) siano soggette a leggi regolatrici diverse si propongono problemi, relativi ai presupposti e alle concrete modalità di svolgimento dell'operazione, analoghi a quelli esaminati al paragrafo precedente, per la soluzione dei quali valgono, *mutatis mutandis*, le considerazioni sopra svolte.

V'è da chiedersi, tuttavia, se, in assenza di una norma espressa, l'interprete sia tenuto all'applicazione, nei limiti chiariti, (an-

⁹⁰ La definizione è tratta dall'art. 2506, comma 1, cod. civ.

⁹¹ V. art. 1, lett. b), del d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 544, con cui è stata data attuazione nel nostro ordinamento alla direttiva n. 90/434/CEE del 23 luglio 1990 che disciplina un regime fiscale comune da applicare, tra l'altro, alle scissioni concernenti società di diversi Stati membri. Inoltre, rileva BALLARINO, *op. ult. cit.*, p. 119, che la disciplina codicistica della scissione deriva dall'attuazione della direttiva n. 82/891/CEE del 17 dicembre 1982 alla quale non risultano essere state apposte restrizioni riguardanti i rapporti transnazionali, a differenza di quanto sarebbe avvenuto in materia di fusione, come si ricava dal primo considerando della proposta di decima direttiva relativa alle fusioni transfrontaliere di società per azioni secondo cui il coordinamento attuato dalla direttiva n. 78/855/CEE del 9 ottobre 1978 sulle fusioni di società per azioni «riguarda soltanto le fusioni nelle quali tutte le società partecipanti sono soggette alla legislazione di un solo e unico Stato membro».

⁹² V. BENEDETTELLI, *op. ult. cit.*, p. 1143.

che) delle leggi degli Stati ove siano ubicate le sedi statutarie delle società partecipanti alla scissione, ove diverse dalle *leges societatis*.

A nostro avviso, il coordinamento tra le leggi degli «Stati interessati» all'operazione – in quanto aventi «uno stretto legame» con una delle società partecipanti alla scissione⁹³ – potrà avvenire più agevolmente prendendo in considerazione unicamente le relative prescrizioni di necessaria applicazione.

⁹³ E lo «stretto legame», secondo l'espressione impiegata dall'art. 7 n. 1 della più volte citata Convenzione di Roma, potrà conseguire anche all'ubicazione della sede statutaria o della sede reale, nonché allo svolgimento nel proprio territorio dell'«oggetto principale» dell'impresa.

INDICE DEGLI AUTORI

(I numeri indicano le pagine dove le opere sono citate per la prima volta)

- AGO: 18
ALBAMONTE: 50
ALESSI: 94
ALLOTTI: 84
ALMANN: 26
AMODIO: 132
ANGELICI: 36
ASCARELLI: 46
AZZOLINI: 13, 29
- BADIALI: 80, 101
BADINI CONFALONIERI: 100
BALLARINO: 12, 16, 28, 81, 101, 109
BALLADORE PALLIERI: 14, 34
BARALIS: 38
BAREL: 47, 107
BARILE G.: 53, 54
BARILE P.: 38
BARONE: 42
BASILE: 46
BATIFFOL: 27
BEITZKE: 82, 148
BELLAGAMBA: 148
BENEDETTELLI: 31, 81, 93, 104
BIGIAMI: 95
BIGNAMI: 51
BISCARETTI DI RUFFIA: 50
BISCOTTINI: 35, 39
BONFANTE: 96
BONOMI: 41, 109
BORGATO: 48
BORGIOI: 49, 50, 51
BOSCHIERO: 12, 41, 86
BOUREL: 122
BROGGINI: 26, 27
BUSATO: 30
- CAGNASSO: 120
CALLEGARI: 130
CALÒ: 38, 42, 49, 106
CAMPIGLIO: 37
CAMPOBASSO: 12
CANNONE: 67, 84
CANSACCHI: 14, 123
CAPOTORTI: 18, 28, 52, 80, 83, 86, 123
CARBONE: 12, 92, 108, 143
CARMIGNANI: 130
CARRARA: 26
CARUSO: 22
CASSONI: 14, 49, 50, 91, 94
CLERICI: 42, 62, 67
CONETTI: 12, 38, 67, 86
CORAPI: 94
CORDA: 106
COSCIA: 36, 38, 49, 102
COSTANZO: 112
COSTI: 47, 112
COTTINO: 94, 112
COVELLI: 94
- D'ALESSANDRO: 46
DAL SOGLIO: 132
DAMASCELLI: 56, 58, 84, 86
DANIELE: 121
DAVI: 12, 86
DE BELLIS: 90
DECARO: 84
DE CESARI: 86
DE DONNO SFORZA: 59
DE LUCA: 86
DE NOVA: 17, 18
DE VITA: 27

