

**DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE**

Anno XXIII Fasc. 4 - 2009

Andrea La Mattina

---

**IL GIUDICE ITALIANO  
E IL DIRITTO SOCIETARIO STRANIERO**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

ANDREA LA MATTINA

## IL GIUDICE ITALIANO E IL DIRITTO SOCIETARIO STRANIERO (\*)

Introduzione. — 1. La legge straniera quale strumento interpretativo del diritto societario italiano. — 2. L'applicazione da parte del giudice italiano del diritto societario straniero ai sensi della normativa italiana di diritto internazionale privato. — 3. (*Segue*). I limiti previsti dall'ordinamento italiano all'applicazione del diritto societario straniero. — 4. L'impatto del diritto dell'Unione Europea sulla disciplina applicabile alle società.

### *Introduzione.*

La rilevanza per il giudice italiano della legge straniera nell'ambito delle controversie in tema di diritto societario è astrattamente configurabile in due ipotesi:

— nelle controversie meramente *interne*, quale tecnica interpretativa del diritto societario italiano: in altri termini, la legge straniera può costituire uno strumento che i giudici italiani possono utilizzare per l'interpretazione e l'applicazione del nostro diritto societario <sup>(1)</sup>;

— nelle controversie che presentano *caratteri di internazionalità* (ossia che non sono riconducibili esclusivamente all'ordinamento italiano), quale legge applicabile in forza dei criteri di collegamento previsti dal diritto internazionale privato italiano.

Lo scopo che mi prefiggo nella presente relazione è di illustrare sinteticamente e senza alcuna pretesa di completezza:

---

(\*) Relazione presentata alla XXX Tavola Rotonda di Diritto Comunitario «*L'applicazione della legge straniera da parte delle autorità giudiziarie e non giudiziarie in Europa*», Genova, 25-26 settembre 2009.

(<sup>1</sup>) In generale, sull'utilizzo del c.d. metodo comparatistico quale tecnica interpretativa del diritto interno cfr., *ex multis*, H. MUIR WATT, *La fonction subversive du droit comparé*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2000, p. 503 ss.; G. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, Torino, 2001, pp. 8-9, cui *adde* i riferimenti contenuti nell'interessante lavoro di P. MONATERI e A. SOMMA, «*Alien in Rome*». *L'uso del diritto comparato come interpretazione analogica ex art. 12 preleggi*, in *Foro it.*, 1999, V, c. 47 ss.

(i) l'eventuale rilevanza per i giudici italiani della legge straniera quale strumento interpretativo del diritto societario italiano (v. *infra*, paragrafo 1);

(ii) la normativa italiana di diritto internazionale privato in forza della quale la legge straniera può trovare applicazione quale disciplina regolatrice delle controversie societarie (v. *infra*, paragrafo 2);

(iii) l'eventuale esistenza di disposizioni che possano venire in rilievo in materia societaria, limitando l'operatività della legge straniera (v. *infra*, paragrafo 3);

(iv) l'impatto che il diritto dell'Unione europea ha avuto nella disciplina del diritto societario sia quale strumento di diritto internazionale privato sia a livello di armonizzazione delle soluzioni materiali (v. *infra*, paragrafo 4).

### 1. La legge straniera quale strumento interpretativo del diritto societario italiano.

La legge straniera è ampiamente utilizzata quale tecnica interpretativa da parte dei giudici italiani in un rilevante settore del diritto del commercio internazionale quale è quello del diritto dei trasporti e, in particolare, del trasporto marittimo. I giudici italiani chiamati a dirimere controversie riguardanti il diritto marittimo utilizzano ampiamente nelle loro motivazioni argomenti tratti dal diritto straniero (2).

Alla luce di quanto emerge da recenti e importanti lavori comparatistici, non risulta invece che il diritto straniero venga solitamente utilizzato dai giudici italiani ai fini della decisione di controversie riguardanti il diritto societario (3).

A quanto consta, nel panorama giurisprudenziale italiano qualche apertura verso l'impiego del diritto straniero come tecnica interpretativa del nostro diritto societario viene fornita soltanto in un limitato numero di casi, tra cui, in particolare:

(i) due decisioni *ante litteram* in tema di «responsabilità da proposito», le quali — pur non citando espressamente precedenti di *common*

(2) In questo senso cfr. per tutti la relazione presentata a questo convegno da P. CELLE, *Il ruolo della legge straniera nelle controversie marittime tra diritto e prassi*, in corso di pubblicazione.

(3) V. per tutti G. ALPA, *Tradition and Europeanization in Italian Law*, London, 2005, spec. cap. I.5; A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto italiano e comunitario*, Milano, 2001, *passim*, ma spec. p. 103 ss., cui *adde* la prefazione a quest'ultimo lavoro di G. ALPA, *L'uso del diritto straniero da parte del giudice italiano*. In argomento v., da ultimo, B. MARKESINIS-J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero - La pratica del diritto comparato*, Bologna, 2009, p. 100 ss.

law — hanno seguito gli indirizzi della giurisprudenza statunitense in argomento (4),

(ii) una sentenza della Cassazione in tema di clausola di gradimento che richiama la corrispondente disciplina di diritto francese (5),

(iii) nonché — ed è questo forse l'ambito dove la nostra giurisprudenza è stata maggiormente (almeno da un punto di vista «quantitativo») influenzata da un istituto di diritto societario straniero — diversi precedenti in tema di responsabilità degli amministratori, ove è stata applicata la c.d. *business judgement rule* di matrice statunitense (6).

Al contrario, ad esempio, nessuna sentenza resa all'esito di controversie nelle quali — anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 2501-bis c.c. — si discuteva della validità ai sensi della normativa italiana del c.d. *leveraged buy-out* (7) compie alcun richiamo alla legislazione statunitense e alla prassi applicativa formatasi in tale ordinamento, dal quale, come noto, tale istituto proviene (8). E lo stesso può dirsi per le «azioni correlate», istituto che deriva dalle *tracking-stocks* americane.

Specialmente di fronte a cc.dd. «trapianti giuridici» di istituti stranieri, il mancato ricorso all'argomento interpretativo comparatistico rende spesso impossibile al giudice di comprendere a fondo una determinata fattispecie. Non si può pertanto che auspicare che la giurisprudenza segua il cammino intrapreso da parte della dottrina commercialistica italiana, la quale, già da tempo, ha compreso l'importanza del diritto e della giurisprudenza stranieri nell'interpretazione del diritto societario italiano, non solo al fine di meglio recepire istituti di origine straniera, ma anche al fine di «illuminare» conformemente alla prassi applicativa degli operatori commerciali internazionali istituti già presenti nel nostro ordinamento, ma non adeguatamente valorizzati e/o studiati (quali erano in Italia, ad esempio, i contratti di acquisizione di pacchetti azionari e i patti parasociali prima dell'inizio degli anni novanta del secolo appena trascorso) (9).

