

Condizione di reciprocità

Condizione di reciprocità e partecipazione di stranieri nel consiglio di amministrazione di s.p.a.: osservazioni critiche

Conservatore del Registro delle imprese di Milano, Richiesta 9 febbraio 2011

Il Conservatore del Registro delle imprese (omissis).

In data 2 maggio 2010, al n. PRA/333429/2010, è stata chiesta dai Sigg.ri M.A., B.M., D.A.S.F. e T.G.A. l'iscrizione della propria nomina rispettivamente quali amministratore delegato, presidente del consiglio di amministrazione e membri del consiglio di amministrazione della società J.E. S.p.A. - società posseduta da un unico azionista la società J.H. GmbH - avvenuta con verbale di assemblea ordinaria del 4 ottobre 2010, in sostituzione dell'amministratore unico, Sig. M.A.

La suddetta domanda è stata iscritta dall'Ufficio in data 27 ottobre 2010.

Dalla verifica effettuata presso gli Archivi informatizzati del Registro delle imprese è emerso che i Sigg.ri B.M., D.A.S.F. e T.G.A. risultano essere cittadini brasiliani e che, al momento della richiesta non erano in possesso del permesso di soggiorno, avendo la residenza all'estero, come la dichiarazione resa nel " riquadro note" della modulistica ministeriale.

Ai sensi dell'art. 16 delle preleggi "lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti al cittadino a condizione di reciprocità e salve le disposizioni contenute nelle leggi speciali. Questa disposizione vale anche per le persone giuridiche straniere".

La condizione di reciprocità è derogata per i cittadini comunitari, per i cittadini extracomunitari che siano titolari della carta o del permesso di soggiorno (D.P.R. n. 394/1999) e per i cittadini degli stati con i quali l'Italia abbia stipulato accordi per la reciproca promozione per gli investimenti.

La Legge brasiliana n. 6404/76 e succ. modifiche, relativa alle società anonime - forma giuridica equivalente a quella italiana delle società per azioni - prevede, che per gli amministratori dotati di funzioni esecutive e/o poteri di rappresentanza è richiesto il requisito della residenza, mentre i membri del consiglio di amministrazione, pur non avendo il requisito della residenza, devono essere azionisti della società che amministrano (vedi nota del Ministero degli Esteri dell'8/11/2010 e la scheda relativa al Brasile pubblicata sul sito ufficiale del Ministero degli Affari Esteri).

In conseguenza di quanto sopra poiché non risultava essere stata integrata la condizione di reciprocità prevista dall'art. 16 delle preleggi per il rispetto della quale i cittadini brasiliani membri del consiglio di amministrazione di una società per azioni dovrebbero risultare azionisti della società e, se dispongono di poteri di rappresentanza, dovrebbero risultare residenti in Italia l'ufficio del Registro delle imprese ha inviato la società J.E. S.p.A. a provvedere alla sostituzione del Sig. B.M., quale presidente del consiglio di amministrazione, e dei sigg.ri B.M., D.A.S.F. e T.G.A., quali componenti del consiglio di amministrazione.

In data 12 gennaio 2011 lo Studio Legale B. ha depositato presso l'ufficio un memorandum nel quale tra l'altro afferma che ai tre amministratori essendo regolarmente soggiornati in Italia è riconosciuto il pieno godimento dei diritti civili.

Sulla base della documentazione depositata emerge che il sig. D.A.S.F. è in possesso del visto d'ingresso valido dal 4 dicembre 2010 e che ha inviato la richiesta di rilascio del permesso di soggiorno il 10 gennaio 2011, il Sig. T.G.A. è in possesso del visto d'ingresso dal 4 dicembre e che ha inviato la richiesta di rilascio del permesso il 9 dicembre 2010, il Sig. B.M. è in possesso del visto d'ingresso dal 27 novembre 2010 e che ha inviato la richiesta di rilascio del permesso di soggiorno il 13/12/2010.

Ritenuto quindi che i Sigg.ri B.M., D.A.S.F. e T.G.A. siano equiparabili ai soggetti titolari di permesso di soggiorno e quindi non sia più necessaria la sussistenza della condizione di reciprocità anche se solo a partire dalla data di richiesta del permesso di soggiorno (supportato dal precedente ottenimento del visto d'ingresso) cioè in una data successiva alla data di nomina quali amministratori. Valutato peraltro che la condizione di straniero regolarmente soggiornante possa essere riconosciuta anche al cittadino di Stato estero stabilmente dimorante nel nostro Paese e munito di visto d'ingresso;

SI CHIEDE

A) di disporre che l'Ufficio del Registro delle imprese iscriva che il Sig. B.M. è in carica quale presidente del

consiglio di amministrazione e che i Sigg.ri D.A.S.F. e T.G.A. sono in carica quali componenti del consiglio di amministrazione dalla data di effettivo ingresso nel terri-

torio italiano (in quanto legittimati dal rilascio di regolare visto di soggiorno per lavoro autonomo). (omissis).

