

Capo III

***Persone giuridiche***

di Sara Tonolo



ART. 25

*Società ed altri enti*

*Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti.*

*In particolare sono disciplinati dalla legge regolatrice dell'ente:*

- a) la natura giuridica;*
- b) la denominazione o ragione sociale;*
- c) la costituzione, la trasformazione e l'estinzione;*
- d) la capacità;*
- e) la formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi;*
- f) la rappresentanza dell'ente;*
- g) le modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato o di socio nonché i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità;*
- h) la responsabilità per le obbligazioni dell'ente;*
- i) le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo.*

*I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati.*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. Ambito d'applicazione soggettivo dell'art. 25. – 2. Ambito d'applicazione oggettivo. – 3. Il contratto di società. – 4. Coordinamento con altri statuti. – 5. La natura giuridica dell'ente e la denominazione o ragione sociale. – 6. Costituzione, trasformazione ed estinzione dell'ente. – 7. La capacità dell'ente. In particolare, la capacità di stare in giudizio. – 8. Altri aspetti collegati. La rappresentanza. – 9. Lo *status* di socio. – 10. La responsabilità per le obbligazioni dell'ente. – 11. Le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo. – 12. La disciplina generale delle società: il criterio di collegamento del luogo di costituzione. – 13. Problemi pratici derivanti dall'applicazione del collegamento del luogo di costituzione. – 14. In particolare. Inapplicabilità dell'art. 25 al *trust*. – 15. Il rinvio. – 16. L'applicabilità della legge italiana a persone giuridiche straniere: presupposti. – 17. La riforma del diritto societario italiano e i suoi influssi sull'applicazione dell'art. 25. – 18. I trasferimenti di sede all'estero e le fusioni di enti con sede in Stati diversi: osservazioni generali. – 19. I trasferimenti di sede. – 20. Le fusioni di enti con sede in Stati diversi.

**Legislazione** L. 31.5.1995, n. 218. – c.c., art. 2341 *bis*, 2341 *ter*, artt. 2507-2510 – disp.prel. c.c., art. 16 – Trattato CE, artt. 43-48 – l. 18.12.1984, n. 975, esecuzione Convenzione di Roma

del 19.6.1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, art. 1 – l. 16.10.1989, n. 364, esecuzione Conv. L'Aja 1.7.1985 relativa alla legge sui *trusts* ed al loro riconoscimento, art. 6, art. 7 – d.lgs. 29.12.1992, n. 516, attuazione direttiva 89/666/CEE – d.p.r. 7.12.1995, n. 581, portante Regolamento di attuazione del registro delle imprese ai sensi dell'art. 8, l. 29.12.1993, n. 580, art. 7.2. – Reg. (CE) 1346/2000 del 29.5.2000, relativo alle procedure di insolvenza, art. 4 – Reg. (CE), n. 2157/2001, dell'8.10.2001, relativo allo statuto della società europea – direttiva 2001/86 dell'8.10.2001 che completa lo statuto della società europea – d.lgs. 17.1.2003, n. 5 – Reg. (CE), 593/2008 del 17.6.2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

**Bibliografia** Leanza 1974 – Luzzatto 1983 – Luzzatto 1986 – Santa Maria 1990 – Capotorti 1991 – Brogginì 1992 – Azzolini 1993 – Ballarino 1994a – Honorati 1995 – Angelici 1996 – Benedettelli 1996 – Brogginì 1996a – Brogginì 1996b – Piccoli e Zanolini 1996 – Santa Maria 1996 – Santus 1996 – Luzzatto e Azzolini, 1997 – Seatzu 1997b – Picone 1998 – Ballarino 1999 – Gestri 2000 – Malatesta 2000 – Pocar 2002 – Ballarino 2003 – Munari 2003 – Benedettelli 2004 – Draetta 2004 – Contaldi 2005 – Mosconi e Campiglio 2006 – Bariatti 2007 – Uber-tazzi 2008 – Villata 2008.

### 1. Osservazioni introduttive. Ambito d'applicazione soggettivo dell'art. 25

L'art. 25 costituisce una delle principali **innovazioni** della riforma del diritto internazionale privato italiano, caratterizzato in precedenza dall'assenza di una norma espressa in tema di disciplina delle persone giuridiche e delle società. La norma di conflitto contenuta nell'art. 25, 1° co., la parte, risolve così gli ampi dibattiti dottrinali (su cui v. Leanza 1974, 700; Santa Maria 1990, 889 ss.; Ballarino 1994a, 43 ss.), ed abroga espressamente gli artt. 2505 e 2509 c.c. (art. 73).

L'ambito d'applicazione soggettivo della nuova disciplina deve intendersi esteso alle **persone giuridiche in generale**, nonostante la rubrica dell'art. 25 faccia riferimento in maniera specifica a “società ed altri enti”. Ciò si deduce sia dall'inserimento dell'art. 25 nel Capo III, dedicato alle persone giuridiche, sia dalla formulazione dell'art. 25, 1° co., in cui si stabilisce che la legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione si applica a varie fattispecie e cioè alle società, alle associazioni, alle fondazioni e ad ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa. È stato infatti rilevato che la norma in esame non si limita a regolare gli enti “personificati”, in quanto fa riferimento anche alle **associazioni**, che in alcuni ordinamenti, come ad es. quello italiano, possono anche configurare enti privi di personalità giuridica (Benedettelli 1996, 1111; Brogginì 1996b, 58; Luzzatto e Azzolini 1997, 139).