(4) Cfr. Trib. Milano, 11 gennaio 1988, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 585 con nota di G. FERRARINI e App. Milano, 2 febbraio 1990, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, c. 49 con nota di M. ARIETTI, entrambe richiamate da G. ALPA, *L'uso del diritto straniero da parte del giudice italiano*, cit., p. XVII.

(5) Cfr. Cass., 20 luglio 1995, n. 7890, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, p. 338 ss. con nota di G. SBISA, richiamata da A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto italiano e comunitario*, cit., p. 103 ss.

(6) Sull'utilizzo della *business judgement rule* da parte della giurisprudenza italiana cfr. per tutti F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, p. 63 ss. e, da ultimo, *Id.*, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 183 ss.

(7) Tali sentenze sono richiamate nel recente lavoro di S. CACCHI PESSANI, *La tutela dei creditori nelle operazioni di merger leveraged buy-out*, Milano, 2007, pp. 23-24, nota 26.

(8) Sulle origini statunitensi del *leveraged buy-out*, nella dottrina italiana, cfr. per tutti P. MONTALENTI, *Il leveraged buy-out*, Milano, 1991, p. 10 ss.

(9) Oltre che nei lavori di Jaeger, Rossi, Portale e, più di recente, Ferrarini (nei quali la prospettiva comparatistica riveste l'importanza evidenziata nel testo), il riferimento alle

## 2. L'applicazione da parte del giudice italiano del diritto societario straniero ai sensi della normativa italiana di diritto internazionale privato.

Non è questa la sede per compiere una completa analisi dei profili internazionalprivatistici riguardanti il diritto societario<sup>(10)</sup>.

Quello che qui rileva mettere in luce è che la disciplina italiana di diritto internazionale privato attualmente vigente in Italia, avendo accolto quale criterio per la determinazione della legge applicabile alle società quello del luogo di perfezionamento del procedimento di costituzione (v. art. 25, comma 1, della legge 218/1995<sup>(11)</sup>) a discapito di quello della c.d.

esperienze pratiche straniere è presente, ad esempio, nelle relazioni e nei materiali pubblicati in Aa. Vv., *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di F. BONELLI e M. DE ANDRÈ, Milano, 1990 e Aa. Vv., *Sindacati di voto e sindacati di blocco*, a cura di F. BONELLI e P.G. JAEGER, Milano, 1993.

<sup>(10)</sup> Su questi temi cfr., senza alcuna pretesa di completezza, T. BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G. E. COLOMBO e G. PORTALE, 9<sup>a</sup>, Torino, 1994, p. 3 ss.; Id., *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, in *Il nuovo diritto delle società - Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G. PORTALE, 1, Torino, 2006, p. 161 ss.; M. BENEDETTELLI, *Art. 25, in Legge 31 maggio 1995, n. 218 - Commentario* a cura di S. BARIATTI, in *NLCC*, 1996, p. 1108 ss.; Id., *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di P. PICONE, Padova, 2004, p. 217 ss.; Id., *«Mercato» comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 699 ss.; Id., *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2001, p. 568 ss.; Id., *«Corporate governance», mercati finanziari e diritto internazionale privato*, ivi, 1998, p. 713 ss.; Id., *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 101 ss.; G. BROGGINI, *Sulle società nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 30 ss.; S.M. CARBONE, *Lex mercatus e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, p. 27 ss.; Id., *La riforma societaria tra conflitti di leggi e principi di diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2003, p. 97 ss.; Id., *Strumenti finanziari, corporate governance e diritto internazionale privato tra disciplina dei mercati finanziari e mercati nazionali*, in *Riv. soc.*, 2000, p. 457 ss.; Id., *La corporate governance della 'società europea' nel reg. 2157/2001: tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato*, in questa *Rivista*, 2002, p. 134 ss.; D. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, Bari, 2004; M. 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.; P. KINDLER, *Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società*, ivi, 2006, p. 658 ss.; R. LUZZATTO - C. AZZOLINI, voce *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, p. 151; F. MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2003, p. 29 ss.; G. PORTALE, *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 101 ss.; Id., *«Armonizzazione» e «Concorrenza» tra ordinamenti nel diritto societario europeo*, in G. F. CAMPOBASSO (a cura di), *Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali*, I, Milano, 2003, p. XIII ss.; A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2008, p. 13 ss.; Id., *Art. 25, in Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, a cura di F. POCAR, T. TREVES, S.M. CARBONE, A. GIARDINA, R. LUZZATTO, F. MOSCONI e R. CLERICI, Padova, 1996, p. 1041 ss.; Id., *Spunti di riflessione sulla nuova norma di diritto internazionale privato in materia di società e altri enti*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 1092 ss.; Id., voce *Società. VII) Diritto internazionale privato*, in *Enc. Giur.*, XXIX, Roma, 1993, *ad vocem*; F. SEATZU, *Sulla nuova disciplina delle società nel diritto internazionale privato italiano*, in *Giur. comm.*, 1997, p. 830 ss.

<sup>(11)</sup> È stato peraltro precisato da una parte della dottrina che — anche in base alla

«sede reale»<sup>(12)</sup>, denota una chiara apertura in favore della legge straniera<sup>(13)</sup>. Come è stato autorevolmente sottolineato, quello della *lex loci incorporationis* è infatti un criterio di collegamento incentrato sulla sottoposizione dell'ente alle valutazioni dell'ordinamento di costituzione<sup>(14)</sup> e, pertanto, «il diritto straniero risulta applicabile alle società non già attraverso il tradizionale metodo internazionalprivatistico della localizzazione spaziale della fattispecie, bensì attraverso il metodo cosiddetto del riconoscimento dell'ordinamento competente rivolto a giustificare gli effetti relativi allo status delle persone giuridiche costitutivamente attribuito loro da un ordinamento giuridico in funzione della loro appartenenza ad esso sulla scorta dei suoi criteri di (auto) collegamento»<sup>(15)</sup>.

In base alla normativa italiana di diritto internazionale privato, nel

disciplina precedente alla l. 218/1995 di cui alle preleggi — era stata posta «in evidenza la rilevanza e gli effetti della c.d. lex loci incorporationis», in particolare, dalla «sentenza della Cassazione del 15 febbraio 1993, n. 1853 in cui si è definitivamente precisato (...) che l'ordinamento italiano riconosce la personalità giuridica delle organizzazioni che siano riconosciute quali persone giuridiche negli ordinamenti stranieri in forza della loro esistenza alla stregua della legislazione dello Stato in cui siano state costituite con l'unica limitazione che non configgano con i principi di ordine pubblico»: così S.M. CARBONE, *La corporate governance della 'società europea' nel reg. 2157/2001: tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato*, cit., p. 134.