IL COMMENTO

di Luca G. Radicati di Brozolo e Andrea La Mattina

L'articolo esamina in chiave critica due recenti provvedimenti dei Conservatori del Registro delle Imprese di Milano e Parma in tema di applicazione della condizione di reciprocità di cui all'art. 16 delle preleggi all'assunzione della carica di amministratori di s.p.a. da parte di cittadini brasiliani. Viene esaminata la questione della perdurante vigenza della condizione di reciprocità alla luce dell'evoluzione normativa e comunque la sua inapplicabilità nella fattispecie. Il lavoro si conclude con alcune riflessioni problematiche sul senso della condizione di reciprocità nell'attuale contesto italiano (*).

L'opportunità di un dibattito sulla condizione di reciprocità

Il recente provvedimento del Conservatore del Registro delle imprese di Parma in tema di reciprocità nel trattamento degli stranieri nell'accesso alla carica di amministratore di società italiana (1), la cui soluzione è stata ripresa dal Conservatore del Registro delle Imprese di Milano (2), ha riportato l'attenzione sul tema della condizione di reciprocità nel trattamento degli stranieri (3). Entrambi i provvedimenti sono partiti dall'assunto della perdurante vigenza nel nostro ordinamento dell'art. 16 disp. prel. (qui di seguito semplicemente "l'art. 16") e dell'inapplicabilità della condizione di reciprocità da esso prevista solo agli stranieri extracomunitari

Note:

(*) Gli autori tengono a precisare di essere professionalmente coinvolti nelle vicende oggetto di queste osservazioni.

(1) Si tratta della determinazione del Conservatore del Registro delle imprese di Parma del 7 settembre 2010, n. 194, in questa *Rivista*, 2011, 157.

(2) Si tratta della richiesta inviata dal Conservatore del Registro delle Imprese di Milano al Giudice del Registro delle Imprese in data 9 febbraio 2011, v. *supra*.

(3) Sulla condizione di reciprocità cfr. Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1976, 57 ss.; Biscottini, *La reciprocità nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int.*, 1967, 40 ss.; Calò, *Il principio di reciprocità*, Milano, 1994; Id., *Il diritto internazionale privato e dell'Unione europea nella prassi notarile, consolare e forense*, Milano, 2010, 113 ss.; Campiglio, *Il principio di reciprocità nel diritto dei trattati*, Padova, 1995; Id., *Abrogazione dell'art. 16 delle preleggi per nuova disciplina?*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2001, 45; Carbone - Ivaldi, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 2000, 37 ss.; Casu, *Per una revisione della condizione di reciprocità alla luce dei trattati internazionali*, in *Rassegna stampa del Comitato Notarile del Triveneto*, 1994; Ciaccafava, *La condizione di reciprocità nel trattamento normativo dello straniero*, in *Merito*, 2005, f. 11, 27 ss.; Cianci,