Inoltre l'art. 25 afferma, in maniera significativa, di sottoporre alla legge del luogo di costituzione “**ogni altro ente, anche se privo di natura associativa**”, con ciò chiarendo – come puntualizzato dalla Relazione (*sub* art. 25) – che rientrano nell'ambito d'applicazione della legge da esso designata enti per i quali in passato si era posta in dubbio la riconducibilità alla *lex societatis*, quali ad es. l'impresa fiduciaria (*Treuunternehmen*), e l'*Anstalt* (Cass. 16.11.2000, n. 14870, *RIPP*, 2002, 193 ss.).

## 2. *Ambito d'applicazione oggettivo*

L'operatività della disciplina in esame è ulteriormente definita dall'art. 25, 2° co., che elenca le materie che nella maggior parte degli ordinamenti giuridici si considerano ricomprese nello statuto degli enti.

La disposizione dell'art. 25, 2° co., non esaurisce tuttavia le fattispecie inerenti allo statuto societario e deve pertanto ritenersi **esemplificativa** (Benedettelli 1996, 1113; Brogginì 1996b, 63; Piccoli e Zanolini 1996, 176; Santa Maria 1996, 138; Luzzatto e Azzolini 1997, 151); potrà accadere pertanto che a una questione non espressamente prevista dall'art. 25, 2° co., si applichi la *lex societatis*.

A tale riguardo si è affermato ad es. che rientrano nella sfera d'azione della *lex societatis*: **i conferimenti, le azioni**, ma solo con riferimento agli aspetti relativi alla loro natura di titoli rappresentativi del capitale sociale e di strumenti di partecipazione alla vita degli organi sociali (ad es. modalità di emissione delle stesse, natura nominativa o al portatore, alienabilità, frazionabilità, ecc.), e **i patti parasociali**, nella misura in cui siano fonte di impegni che incidono sulla vita della società (sul punto v. Draetta 2004, 565 e ss.). Occorre infatti sottolineare che relativamente a tali istituti, regolati nell'ordinamento italiano dagli artt. 122 e 123 t.u.f. e dagli artt. 2341-*bis* e 2341-*ter*, c.c., si è soliti distinguere tali aspetti da quelli di carattere generale inerenti a questi ultimi (quali ad es. il consenso, la liceità della causa, la simulazione, ecc.), che appaiono piuttosto riconducibili alla *lex contractus* (Ballarino 1994a, 138 ss.; Barriatti 2007, 48 ss.), determinata attualmente in base alle disposizioni della Convenzione di Roma del 19.6.1980, richiamata dall'art. 57, e, in futuro, dal Regolamento (CE), 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17.6.2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (in *G.U.U.E.* 4.7.2008, n. L 177/6), quando lo stesso sostituirà la Convenzione di Roma (17.12.2009). Un'ulteriore ipotesi applicativa della disciplina in esame è stata recentemente individuata dalla giurisprudenza che ha affermato l'estensione dell'operatività dell'art. 25 alla questione preliminare relativa all'esistenza e alla validità della **delibera di autorizzazione** dei legali rappresentanti dell'ente all'azione di responsabilità contro gli amministratori (Trib. Genova 11.9.1997, *RIPP*, 1998, 576-581).

## 3. *Il contratto di società*

Un altro aspetto non previsto espressamente dall'art. 25, 2° co., ma cui si ritiene applicabile la *lex societatis* è il contratto di società. La configurazione dello stesso come atto preliminare e distinto dalla creazione dell'ente sociale pone tuttavia il problema di coordinare la disciplina di cui all'art. 25, con quella prevista per i contratti dalla Convenzione di Roma del 19.6.1980, come ri-

chiamata dall'art. 57, dal momento che tra le materie escluse dalla Convenzione (art. 1, 2° co., lett. e)) rientrano le questioni inerenti al diritto delle società, associazioni e persone giuridiche.

Al riguardo, si rileva che il carattere di specialità dell'art. 25 consente di accordare la preferenza alla *lex societatis*, rispetto alla norma generale dell'art. 57. D'altra parte non avrebbe senso sottoporre il contratto di società ad una legge diversa da quella che regola la società, perché l'applicazione di quest'ultima potrebbe determinare il disconoscimento dell'atto di costituzione stipulato secondo un differente regime giuridico (Benedettelli 1996, 1115; Ballarino 1999, 377). Si considera invece riconducibile alla *lex contractus* l'accordo preliminare semplicemente rivolto a creare obblighi reciproci dei contraenti in vista della futura costituzione della società (Angelici 1996, 118; Ballarino 1999, 378).

Ad analoga conclusione pare possibile pervenire relativamente alla futura sostituzione della Convenzione di Roma ad opera del **Regolamento Roma I**, e alla conseguente necessità di intendere il richiamo dell'art. 57 con riguardo all'atto comunitario (sul punto v. infra sub art. 57), da coordinare necessariamente con le norme speciali della l. 218/1995, quale appunto l'art. 25.

#### **4. Coordinamento con altri statuti**

Dal carattere esemplificativo della disposizione dell'art. 25, 2° co., si deduce inoltre la possibilità di sottoposizione ad una legge diversa di aspetti normalmente ricadenti nell'ambito della *lex societatis*.

Ad es. in base all'art. 25, 2° co., lett. d), **la capacità** dell'ente è di regola sottoposta alla *lex societatis*; tuttavia è pensabile che anche per gli enti giuridici valga la disciplina di cui agli artt. 20 e 23, 1° co., per le condizioni speciali di capacità (Angelici 1996, 132; Benedettelli 1996, 1116; Mosconi e Campiglio 2006, 48).