- DI AMATO: 49
DI BLASE: 86, 104
DICEY: 26
DI FABIO: 30
DONNINI: 137
DRAETTA: 109
- ELIA: 51
- FALSITTA: 48
FALZEA: 46
FARENGA: 108
FERRARA: 49
FERRARI BRAVO: 86, 101
FERRI: 49, 112
FIMMANÒ: 37, 132
FIORIO: 112, 113
FRANCESCHELLI: 123
FRANCIONI: 94
FRANGINI: 148
FREGONARA: 132
FUMAGALLI: 25
- GALGANO: 12, 46, 96
GATTINI: 88
GAZZANI: 112
GENGHINI: 12
GESTRI: 82
GIARDINA: 12, 38
GIULIANO: 56
GRAZIANI: 120
GRAZIANO: 51
GRECO: 50
GUARINI: 145
- HONORATI: 87
- IBBA: 47
IVALDI: 12
- JAEGER: 47, 96
- LAGARDE: 27, 56
- LAURINI: 38, 137
LEANDRO: 92
LEANZA: 22, 38
LICINI: 28
LO CASCIO: 131
LOMBARDO: 84
LOUSSOUARN: 122
LUGATO: 101
LUPONE: 12
LUZZATTO: 13, 46, 48
- MALATESTA: 70, 107
MALINTOPPI: 94
MARASÀ: 12, 46
MARESCA: 41
MASI: 94
MENGOZZI: 12, 38
MONACO: 35, 80
MONTALENTI: 116
MORELLI: 15, 18
MORRIS: 26
MOSCONI: 12, 76, 121
MUNARI: 75, 84, 98, 112
MURATORE: 98
- NASCIMBENE: 38
NOVARIO: 30
NOVATI: 112
NURMELA: 26
- OPPO: 47, 108, 111
- PAGANO: 12
PERASSI: 18
PERNAZZA: 84, 106
PESCATORE: 93
PESCE: 48
PETRICCIONE: 94
PETTINATO: 90
PICONE: 12, 13, 24, 29, 32, 75, 94
PINNARÒ: 111
POCAR: 12, 84, 101
PROTETTI: 88

- QUADRI: 18, 22, 55
- RAMONDELLI: 73
- RESCIO: 30, 112, 113
- RIOLFO: 108
- ROSSELLI: 136
- ROVELLI: 96
- SABBADINI: 106
- SACERDOTI: 94
- SALERNO: 120
- SALERNO CARDILLO: 56, 76
- SANTA MARIA: 23, 30, 80, 81
- SANTONASTASO: 50, 51
- SANTONI: 108, 111, 112
- SANTOSUOSSO: 12
- SANTUS: 131
- SARAVALLE: 101
- SAULLE: 12
- SCHWACHTGEN: 137
- SCOTTI CAMUZZI: 96
- SEATZU: 31
- SERRA: 120
- SICO: 84
- SIMONETTO: 66
- SPERDUTI: 54
- STARACE: 56, 70, 84, 90, 91
- STOLFI: 50
- TAGLIAFERRI: 49
- TASSINARI: 30
- TERRILE: 84
- TESAURO: 84
- TONOLO: 12
- TORINO: 108
- TREVES: 126
- TUULAS: 26
- UBERTAZZI: 93, 123
- VAINOMAA: 26
- VENTURA: 100
- VENTURINI: 101
- VILLANI: 63
- VILLATA: 146
- VISMARA: 12
- VITTA: 30, 86, 121
- WEIGMANN: 105
- WYMEERSCH: 28
- ZAMPERETTI: 96
- ZANGHÌ: 84
- ZICCARDI: 54, 101
- ZONCA: 102