Soggetto straniero e attività negoziale. Il principio di reciprocità e la sua dimensione attuale nel diritto privato, Milano, 2007; Conetti, *Reciprocità e diritto fondamentali del lavoratore straniero*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 1989, II, 130 ss.; Id., *Disposizioni sulla legge in generale. Artt. 16-31*, in Cendon (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Torino, 1990; Colombini, *Stranieri e condizione di reciprocità*, in *Arch. civ.*, 2003, 469 ss.; Id., *Condizione di reciprocità e costituzione*, in *Archiv. giur. circolaz. e sinistri stradali*, 2010, 195 ss.; Corsi, *Risarcimento del danno e condizione di reciprocità*, in *Dir. immigrazione e cittadinanza*, 2006, f. I, 73 ss.; Coscia, *Condizione di reciprocità e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2001, 557 ss.; Focarelli, *La reciprocità nel trattamento degli stranieri in Italia come forma di ritorsione o rappresaglia*, in *Riv. dir. int.*, 1989, 839 ss.; Frigo, *La reciprocità nell'evoluzione del diritto del commercio internazionale*, in *Comunicazioni e studi*, XIX-XX, Milano, 1992, 407 ss.; Galgano - Marrella, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova, 2010, 841 ss.; Giardina, *Sub art. 16, Dell'applicazione della legge in generale*, in Scialoja - Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1978, 1 ss.; leva (a cura di), *La condizione di reciprocità - La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Milano, 2001; Laurini, *Il principio di reciprocità e la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1997, 75 ss.; Leanza, *Considerazioni critiche sulla portata e l'efficacia dell'art. 16 delle disposizioni preliminari al codice civile*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1997, 87 ss.; Lugato, *Partecipazione di "cittadini comunitari" a concorsi universitari e condizione di reciprocità*, in *Riv. dir. int.*, 1993, 385 ss.; Mengozzi, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli artt. da 16 a 31*, in Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1982; Id., *La condizione di reciprocità e il diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1994, 485 ss.; Mirate, *Natura multifunzionale del permesso di soggiorno e condizione di reciprocità*, in *Giur. it.*, 1999, 418 ss.; Nascimbene, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988; Id., *Brevi spunti in tema di trattamento dello straniero e principio di reciprocità*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1997, 93 ss.; Id., *La condizione giuridica dello straniero*, Milano, 1997, spec. 54 ss.; Parente, *L'assetto normativo dei diritti fondamentali della persona tra status civitatis e posizione di migrante: le suggestioni della "condizione di reciprocità"*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 1108 ss.; Pisciotta, *La tutela dei diritti civili dello straniero e la condizione di reciprocità*, in *Europa e dir. privato*, 2006, 375 ss.; Rescigno, *Gli acquisti in Italia dello straniero*, in *Riv. dir. comm.*, 1983, 189 ss.; Rizzo, *Alcune brevi considerazioni sulla condizione di reciprocità*, in *Riv. not.*, 1997, 809 ss.; Toriello, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di reciprocità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, 159 ss., cui adde Lagarde, *La réciprocité en droit international privé*, in *Recueil de Cours*, vol. 154, 1977-I, 103 ss.

titolari del permesso di soggiorno o dotati soltanto di visto di ingresso ma, in questo caso, di fatto “stabilmente” dimoranti in Italia. Con riferimento al caso specifico, relativo a cittadini brasiliani, essi hanno ritenuto l’assenza di reciprocità.

Pur avendo ottenuto un commento adesivo (4), la soluzione non convince. Ad un’analisi attenta essa pare errata sia nelle premesse giuridiche, sia nell’applicazione concreta. Inoltre essa è chiaramente antistorica e controproducente per i suoi riflessi negativi sui flussi di investimenti in Italia e più in generale sull’immagine dell’Italia come paese con il quale intrattenere rapporti economici. Date le implicazioni pratiche e teoriche non trascurabili della questione, paiono opportune alcune riflessioni ulteriori.

L’implicita abrogazione dell’art. 16

Parte della giurisprudenza e della dottrina, con il supporto di una certa prassi ministeriale e notariale (5), continua a ritenere vigente la condizione di reciprocità prevista dall’art. 16. Questa posizione si basa sulla mancata espressa abrogazione di tale norma, in particolare da parte della L. n. 218/95, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, e del D.Lgs. n. 286/1998, c.d. Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (di seguito per brevità “il Testo Unico”).

Tale posizione non pare condivisibile. A prescindere da ogni considerazione circa la sua eventuale incostituzionalità (6), l’art. 16 (quantomeno, limitatamente al comma 1) è da ritenere implicitamente abrogato per effetto dell’entrata in vigore del Testo Unico, come correttamente rilevato da altra parte della giurisprudenza (7) e della dottrina (8). Il Testo Unico, infatti, regola compiutamente lo status dello straniero in Italia senza subordinare alla condizione di reciprocità il godimento dei diritti civili (9). La sua entrata in vigore ha quindi determinato l’abrogazione della condizione di reciprocità per incompatibilità in virtù del principio generale sancito dall’art. 15 delle preleggi.

La stessa ratio dell’introduzione a suo tempo della condizione di reciprocità nel nostro ordinamento rende evidente non solo l’attuale antistoricità, ma anche l’incompatibilità con la nuova disciplina sull’immigrazione. Infatti, la reciprocità oggetto dell’art. 16 altro non era che una forma di ritorsione (10), volta a promuovere la condizione degli italiani (all’epoca emigranti) all’estero (11), e non un meccanismo finalizzato a pregiudicare lo straniero. Nel mutato contesto attuale dell’Italia (da Stato di

emigrazione a Stato di immigrazione) l’applicazione della reciprocità darebbe luogo a un effetto perverso, traducendo una disposizione concepita per promuovere chi era in difficoltà (gli emigranti italiani) in una norma fortemente pregiudizievole per chi è oggi in difficoltà (gli immigrati extracomunitari nel nostro Paese) (12). Inoltre, il fatto che il Testo

Note:

(4) Cfr. Busani - Molinari, *Condizione di reciprocità e nomina di cittadino straniero nel consiglio di amministrazione di s.p.a.*, in questa Rivista, 2011, 158 ss.