<sup>(12)</sup> Sull'evoluzione dei lavori preparatori che hanno condotto alla l. 218/1995 e, in particolare, alla scelta del criterio del luogo di perfezionamento del procedimento di costituzione per determinare la legge applicabile alle società e agli altri enti cfr. M. BENEDETTELLI, *Art. 25, cit.*, p. 1120-1121. In generale, sul dibattito — particolarmente accentuato nella dottrina tedesca — tra i sostenitori della teoria dell'incorporazione (c.d. *Gründungstheorie*) e quelli della teoria della «sede reale» (c.d. *Sitztheorie*) cfr. G. BROGGINI, *Sulle società nel diritto internazionale privato*, cit., *lc. cit.*

<sup>(13)</sup> Tale «apertura» verso il diritto societario straniero è tanto più evidente allorché si consideri che la «sede reale» è invece utilizzata quale criterio di competenza giurisdizionale per le controversie societarie, ai sensi dell'art. 22, n. 2, Reg. CE 44/2001 (applicabile anche alle fattispecie «extra-europee» in forza del rinvio di cui all'art. 3, comma 2, della l. 218/1995): per effetto di tale norma, in tutti quei casi in cui non vi sia coincidenza tra «sede reale» (sita in Italia) e «luogo di incorporazione» (sito all'estero) della società in relazione alla quale si controverte, i giudici italiani avranno competenza giurisdizionale, ma dovranno applicare il diritto societario straniero. Sul punto cfr. per tutti M. BENEDETTELLI, *Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2002, p. 917 ss.; S.M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, 6<sup>a</sup> ed., Torino, 2009, par. 9.3.

<sup>(14)</sup> Così M. BENEDETTELLI, *Art. 25, cit.*, p. 1121.

<sup>(15)</sup> Così S.M. CARBONE, *Lex mercatus e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*, cit., p. 30-31 e, nello stesso senso, M. BENEDETTELLI, *Art. 25, cit.*, p. 1121 ss. ove ampi riferimenti in dottrina. *Contra* D. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, cit., p. 31, spec. nota 73, il quale sostiene la natura bilaterale dell'art. 25 della l. 218/1995 e, conseguentemente, l'applicazione alle società del diritto straniero in forza del metodo della localizzazione della fattispecie da parte della *lex fori*.

In generale sul c.d. metodo dell'ordinamento competente v. per tutti P. PICONE, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986, *passim*, il quale — anche nel vigore del regime precedente alla riforma di cui alla l. 218/1995 — aveva sostenuto l'applicazione di tale metodo (e la natura unilaterale delle corrispondenti norme di conflitto) in tema di determinazione della legge applicabile alla costituzione delle società: v. Id., *Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento di «Anstalten» e «Treunternehmen» nell'ordinamento italiano*, in *Comunicazioni e studi*, XV, Milano, 1978, p. 100.

caso in cui una società sia costituita in uno Stato estero, in linea di principio, spetterà alla legge di quest'ultimo non soltanto — come si è appena visto — determinare le condizioni di esistenza della società, ma anche disciplinare in maniera «tendenzialmente onnicomprensiva» lo «stato» della società (16).

In quest'ultimo senso, l'art. 25, comma 2, della l. 218/1995 — con un'elencazione di carattere non tassativo (17) — chiarisce che l'ambito applicativo della c.d. *lex societatis* comprende (i) la fase genetica della società (v. lett. a, b e c della norma in esame), (ii) l'organizzazione interna e il funzionamento della stessa (v. lett. d, e, f, g, h e i), nonché (iii) la sua estinzione (v. lett. c) (18). Da tale ambito applicativo devono invece essere parzialmente esclusi alcuni aspetti relativi ai trasferimenti di partecipazioni sociali (19), al pegno sulle azioni e quote (20), agli accordi di «put and

(16) Così R. LUZZATTO-C. AZZOLINI, voce *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, cit., p. 151.

(17) Sul punto la dottrina è pacifica: cfr., *ex multis*, M. BENEDETTI, *Art. 25*, cit., p. 1113; D. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, cit., p. 84; R. LUZZATTO-C. AZZOLINI, voce *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, cit., *lc. cit.*; A. SANTA MARIA, *Art. 25*, cit., p. 1041.

(18) Per un'esauriente analisi di tali profili cfr. per tutti M. BENEDETTI, *Art. 25*, cit., p. 1113-1120; DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, cit., p. 85 ss.

(19) La giurisprudenza ha recentemente affermato che la legge applicabile ai trasferimenti di partecipazioni sociali «deve essere individuata sulla base delle norme che determinano la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali [ossia la *lex contractus*] e non sulla base della *lex societatis*», in quanto la circostanza che l'oggetto del trasferimento «siano azioni di società» non «vale a darne una diversa qualificazione: che ne derivi per l'acquirente l'acquisto della qualità di socio è una conseguenza in fatto che non tocca l'essenza del contratto»; così App. Milano, 10.7.2000, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 61. Nello stesso senso — a commento di tale sentenza — v. S. PESCATORE, *Vendita internazionale "plurima" di un medesimo pacchetto azionario: tra problemi di diritto societario e partecipazione in assemblea*, *ibidem*, p. 75; A. GARDELLA, *Conflitti di legge e ambito di applicazione della Convenzione di Roma del 1980 nei trasferimenti di pacchetti azionari*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2001, II, p. 689 ss.

Parte della dottrina (v. T. BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionale-privatistica*, cit., p. 146; D. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, cit., p. 91) ha peraltro correttamente affermato che «per il trasferimento dei titoli (azionari od obbligazionari) vi è da distinguere tra quanto è di competenza della *lex societatis* e quanto invece appartiene alla legge regolatrice del contratto». In particolare, è stato chiarito che (i) da un lato, alla *lex contractus* «spetterà disciplinare gli aspetti strettamente negoziali dell'atto considerato, quali ad esempio, il consenso e i vizi che ne possono inficiare la validità, la liceità della causa, e gli altri aspetti o questioni di carattere generale come quelli concernenti la simulazione, la responsabilità precontrattuale, le garanzie spettanti all'acquirente, le conseguenze dell'inadempimento»; (ii) dall'altro lato, la *lex societatis* regolerà gli aspetti afferenti «all'idoneità di partecipazioni, quote, azioni od obbligazioni ad essere alienate, ai limiti della circolazione di queste, all'ammissibilità e al contenuto delle clausole di prelazione e di gradimento, alle modalità di trasferimento»: così D. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, cit., *lc. cit.*

(20) In proposito occorre distinguere tre profili:

(i) il negozio costitutivo di pegno, il quale è «regolato dalla legge del rapporto dal quale dipende la costituzione, che nel caso tipico sarà un contratto»: così L. RADICATI DI BROZOLO, *La legge regolatrice dei titoli di credito*, in *Banca, borsa, 1998*, I, p. 456; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 1999, p. 570; G. CASSONI, *I titoli di partecipazione, obbligazionari e rappresentativi di merci*, Padova, 1978, p. 55. Si dovrà

*call*» (21) e ai patti parasociali (22): in relazione a tali istituti, infatti, la *lex societatis* viene affiancata — a seconda dei casi — dalla *lex contractus*, dalla *lex rei sitae* o dalla *lex tituli* (23).

