

# CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

**Studio 1185/3**

## **Le società nel nuovo diritto internazionale privato**

*Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 15 ottobre 1996*

1. Non pare dubbio, almeno ad una prima impressione, che l'art. 25 della legge 218/1995 si collochi in una prospettiva fondamentalmente tradizionale ed adotti un approccio soprattutto rivolto ai temi che per lungo tempo hanno caratterizzato il dibattito sul diritto internazionale privato delle società.

Ciò risulta chiaro fin dalla stessa scelta, discussa ed in effetti discutibile<sup>1</sup>, di formulare una regola (quella del primo periodo del primo comma della disposizione) formalmente *bilaterale*: la quale quindi, salva l'immediata correzione introdotta con il secondo periodo dello stesso primo comma, sembra voler considerare su un piano di «equivalenza» il diritto interno e quello straniero, volersi in tal modo ancora ispirare ad una sorta di «neutralità» della disciplina internazionalprivatistica.

Giova però subito avvertire che comunque, anche se questa esplicita intenzione sistematica del legislatore si potesse effettivamente ritenere tradotta nella concreta realtà normativa, sarebbe eccessivo dedurne un pieno disconoscimento del significato invece «politico» delle scelte internazionalprivatistiche in materia di società<sup>2</sup>. Basta pensare in proposito non solo al diverso trattamento che lo stesso primo comma della disposizione istituisce per il diritto interno rispetto a quello straniero, ma anche, su un piano più generale, alla disciplina ora dettata dall'art. 13 della leg-

---

<sup>1</sup> V. per esempio le contrapposte posizioni di R. LUZZATTO e P. PICONE, *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano*, Milano, 1986, rispettivamente a p.428 e p.539 s.; cfr. pure, per un'equilibrata valutazione di questo dibattito, T. BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, IX, 1, Torino, 1994, p. 33 ss.

<sup>2</sup> Per alcuni cenni sul punto mi permetto rinviare al mio *Appunti sul «riconoscimento» delle società costituite all'estero*, Milano, 1982, p. 5 ss.; cfr. anche, sul generale processo di «politicizzazione» del diritto internazionale privato, i cenni nel mio «*Consegna» e «proprietà» nella vendita internazionale*, Milano, 1979, p. 73 ss.; e, evidenziando quel significato «politico» ed il suo ruolo nel processo di riforma che ha condotto alla legge 218/1995, A. DAVI', *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, in *La riforma del diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1994, p. 45 ss.

ge 218/1995 per l'ipotesi di *rinvio*: una disciplina la quale, seppur in limiti ancora da esplorare <sup>3</sup>, riconosce uno spazio al *Geltungswillen* degli ordinamenti interessati dalla vicenda conflittuale, quindi ai loro *governmental interests*.

Ma anche per quanto concerne la scelta del «criterio di collegamento» l'art. 25 pare porsi nel solco della tradizione. Esso infatti è chiaramente ispirato al dibattito ormai classico tra quelle che generalmente (e, forse, genericamente) si designano come *Gründungstheorie* e *Sitztheorie*: un dibattito cui si sono riferiti anche altri legislatori moderni <sup>4</sup> e che si è manifestato nel corso stesso dei lavori preparatori della nostra legge <sup>5</sup>.

Si trattava in sostanza della nota alternativa tra un approccio sostanzialmente «difensivo» delle scelte politiche cui si ispira il singolo ordinamento (approccio alla base fondamentalmente della *Sitztheorie* e che con essa tende ad eliminare il problema stesso delle *pseudo-foreign corporations*) ed un altro invece «espansivo», quello appunto che si esprimerebbe nella *Gründungstheorie*, il quale anzi, se considerato in una dimensione internazionale, si traduce in un rapporto di concorrenzialità tra gli ordinamenti ed in tal modo in un ampliamento delle possibilità di scelta per i privati <sup>6</sup>. E la soluzione accolta, corrispondente del resto a quanto già autorevolmente sostenuto nell'interpretazione degli artt. 2505-2509 cod. civ.<sup>7</sup> si caratte-

---

<sup>3</sup> Meritano forse infatti di essere segnalati due problemi interpretativi che penso tale disposizione potrà porre: il problema se il diritto dello Stato la cui «accettazione» si richiede per l'operatività del rinvio sia quello del primo a favore del quale esso viene effettuato oppure del primo nel quale tale «accettazione» può riconoscersi; ed il problema se il rinvio rilevante è quello soltanto operato da disposizioni formalmente di diritto internazionale privato oppure anche quello desumibile da regole «materiali». Due problemi i quali, come evidente, riguardano i limiti operativi della tecnica cui si accenna ed in tal modo delle stesse ragioni «politiche» alla sua base.

<sup>4</sup> E' così consueto ricordare da un lato, nel senso della *Sitztheorie*, il § 10 del *IPR-Gesetz* austriaco del 15 giugno 1976 e dall'altro, nel senso della *Gründungstheorie*, l'art. 154 della legge svizzera del 18 novembre 1987.