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

ITALIA

- Corte Cost. 7 marzo 1964 n. 14: 83
Corte Cost. 8 giugno 1984 n. 170: 84
- Cass., S.U., 15 novembre 1960 n. 3041: 137
Cass., S.U., 12 maggio 1969 n. 1617: 53
Cass., S.U., 3 maggio 1971 n. 1268: 105
Cass., S.U., 27 marzo 1972 n. 952: 105
Cass., S.U., 27 marzo 1972 n. 953: 106
Cass., S.U., 14 dicembre 1981 n. 6594: 106
Cass., S.U., 15 gennaio 1983 n. 319: 53
Cass., S.U., 15 gennaio 1996 n. 264: 47
- Cass. 16 giugno - 30 novembre 1967 n. 2854: 137
Cass. 6 settembre 1968 n. 2881: 137
Cass. 13 maggio 1969 n. 1636: 137
Cass., 19 novembre 1971 n. 3319: 137
Cass. 16 maggio 1973 n. 1385: 106
Cass. 10 dicembre 1974 n. 4172: 66
Cass. 28 luglio 1977 n. 3352: 49
Cass. 14 aprile 1980 n. 2414: 49
Cass. 12 giugno 1982 n. 3573: 137
Cass. 26 ottobre 1982 n. 5597: 137
Cass. 21 gennaio 1985 n. 198: 49
Cass. 24 febbraio 1986 n. 1088: 105
Cass. 6 marzo 1987 n. 2381: 120
Cass. 26 febbraio 1990 n. 1439: 96
Cass. 10 dicembre 1992 n. 13094: 140
Cass. 15 febbraio 1993 n. 1853: 49
Cass. 16 novembre 2000 n. 14870: 49
Cass. 23 novembre 2001 n. 14865: 112
Cass. 14 febbraio 2002 n. 2111: 106
Cass. 7 novembre 2002 n. 15633: 96
Cass. 22 novembre 2002 n. 15301: 36
- App. Torino 17 giugno 1958: 123
App. Torino 20 dicembre 1969: 138
App. Milano 22 maggio 1974: 131

- App. Roma 23 dicembre 1974/25 gennaio 1975: 74
App. Venezia 23 maggio 1975: 48
App. Milano 18 gennaio 1977: 48
App. Torino 12 dicembre 1980: 49
App. Milano 25 febbraio 1981: 50
App. Roma 28 ottobre 1986: 49
App. Milano 21 febbraio 1989: 49
App. Milano 10 marzo 1995: 96
App. Torino 1 dicembre 1995: 131
App. Milano 18 giugno 1999: 106
App. Milano 22 giugno 1999: 38
App. Trieste 9 ottobre 1999: 132
App. Milano 14 gennaio 2000: 86
App. Roma 28 marzo 2000: 148
App. Milano 18 luglio 2000: 92
App. Milano 28 febbraio 2003: 113
- Trib. Torino 14 dicembre 1955: 123
Trib. Roma 2 maggio 1963: 66
Trib. Milano 9 dicembre 1963: 137
Trib. Roma 16 dicembre 1966: 49
Trib. Genova 31 marzo 1967: 65
Trib. Venezia 24 settembre 1969: 137
Trib. Como 22 novembre 1973: 131
Trib. Padova 7 febbraio 1974: 50
Trib. Como 25 febbraio 1974: 131
Trib. Trieste 27 febbraio 1974: 50
Trib. Milano 14 novembre 1974: 93
Trib. Milano 15 gennaio 1976: 48
Trib. Como 9 febbraio 1976: 48
Trib. Milano 31 marzo 1977: 50
Trib. Milano 18 luglio 1977: 50
Trib. Milano 22 settembre 1977: 50
Trib. Monza 14 luglio 1978: 50
Trib. Milano 14 settembre 1978: 49
Trib. Milano 11 gennaio 1979: 50
Trib. Roma 6 novembre 1979: 49
Trib. Roma 9 dicembre 1982: 136
Trib. Roma 26 ottobre 1984: 138
Trib. Milano 29 maggio 1986: 88
Trib. Roma 10 luglio 1987: 137
Trib. Roma 24 novembre 1987: 138
Trib. Pordenone 28 settembre 1990: 74