(5) Per i riferimenti cfr. Busani - Molinari, *op. cit.*, 159, note da 9 a 12.

(6) In argomento cfr. per tutti Ballarino, *Costituzione e diritto internazionale privato*, Padova, 1974, 37; Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, cit., *op. loc. cit.*; Cassese, Sub art. 10, in Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1974, 512 ss.; La Pergola, *Costituzione e adattamento dell’ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano, 1961, 235, cui adde, più di recente, Casu, *Per una revisione della condizione di reciprocità alla luce dei trattati internazionali*, cit., 2 ss.

(7) Cfr. App. Milano 22 giugno 1999, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2000, 1093, secondo cui «la condizione di reciprocità... è da considerare infatti venuta meno proprio per effetto di tale disposizione» (ossia del Testo Unico). In senso sostanzialmente analogo cfr. Trib. Torino 24 marzo 1999, in *Riv. not.*, 1999, 988, nonché Trib. Bologna 1 luglio 1998, in *Notariato*, 1999, 344, che hanno peraltro affermato tale principio in relazione a casi di stranieri «regolarmente soggiornanti» in Italia (v. *infra*, par. 3).

(8) Cfr. Carbone - Ivaldi, *Lezioni di diritto internazionale privato*, cit., 39; Nascimbene, *La condizione giuridica dello straniero*, cit., 55, cui adde Campiglio, *Abrogazione dell’art. 16 delle preleggi per nuova disciplina?*, cit., 49-50, nonché, con riferimento alle condizioni di accesso al lavoro autonomo, Memmo, *Disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero: prime riflessioni sui diritti civili della persona tra normative speciali e legge 6 marzo 1998, n. 40*, in *Contr. e impr.*, 1998, 949-950.

(9) In proposito cfr. Campiglio, *Abrogazione dell’art. 16 delle preleggi per nuova disciplina?*, cit., 49, la quale rileva che, ancorché l’art. 2, comma 2, Testo Unico faccia riferimento a casi in cui lo stesso Testo Unico prevede la condizione di reciprocità, «in realtà il Testo Unico non fa uso alcuno della condizione di reciprocità». Nello stesso senso Baralis, *I diritti civili dello straniero tra il principio di reciprocità di cui all’art. 16 preleggi e la disciplina di cui alla legge 6 marzo 1998 n. 40*, in leva (a cura di), *La condizione di reciprocità - La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, cit., 4, in nota.

(10) Cfr. per tutti Focarelli, *La reciprocità nel trattamento degli stranieri in Italia come forma di ritorsione o rappresaglia*, *op. loc. cit.*

(11) Sul punto, molto efficacemente, cfr. Mengozzi, *La condizione di reciprocità e il diritto internazionale privato*, cit., 490-491, secondo cui l’art. 16 delle preleggi è stato inserito «accanto alle norme di diritto internazionale privato perché si è voluta una gestione dell’apertura dell’ordinamento italiano ai valori giuridici stranieri legata ad una promozione degli italiani che a quell’epoca se ne andavano (e ancora per molto tempo dopo hanno continuato ad andare) in giro per il mondo con la “valigia di cartone”». Nello stesso senso, in giurisprudenza, v. App. Milano 22 giugno 1999, cit.

(12) Cfr. ancora Mengozzi, *La condizione di reciprocità e il diritto internazionale privato*, cit., 491.

Unico rifletta l'adesione del nostro ordinamento a principi solidaristici universali in tema di condizione dello straniero (13) rende evidente che il legislatore ha inteso superare una normativa (appunto l'art. 16) che, come sottolineato da parte della dottrina, condizionando l'esercizio dei diritti civili alla cittadinanza italiana, di fatto comportava l'esclusione di un gran numero di persone dal godimento di diritti fondamentali (14).

L'inapplicabilità dell'art. 16 agli stranieri «regolarmente soggiornanti» in Italia

Anche a volere ritenere ancora in vigore la condizione di reciprocità prevista dall'art. 16, non si può trascurare che il Testo Unico contiene una norma che esclude pacificamente l'applicazione della reciprocità nei confronti degli stranieri «regolarmente soggiornanti» in Italia: l'art. 2, comma 2, dispone infatti che - salvo quanto previsto dalle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e da altre norme del Testo Unico - «[l]o straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano» (15).

La dottrina ha chiarito che il Testo Unico non distingue tra i diversi titoli di "soggiorno regolare" ai fini della parificazione dello straniero al cittadino quanto alla capacità di diritto privato. Con riferimento all'esercizio dei "diritti in materia civile" si può dunque affermare che lo straniero in possesso del visto turistico si trova nella stessa posizione di un soggetto che risieda stabilmente sul territorio nazionale (16).