In ogni caso, da quanto sopra si desume chiaramente l'atteggiamento di favore che l'ordinamento italiano ha assunto nei confronti della legge straniera quale legge regolatrice dei rapporti inerenti la vita e l'organizzazione delle società costituite in ordinamenti diversi da quello della *lex fori*.

Tale atteggiamento non è casuale, ma rappresenta un'ulteriore conferma della «non neutralità» delle norme di diritto internazionale privato, già da tempo evidenziata da dottrina e giurisprudenza (24): è cioè evidente

peraltro avere riguardo alla *lex societatis* per verificare se le azioni possano essere validamente assoggettate al pegno: cfr. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 379; in senso difforme v. peraltro G. CASSONI, *I titoli di partecipazione*, cit., p. 55, il quale ritiene che tale valutazione vada compiuta alla luce della *lex tituli*:

(ii) la disciplina sostanziale del pegno sulle azioni (relativa cioè alla sua conservazione, estinzione e realizzazione) è regolata dalla *lex rei sitae* dei titoli azionari: cfr. M. BENEDETTI, *Art. 25*, cit., p. 1117; P. CELLE, *Art. 59*, in *Legge 31 maggio 1995, n. 218 - Commentario* a cura di S. BARIATTI, in *NLCC*, 1996, p. 1409; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., 570; L. RADICATI DI BROZOLO, *La legge regolatrice dei titoli di credito*, cit., p. 456;

(iii) i rapporti tra creditore pignoratizio e società emittente le azioni sono regolati dalla *lex societatis*: cfr. G. CASSONI, *I titoli di partecipazione*, cit., p. 58; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., 570; L. RADICATI DI BROZOLO, *La legge regolatrice dei titoli di credito*, cit., p. 456; in senso difforme v. peraltro P. CELLE, *Art. 59*, cit., p. 1409, il quale sostiene l'applicazione della *lex tituli*.

(21) Cfr. U. DRAETTA, *Brevi note sulla legge applicabile ai patti parasociali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, p. 567, per il quale sostanzialmente valgono i medesimi «distinguo» operati da Ballarino e Damascelli con riferimento alla legge applicabile ai trasferimenti di partecipazioni sociali (su cui v. *retro*, nota 19).

(22) È opinione pacifica che in relazione ai patti parasociali occorre distinguere tra (i) profili attinenti al negozio giuridico in quanto tale, inteso quale «involucro» dell'operazione economica ad esso sottesa (conclusione, vizi del consenso, simulazione, adempimento, responsabilità per inadempimento, etc.), che sono disciplinati dalla *lex contractus*, e (ii) profili riguardanti l'organizzazione societaria ossia, propriamente, i contenuti sostanziali del negozio parasociale (clausole di *lock-up*, sindacati di voto, impegni di sottoscrizione di futuri aumenti di capitale, clausole relative alla nomina degli organi sociali, etc.), che sono disciplinati dalla *lex societatis* (e, quindi, nel caso di società costituita in Italia, troveranno applicazione — indipendentemente dalla *lex contractus* scelta dalle parti — gli artt. 2341-bis e 2341-ter c.c., nonché gli artt. 122 e 123 TUF). In argomento cfr., *ex multis*, T. BALLARINO, *Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma*, cit., p. 161 ss.; *Id.*, *La Convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali e le società commerciali*, in *Riv. not.*, 1993, p. 7 ss.; T. BALLARINO-A. BONOMI, *Sulla disciplina delle materie escluse dal campo di applicazione della Convenzione di Roma*, in *Riv. dir. int.*, 1993, p. 970; M. BENEDETTI, *Art. 25*, cit., p. 1117 ss.; S.M. CARBONE, *Patti parasociali, autonomia privata e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1991, p. 885 ss.; D. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, cit., p. 108-110; S. DRAETTA, *Brevi note sulla legge applicabile ai patti parasociali*, cit., p. 571; F. MUNARI, *Patti parasociali e norme di diritto internazionale privato e comunitario*, in questa *Rivista*, 2003, p. 128 ss.; *Id.*, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, cit., p. 50.

(23) V. quanto esposto *retro*, note 19, 20, 21 e 22.

(24) V., da ultimo, nella giurisprudenza italiana, C. Cost., 4 luglio 2006, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2006, 1043 e, in dottrina, F. MUNARI, *La ricostruzione dei principi internazional-privatistici impliciti nel sistema comunitario*, *ibidem*, p. 919-920 e, con specifico riguardo alle disposizioni di diritto internazionale privato in tema di società, *Id.*, *Riforma del diritto*

la tendenza dell'ordinamento italiano a fare in modo che la disciplina materiale individuata per mezzo delle norme di conflitto, *da un lato*, sia il più possibile rispettosa dell'autonomia privata (che si manifesta — nel diritto delle società — nella scelta da parte dei fondatori dell'ordinamento nel quale costituire la nuova entità societaria)<sup>(25)</sup> e, *dall'altro lato*, si configuri in modo tendenzialmente stabile come sistema di *corporate governance* in grado di risolvere — con adeguata *predictability* — tutte le questioni inerenti il funzionamento della società<sup>(26)</sup>.

### 3. (Segue). I limiti previsti dall'ordinamento italiano all'applicazione del diritto societario straniero.

L'applicazione da parte del giudice italiano del diritto societario straniero in forza dei principi di diritto internazionale privato sopra esposti non trova un limite in norme di diritto materiale uniforme: nell'ordinamento italiano non sono in vigore convenzioni internazionali contenenti una disciplina sostanziale in materia societaria<sup>(27)</sup>.

---

societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni, cit., p. 35, cui *adde* C. ANGELICI, *Appunti sul «riconoscimento» delle società costituite all'estero*, Milano, 1982, *passim*, ma spec. p. 36, secondo cui considerazioni di «carattere materiale» avrebbero permeato il diritto internazionale privato societario anche anteriormente alla riforma del 1995.

<sup>(25)</sup> Sul punto v. per tutti S.M. CARBONE, *Lex mercatus e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*, cit., p. 32, cui *adde* le interessanti considerazioni svolte — con riferimento ai principi comunitari di diritto internazionale privato societario — da M. BENEDETTELLI, *L'autonomia negoziale tra lex contractus, lex societatis e lex mercatus nel «mercato comunitario delle regole»*, in *RDS*, 2007, 2, p. 39 ss.