Trib. Torino 16 dicembre 1991: 131
Trib. Alessandria 18 agosto 1995: 131
Trib. Trani 22 gennaio 1996: 86
Trib. Verona 5 dicembre 1996: 131
Trib. Udine 8 dicembre 1997: 132
Trib. Milano 22 gennaio 1998: 106
Trib. Milano 23 aprile 1998: 106
Trib. Venezia 6 luglio 1998: 87
Trib. Roma 12 novembre 1999: 148
Trib. Roma 15 dicembre 1999: 148
Trib. Milano 22 gennaio 2001: 96
Trib. Monza 5 aprile 2002: 132

Pret. Roma 27 maggio 1981: 140

ALTRI PAESI

App. Bruxelles 29 gennaio 1975: 51
Cass. belga 13 gennaio 1978: 51

Cass. francese 19 maggio 1992 n. 877D: 87

Oberlandesgericht München 7 maggio 1992: 27
Bayrisches Oberstes Landesgericht 11 febbraio 2004: 27
Bundesgerichtshof 13 marzo 2003: 27

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE

sentenza 9 marzo 1978, *Simmenthal*, causa 106/77: 84
sentenza 28 gennaio 1986, *Commissione c. Francia*, causa 270/83: 83
sentenza 10 luglio 1986, *Segers*, causa 79/85: 83
sentenza 27 settembre 1988, *Daily Mail*, causa 81/87: 141
sentenza 13 luglio 1993, *Commerzbank*, causa C-330/91: 83
sentenza 6 giugno 1996, *Commissione c. Italia*, causa C-101/94: 83
sentenza 9 marzo 1999, *Centros*, causa C-212/97: 83
sentenza 16 maggio 2002, *Commissione c. Italia*, causa C-142/01: 42
sentenza 5 novembre 2002, *Überseering*, causa C-208/00: 80
sentenza 30 settembre 2003, *Inspire Art*, causa C-167/01: 28



Puglia Grafica Sud - Bari

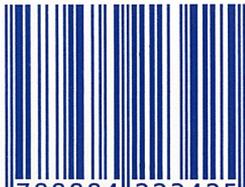
Il volume esamina in forma sistematica i più rilevanti problemi posti dalla disciplina di conflitto delle società introdotta con la legge n. 218 del 1995 di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.

Tra tali problemi si segnalano quelli del coordinamento della specifica norma sulla legge applicabile alle società con norme – generali e speciali – del nuovo sistema, nonché con le norme comunitarie concernenti le società e con il nuovo diritto societario, e quelli riguardanti il trasferimento, la fusione e la scissione «internazionale» di società.

Il volume – che ha precedenti comparabili soltanto in opere anteriori a detta riforma – costituisce una trattazione organica di sicura utilità per studiosi e per pratici.

Domenico Damascelli, nato a Bari il 23 agosto 1967, è Dottore di ricerca in diritto internazionale. Esercita la professione di notaio ed è delegato dal Consiglio nazionale del notariato alla *Commission des Affaires de l'Union Européenne* dell'*Union International du Notariat Latin*.

ISBN 88-8422-342-3



9 788884 223425 >

€ 15,00