Non appaiono quindi corrette le conclusioni dei Conservatori del Registro di Parma e Milano secondo cui l'ipotetica condizione di reciprocità sarebbe inapplicabile soltanto agli stranieri dotati di permesso di soggiorno e a quelli muniti di visto di ingresso ma "stabilmente dimoranti" in Italia, con conseguente esclusione della condizione in riferimento agli stranieri dotati soltanto di visto turistico.

Pare invece più corretta la soluzione secondo cui *qualunque* titolo di soggiorno regolare, anche a prescindere dalla stabile residenza sul territorio dello Stato, parifica lo straniero al cittadino italiano quanto alla capacità di diritto privato. Pertanto - con riferimento ai casi in discussione - un cittadino brasiliano munito di semplice visto di ingresso turistico ben potrebbe essere nominato amministratore di una società per azioni italiana a prescindere dalla residenza anagrafica, fermo quanto previsto dall'art.

26 del Testo Unico e dall'art. 39, D.P.R. n. 394/1999 con riferimento al successivo ottenimento del permesso di soggiorno per lavoro autonomo.

Tale conclusione trova conforto in due ulteriori circostanze.

In primo luogo, una volta ottenuto il visto d'ingresso, il permesso di soggiorno viene rilasciato in modo sostanzialmente "automatico" sulla base della verifica dei requisiti che hanno consentito l'ingresso nel territorio italiano, senza necessità di alcuna ulteriore istruttoria sulla "stabile" permanenza dello straniero in Italia, senza margine di discrezionalità (17). È quindi evidentemente priva di fondamento giuridico ed illogica l'affermazione del Conservatore del Registro di Milano secondo cui, in assenza di permesso di soggiorno, uno straniero può essere nominato amministratore di una società per azioni italiana solo se è in possesso di un visto di ingresso e prova di essere "stabilmente dimorante" in Italia. Infatti, lo straniero - se munito di visto di ingresso - è comunque un soggetto "regolarmente soggiornante" in Italia (anche se ivi non stabilmente residente), il quale sarà inoltre entro breve dotato di permesso di soggiorno, senza che per questo rilevi la stabile dimora in Italia.

In secondo luogo, attesa la natura "multifunzionale" del permesso di soggiorno (il cui titolo può essere mutato dallo straniero successivamente all'ottenimento) (18), è evidente l'irrelevanza della ra-

Note:

(13) Cfr. Baralis, *I diritti civili dello straniero tra il principio di reciprocità di cui all'art. 16 preleggi e la disciplina di cui alla legge 6 marzo 1998 n. 40*, cit., 3, in nota.

(14) Così Parente, *L'assetto normativo dei diritti fondamentali della persona tra status civitatis e posizione di migrante: le suggestioni della "condizione di reciprocità"*, cit., 1113-1114. Circa l'incompatibilità della condizione di reciprocità con la vigente normativa italiana in tema di immigrazione v. anche Mirate, *Natura multifunzionale del permesso di soggiorno e condizione di reciprocità*, cit., 419.

(15) Con riferimento a tale norma, la dottrina ha affermato che «l'art. 16 delle preleggi non trova applicazione nell'ambito della condizione giuridica dello straniero regolarmente soggiornante sul territorio nazionale, cui è riconosciuto il pieno godimento dei diritti civili»: così Cianci, *Soggetto straniero e attività negoziale - Il principio di reciprocità e la sua dimensione attuale nel diritto privato*, cit., 201-202.

(16) Così Cianci, *Soggetto straniero e attività negoziale - Il principio di reciprocità e la sua dimensione attuale nel diritto privato*, cit., 202. *Contra* v. Scozzoli, "Regolarità del soggiorno" dello straniero e accertamento del notaio: è l'auspicato tramonto della reciprocità?, in *Notariato*, 1999, 344 ss.

(17) Così Zanrosso, *Diritti e doveri degli immigrati*, Napoli, 2009, 125.

(18) V. ad esempio Cons. Stato 25 maggio 1998, n. 866, in *Giur. it.*, 1999, 417.

gione dell'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato (per turismo, per lavoro, per visite) ai fini dell'esercizio dei diritti civili da parte sua. Alla luce delle norme italiane sull'immigrazione, infatti, l'esercizio di tali diritti deve essere riconosciuto a qualunque straniero "regolarmente soggiornante" in Italia, senza riguardo al titolo sulla cui base esso è entrato nel nostro paese.

Reciprocità e accesso da parte di brasiliani non residenti alla carica di amministratori di società per azioni italiane

Già quanto alle premesse, quindi, la soluzione ritenuta dai conservatori di Parma e Milano non è condivisibile. A questo errore iniziale se ne somma un secondo che attiene al modo in cui nello specifico è stata valutata l'insussistenza della reciprocità con riferimento ai cittadini stranieri che hanno dato origine alla vicenda.