Limiti all'operatività della *lex societatis* sono poi ipotizzabili per effetto dell'**ordine pubblico** e, delle **norme di applicazione necessaria italiane**.

Infine, quanto al coordinamento tra l'art. 25 e l'art. 16 disp. prel. c.c., non abrogato, come si è detto (v. *supra*, sub art. 20), dalla riforma italiana del diritto internazionale privato, pare possibile superare eventuali incertezze interpretative (su cui v. Ballarino 1999, 380) separando l'aspetto concernente il riconoscimento degli enti giuridici stranieri da quello relativo all'individuazione della legge ad essi applicabile (Broggini 1996b, 68 ss.; Seatzu 1997b, 832 s.; Mosconi e Campiglio 2006, 48).

### 5. *La natura giuridica dell'ente e la denominazione o ragione sociale*

La fattispecie prevista dalla lett. a dell'art. 25, 2° co., si riferisce alla classificazione dell'ente nell'ordinamento d'origine.

La *lex societatis* stabilisce infatti se l'ente ha personalità giuridica, se esso costituisce un'associazione riconosciuta, una società commerciale, una fondazione o un altro istituto anche se ignoto all'ordinamento italiano, oppure un fenomeno di integrazione tra società commerciali (*joint ventures* o gruppi di società). All'accertamento della personalità giuridica della c.d. "associazione temporanea tra imprese finalizzata all'esercizio di attività economica in un settore di comune interesse" è infatti rivolta una delle prime applicazioni giurisprudenziali dell'art. 25, in cui si afferma che:

«(...) la personalità giuridica di un ente straniero va valutata – secondo le regole del diritto internazionale privato (art. 25 l. 31 maggio 1995 n. 218) – in base alla legge del territorio nel quale è stato costituito»

(App. Milano 14.1.2000, *RIPP*, 2000, 172-178; nello stesso senso si veda inoltre Cass. 29.3.2001, n. 6757, *RIPP*, 2002, 450).

La *lex societatis* disciplina inoltre la materia della denominazione o ragione sociale dell'ente (art. 25, 2° co.) ed in particolare l'esistenza e la trasferibilità dei diritti dell'ente sui c.d. segni distintivi (ditta, emblema). Per quanto riguarda la violazione di tali diritti, occorre segnalare la necessità di coordinare la norma dell'art. 25, 2° co., lett. b, con quella dell'art. 24, attribuendo prevalenza alla prima solo quando la *lex societatis* contenga disposizioni relative alla violazione del diritto al nome nell'ambito della disciplina dell'ente (Benedettelli 1996, 1114). In caso contrario, operano i collegamenti previsti dall'art. 62, per effetto del richiamo contenuto nell'art. 24, anche relativamente alle violazioni dei segni distintivi dell'ente, inquadrabili nell'ambito di fenomeni di **concorrenza sleale** (Honorati 1995, 151 ss.).

### 6. *Costituzione, trasformazione ed estinzione dell'ente*

Rientrano nell'ambito d'applicazione della *lex societatis*, per espressa disposizione dell'art. 25, 2° co., lett. c), tutte le fattispecie che attengono alla creazione dell'ente, alla sua modifica ed alla sua estinzione.

Si è rilevato pertanto che sono sottoposti alla disciplina in esame: il procedimento di costituzione dell'ente, che comprende anche gli atti posti in essere da eventuali promotori e amministratori prima che l'ente venga formalmente in essere; le modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto; lo scioglimento e la liquidazione del patrimonio dell'ente; la forma di tali atti (Benedettelli 1996, 1114 ss.).

Per quanto riguarda la **trasformazione** della società, la giurisprudenza ha puntualizzato che essa si può verificare solo nel rispetto delle condizioni previste dalla *lex societatis* in ordine alle differenti tipologie societarie; è stata ad es. negata l'omologa di una delibera assembleare nella parte in cui prevedeva la trasformazione di una società italiana in un tipo non contemplato dall'ordinamento italiano, a seguito di un trasferimento all'estero della sede sociale (nel caso si trattava di trasformazione in una società anonima di diritto svizzero, Trib. Alessandria 19.8.1995, e App. Torino 1.12.1995, in *NGCC* 1996, 855-863, con nota di Santus).

In ordine allo **scioglimento** dell'ente si è inoltre precisato che rientrano nella sfera d'azione della *lex societatis* non solo le cause di scioglimento e di liquidazione della società previste dalla legge (decorso del termine, conseguimento dell'oggetto sociale, riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, impossibilità di funzionamento), ma anche i provvedimenti di soppressione dell'ente sociale disposti dalla pubblica autorità, come ad es. l'incorporazione forzata o il trasferimento di tutti i beni allo Stato (Ballarino 1999, 376).

### **7. La capacità dell'ente. In particolare, la capacità di stare in giudizio**

La *lex societatis* disciplina inoltre la capacità dell'ente di stare in giudizio in base ad un'elaborazione giurisprudenziale (Cass. 15.1.1996, n. 264, *RIPP* 1997, 127-136; si v. inoltre C. giust. CE 17.3.2005, n. 294/02, in *RIPP*, 2005, 823 ss.), che si ricollega peraltro ad un orientamento tradizionalmente seguito già prima della riforma del diritto internazionale privato italiano (Ballarino 1994a, 158).

«Ai sensi del previgente art. 17 disp. prel. cod. civ. nonché dell'art. 25 della legge 31 maggio 1995 n. 218 la capacità processuale del rappresentante di uno Stato estero va valutata alla stregua della legge nazionale straniera.