<sup>5</sup> Noto è infatti come i due criteri siano stati ampiamente discussi nel corso di tali lavori preparatori e come in effetti solo a seguito di un emendamento parlamentare sia stata adottata l'attuale soluzione dell'art. 25.

<sup>6</sup> Si tratta di aspetti ben noti e sui quali non sembra quindi necessario insistere; v. comunque, per una loro recente sintesi, C.T. EBENROTH-U.MESSER, *Das Gesellschaftsrecht im neuen schweizerischen IPRG*, in *Zeit. schweiz. Recht*, 108 (1989), 49; cfr. pure, per una posizione estrema che da quel rapporto di concorrenzialità (nel caso su un piano interstatale) deduce l'assenza di regole inderogabili nel diritto societario, R. ROMANO, *Answering the Wrong Question: the Tenuous Case for Mandatory Corporate Laws*, in *Columbia Law Rev.*, 89 (1989), 1597.

<sup>7</sup> E' questa l'opinione che, largamente diffusa, è stata soprattutto sostenuta da A. SANTA MARIA: v. di recente la sintesi in *Società VII) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1993.

rezza appunto per un compromesso in virtù del quale la regola «bilaterale» adottata riproduce fundamentalmente i dettami della *Gründungstheorie*, mentre alle esigenze «difensive» caratteristiche della *Sitztheorie* viene riconosciuto rilievo al solo fine di una tutela dei valori propri della *lex fori* italiana.

Né riterrei dubbio, per quanto concerne il primo aspetto, che la soluzione corrisponda ad un più ampio processo di liberalizzazione delle attività economiche internazionali: basta pensare in proposito alle perplessità da più parti manifestate in merito alla compatibilità della *Sitztheorie* con i principi aspiratori della Unione Europea<sup>8</sup> e, in certo modo per converso, alla coerenza politica tra l'approccio in essa adottato del *own country control* e la regola conflittuale della *Gründungstheorie*.

Anche mi pare evidente, riguardo al secondo aspetto, che non potranno non riproporsi gli interrogativi, già discussi nell'interpretazione dell'art. 2505 cod. civ.<sup>9</sup>, in merito alla reale portata della scelta «difensiva» compiuta con il secondo periodo del primo comma dell'art. 25: l'interrogativo se sia corretta una lettura totalizzante del richiamo ivi effettuato alla legge italiana o non si debba invece adottare un approccio analitico il quale tenga conto degli interessi che concretamente assumono rilievo nelle fattispecie considerate<sup>10</sup>.

2. Ma prima ancora che questi temi, in effetti tradizionali e che certamente verranno ampiamente discussi in sede applicativa, mi sembra che la nuova norma meriti attenzione per la sua collocazione sistematica: la circostanza stessa che si abbia ora una disposizione esplicita per il diritto internazionale privato delle società pone infatti immediatamente l'esigenza di precisarne i rapporti con il complesso di regole internazionalprivatistiche poste dalla legge 218/1995.

Ed è chiaro che la questione riguarda soprattutto, pur se non soltanto, i rapporti con il rinvio che l'art. 57 fa alla Convenzione di Roma per individuare la *lex*

---

<sup>8</sup> Per una considerazione generale di questi problemi può essere sufficiente rinviare, anche per ulteriori indicazioni, a C. BROGGINI, *Sulle società nel diritto internazionale privato*, in *La riforma del diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1994, p. 283 ss.

<sup>9</sup> Il problema cioè, di cui un'accurata sintesi può rintracciarsi nel lavoro di A. SANTA MARIA ricordato a nota 7, sia se possa considerarsi lecito un discorso analitico volto a considerare la concreta portata della singola norma in questione sia se possa distinguersi a seconda delle circostanze in cui si è realizzato il «contatto» con l'ordinamento italiano.

<sup>10</sup> In questo senso può essere significativa l'assenza nell'art. 25 dell'inciso che era presente nell'art. 2505 cod. civ. e che imponeva l'applicazione della legge italiana «anche per i requisiti di validità dell'atto costitutivo»: v. sul punto i cenni di G. BROGGINI nella relazione ancora inedita tenuta al Convegno in Milano del 28 ottobre 1995 organizzato dal Comitato regionale notarile lombardo; e cfr., per un tentativo di lettura della norma codicistica, il mio *Appunti*, cit., p. 82 ss.

*contractus*: il problema quindi, per molti aspetti, concernente l'interpretazione dell'art. 1, comma I, lettera e), della Convenzione di Roma stessa <sup>11</sup>.

Credo anzi che, come sempre accade, anche qui l'interrogativo posto dalla norma internazionalprivatistica valga a rendere ineludibile, e perciò più chiaro, un problema di ben più ampie dimensioni. Il fatto stesso che la *lex societatis* sia determinata secondo criteri diversi da quelli adottati per la *lex contractus* pone necessariamente l'esigenza di chiarire in che senso e sotto quali aspetti per il legislatore alla «società» ed al «contratto» corrispondono *problemi diversi*.

Evidente è infatti che, se per assurdo ciò non si volesse riconoscere, la soluzione legislativa risulterebbe priva di ogni razionalità.