È pacifico che, ai sensi dell'art. 16, la condizione di reciprocità è soddisfatta quando la legge di uno Stato straniero, nell'attribuire un diritto, preveda che «tale diritto, nella misura in cui sia esercitabile nello Stato straniero, lo sia anche da parte dei nostri cittadini senza discriminazioni» (19). La condizione di reciprocità è pertanto soddisfatta laddove la legislazione straniera «non discrimini» il cittadino italiano rispetto al cittadino locale e, quindi, garantisca al cittadino italiano i medesimi diritti del cittadino locale, senza che rilevino le concrete «modalità di esercizio» di tali diritti, che ben possono essere diverse nella legge straniera rispetto a quanto previsto dal diritto italiano (20).

Ne consegue che - a prescindere dalle considerazioni svolte sopra - quand'anche fosse richiesta dall'ordinamento italiano, la condizione di reciprocità sarebbe pienamente soddisfatta con riferimento alla nomina di cittadini brasiliani non residenti in Italia nel consiglio di amministrazione di una società per azioni italiana. Ciò in quanto, dall'analisi del diritto brasiliano, che è essenziale per l'accertamento della condizione di reciprocità, emerge senza possibilità di dubbio che un cittadino italiano non residente in Brasile avrebbe titolo per essere nominato amministratore di una società per azioni brasiliana.

In diritto brasiliano la questione è regolata dal combinato disposto degli artt. 138 e 146, L. 15 dicembre 1976, n. 6.404 sulle società anonime (di seguito per brevità la Legge Brasiliana). In particolare:

a) Le società anonime brasiliane (sostanzialmente assimilabili alle società per azioni italiane) posso-

no essere amministrate (i) congiuntamente da un consiglio di amministrazione (*conselho de administração*) e da un consiglio di gestione (*diretoria*) ovvero (ii) esclusivamente da un consiglio di gestione (*diretoria*): v. art. 138 della Legge Brasiliana.

b) Il *conselho de administração* ha funzioni deliberative e i propri membri non hanno né la rappresentanza della società né poteri esecutivi, e ciò a differenza dei membri della *diretoria*, i quali sono invece amministratori esecutivi (v. art. 138, par. 1, della Legge Brasiliana).

c) L'art. 146 della Legge Brasiliana prevede che: (i) i membri del *conselho de administração* debbano essere azionisti della società, mentre (ii) i membri della *diretoria* debbano essere residenti in Brasile.

L'analisi del diritto brasiliano conferma che nei casi in esame sussiste la reciprocità in quanto:

(i) un cittadino italiano non residente in Brasile potrebbe essere membro del *conselho de administração* di una società anonima di diritto brasiliano;

(ii) i membri del consiglio di amministrazione di una società italiana non dotati né di poteri esecutivi né di poteri di rappresentanza sono assimilabili - secondo le categorie del diritto brasiliano - ai semplici membri del *conselho de administração* e non già a quelli della *diretoria* (21);

(iii) il requisito della residenza in Brasile (che peraltro non discrimina i cittadini stranieri, in quanto è applicabile anche ai cittadini brasiliani) sussiste

Note:

(19) Così, per tutti, Giardina, Sub art. 16, cit., 11.

(20) Cfr., *ex multis*, Cass. 10 febbraio 1993, n. 1681, *Dejure.it*; Cass. 1 marzo 1984, n. 1442, *ivi*; App. Roma 22 febbraio 1989, in *Riv. not.*, 1989, II, 1201; App. Trieste 19 febbraio 1983, in *De-Jure.it*; Trib. Roma 30 agosto 1989, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, 734.

(21) A questo riguardo non è condivisibile l'impostazione di Busani - Molinari, *Condizione di reciprocità*, cit., 169 ss., secondo cui, poiché in diritto italiano la rappresentanza della società spetta al consiglio di amministrazione, ciascun membro di quest'ultimo sarebbe assimilabile non a un componente del *conselho de administração*, ma a un componente della *diretoria* di una società anonima brasiliana. Tale impostazione procede infatti da un'indebita assimilazione della disciplina della rappresentanza nelle società per azioni a quella delle società a responsabilità limitata (art. 2475 *bis*) la quale in effetti - ma a differenza di quella prevista dall'art. 2384 c.c. per le s.p.a. - conferisce rappresentanza generale a tutti gli amministratori. Infatti, nelle società per azioni (per le quali l'art. 2384 c.c. prevede che: «Il potere di rappresentanza attribuito agli amministratori dallo statuto o dalla deliberazione di nomina è generale») il potere di rappresentanza è «generale», non già per tutti gli amministratori per il solo fatto di essere nominati membri del Consiglio (come nelle s.r.l.), bensì soltanto per quelli a cui la rappresentanza è stata conferita dallo statuto sociale o dalla deliberazione di nomina, con la conseguenza che i singoli componenti del consiglio di amministrazione di una s.p.a. italiana non hanno alcun potere di rappresentanza della società, al pari dei membri del *conselho de administração* e a differenza dei componenti della *diretoria*.

solo per i membri della *diretoria* e non già per quelli del *conselho de administração*.