La procura alla lite, che in virtù sia dell'art. 27 disp. prel. cod. civ. sia dell'art. 12 della legge n. 218/1995 è soggetta alla legge italiana, può essere conferita anche con un atto redatto all'estero conformemente alla *lex loci*, purché tale atto sia equivalente, nella forma e nell'efficacia, a quello previsto dal diritto processuale civile italiano»

(Cass. 15.1.1996, n. 264, *RIPP*, 1997, 127).

Relativamente alla prova della capacità di stare in giudizio da parte degli organi sociali, occorre notare che la giurisprudenza ha puntualizzato che

«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»

(Trib. Trani 22.1.1996, *RIPP*, 1997, 178-180).

### 8. *Altri aspetti collegati. La rappresentanza*

L'ambito di applicazione della *lex societatis* si estende inoltre, come prevedono espressamente le lett. e) ed f) dell'art. 25, 2° co., a tutte le questioni connesse all'organizzazione di un ente giuridico: dalla formazione, ai poteri ed alle modalità di funzionamento degli organi, alla rappresentanza degli organi stessi. Relativamente a tale ultimo aspetto, occorre tuttavia distinguere, come peraltro già affermato nel vigore della disciplina previgente (Ballarino 1994a, 157), tra la rappresentanza inquadrabile in una **situazione istituzionalizzata** e quella conferita per il compimento di un **singolo atto** (ad es. l'acquisto di un immobile o l'acquisto di un pacchetto azionario). Mentre la prima fattispecie è sicuramente sottoposta alla *lex societatis* in base all'art. 25, 2° co., lett. f), la seconda appare invece riconducibile alla disciplina di cui all'art. 60 (Angelici 1996, 135; Benedettelli 1996, 1116).

La *lex societatis* regola inoltre le attività che gli organi dell'ente hanno l'obbligo di porre in essere (ad es. redazione di bilanci e di rendiconti), oppure le attività vietate (come ad es. la concessione da parte di una società di assistenza finanziaria per l'acquisto di proprie azioni). Ed infine sono riconducibili alla disciplina in esame le regole che gli organi dell'ente devono seguire nell'esercizio delle loro funzioni (diligenza, comportamenti dovuti, ecc.).

### 9. *Lo status di socio*

La lett. g) dell'art. 25, 2° co, fa riferimento alle fattispecie che definiscono lo *status* di socio: da un lato le modalità di acquisto e di perdita della qualità di socio; dall'altro i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità.

Anche in ordine a tale fattispecie, non si può tuttavia escludere l'**interferenza di leggi diverse**. Ciò vale ad esempio per i contratti aventi ad oggetto le azioni; mentre per tutto ciò che inerisce alle azioni come strumenti di partecipazione alla vita dell'ente (emissione, natura, ecc.), si può affermare l'operatività della *lex societatis* (v, tuttavia *contra* Villata 2008, 126-127), per quanto concerne i contratti aventi ad oggetto le azioni, sarà invece la *lex contractus* a regolare le questioni inerenti alla formazione del consenso, alla responsabilità contrattuale, ecc. (Ballarino 1999, 379-380). Nell'ipotesi in cui la partecipazione all'ente si configuri come un titolo di credito, entrerà in gioco la legge richiamata dall'art. 59. Spetta invece alla legge richiamata in base ai criteri di cui

al Capo VIII l'eventuale regolamentazione del possesso, della proprietà e degli altri diritti reali sulle c.d. "partecipazioni sociali" (Benedettelli 1996, 1117).

### **10. La responsabilità per le obbligazioni dell'ente**

Rientra inoltre nell'ambito d'applicazione della *lex societatis* la responsabilità per le obbligazioni dell'ente, in base a quanto dispone la lett. g) dell'art. 25, 2° co. È a tale legge che occorre pertanto fare riferimento per vedere se, dell'adempimento delle obbligazioni assunte dall'ente, risponde solo quest'ultimo con i propri beni, o, in via esclusiva o solidale, anche i soci, o, eventualmente, gli organi o i soggetti che hanno agito per conto dell'ente.

Un caso problematico è rappresentato, in tale contesto, dalla fattispecie della responsabilità del socio unico azionista, ampiamente dibattuta già anteriormente all'entrata in vigore della riforma del diritto internazionale privato italiano (Ballarino 1994a, 163 ss.) e attualmente resa incerta dal coordinamento tra differenti discipline (sul punto v. Malatesta 2000, 945 ss.), tra cui anche quella prevista dal **Regolamento (CE) 1346/2000** del 29.5.2000, relativo alle procedure di insolvenza (*G.U.C.E.* 30.6.2000, n. L 160, 1-13), in vigore a far data dal 31.5.2002. L'art. 4 del Regolamento prevede infatti che alla procedura di insolvenza si applichi la legge dello Stato membro nel cui territorio si è aperta la procedura, puntualizzando anche i singoli aspetti ad essa riconducibili, tra cui rientra, appunto la determinazione dei

«debitori che per la loro qualità possono essere assoggettati ad una procedura di insolvenza»

(art. 4, lett. a), Reg. (CE), 1346/2000).

### **11. Le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo**

La *lex societatis* disciplina infine le fattispecie in cui si verifica una violazione della legge o dell'atto costitutivo.