Significativo è perciò che la fattispecie dell'art. 25 sia definita riferendosi a «le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa». Risulta in tal modo, dalla lettera stessa della legge, che elemento caratterizzante di tale fattispecie non è la sua appartenenza all'area dell'autonomia privata, che può appunto mancare nel caso di ente pubblico, e neppure il suo significato propriamente associativo: essa si specifica invece per quello che l'art. 25 definisce il suo essere *ente*.

Cosa poi ciò possa voler dire dipende evidentemente da opzioni generalissime dell'interprete. Sembra certo in ogni caso che non ci si possa in proposito riferire allo schema formale della personalità giuridica: esso è certamente impraticabile in una dimensione internazionale, e quindi comparatistica <sup>12</sup>, e condurrebbe in effetti ad una riduzione degli spazi applicativi della norma assolutamente inspiegabile rispetto a quelli che erano propri del previgente art. 2505 cod. civ. <sup>13</sup>. Sembra anche certo, in termini positivi, che la norma voglia in tal modo alludere ad un significato *metaindividuale* della fattispecie, vale a dire dei problemi che con essa si pongono per l'ordinamento.

---

<sup>11</sup> Sul punto cfr. soprattutto T. BALLARINO-A. BONOMI, *Materie escluse dal campo di applicazione della Convenzione di Roma*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. II. Limiti di applicazione*, a cura di T. BALLARINO, Milano, 1994, p. 87 ss.

<sup>12</sup> Basta, per convincersi di ciò, pensare alla diversa utilizzazione che gli ordinamenti fanno della «personalità giuridica» per le società di persone.

<sup>13</sup> Disposizione la quale certamente prescindeva dal dato formale della personalità giuridica: e v., per una prima indicazione in merito alla sua portata applicativa, il mio *Società costituite o operanti all'estero*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1993; cfr. anche, per altre utili indicazioni sul punto accennato, P. SPADA, «Violazione e falsa applicazione dell'art. 2507 c. c.»: in difesa delle Anstalten, in *Riv. dir. civ.*, 1977, 11, 465; e C. BIGNAMI, *Riconoscimento e trattamento delle società straniere nell'ordinamento italiano: considerazioni sul significato del termine «società»*, in *Riv. società*, 1980, 121.

Osserverei anzi che a questo fine neppure rileva il *nomen* di «società». Non rileva cioè che in tal modo possa qualificarsi una determinata fattispecie, ma soltanto che essa ponga problemi su quel piano metaindividuale, non quindi semplicemente per la disciplina dei rapporti interindividuali tra i soci: essi, come avverrebbe in una *societas* di tipo romanistico, non presentano difficoltà a venir risolti sulla base della *lex contractus* e non richiedono in effetti un trattamento speciale come quello predisposto dal nostro art. 25.

Se così è, ne risulta una prospettiva largamente coincidente con quella esplicita nell'art. 150 della legge svizzera del 18 novembre 1987: una disposizione, del resto richiamata anche per la lettura del progetto che ha preceduto la nostra legge 218/1995,<sup>14</sup> la quale espressamente definisce le «società» come *organisierte Personen-zusammenschlüsse e organisierte Vermögenseinheiten* e che appunto per quelle prive di «organizzazione» rinvia alla *lex contractus*.

Pare chiaro in tal modo, se non m'inganno, che la nozione di «organizzazione» sia utilizzata al fine di selezionare ciò che, non esaurendosi sul piano dei rapporti interindividuali fra le parti, assume in effetti un significato metaindividuale e giustifica così, di conseguenza, un trattamento diverso rispetto a quello destinato al «contratto».

Ed in questo senso riterrei, pur dovendo confessare di essere influenzato da pregiudizi di ordine generale,<sup>15</sup> che le esemplificazioni contenute sia nel nostro art. 25 sia nell'art. 1, lettera e), della Convenzione di Roma, convergono nel caratterizzare quel significato metaindividuale per la presenza di *regole di azione*, regole quindi che non implicano, o non implicano soltanto, doveri di comportamenti per le parti, ma riguardano essenzialmente i modi in cui i comportamenti compiuti vengono imputati: regole quindi di imputazione.

E' ciò, penso, che spiega una soluzione internazionalprivatistica *ad hoc*; così come una soluzione internazionalprivatistica *ad hoc* è adottata per quel fenomeno organizzativo primordiale costituito dalla rappresentanza (art.60).

In effetti quelle esemplificazioni riguardano da un lato le esigenze da soddisfare perché quelle regole di imputazione divengano operative (così per quanto concerne la costituzione e l'estinzione dell'ente), dall'altro i modi in cui operano (e si pensi, al di là di ogni valutazione tecnica, al riferimento alla «capacità» ed alla

---

<sup>14</sup> E v. infatti lo spunto di G. BROGGINI, *Sulle società*, cit., p. 292 s.