<sup>(26)</sup> In questo senso v. S.M. CARBONE, *La corporate governance della 'società europea' nel reg. 2157/2001: tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato*, cit., p. 134.

<sup>(27)</sup> Qualora tali norme esistessero esse prevarebbero sulle norme straniere individuate attraverso i meccanismi di diritto internazionale privato, in quanto questi ultimi meccanismi sarebbero addirittura inapplicabili. In questo senso cfr. Cass., 22 giugno 1961, n. 1505, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1109, secondo cui «ogni sistema di diritto uniforme, in quanto tale, rende inapplicabili le norme di diritto internazionale privato dello Stato». Negli stessi termini, in dottrina, già A. MALINTOPPI, *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in materia di trasporto*, Milano, 1955, *passim*, ma spec. p. 74; *Id.*, *Sul rapporto fra l'art. 10 c. nav. e l'art. 10 della Convenzione di Bruxelles relativa alla polizza di carico*, in *Riv. dir. int.*, 1958, p. 456 ss.; *Id.*, *Natura delle norme di applicazione di diritto uniforme e loro rapporti con le norme di diritto internazionale privato*, in *Dir. mar.*, 1961, p. 601 ss.; *Id.*, *Les rapports entre droit uniforme et droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1965, III, p. 25 ss., cui *adde*, più di recente, S.M. CARBONE, *Legge della bandiera e ordinamento italiano*, Milano, 1970, p. 84 ss.; *Id.*, *La disciplina giuridica del traffico marittimo internazionale*, Bologna, pp. 46-50; *Id.*, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, in A. CICU e F. MESSINEO, *Tratt. dir. civ. e comm.*, continuato da G. MENGONI, Milano, 1988, pp. 4-12; *Id.*, *Il diritto uniforme in tema di trasporti ed il suo ambito di applicazione nell'ordinamento italiano: casi e materiali*, in *Dir. mar.*, 1978, p. 367 ss.; P. IVALDI, *Diritto uniforme dei trasporti e diritto internazionale privato*, Milano, 1990, pp. 1-45. Per ulteriori recenti affermazioni dei sopra richiamati principi da parte della giurisprudenza cfr. — oltre ai casi citati da S.M. CARBONE, *Il diritto uniforme in tema di trasporti*, loc. cit.: *Id.* (cur.), *La giurisprudenza italiana in tema di trasporti*, Milano, 1988, p. 328 ss. — Trib. Vigevano, 12 luglio 2000, in *Giur. it.*, 2001, 280; Trib. Pavia, 29

L'ordinamento italiano contiene peraltro diverse altre disposizioni limitative dell'operatività del diritto societario straniero.

*In primo luogo*, è lo stesso art. 25, comma 1, secondo periodo, della l. 218/1995 a limitare l'efficacia della *lex loci incorporationis* straniera individuata dal primo periodo di tale norma, disponendo l'applicazione del diritto societario italiano nei casi in cui una società costituita all'estero:

(i) abbia in Italia la «sede dell'amministrazione» (per tale intendendosi il luogo ove «provengono gli impulsi volitivi inerenti all'attività dell'ente»<sup>(28)</sup>), vale a dire «il complesso degli atti di formazione della volontà sociale attraverso gli organi cui è demandato istituzionalmente tale compito»<sup>(29)</sup>) e/o

(ii) svolga in Italia il proprio «oggetto principale» (ossia «lo scopo prevalentemente perseguito dall'ente, e cioè l'insieme delle attività nelle quali si estrinseca la realizzazione dei suoi fini istituzionali»<sup>(30)</sup>).

Come è stato correttamente rilevato in sede di prima interpretazione, questa norma — a prescindere da quanto si dirà nel successivo paragrafo con riferimento all'impatto che sulla stessa hanno i principi comunitari in

---

dicembre 1999, *Corriere Giur.*, 2000, 932; Pret. Roma, 25 settembre 1997, in *Riv. Giur. Circolaz. e Trasp.*, 1998, p. 538; Cass., 9 maggio 1983, n. 3146, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 116.

Tali conclusioni trovano oggi una definitiva conferma nell'art. 117, comma 1, della Costituzione, come modificato dall'art. 3 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3. Come noto, infatti, la norma richiamata prevede il vincolo del rispetto degli obblighi internazionali (e dell'ordinamento comunitario) con riguardo all'esercizio della potestà legislativa, non soltanto «regionale», ma anche «statale»; per effetto di tale disposizione, la Corte Costituzionale (v. C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Giur. Cost.* 2007, 5; C. Cost., 24 ottobre 2007, n. 349, *ibidem*) ha affermato che le convenzioni internazionali — una volta rese esecutive nell'ordinamento italiano in base ai normali procedimenti di adattamento — assumono il rango di «norme interposte», di norme cioè di cui la Costituzione prescrive il rispetto da parte del legislatore, ma che sono a loro volta sottoposte ad una verifica di compatibilità con la stessa Costituzione. Da ciò consegue che l'applicazione delle norme di diritto internazionale pattizio (e, tra queste, le norme di diritto materiale uniforme presenti nei trattati internazionali) non può essere ostacolata — tra l'altro — dalle norme interne di diritto internazionale privato. In argomento v., *ex multis*, E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 138 ss.; G. GAJA, *Il limite costituzionale del rispetto degli «obblighi internazionali»: un parametro definito solo parzialmente*, *ibidem*, p. 136 ss.; P. IVALDI, *La posizione della CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo nel sistema interno di tutela dei diritti*, in S.M. CARBONE-I. QUEIROLO (cur.), *Diritto di famiglia e Unione Europea*, Torino, 2008, p. 92 ss.; R. LUZZATTO, *Il diritto europeo e la Costituzione dopo la riforma dell'art. 117*, in *Dir. Unione Eur.*, 2008, p. 1 ss.; F. PERSANO, *Il contrasto fra Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e la legge interna ad essa precedente alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 39/2008*, in *Riv. dir. fall.*, 2009, p. 145 ss.

<sup>(28)</sup> Così D. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, cit., p. 65.

<sup>(29)</sup> Così Trib. Genova, 31 marzo 1967, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1967, 802.

<sup>(30)</sup> Così M. BENEDETTELLI, *Art. 25*, cit., p. 1136, il quale ha correttamente evidenziato che i concetti di «sede dell'amministrazione» e di «oggetto principale» impiegati dalla norma in esame dovranno essere individuati in base alla legge di costituzione della società e non alla luce del diritto italiano: «sarà la lex societatis a dire quali siano gli atti attraverso i quali enti di quel 'tipo' vengono amministrati e quali siano gli elementi che, sempre alla luce della disciplina che definisce lo statuto giuridico dell'ente, consentono di individuare l'oggetto di questo».

tema di libertà di stabilimento — deve essere interpretata in modo restrittivo<sup>(31)</sup>. Per effetto dell'art. 25, comma 1, secondo periodo, della l. 218/1995, pertanto, la società estera non cessa di essere disciplinata dalla *lex loci incorporationis*, la quale non viene integralmente sostituita dal diritto societario italiano, ma soltanto *integrata* dalle norme «inderogabili» di quest'ultimo<sup>(32)</sup>.