All'art. 25 saranno quindi ricondotti gli effetti della violazione da parte degli amministratori degli obblighi e dei divieti inerenti alla loro qualifica, sia in termini di responsabilità civile e penale nei confronti dell'ente, dei soci, dei creditori, dei terzi, sia relativamente alle conseguenze sull'organizzazione interna dell'ente (ad es. ai fini dell'invalidità delle delibere).

Anche in ordine a tale fattispecie non si può escludere l'interferenza di norme diverse, ad es. nel caso in cui il comportamento configurante una violazione dello statuto si possa ricondurre a forme di **responsabilità contrattuale, o non-contrattuale**, e sia pertanto sottoposto agli specifici criteri di collegamento.

## **12. La disciplina generale delle società: il criterio di collegamento del luogo di costituzione**

L'art. 25, 1° co., prevede in linea generale che la disciplina delle persone giuridiche venga individuata sulla base del criterio di collegamento del luogo di costituzione dell'ente.

Tale disposizione subisce tuttavia un temperamento rilevante, sulla base di quanto dispone l'art. 25, 1° co., II frase, secondo cui si applica la **legge italiana** se la sede dell'amministrazione è situata in Italia o se in Italia si trova l'oggetto principale degli enti cui si riferisce la disciplina in esame, riprendendo così il contenuto dell'abrogato art. 2505 c.c. (Benedettelli 1996, 1134; Brogginì 1996b, 71; Santa Maria 1996, 137; Picone 1998, 50-51).

Relativamente al collegamento generale, si è osservato che la sua recezione nel sistema giuridico italiano dipende dall'allineamento del nostro legislatore agli orientamenti stranieri in materia. Si tratta, infatti, di un criterio accolto nei sistemi di *common law (incorporation)* e anche in alcuni ordinamenti europei (Olanda e Svizzera), per i vantaggi pratici che determina (Brogginì 1992, 117 ss.), riconducibili, in linea generale, all'**uniformità internazionale delle soluzioni**. Esso consente di raggiungere l'armonia tra gli ordinamenti interessati alla disciplina delle questioni societarie; al contrario, il collegamento della **sede** dell'ente (abbandonato nell'*iter* di riforma del diritto internazionale privato italiano nell'ambito delle modifiche alla Proposta di legge n. 1286 accolte dalla Camera dei deputati nell'aprile 1995) condurrebbe a soluzioni divergenti tra gli ordinamenti che accolgono tale criterio da un lato, e i sistemi giuridici che prediligono il collegamento del luogo di costituzione dall'altro (Luzzatto 1986, 430).

## **13. Problemi pratici derivanti dall'applicazione del collegamento del luogo di costituzione**

Senza poter entrare nel complesso dibattito dottrinale relativo al confronto tra il criterio del luogo di costituzione e i collegamenti proposti in alternativa (Luzzatto 1983, 284 ss.; Luzzatto 1986, 429 ss.; Brogginì 1992, 30 ss.; Azzolini 1993, 901 ss.; Luzzatto e Azzolini 1997, 141; Ballarino 1999, 357 ss.), ci si limita a delineare alcuni problemi pratici che possono porsi in seguito all'applicazione dell'art. 25, 1° co.

Il criterio del luogo di costituzione, introdotto nella norma in esame con riferimento alle società di capitali italiane come modello (Benedettelli 1996, 1124-1125), presenta, infatti, alcune difficoltà applicative rispetto ad alcuni enti, e soprattutto rispetto agli enti non personificati (Brogginì 1996b, 60 ss.). Ciò in considerazione del fatto che i concetti di "**procedimento di costituzione**" e di "**perfezionamento**" sono suscettibili di assumere significati diversi nell'ambito dei singoli sistemi giuridici (Capotorti 1991, 40) e soprattutto perché l'or-

dinamento italiano ricollega generalmente la costituzione delle persone giuridiche, associazioni, fondazioni, società, all'**atto pubblico** o ad altri procedimenti che assicurano la pubblicità. Si pensi alle difficoltà pratiche che può creare l'individuazione del luogo di costituzione ad es. nell'ipotesi di *joint ventures* (Broggini 1996a, 32).

#### **14. In particolare. Inapplicabilità dell'art. 25 al trust**

Le difficoltà derivanti dall'applicazione del collegamento del luogo di costituzione diventano ancora più evidenti nel caso del *trust*, ente straniero che nasce senza l'intervento di alcuna autorità certificatrice (Benedettelli 1996, 1125; Broggini 1996b, 60).

In ordine a quest'ultima fattispecie si segnala la necessità di coordinare la disciplina contenuta nella legge italiana di diritto internazionale privato con quella stabilita dalla **Convenzione de L'Aja dell'1.7.1985 relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento**, in vigore per l'Italia dall'1.1.1992, escludendo quindi l'applicabilità dell'art. 25 ai *trusts* (Broggini 1996b, 77).

In realtà il *trust* è un istituto alquanto complicato, che potrebbe richiamare discipline di conflitto diverse. Da un lato, infatti, facendo riferimento al fatto che il *trust* viene costituito, di regola, tramite un **atto unilaterale** del costituente, si potrebbe ricondurre tale fattispecie alla promessa unilaterale, disciplinata, in base all'art. 58, dalla legge del luogo in cui essa viene manifestata; dall'altro, si potrebbe configurare il *trust* come ente patrimoniale di natura non associativa e rifarsi pertanto all'art. 25, applicando la legge del luogo di costituzione del *trust*. Infine occorre tenere conto – ed è questa la soluzione preferibile – della prevalenza alle norme della Convenzione de L'Aja, in forza di quanto dispone l'art. 2.