<sup>15</sup> Il pregiudizio cioè che proprio nella «organizzazione» ritiene di caratterizzare quel significato metaindividuale e di distinguerlo dalle vicende (soltanto) «contrattuali»: per una sintesi di questo orientamento generale mi permetto rinviare al mio *Società per azioni e in accomandita per azioni*, in *Enc. del dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, p. 977.

rappresentanza dell'ente), dall'altro ancora i loro termini di riferimento soggettivi e le conseguenze che comportano per coloro che all'azione dell'ente partecipano.

3. Se queste considerazioni possono condividersi, ne risultano una serie di implicazioni, anche operative, a mio parere di non trascurabile importanza per l'interpretazione del nostro art. 25. Ne risulta in particolare che la disciplina ivi dettata deve essere considerata utilizzabile *in quanto*, ma allora anche nei limiti in cui, sia riconoscibile l'emersione dei valori e dei problemi metaindividuali cui si è appena accennato.

Ciò assume in primo luogo rilievo riguardo a quella nozione di «costituzione» dell'ente che è considerata (direi: significativamente) dalla norma sia al fine di definire il criterio di collegamento utilizzato sia per individuare uno dei temi di competenza della legge cui si rinvia.

Il profilo coinvolge nuovamente i rapporti sistematici tra *lex contractus* e *lex societatis*; e lo coinvolge in quanto impone di chiedersi quali relazioni intercorrano tra il «contratto» e la «costituzione» della società. Esso, nella prospettiva qui adottata, può essere risolto ritenendo il primo rilevante ai fini dell'art. 25 *in quanto* momento in cui si esprimono e sono riconoscibili i valori metaindividuali che caratterizzano il senso della norma, non per gli altri suoi eventuali significati che riguardano soltanto i rapporti interindividuali fra le parti.

Né si tratta di una prospettiva priva di precedenti in altri settori dell'esperienza internazionalprivatistica. Si pensi soltanto al modo tradizionale di delineare i rapporti tra *lex contractus* e *lex rei sitae*: con esso il significato del contratto di scambio al fine del prodursi dell'effetto traslativo viene ravvisato ricercando nella prima la sua portata di *titulus* e nella seconda di *modus acquirendi*<sup>16</sup>. Non mi parrebbe sorprendente che analogamente, ai nostri fini, nel contratto di società si distingua tra quanto effettivamente contribuisce alla sua «costituzione» e quanto tale ruolo in realtà non svolge.

La prospettiva mi sembra anzi agevole quando si tratta di «enti», come nel sistema societario le società di capitali, la cui «costituzione» richiede fatti ulteriori rispetto all'attività contrattuale delle parti: un «riconoscimento» da parte dell'autorità pubblica oppure, almeno, l'attuazione di appositi meccanismi pubblicitari. In questi casi riterrei possibile (ma in effetti: necessario) distinguere tra quanto del contratto

---

<sup>16</sup> Per una approfondita discussione dell'intera tematica cui si accenna v. G. PALERMO, *Il contratto ad effetti reali nell'esperienza del diritto uniforme*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 1983, p. 221 ss.; e C. LICINI-P. PASQUALIS, *Contratti ad effetti reali: gli atti negoziali aventi ad oggetto diritti reali*, in *La Convenzione di Roma*, 11, cit., p. 239 ss.

svolge un ruolo per la «costituzione» della società, rilevando quindi anche per il suo significato metaindividuale una volta che essa è avvenuta, e quanto invece riguarda soltanto il piano dei rapporti interindividuali e risulta perciò successivamente superato a seguito della «costituzione» stessa della società.

Il punto mi era apparso evidente di fronte a norme come quella contenuta nell'art. 2332 cod. civ. o ad altre ad essa paragonabili. Si tratta infatti di soluzioni le quali distinguono un momento nel quale permane piena l'applicabilità della generale disciplina contrattuale ed un altro in cui, costituita la società, a tale disciplina se ne sostituisce un'altra che tiene conto dei suoi problemi specifici<sup>17</sup>: soluzioni che evidenziano appunto una *diversità dei problemi* rilevanti per gli ordinamenti, diversità alla quale può essere logico far corrispondere, sul piano internazionalprivatistico, un riferimento da un lato alla *lex contractus* e dall'altro alla *lex societatis*.

Su questo piano credo del resto che si sarebbe dovuto interpretare l'art. 2505 cod. civ. quando dichiarava applicabile a società costituite all'estero la legge italiana *anche nei requisiti di validità dell'atto costitutivo*. Nel senso che non si trattava certamente in tal modo di applicare la disciplina contrattuale nazionale, bensì le regole in virtù delle quali dell'atto costitutivo viene valutata la portata per la «costituzione» ed in definitiva per la operatività della società, le regole in sostanza indicate dall'art. 2332 cod. civ.<sup>18</sup>.

Possibile è anche che debba valere il discorso reciproco: che cioè le esigenze poste dalla *lex societatis* per la «costituzione» della società non rilevino pure per la validità dell'impegno negoziale assunto dalle parti, e che quindi tale validità debba affermarsi, sulla base allora di altri criteri, anche quando quelle esigenze non sono soddisfatte. Questo potrebbe essere il caso, se si condivide un'opinione cui mi era parso di aderire, del requisito formale richiesto dal primo comma dell'art. 2328 cod. civ.<sup>19</sup>.