È pertanto pacifico che - quand'anche fosse ancora in vigore la condizione di reciprocità prevista dall'art. 16 - un cittadino brasiliano non residente in Brasile potrebbe assumere la carica di consigliere di amministrazione (non esecutivo) di una società per azioni italiana.

Questa conclusione non è posta in discussione da alcuna altra norma della Legge Brasiliana relativa all'assunzione della carica di membro del *conselho de administração* di una società anonima brasiliana. In particolare:

A) non rileva l'art. 146 della Legge Brasiliana, ai sensi del quale i membri del *conselho de administração* devono essere azionisti della società. Tale norma è infatti indistintamente applicabile sia ai cittadini brasiliani sia ai cittadini stranieri che vogliono assumere la carica di membri del *conselho de administração*. Essa non «discrimina» quindi gli stranieri (e, in particolare, i cittadini italiani) e quindi non pone alcun problema sotto il profilo della reciprocità di trattamento del cittadino italiano rispetto al cittadino brasiliano;

B) neppure rileva l'art. 146, par. 2, della Legge Brasiliana, ai sensi di cui i membri del *conselho de administração* residenti o domiciliati all'estero devono nominare un proprio domiciliatario residente in Brasile per ricevere eventuali notifiche. In primo luogo, in diritto brasiliano il mancato rispetto di tale norma non osta all'assunzione della carica di amministratore da parte di un soggetto che non abbia nominato un domiciliatario in Brasile né comporta la decadenza di tale soggetto dalla carica di amministratore. In ogni caso, l'art. 146, par. 2, della Legge Brasiliana disciplina semplicemente una «concreta modalità di esercizio» del diritto in questione, la quale non può essere assunta ad elemento per determinare un'ipotetica discriminazione ai danni del cittadino italiano all'estero rilevante ai fini della reciprocità (22).

L'irrilevanza delle dichiarazioni del Ministero degli Esteri

Alla conclusione secondo cui nella fattispecie sussiste la reciprocità, con la conseguenza che il cittadino italiano ha titolo per diventare membro del consiglio di amministrazione di una società per azioni brasiliana indipendentemente dalla residenza, non si potrebbe opporre neppure la dichiarazione che per lungo tempo è erroneamente comparsa sul sito internet del Ministero degli Esteri italiano.

Con riferimento alla condizione di reciprocità con il Brasile su tale sito fino a poco fa si leggeva che «Per l'assunzione delle cariche sociali [*da parte di un cittadino brasiliano in società italiane*] è necessaria la residenza in Italia». Come risulta da quanto precede, tale affermazione - peraltro sprovvista di qualsiasi motivazione - si fonda su un palese errore. Il compilatore del sito ha infatti ommesso di distinguere tra la posizione degli amministratori esecutivi (assimilabili ai componenti della *diretoria*) e quella degli amministratori non esecutivi (assimilabili ai componenti del *conselho de administração*). Inoltre, esso non considera che il requisito della residenza in Brasile, richiesto per i soli componenti della *diretoria*, non discrimina i cittadini stranieri visto che li equipara ai cittadini locali e, pertanto, non impedisce il verificarsi della condizione di reciprocità.

La dichiarazione del Ministero degli Esteri in ordine alla sussistenza della reciprocità non ha sicuramente valore costitutivo né può avere valore vincolante in sede di applicazione dell'art. 16. Ciò non solo è riconosciuto dallo stesso Ministero (23). Soprattutto, è esplicitamente riconosciuto dalla giurisprudenza, la quale ha ritenuto di poter disapplicare il parere negativo del Ministero degli Esteri circa la sussistenza della reciprocità in un caso riguardante la Cina (24).

Questa conclusione discende ad ogni modo dai principi generali in tema di conoscenza ed applicazione da parte del giudice del diritto straniero, il quale notoriamente nel nostro ordinamento è diritto e non fatto. Come sancito dall'art. 14, L. n. 218/1995 (senz'altro applicabile anche in materia di reciprocità) (25), il giudice è tenuto ad accertare d'ufficio il contenuto del diritto straniero. A tal fine esso può avvalersi degli strumenti che ritiene opportuni (fra i quali, vale la pena sottolineare, la norma in questione non indica le dichiarazioni del Ministero degli Esteri), ivi inclusi i pareri degli esperti oltre che l'ausilio delle parti. È evidente che

Note:

(22) V. la giurisprudenza richiamata *supra*, nt. 21.