La Convenzione de L'Aja del 1985 individua la legge applicabile al *trust* nella legge scelta dal costituente (art. 6), oppure, in mancanza di scelta, dall'ordinamento che ha il collegamento più stretto con il *trust* (art. 7), per l'individuazione del quale vengono in rilievo a titolo esemplificativo: a) il luogo di amministrazione del *trust* designato dal costituente; b) la situazione dei beni del *trust*; c) la residenza o la sede d'affari del *trustee*; d) gli obiettivi del *trust* ed i luoghi in cui essi dovranno essere realizzati. Appare pertanto evidente che la disciplina convenzionale si pone in aperto contrasto con la disciplina contenuta nella legge italiana di diritto internazionale privato, e richiamando per il *trust* gli stessi criteri che la Convenzione di Roma del 19.6.1980 e il Regolamento Roma I (dall'ambito d'applicazione dei quali il *trust* è escluso in base a quanto dispongono rispettivamente l'art. 1, 2° par., lett. g), su cui Contaldi 2005, e l'art. 1, par. 2, lett. h), su cui v. Ubertazzi 2008, 53 ss.) utilizzano per individuare la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, determina la **qualificazione contrattuale** del *trust* (Broggini 1996b, 78-79), allontanandolo così dalla categoria dell'ente richiamata dall'art. 25 (Ballarino 1999, 591).

### 15. *Il rinvio*

Un altro problema che deve essere affrontato in sede di applicazione del collegamento del luogo di costituzione della società o dell'ente riguarda la questione del rinvio, e cioè la possibilità che, in base all'**art. 13**, l'ordinamento di costituzione dell'ente (richiamato dall'art. 25) possa utilizzare criteri di collegamento diversi che determinano dunque l'operatività di leggi di altri paesi in ordine a specifici profili dello statuto di propri enti. Tale ipotesi si può verificare ad es. se la legge del luogo in cui è stato perfezionato il procedimento di costituzione prevede il criterio di collegamento della sede, e la società in ordine alla quale si deve individuare la legge applicabile abbia la propria sede in un altro paese che si fonda su questo principio (e quindi accetta il rinvio) (Beneddelli 1996, 1128 ss.).

In ordine al rinvio, è tuttavia opportuno osservare che la dottrina ha espresso forti riserve sulla sua verificabilità nel caso appena prospettato ed anzi ha dimostrato di considerarlo come ipotesi quasi teorica per due ordini di motivi. Da un lato, in ragione del fatto che gran parte degli ordinamenti attuali esclude la creazione di società aventi sede al di fuori del territorio statale, e quindi la possibilità del rinvio si renderebbe concreta solo in caso di trasferimento di sede successivo alla costituzione (Ballarino 1999, 366-367). Dall'altro, perché l'esistenza dei collegamenti alternativi di cui all'art. 25, 1° co., 2ª frase (sede dell'amministrazione, o oggetto principale), renderebbe superfluo il rinvio alla legge italiana, in quanto si verrebbe all'applicazione del nostro ordinamento già in base all'operatività di detti criteri (Broggini 1996b, 68; Luzzatto e Azzolini 1997, 149). Si pensi ad es. al caso di una società costituita in Germania, che ha però l'oggetto principale in Italia. In questo caso la società è sottoposta alla legge italiana, tramite la disposizione dell'art. 25, 1° co., 2ª frase, e quindi senza necessità di verificare l'operatività del meccanismo del rinvio (Broggini 1996b, 68).

### 16. *L'applicabilità della legge italiana a persone giuridiche straniere: presupposti*

Come si è visto (v. *supra*, par. 12), l'operatività del collegamento del luogo di costituzione dell'ente subisce un temperamento alquanto rilevante nelle ipotesi in cui la sede dell'amministrazione o l'oggetto dell'ente si trovi in Italia e si debba pertanto applicare la legge italiana. In questo caso la *lex societatis* straniera viene a **cumularsi** con la legge italiana, in presenza del collegamento rappresentato dalla sede o dall'oggetto dell'ente in Italia (Mosconi e Campiglio 2006, 45 ss.). Le ragioni dell'introduzione di questa norma materiale nell'art. 25, 1° co., 2ª frase, sono state correttamente individuate nell'esigenza, avvertita dall'ordinamento italiano, di difendersi da enti che operano all'interno del si-

stema economico nazionale e che pertanto potrebbero sfuggire al controllo statale qualora fossero disciplinati dalla legge straniera (Azzolini 1993, 911; Piccoli e Zanolini 1996, 174).

Per quanto riguarda l'individuazione dei casi in cui ricorre la possibilità di richiamare la legge italiana, si osserva che i termini utilizzati dalla norma in esame configurano un'unica fattispecie (Broggini 1996b, 63). L'individuazione delle condizioni in presenza delle quali può operare la deroga dell'art. 25, 1° co., 2ª frase, avviene nell'ambito di un'indagine concreta, in cui l'atto costitutivo assume un ruolo rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto principale (Mosconi e Campiglio 2006, 45). Tuttavia si può anche fare riferimento ad altre circostanze di fatto, nell'ipotesi in cui l'attività prevalente non corrisponda a quanto formalmente enunciato nell'atto costitutivo (Broggini 1996a, 31).