**4.** Senza dubbio più delicato è invece il problema con riferimento agli «enti», quali tipicamente le società personali, la cui «costituzione» non pare richiedere for-

---

<sup>17</sup> Il profilo non richiede, ai fini qui considerati, particolari illustrazioni: la disciplina dell'art. 2332 cod. civ., e quelle ad essa corrispondenti rilevabili sul piano comparatistico, impone una netta distinzione tra la fase precedente e quella successiva all'iscrizione nel registro delle imprese, ed evidenzia in particolare una prospettiva secondo la quale soltanto nella prima fase risulta in quanto tale applicabile la disciplina generale del contratto.

<sup>18</sup> Sul punto rinvio ancora al mio *Appunti*, cit., p. 89 ss.; v. pure, per uno spunto analogo, i rilievi di G. BROGGINI, nella relazione ricordata a nota 10.

<sup>19</sup> Per un tentativo di illustrare questa posizione rinvio al mio *Sulla forma del contratto preliminare di società: vent'anni dopo*, in *Giur. comm.*, 1988,11, 321.

malmente fatti ulteriori rispetto alla stipulazione contrattuale. Ci si deve per essi chiedere se effettivamente il solo «contratto» è in grado di «costituire» la società, nel senso di far emergere i valori metaindividuali sulla cui base si giustifica, per quanto qui interessa, uno speciale trattamento internazionalprivatistico.

Anche a questo proposito, in realtà, è diffusa la sensazione che si debba distinguere tra un prima soltanto «contrattuale» ed un dopo realmente «societario»; e che tale distinzione si debba impennare, mancando dati formali, sul momento di *inizio effettivo dell'attività sociale*.

E' questo infatti il momento in cui, per tacer d'altro, assumono rilievo gli interessi di terzi. E' a partire da esso che si rivelano impraticabili soluzioni restitutorie per l'ipotesi di invalidità del contratto<sup>20</sup> e che rimedi tipicamente contrattuali come quello della risoluzione vengono per così dire sostituiti da quelli societari del recesso o dell'esclusione<sup>21</sup>.

Né vi è bisogno di segnalare che questi dati, del resto ben noti, evidenziano pur essi un mutamento di prospettiva dell'ordinamento: la vicenda, in certo modo analoga a quella desumibile dall'art. 2332 cod. civ.<sup>22</sup> per cui un assetto d'interessi viene prima valutato per il suo significato soltanto contrattuale, applicandogli allora la corrispondente disciplina, e successivamente per quello societario.

Se da ciò si vogliono trarre le conseguenze sul piano internazionalprivatistico, non sarebbe azzardato dedurre che il contratto di società possa essere soggetto ad una duplice valutazione, prima alla luce della *lex contractus* poi di quella, eventualmente diversa, della *lex societatis*.

Possibile è anche che tali valutazioni non soltanto si susseguano nel tempo, ma concorrano alla determinazione del concreto risultato applicativo. Si pensi al caso in cui debba affrontarsi un problema di invalidità del contratto sociale: non riterrei sorprendente, ma anzi coerente con il concreto assetto degli interessi, che l'individuazione dei casi di invalidità debba essere condotta alla stregua della *lex contractus*, mentre poi le loro conseguenze per la società, in particolare il tipo ed i modi per la liquidazione dei rapporti attuatisi in conseguenza dell'attività sociale, siano determinate sulla base della *lex societatis*<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Cfr. in proposito le indicazioni nel mio *La società nulla*, Milano, 1975, p. 343 ss.

<sup>21</sup> Cfr. sul punto in particolare le decisive osservazioni di P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, p.343 ss.

<sup>22</sup> Significativo è tra l'altro che, ai fini cui si accenna, si tenda ad istituire un parallelismo tra iscrizione nel registro delle imprese delle società di capitali ed attuazione dell'attività sociale nelle società di persone: così per tutti K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1991, p. 131.

<sup>23</sup> Osserverei infatti che, come può risultare dal nostro sistema e da altri sul punto confrontabili, sussiste in argomento una decisiva differenza tra società di capitali e società di persone: per le prime, cioè, la

Né mi sembra che tale forma di *depeçage* possa stupire. Essa certamente deve riconoscersi quando il problema riguarda la capacità dei contraenti oppure la forma del contratto di società; nulla di strano quindi che analogo discorso possa svolgersi con riferimento anche ad altre ipotesi di patologia contrattuale, come per esempio quelle concernenti i vizi della volontà.

D'altra parte, credo superfluo sottolineare che nell'ottica qui adottata la *lex societatis* indicata nell'art. 25 della legge 218/1995 è quella vigente nel luogo ove si è effettivamente iniziata l'attività sociale, non in quello della stipulazione contrattuale. Mi convince ancora in tal senso una considerazione (per me) decisiva: che fare riferimento alla seconda non sarebbe significativo sul piano contrattuale, poiché criterio fondamentalmente estraneo a quelli ispiratrici della Convenzione di Roma, e neppure lo sarebbe per i problemi tipicamente societari, che in quanto tali si pongono solo a seguito di quella attività.