In secondo luogo, il diritto straniero applicabile quale *lex societatis* trova un limite nelle norme italiane di applicazione necessaria. In ambito societario vengono a questo proposito in rilievo:

(a) gli artt. 2508-2510 c.c. — applicabili alle società estere che abbiano stabilito in Italia sedi secondarie — i quali contengono disposizioni in tema di pubblicità, di conduzione dell'impresa sociale e di responsabilità degli amministratori e dei soggetti che hanno agito in nome e per conto della società<sup>(33)</sup>;

(b) alcune disposizioni in tema di gruppi di società, applicabili anche a società costituite all'estero in presenza di determinati collegamenti tra queste ultime e società italiane<sup>(34)</sup>. È questo il caso dell'art. 2362 c.c., in tema di responsabilità del socio unico, il quale è applicabile anche alle controllanti straniere, indipendentemente dalla circostanza che la *lex loci incorporationis* di queste ultime contenga una disciplina analoga a quella prevista da tale disposizione<sup>(35)</sup>. Nello stesso senso, si deve ritenere

(31) Cfr. BENEDETTI, *Art. 25*, cit., p. 1135.

(32) Norme «inderogabili» sono le norme di diritto italiano non derogabili dall'autonomia privata (es. l'art. 2327 c.c. in tema di ammontare minimo del capitale sociale delle s.p.a.).

Norme «di applicazione necessaria» sono invece le norme italiane cui si riferisce l'art. 17 l. 218/1995. Come noto, tali norme sono un limite *preventivo* all'operatività dei meccanismi di diritto internazionale privato: in altri termini, qualora una controversia avente caratteri di internazionalità debba essere decisa in base a una norma di applicazione necessaria, il giudice italiano non si porrà neppure il problema di individuare una norma straniera in base alle disposizioni di diritto internazionale privato, in quanto deve applicare le norme di diritto italiano.

Principi di «ordine pubblico» sono i principi di cui all'art. 16 l. 218/1995, i quali sono un limite *successivo* all'operatività dei meccanismi di diritto internazionale privato: in altri termini, in base al predetto art. 16, il giudice, laddove constati che una norma straniera individuata in base alle disposizioni di diritto internazionale privato risulti contraria ai principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico, non potrà applicare tale norma, ma dovrà applicare (a) una diversa norma individuata tramite altri criteri di collegamento o, (b) in mancanza di altri criteri di collegamento, il diritto italiano.

(33) In argomento cfr. per tutti L. ENRIQUES, *Delle società costituite all'estero - Art. 2507-2510*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 2007, *passim*, il quale peraltro correttamente precisa che le norme sopra menzionate «hanno da tempo una limitata rilevanza pratica, in considerazione del fatto che le imprese estere che si stabiliscono in Italia lo fanno, per lo più, mediante la costituzione di un'apposita società».

(34) Nel senso invece che tutta la disciplina italiana in tema di gruppi di società costituisca normativa di applicazione necessaria, v. R. ALESSI, *La disciplina dei gruppi multinazionali nel sistema societario italiano*, Milano, 1988, *passim*, la cui posizione è stata peraltro criticata da M. BENEDETTI, *Art. 25*, cit., p. 1138, nota 95, nonché da F. MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, cit., p. 45.

(35) Nel senso di cui al testo cfr., in giurisprudenza, Cass. S.U., 6 luglio 2005, n.

applicabile anche alle società straniere che esercitano attività di direzione e coordinamento su società italiane la responsabilità di cui all'art. 2497 c.c.<sup>(36)</sup>;

(c) le norme italiane rilevanti quali *lex mercatus*, segnatamente:

— le norme del TUF e le disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari di cui alla l. 262/2005, applicabili — indipendentemente dalla *lex loci incorporationis* — nel caso in cui la società emittente negozi i propri strumenti finanziari sul mercato italiano<sup>(37)</sup>. L'applicazione di tale normativa alle società straniere, peraltro, dovrà a mio avviso essere coerente con la *ratio* di garantire la migliore tutela dell'investitore e, pertanto, dovrà essere limitata a quelle disposizioni maggiormente rigorose rispetto a quelle della *lex loci incorporationis*<sup>(38)</sup>;

— le disposizioni recanti il modello organizzativo di cui al d. lgs. 231/2001<sup>(39)</sup>.

Infine, ovviamente, la *lex loci incorporationis* straniera troverà un limite invalicabile nei principi di ordine pubblico, che, peraltro, non risultano ancora avere trovato applicazione in materia societaria<sup>(40)</sup>, non-

14196, in *DeJure*, secondo cui «potendo il soggetto straniero, anche persona giuridica, assumere la qualità di socio illimitatamente responsabile di una società italiana, esso soggiace a tutte le implicazioni proprie di siffatta qualità (...) restando perciò inapplicabile — ove il socio straniero sia una persona giuridica — la normativa di conflitto dettata, per le società e gli altri enti, dall'art. 25 l. 31 maggio 1995 n. 218 (...) alla stregua del quale è disciplinata dalla legge regolatrice dell'ente, tra l'altro, la responsabilità per le obbligazioni dell'ente stesso». In dottrina si veda A. MALATESTA, *In tema di legge regolatrice della responsabilità dell'unico azionista*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2000, p. 953; M. BENEDETTI, *Art. 25*, cit., p. 1119; D. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, cit., p. 106 ss. Altra parte della dottrina ha invece affermato che l'art. 2362 c.c. potrebbe trovare applicazione soltanto qualora analoga disciplina fosse prevista dalla *lex societatis* ovvero qualora la legge italiana fosse applicabile a tale società, avendo quest'ultima «sede dell'amministrazione» o «oggetto principale» in Italia: v. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 380.

(36) A tali conclusioni giungono, sia pure attraverso differenti percorsi argomentativi, T. BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, cit., p. 174; S.M. CARBONE, *Lex mercatus e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*, cit., p. 45; F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, Bologna-Roma, 2005, p. 98; F. MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, cit., p. 44 ss.

(37) Cfr. M. BENEDETTI, *Corporate governance, mercati finanziari e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1998, p. 736 ss. e, da ultimo, S.M. CARBONE, *Lex mercatus e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*, cit., p. 48 ss., cui si rinvia per più ampie considerazioni in merito.

(38) Nello stesso senso di cui al testo v. S.M. CARBONE, *La corporate governance della 'società europea' nel reg. 2157/2001: tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato*, cit., p. 140-141.