L'applicazione dell'art. 25, 1° co., 2ª frase, comporta l'**obbligo di iscrizione nel registro delle imprese**, mediante l'omologazione dell'atto costitutivo e dello statuto, che devono essere realizzati per consentire l'ammissione alle attività che la legge italiana riserva ai soggetti nazionali (art. 7, 2° co., d.p.r. 7.12.1995, n. 581). Tuttavia appare opportuno precisare che la realizzazione di tali condizioni non è necessaria perché l'ente, costituito all'estero, possa svolgere la propria attività in Italia. Ciò risulta già possibile in base alla norma dell'**art. 16, 2° co., disp. prel. c.c.**, secondo cui:

«Le persone giuridiche straniere sono ammesse a godere dei diritti civili attribuiti alle persone giuridiche italiane, a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute in leggi speciali»

(art. 16, 2° co., disp. prel. c.c.).

In altre parole, da tale disposizione, come si è detto (v. *supra*, par. 4), è possibile dedurre un generale riconoscimento delle persone giuridiche straniere, e degli effetti derivanti dalla loro esistenza, che si possono ritenere autonomi rispetto all'ordinamento italiano e preesistenti rispetto ad esso.

Dall'applicazione dell'art. 25, 1° co., 2ª frase, discendono poi altre conseguenze (su cui v. Mosconi e Campiglio 2006, 46), quali l'applicazione degli artt. 2508, 2509, 2509 bis e 2510 c.c. che a seguito della riforma del diritto societario (d.lgs. 17.1.2003, n. 6) hanno sostituito gli artt. 2506, 2507, 2508 e 2510 c.c. (non abrogati dalla l. 218/1995).

### **17. La riforma del diritto societario italiano e i suoi influssi sull'applicazione dell'art. 25**

In seguito alla modifica apportata al Capo XI del Libro V c.c. dal d.lgs. 17.1.2003, n. 5 (*G.U.* 22.1.2003, n. 17, s.o. n. 8/L), si può porre il problema dell'applicazione della norma dell'art. 25, 1° co., 2ª frase, che richiama la legge

italiana per le società che hanno in Italia la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale. Ciò, in considerazione dell'introduzione, nell'ambito di una ben più ampia riforma, della norma dell'**art. 2507 c.c.** secondo la quale

«l'interpretazione ed applicazione delle disposizioni contenute nel presente capo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee»

(art. 2507 c.c.).

In particolare, si pone il problema di vedere se la disciplina in esame debba essere riletta alla luce della disposizione riguardante l'interpretazione delle regole concernenti il capo del c.c. dedicato alle “**società costituite all'estero**” e quindi applicabile anche alla regolamentazione che l'ordinamento italiano prevede per tali fattispecie, quando stabilisce la derogabilità della legge del luogo di costituzione ad opera della legge italiana nei casi in cui la società costituita all'estero abbia in Italia la sede dell'amministrazione o l'oggetto.

Rilevanti sono infatti i principi dell'ordinamento delle Comunità europee in tema di diritto societario (su cui v. Pocar 2002, 585), non solo per l'ampia codificazione compiuta nel Trattato CE (artt. 43-48) e nei regolamenti e direttive concernenti la società europea (ad es. Reg. (CE) 2157/2001 del Consiglio relativo allo statuto della società europea e la direttiva 2001/86/CE del Consiglio che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, in *G.U.C.E.* 10.12.2001, n. L 294), ma anche per effetto dell'applicazione operata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (C. giust. CE 9.3.1999, causa C-212/97, *RIPP*, 1999, 647 ss.; C. giust. CE 5.11.2002, causa C-208/00, *RIPP*, 2002, 1114 ss.; C. giust. CE 30.9.2003, causa C-167/01, *RIPP*, 2003, 1067 ss.), nell'ambito della definizione della disciplina internazionalprivatistica delle società, nel corso di un'evoluzione che pare consenta di affermare la prevalenza della legge scelta dai privati tra le differenti *leges societatis* in vigore negli Stati membri (Benedettelli 2004, 214 ss.; v. tuttavia *contra* Ballarino 2003, 679 ss.).

L'orientamento favorevole alla scelta dei privati può così giustificare l'applicazione della **legge dell'incorporazione** rispetto a quella della sede, nel rispetto dei principi di diritto comunitario, alla luce dei quali le norme in tema di società costituite all'estero vanno interpretate ed applicate ai sensi dell'art. 2507 c.c. Ove si ammetta la possibilità di estendere tali principi all'interpretazione delle norme di conflitto, è possibile dedurne, come conseguenza, la disapplicazione dell'art. 25, 1° co., 2ª parte e dunque negare l'applicabilità della legge italiana alle società costituite all'estero ma aventi in Italia la sede dell'amministrazione e l'oggetto principale (Gestri 2000, 71 ss.; Munari 2003, 35 ss.). Ciò pare abbastanza certo con riguardo alle società costituite in altri Stati dell'Unione europea, alla luce della giurisprudenza appena considerata, nonché in base ai principi del mutuo riconoscimento vigenti all'interno dello spazio giuridico europeo, e alla progressiva armonizzazione del diritto comuni-

tario delle società, ma da escludere con riguardo alle società costituite al di fuori dell'Unione europea (Munari 2003, 40 ss.).

### **18. I trasferimenti di sede all'estero e le fusioni di enti con sede in Stati diversi: osservazioni generali**

L'ultimo comma dell'art. 25 stabilisce i requisiti per l'efficacia dei trasferimenti di sede all'estero e delle fusioni di enti con sede in Stati diversi, disponendo che essi debbano avvenire in conformità alle leggi degli Stati interessati. Tale norma si distingue pertanto dalla disciplina generalmente fissata dall'art. 25 in quanto non configura una norma di conflitto, bensì una **disposizione materiale** che detta una regolamentazione specifica per le fattispecie in esame. Peraltro, come già rilevato in dottrina (Benedettelli 1996, 1139), occorre osservare che i trasferimenti di sede all'estero e le fusioni di enti attengono alla fattispecie regolata nell'art. 25, 2° co., lett. c), e cioè alla "costituzione, trasformazione ed estinzione" dell'ente e pertanto appaiono riconducibili alla *lex societatis*. La norma dell'art. 25, 3° co., fissa soltanto le condizioni in base alle quali le vicende societarie in esame possono essere riconosciute come efficaci all'interno dell'ordinamento italiano.