Si tratta in definitiva, come ormai chiaro, di leggere nella «costituzione» di cui discorre l'art. 25 un riferimento sostanziale al momento in cui effettivamente emergono valori (non più soltanto contrattuali, ma) metaindividuali: momento che, per il tipo di fenomenologia cui ora si accenna, non può essere colto nella sola stipulazione del contratto, ma presuppone appunto un'effettività dell'attività sociale.

Può essere anche interessante segnalare che, se ciò può condividersi, la soluzione applicativa viene in questo settore sostanzialmente a coincidere con i postulati della *Sitztheorie*. Il che, osserverei, non è poi un gran male: deve considerarsi infatti che il riferimento alla conclusione del procedimento costitutivo significa, per quanto concerne le società di capitali, una scelta politica imperniata sul momento del «controllo» da parte dell'ordinamento nel cui ambito territoriale vengono a costituirsi i valori metaindividuali tipici del fenomeno societario; coerente può essere allora che, quando al procedimento costitutivo sono estranei interventi di tipo pubblicistico, tale «controllo» sia affidato all'ordinamento ove quei valori metaindividuali effettivamente si realizzano.

5. Del resto l'art. 25 si riferisce alla «legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione». Il che, se può forse confermare quanto appena osservato, pone per un altro verso l'esigenza di considerare i problemi

---

disciplina della invalidità è interamente modellata sulle esigenze societarie, nel senso che esse determinano sia la rilevanza dei diversi «vizi» sia le conseguenze che ne derivano per la persistenza della società; per le seconde, invece, l'individuazione di tali «vizi» corrisponde al sistema generale del contratto, mentre il problema poi delle conseguenze che ne derivano per la società è, direi inevitabilmente, influenzato dalla sua struttura e dai valori che in essa riconosce l'ordinamento.

che possono porsi nell'ipotesi in cui tale «perfezionamento» non sia concretamente avvenuto, ma ciò nonostante l'attività sociale si sia di fatto (ed eventualmente in un altro ambito territoriale) svolta.

Si tratta della questione che anche presso di noi è consueto contrassegnare come quella della *Vorgesellschaft* e che si pone essenzialmente con riferimento alle società di capitali: per esse infatti è tipico dei diversi ordinamenti prevedere specifiche [ma tra loro poi, in realtà, tutt'altro che coincidenti <sup>24</sup>] discipline per l'ipotesi di atti compiuti in nome della società prima della sua definitiva «costituzione», in concreto prima che sia avvenuto l'intervento pubblicistico e/o pubblicitario in virtù del quale essa può ritenersi «perfezionata».

L'ipotesi che può appunto presentarsi è quella in cui tali atti vengano compiuti in un ambito territoriale diverso da quello ove il procedimento costitutivo è destinato a «perfezionarsi»; e ci si debba quindi chiedere a quale delle due leggi potenzialmente competenti far riferimento per la loro disciplina.

Al riguardo credo che, facendo applicazione della prospettiva prima accennata, non si possa prescindere dalle soluzioni «materiali» degli ordinamenti potenzialmente interessati alla vicenda. Ciò può essere illustrato facendo riferimento alle due ipotesi che, in termini ovviamente stilizzati, possono presentarsi.

Si pensi in primo luogo all'eventualità di una società il cui procedimento di costituzione si sta svolgendo nell'ordinamento tedesco, ove la rilevanza della *Vorgesellschaft* può ritenersi fondamentale acquisita<sup>25</sup>, e la quale abbia agito invece nell'ambito di un sistema tradizionale di *common law*, che tale rilevanza tendeva invece a negare <sup>26</sup>. In tal caso, a ben guardare, prima ancora di un problema di legge applicabile si pone un interrogativo in merito al possibile «riconoscimento», da parte dell'ordinamento di *common law*, della *Vorgesellschaft* (che possiamo dire) «costituita» nel sistema tedesco.

---

<sup>24</sup> Per un'ampia ed approfondita rassegna comparatistica sul punto è ora sufficiente rinviare al lavoro di G. B. PORTALE, *Conferimenti in natura ed effettività del capitale nella «società per azioni in formazione»*, Milano, 1994.

<sup>25</sup> Per una sintesi delle posizioni sul punto nell'ordinamento tedesco, e per qualche indicazione anche dell'esigenza (non sempre adeguatamente avvertita) di distinguere tra i modi in cui la tematica si pone nei diversi tipi sociali, v. di recente M. LUTTER-P. HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz*, Köln, 1995, p. 132 ss.; e U. HEDFFER, *Aktiengesetz*, München, 1995, 156 ss.

<sup>26</sup> V. in argomento, per una considerazione comparatistica dell'evoluzione in argomento della *common law* a partire dal noto caso *Kelner v. Baxter*, K. HEINEMANN, *Pre-incorporation Transactions*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1990, p. 5 ss.; v. pure l'attuale *section 36 c* del *Companies Act, 1985*, ed in argomento R. R. PENNINGTON, *Company Law*, London, 1995, p. 106 ss.