(23) In relazione alle informazioni riguardanti l'accertamento della condizione di reciprocità, sul sito Internet del Ministero degli Esteri si legge infatti il seguente *disclaimer*: «Si specifica, ad ogni buon conto, che le informazioni fornite nella presente sezione non hanno valore legale e sono da interpretare esclusivamente come indicazioni di massima».

(24) Cfr. Trib. Como 5 aprile 1994, in *Vita not.*, 1994, 620.

(25) Cfr. Cass. 24 giugno 2009, n. 14777, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2010, 717; Trib. Chieti 4 febbraio 2005, in *PQM*, 2005, 2, 76. *Contra*, in dottrina, Carbone, voce *Diritto straniero (accertamento e conoscenza)*, in Baratta (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, 2010, 155.

il giudice - ma neppure il conservatore - non è tenuto a seguire pedissequamente una posizione, come quella del Ministero degli Esteri, laddove essa sia all'evidenza erronea e in contrasto con quanto ricavabile in maniera piana già dalla semplice lettura della normativa straniera.

Le implicazioni controproducenti del diniego di reciprocità

Questa breve analisi conferma che le conclusioni dei due provvedimenti dei Conservatori del Registro delle Imprese da cui si sono prese le mosse non sono condivisibili.

Tali provvedimenti hanno in primo luogo errato nell'individuazione dei principi giuridici pertinenti. Essi hanno infatti considerato tuttora vigente la condizione di reciprocità di cui all'art. 16, che è stata invece implicitamente abrogata dal Testo Unico. Errata è anche l'interpretazione del Testo Unico secondo cui questo qualificerebbe come "regolarmente soggiornante" in Italia (e, quindi, non soggetto alla verifica di reciprocità) soltanto lo straniero munito di permesso di soggiorno e quello in possesso di visto di ingresso ma "stabilmente dimorante" in Italia, e non anche quello munito del visto turistico. Infatti, *qualunque* titolo di soggiorno regolare parifica lo straniero al cittadino italiano quanto alla capacità di diritto privato, a prescindere dalla stabile residenza sul territorio dello Stato.

Oltre ad avere errato nell'individuazione dei principi giuridici che informano la materia, i provvedimenti in esame hanno anche errato nel modo in cui hanno valutato in concreto l'insussistenza della reciprocità rispetto al Brasile. È possibile che questa conclusione sia stata influenzata in parte anche da una deferenza ingiustificata alle non corrette affermazioni contenute nel sito del Ministero degli Esteri.

L'aspetto più preoccupante della vicenda risiede però nelle implicazioni di carattere generale. L'insistenza nel considerare ancora in vigore la condizione di reciprocità, anche malgrado i chiari elementi ermeneutici contrari, accoppiata con un'applicazione palesemente erronea del principio con riferimento alla fattispecie concreta, non può che deporre in maniera molto negativa sull'immagine dell'Italia nel panorama internazionale. È noto che questa immagine si è molto deteriorata nel tempo, e che oggi all'estero il nostro paese viene sempre più percepito come estremamente inefficiente anche, seppur non solo, per il suo sistema giuridico del tutto inadatto ai tempi attuali. Ciò contribuisce all'ormai

evidente marginalizzazione del paese sulla scena internazionale, acuendone la mancanza di competitività ed incidendo in modo negativo sui flussi di investimenti esteri già carenti anche per altri motivi.

Guardando poi al caso concreto, in una fase di estrema dinamicità del Brasile che si appresta a diventare un importante esportatore di capitali, una decisione che impedisca ai cittadini brasiliani di diventare amministratori in una società italiana appare come minimo poco illuminata e controintuitiva, visti gli indubbi riflessi negativi sulla prospettiva che l'Italia venga scelta come destinazione di investimenti stranieri.

Anche di fronte al probabile protrarsi dell'inerzia del legislatore in relazione all'esplicita abrogazione dell'art. 16, vi sono più che sufficienti elementi che consentono a tutti gli interessati - ed in particolare ai conservatori dei registri delle imprese ed ai giudici - di applicare le regole in modo corretto e consona alle esigenze complessive del paese. Una responsabilità particolare a questo riguardo incombe altresì sul Ministero degli Esteri che, quanto meno, deve assicurarsi che le informazioni pubblicate sul suo sito siano corrette e inquadrare nella giusta prospettiva.