Al di là dell'interpretazione letterale della norma, occorre tuttavia segnalare che è stata proposta una lettura più ampia della medesima, affermando che essa costituisce

«un'affermazione indiretta del principio della continuità del soggetto che trasferisce la sede e della conservazione della personalità giuridica, anche attraverso il passaggio dell'assoggettamento da un ordinamento giuridico a un altro»

(Broggini 1996b, 65).

Non si deve pertanto pensare che essa costituisca una deroga al principio dell'incorporazione; anzi l'art. 25, 3° co., mira ad attuare la tutela dell'identità dell'ente ad un livello più alto, che tenga in considerazione le valutazioni di tutti gli Stati interessati a tali vicende, e cioè degli ordinamenti che hanno regolato la costituzione degli enti diversi, nel caso della fusione, e dei sistemi giuridici interessati, nell'ipotesi del trasferimento di sede da uno Stato all'altro (Benedettelli 1996, 1140).

### **19. I trasferimenti di sede**

Una conferma concreta dell'applicazione del principio dell'incorporazione nell'ambito dell'art. 25, 3° co., si può leggere in una delle prime applicazioni giurisprudenziali della l. 218/1995, in tema di trasferimento della sede, in cui, come si è visto (v. *supra*, *sub* par. 6), si è negata l'omologa di una delibera as-

sembrare nella parte in cui prevedeva la trasformazione di una società italiana in un tipo non contemplato dall'ordinamento italiano, a seguito di un trasferimento all'estero della sede sociale, proprio perché determinava la trasformazione in una categoria societaria non prevista dall'ordinamento italiano (si trattava di trasformazione in una società anonima di diritto svizzero, Trib. Alessandria 19.8.1995, e App. Torino 1.12.1995, *NGCC*, 1996, 855-863, con nota di Santus, e in *RIPP*, 1997, 685-687). È evidente, in questo caso, che la conservazione dello statuto societario italiano non poteva consentire la trasformazione in un tipo societario non contemplato dall'ordinamento italiano.

A risultati diversi avrebbe invece condotto l'acquisizione di uno statuto societario straniero, nell'ipotesi di società italiana che trasferisce la propria sede all'estero o di società straniera che sposta la propria sede in un paese terzo, secondo le ipotesi operative di trasferimento di sede, prospettate recentemente in dottrina (Benedettelli 1996, 1141; Piccoli e Zanolini 1996, 175; Santa Maria 1996, 139; Santus 1996, 858 ss.; Luzzatto e Azzolini 1997, 154; Ballarino 1999, 371 ss.).

È stato inoltre precisato che per stabilire quale sia in concreto la sede effettiva della società il giudice applica la legge del luogo in cui si perfeziona il procedimento di costituzione della società ex art. 25, 1° co., e non il criterio previsto dall'art. 25, 3° co., qualora il trasferimento della sede statutaria si riduca ad un atto meramente formale (Cass. Sez. U., ord. 16.2.2006, n. 3368, *RIPP*, 2006, 1074 ss.).

## **20. Le fusioni di enti con sede in Stati diversi**

Come si è visto, anche in ordine alle fusioni di enti che hanno sede in Stati diversi, opera la disposizione materiale dell'art. 25, 3° co. Essa potrà venire in rilievo soprattutto quando sia coinvolto nell'operazione un **ente italiano**, ma non si può escludere che possa ricevere applicazione anche relativamente alla fusione di due **enti stranieri**.

L'interprete chiamato ad applicare la disposizione in esame deve dunque compiere due operazioni; dapprima valutare se gli ordinamenti in conflitto consentono in astratto la fusione, e poi verificare la compatibilità concreta delle norme materiali concernenti la fusione, analogamente a quanto già si è visto in tema di trasferimento di sede (Benedettelli 1996, 1141).

Per definire l'operatività della norma in esame, si è inoltre precisato, in dottrina, che l'applicazione delle disposizioni degli ordinamenti dei diversi Stati deve avvenire, in linea generale, **in maniera distributiva**, e cioè ciascuno degli enti coinvolti nella fusione deve rispettare solo le disposizioni della propria legge regolatrice, per quanto riguarda le fattispecie riguardanti singolarmente la società (ad es. iscrizione nei registri commerciali). Al contrario, relativamente alle vicende comuni (ad es. l'atto di fusione) alle due società, si realizzerà un'**applicazione cumulativa**, ovvero rispettosa delle condizioni poste da en-

trambe le normative in conflitto, ad es. in tema di forma (Luzzatto e Azzolini 1997, 155; Ballarino 1999, 375).

Infine, per completare l'analisi dell'operatività della disposizione dell'art. 25, 3° co., occorre rilevare che la dottrina ne ha affermato l'applicabilità anche alla fattispecie della **scissione internazionale**, in considerazione dell'analogia degli istituti considerati, e soprattutto allo scopo di evitare che si realizzi una disparità di trattamento tra fattispecie equiparabili a causa di lacune normative (Benedettelli 1996, 1142).