Su questo piano non vedrei motivi per escludere siffatto «riconoscimento». Si tratta anche qui, come sempre in casi del genere, di tener conto dei valori che si sono realizzati in un ordinamento straniero<sup>27</sup>, in termini concreti dei valori metaindividuali che (ritiene la giurisprudenza tedesca) debbono già considerarsi realizzati nella *Vorgesellschaft*.

D'altra parte, per quanto concerne la disciplina applicabile, deve tenersi presente che la soluzione secondo cui invece gli atti compiuti prima della definitiva «costituzione» della società non possono ad essa imputarsi esprime fondamentalmente una scelta politica volta a tutelare il patrimonio ad essa destinato rispetto a comportamenti avvenuti prima dei controlli per tale «costituzione» necessari, in sostanza, come riteneva la giurisprudenza tedesca prima degli approdi interpretativi cui è successivamente pervenuta, un *Vorbelastungsverbot*<sup>28</sup>. Sicché non vi è motivo per tutelare quel patrimonio, quando in effetti l'ordinamento ove esso è destinato a costituirsi tale tutela rifiuta o comunque la ricerca secondo altre modalità tecniche<sup>29</sup>.

Ma si consideri il caso inverso a quello appena prospettato. Anche in tale ipotesi, a ben guardare, sembra logico far riferimento alla legge secondo cui si svolge il procedimento di costituzione della società e non quindi a quella del luogo di compimento dell'atto in questione: la prima infatti, che nell'ipotesi considerata si ispira a quelle esigenze di tutela, non potrebbe vederle disattese senza poi che ne derivi una lesione di interessi che essa invece intende salvaguardare e che, in ultima analisi, la caratterizzano per il significato che poi assumerà quale *lex societatis*<sup>30</sup>; la

---

<sup>27</sup> Per una prima considerazione della tematica generale rinvio al mio *Appunti*, cit., e, per un più ampio approfondimento, a T. BALLARINO, *La società per azioni*, cit.

<sup>28</sup> Ed è appunto per il superamento di tale regola giurisprudenziale che si caratterizza l'attuale stadio di evoluzione dell'ordinamento tedesco: v. l'ormai storica decisione del *Bundesgerichtshof*, 9 marzo 1981, pubblicata tra l'altro in *NJW*, 1981, 1973.

<sup>29</sup> A seguito infatti della decisione ricordata nella nota precedente tale tutela è ora ricercata dalla giurisprudenza tedesca mediante l'affermazione di una *Differenzhaftung* a carico dei soci: v. in tema, anche per un'illustrazione delle difficoltà applicative che ne conseguono, K. SCHMIDT, *Unterbilanzhaftung - Vorbelastungshaftung - Gesellschafterhaftung*, in *Zeit. ges. Handelsrecht*, 156 (1992), 93.

Non vi è bisogno d'altra parte di sottolineare il carattere meramente esemplificativo dell'ipotesi prospettata nel testo: se veramente s'intendesse invece fornire per essa una concreta soluzione applicativa, sarebbe invece naturalmente necessario interrogarsi sia in merito al ruolo attuale per la *common law* della regola *Kelner v. Baxter* (e v. l'analisi di K. HEINEMANN nel saggio ricordato a nota 26) sia in merito al ruolo che potrebbe svolgere la *section 2* delle *Foreign Companies (execution of Documents) Regulations 1994*, ove la *section 36 c*, del *Companies Act, 1985*, è dichiarata applicabile alle «*companies incorporated outside Great Britain*».

<sup>30</sup> Sembra chiaro infatti, ad esempio, che un sistema il quale si ispirasse a soluzioni tipo quel *Vorbelastungsverbot* si spiega fondamentalmente per l'esigenza di tutelare in tal modo l'integrità patrimoniale

seconda, d'altra parte, potrebbe giustificare la propria applicazione solo postulando la rilevanza di una struttura societaria che come tale invece non rileva nel proprio ordinamento di «costituzione», una sorta di «riconoscimento» di valori stranieri che nell'ordinamento straniero stesso di origine non sussistono <sup>31</sup>.

Vi è anche da considerare che applicare nel caso ipotizzato la seconda legge comporterebbe difficoltà operative forse insuperabili. Basta in proposito considerare che, adottata in ipotesi la seconda soluzione, sorgerebbe inevitabilmente un conflitto tra la *lex societatis*, che costituita la società esclude l'imputazione ad essa degli atti prima compiuti, e la *lex loci actus* che li avrebbe invece regolati nel presupposto della possibilità (o addirittura necessità) di tale imputazione.

Pure è chiaro che la soluzione proposta muove dalla premessa, in effetti confermata dall'indagine comparatistica, che tra i valori rilevanti per la disciplina della *Vorgesellschaft* non vi sia quello dell'affidamento dei terzi <sup>32</sup>: perciò non è significativo il luogo di compimento dell'atto, bensì l'ordinamento nel cui ambito la società «costituendo» è destinata ad operare. Anche tale disciplina riguarda, su un piano in certo senso preliminare, gli interessi che l'ordinamento vuole tutelare rispetto alla società «costituita».