(39) Cfr., in giurisprudenza, Trib. Milano, 27 aprile 2004, in *Foro it.*, 2004, II, 434 e, in dottrina, S.M. CARBONE, *Lex mercatus e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*, cit., p. 45-46. Contra A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, cit., p. 115 ss.

(40) Cfr. P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano, 2005, p. 263 ss. Sul ridimensionamento del limite dell'ordine pubblico all'interno dello spazio giudiziario europeo cfr. F. MUNARI, *La ricostruzione dei principi internazionalprivatistici impliciti nel sistema comunitario*, cit., p. 939.

ché nel c.d. «divieto di abuso del ricorso del diritto societario», su cui ci soffermeremo nel successivo paragrafo anche per tenere conto delle importanti pronunce in merito della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

#### 4. *L'impatto del diritto dell'Unione Europea sulla disciplina applicabile alle società.*

I limiti all'applicazione della *lex loci incorporationis* che abbiamo sinteticamente illustrato nel precedente paragrafo devono peraltro essere riletti alla luce dell'influenza che il diritto dell'Unione Europea dispiega nell'ambito del diritto societario degli Stati membri, sia con riferimento alle norme di diritto internazionale privato rilevanti in materia, sia quanto all'armonizzazione della normativa sostanziale in tema di società.

Quanto all'influenza del diritto dell'Unione Europea sui principi in tema di diritto internazionale privato italiani applicabili alle società, basti in questa sede ricordare il filone giurisprudenziale inaugurato dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee con il caso *Centros* (41) e proseguito con le sentenze *Überseering* (42), *Inspire Art* (43), *Sevic* (44) e *Cadbury Schweppes* (45). Alla luce dell'interpretazione che tali sentenze hanno dato

(41) Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 1999, in causa C-212/97, reperibile sul sito Internet <http://curia.europa.eu>. Su tale sentenza v., *ex multis*, M. BENEDETTI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, cit., p. 585 ss.; M. GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, cit., p. 71 ss.; F. MUNARI-P. TERRILE, *The Centros Case and the Rise of fan EC Market for Corporate Law*, in *Dir. Un. eur.*, 2001, p. 18 ss.

(42) Corte di Giustizia, sentenza 5 novembre 2002, in causa C-208/00, reperibile sul sito Internet <http://curia.europa.eu>. In proposito v., senza pretesa di completezza, T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 670 ss.; G. COLANGELO, *Überseering e lo shopping giuridico dopo Centros*, in *Corr. giur.*, 2003, I, p. 307 ss.; C. LICINI, *La sentenza Überseering: un tentativo di riscrivere il d.i.p. per le società comunitarie?*, in *Notariato*, 2003, p. 350 ss.; S. LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il «caso Überseering»: tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, in *Banca, borsa*, 2003, p. 464 ss.

(43) Corte di Giustizia, sentenza 30 settembre 2003, in causa C-167/01, reperibile sul sito Internet <http://curia.europa.eu>, su cui cfr., *ex multis*, nella dottrina italiana, G. COLANGELO, *Da Centros a Inspire Art. Libertà d'impresa e competizione regolamentare nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2003, p. 1220 ss.; ID., *La sentenza Inspire Art: verso un nuovo 'mercato europeo delle regole'?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 257 ss.; D. FERRARIS, *Evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia di diritto di stabilimento delle società*, in *Dir. com. e scambi int.*, 2006, p. 717 ss.

(44) Corte di Giustizia, sentenza 13 dicembre 2005, in causa C-411/03, reperibile sul sito Internet <http://curia.europa.eu>, su cui cfr., *ex multis*, nella dottrina italiana, S. CRESPI, *Le fusioni transfrontaliere davanti alla Corte di Giustizia: il caso Sevic*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, p. 345 ss.; F. MUCCIARELLI, *Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea: il caso "Sevic"*, in *Giur. comm.*, 2006, p. 417 ss.; M. GURRADO, *Via libera alle fusioni transfrontaliere*, in questa *Rivista*, 2006, p. 353 ss.

(45) Corte di Giustizia, sentenza 12 settembre 2006, in causa C-196/04, reperibile sul sito Internet <http://curia.europa.eu>, su cui cfr., *ex multis*, nella dottrina italiana, M. BEGHIN, *La*

del principio della libertà di stabilimento è infatti oggi pacifica la centralità della *lex loci incorporationis* straniera nella individuazione della disciplina applicabile alle società in ambito europeo (46). Tali conclusioni sono state ribadite anche nella recente sentenza *Cartesio*, da cui si ha conferma della centralità della legge del luogo di costituzione quale disciplina tendenzialmente completa (ed autonoma) di tutte le vicende relative alla vita della società, ivi incluse le questioni relative al trasferimento della sede sociale all'estero (47).

Viene quindi estremizzato dall'ordinamento comunitario un approccio strettamente unilateralistico in materia di diritto internazionale privato delle società (48) ed è in questo senso che è stato correttamente affermato che — in virtù di tale interpretazione operata dalla Corte di giustizia europea — l'art. 48 Trattato CE viene esso stesso ad assumere la fisionomia di norma europea di diritto internazionale privato, indicante come criterio di collegamento proprio quello della *lex loci incorporationis*, da intendersi quale specificazione del più generale criterio dello «Stato di origine» (49). Altrettanto correttamente è stata pertanto considerata «*devitalizzata*» la portata dell'art. 293 Trattato CE, in quanto il «*reciproco riconoscimento delle società*» e il «*mantenimento della [loro] personalità giuridica in caso di trasferimento da un paese all'altro*» non si realizza — come vorrebbe la norma da ultimo richiamata — per mezzo di una convenzione internazionale di diritto uniforme, bensì attraverso l'impiego in senso internazionalprivatistico delle norme comunitarie in tema di libertà di stabilimento (50).

sentenza *Cadbury-Schweppes* e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento, in *Rass. tributaria*, 2007, p. 983 ss.; S. CIPOLLINA, *Cfc legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, *Riv. dir. finanz. e sc. finanze*, 2007, II, p. 13 ss.; C. ROMANO, *L'utilizzazione dei paradisi fiscali nel diritto europeo: il caso Cadbury Schweppes e la disciplina in materia di società estere controllate ("CFC")*, in *Riv. dir. trib. internaz.*, 2006, p. 141 ss.

(46) Cfr. F. MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, cit., p. 38, secondo cui, dopo tali sentenze, non è più possibile «*da un lato, pretendere di imporre nei confronti di società estere operanti nell'ordinamento norme poste da quest'ultimo per disciplinare le proprie società; dall'altro, negare a società estere il diritto di operare secondo il proprio statuto, allorché esse, in regime di secondo stabilimento, desiderino operare all'interno di un qualsiasi Stato membro dell'Unione diverso da quello di costituzione*».

(47) Corte di Giustizia, sentenza 16 dicembre 2008, in causa C-210/06, reperibile sul sito Internet <http://curia.europa.eu>. In proposito cfr. per tutti, nella dottrina italiana S. CRESPI, *Il trasferimento all'estero della sede delle società: la sentenza Cartesio*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2009, p. 869 ss. e ivi ampi riferimenti alla dottrina straniera che ha commentato tale sentenza (v. spec. nota 1).

(48) Così M. BENEDETTI, *L'autonomia negoziale tra lex contractus, lex societatis e lex mercatus nel «mercato comunitario delle regole»*, cit., p. 44.

(49) In questo senso cfr. A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, cit., p. 76; F. MUNARI, *La ricostruzione dei principi internazionalprivatistici impliciti nel sistema comunitario*, cit., p. 922-923 e (implicitamente) G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002, p. 276 ss.

(50) Cfr. S.M. CARBONE, *La riforma societaria tra conflitti di leggi e principi di diritto comunitario*, cit., p. 93. Si noti che la Convenzione di Bruxelles del 29 febbraio 1968 sul

Le conseguenze dei principi sopra esposti sui limiti all'efficacia della *lex loci incorporationis* straniera sono evidentemente notevoli: infatti, il ricorso alle norme italiane di cui al precedente paragrafo 3 nei confronti delle società straniere costituite in uno degli altri Stati membri dell'Unione europea dovrà essere circoscritto a quei soli casi ove ragioni imperative di interesse generale non adeguatamente tutelate dalla stessa *lex loci incorporationis* ne impongano l'applicazione e, in ogni caso, non potrà comportare una violazione dei principi in tema di liberà di stabilimento.

Tali conclusioni sembrano essere state esplicitamente condivise anche dal legislatore italiano, il quale ha premesso alla disciplina di applicazione necessaria relativa alle società estere l'art. 2507 c.c., disposizione criticata dalla dottrina<sup>(51)</sup>, da cui si desume comunque l'intento di limitare l'ambito della predetta disciplina conformemente «ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee».

Ovviamente — come pure è stato messo in risalto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia — la centralità della *lex loci incorporationis* viene peraltro meno in tutti quei casi in cui il suo impiego appaia evidentemente abusivo e fraudolento (c.d. «divieto di abuso del ricorso del diritto societario»). Mi riferisco in particolare a quelle situazioni ove la costituzione di una società in un determinato Stato membro sia stata effettuata al solo fine di sottrarsi alle norme societarie dell'ordinamento italiano<sup>(52)</sup>: in questi casi, ovviamente, la *optio legis* dello Stato di costituzione non potrà impedire l'applicazione delle norme «inderogabili» di diritto societario italiano<sup>(53)</sup>.

Infine, a prescindere da quanto sopra, si deve sottolineare che la portata della dicotomia tra *lex loci incorporationis* straniera e diritto italiano delle società viene in qualche modo ridimensionata alla luce della (parziale) armonizzazione che è stata effettuata sulla disciplina societaria da parte del legislatore europeo: la nutrita normativa sostanziale di diritto derivato ha conferito un discreto grado di uniformità a materie quali la

---

reciproco riconoscimento delle società e persone giuridiche fu sottoscritta dai sei Stati allora aderenti alla CEE e venne ratificata dall'Italia con l. 220/1971, ma non è mai entrata in vigore a causa della mancata ratifica da parte dell'Olanda: in proposito cfr. per tutti A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, cit., p. 23 ss.

<sup>(51)</sup> Cfr. M. BENEDETTI, «Mercato» comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano, cit., p. 700; F. MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, cit., p. 35 ss.

<sup>(52)</sup> Tali situazioni andranno peraltro dimostrate tramite un «rigoroso impiego dell'onere della prova» e non potranno essere semplicemente presunte per il fatto che una società destinata a operare esclusivamente in Italia sia stata costituita in altro Stato membro: in questo senso cfr. S.M. CARBONE, *Lex mercatus e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*, cit., p. 36.

<sup>(53)</sup> In proposito v. per tutti ancora S.M. CARBONE, *La corporate governance della 'società europea' nel reg. 2157/2001: tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato*, cit., p. 136 ss. e, da ultimo, Id., *Lex mercatus e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari*, cit., p. 35 ss.

pubblicità (direttive I e XI, nonché direttiva 2009/101, quest'ultima riguardante altresì la disciplina delle obbligazioni assunte anteriormente all'acquisto della personalità giuridica da parte della società e i casi di nullità della stessa), il capitale minimo e la sua integrità (II direttiva), le fusioni e scissioni (direttive III e VI, nonché direttiva 2005/56), i bilanci (direttive IV e VII), le OPA (direttiva 2004/25) e, da ultimo, le garanzie di tutela dei soci e dei terzi richieste dall'art. 48, comma 2, del Trattato CE (direttiva 2009/101) e la disciplina delle società a responsabilità limitata con unico socio (direttiva 2009/102).

Non si può peraltro negare che, in realtà, anche in ambito europeo le differenze tra i diritti societari dei vari Stati membri sono comunque piuttosto rilevanti: infatti, da un lato, le disposizioni fondamentali relative alla struttura della società per azioni (proposta di V direttiva) e quelle inerenti la disciplina dei gruppi (proposta di IX direttiva) sono ancora in corso di discussione; dall'altro lato, in molti casi le sopra menzionate direttive hanno consentito (e consentono) ai vari Stati membri un numero di opzioni alternative da scegliere in sede di attuazione tali da pregiudicare seriamente l'effettiva uniformità delle soluzioni materiali<sup>(54)</sup>. Né sembra che tali differenze possano essere superate con il ricorso alla c.d. società europea di cui al reg. 2157/2001, la quale, oltre ad essere sostanzialmente poco utilizzata da parte degli operatori<sup>(55)</sup>, è solo in parte disciplinata in maniera uniforme, dal momento che lo stesso legislatore europeo ha utilizzato il rinvio internazionale-privatistico per aspetti di centrale rilevanza quali la disciplina del capitale sociale, delle azioni e delle forme di finanziamento<sup>(56)</sup>.

---

<sup>(54)</sup> In argomento cfr. per tutti A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, cit., p. 163 ss.

<sup>(55)</sup> L'elenco completo delle società europee esistenti è pubblicato (e costantemente aggiornato) sul sito Internet [www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/secompanie-s.html](http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/secompanie-s.html).

<sup>(56)</sup> Sulla società europea cfr. *ex multis* G. ARNÒ-S. CANCARINI, *La società europea. La disciplina comunitaria e il suo recepimento in Italia e nei principali Stati membri*, Milano, 2007, *passim*; S.M. CARBONE, *La corporate governance della 'società europea' nel reg. 2157/2001: tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato*, cit., *lc. cit.*; L. ENRIQUES, *Capitale, azioni e finanziamento nella Società europea: quando meno è meglio*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 375 ss.