6. Osserverei quindi, se questi rilievi possono condividersi, che il «perfezionamento» del procedimento di costituzione di cui all'art. 25 deve intendersi in realtà come riferimento al luogo ove si realizzano, divenendo quindi riconoscibili anche all'esterno, i valori metaindividuali dei quali stiamo discorrendo; non significa invece, o meglio non significa necessariamente ed esclusivamente, il rinvio a meccanismi formali.

Anche su un altro piano, penso, deve superarsi quello che potrebbe ad una prima suggestione sembrare suggerito dalla formulazione letterale della disposizione. Mi riferisco all'interrogativo se effettivamente essa, stabilendo un collegamento

---

della società una volta costituita; un'esigenza che risulterebbe allora pregiudicata applicando una diversa disciplina agli atti compiuti prima di tale costituzione.

<sup>31</sup> Si tratterebbe, infatti, di riconoscere una *Vorgesellschaft* che non è invece come tale riconosciuta nel suo ordinamento di origine. Il che significherebbe in certo qual modo porsi nella linea di pensiero, che sembra in effetti superata, secondo la quale il «riconoscimento» delle persone giuridiche straniere sarebbe in realtà il risultato di una diretta attribuzione della personalità stessa da parte dell'ordinamento interno: v. così G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1959, p. 85 s.

<sup>32</sup> Una constatazione la quale, se non m'inganno, risulta immediatamente dal rilievo trattarsi di fattispecie le quali, sul piano stesso effettuale, si caratterizzano per la mancata realizzazione di fatti di pubblicità legali, fatti rispetto ai quali non pare quindi corretto ipotizzare un'esigenza di tutela dell'affidamento dei terzi.

con l'ambito territoriale in cui «è stato perfezionato il procedimento di costituzione», impone di cristallizzare la *lex societatis* in relazione a tale momento storico oppure non consente, come sembrerebbe più adeguato alla materia considerata, una visione dinamica ed evolutiva.

Il punto si coglie mediante un confronto tra due «teorie» che, per lo più accostate nell'analisi dottrinale, è tradizionale considerare nella ricerca della *lex societatis*: quella della «costituzione» e l'altra della «sede legale»<sup>33</sup>. Esse in effetti possono condurre a risultati applicativi tendenzialmente coincidenti; ciò in quanto è costante la regola che per la competenza riguardo al procedimento di «costituzione» fa riferimento alla sede statutariamente prevista. Chiaro è però con la seconda non si individua più un dato statico, bensì dinamico e quindi suscettibile di mutare nel tempo.

L'alternativa è in sostanza se debba farsi riferimento ad un fatto nella sua storicità oppure ad una situazione in quanto *attuale*, se si vuol dire all'ordinamento cui la società attualmente appartiene.

Merita anzi di essere segnalato che un'indicazione letterale nel secondo senso può essere ricavata, se non m'inganno, dall'art. 154 della ricordata legge svizzera del 1987 quando, nell'individuare la legge applicabile alle società si riferisce «*dem Recht, nach dessen Vorschriften sie organisiert sind*».

Né riterrei difficile giungere ad analogo risultato anche nell'interpretazione del nostro art. 25. Decisivo mi sembra al riguardo quanto previsto dal terzo comma della disposizione: se infatti l'efficacia dei trasferimenti di sede in altro Stato presuppone la loro conformità alle leggi di entrambi gli Stati interessati, ciò non può voler dire altro che muovere dalla premessa secondo cui con tali trasferimenti si realizza un mutamento della *lex societatis*; è tale mutamento della legge applicabile a far sorgere il problema, per molti aspetti classico ed al quale si guarda discorrendo di quella «efficacia», in merito alla possibilità oppure no che la vicenda si realizzi senza soluzioni di continuità e quindi senza la dispersione dei valori societari già operanti nell'ordinamento di origine della società<sup>34</sup>.

Se così è, risulta conseguenziale (ed a ben guardare ovvio) osservare che in effetti il criterio di collegamento utilizzato dall'art. 25 non è quello storico della «costituzione», bensì l'altro, potenzialmente durevole, della sede della società.

Sotto questo aspetto, anzi, si potrebbe pure rilevare che ne risulterebbe attenuata, almeno da un punto di vista concettuale, la disparità di trattamento prevista

---

<sup>33</sup> V. ad esempio, per questo accostamento, T. BALLARINO, *La società per azioni*, cit., p. 11.

<sup>34</sup> Per una sintesi del noto problema cfr. ancora T. BALLARINO, *La società per azioni*, cit., p. 103 ss.

per il diritto interno e per quello straniero. Criterio utilizzato è in ogni caso quello della sede sociale, e la differenza s'impenna sulla circostanza, politicamente spiegabile, che quando entra in giuoco il diritto nazionale assume rilievo non soltanto la sede statutaria, ma anche quella effettiva, quella che l'art. 25 denomina «sede dell'amministrazione».

Né stupisce che per entrambi gli aspetti si apra l'eventualità di un mutamento dinamico della legge applicabile. Se ciò è ormai ammesso dal vigente sistema pure con riferimento alle consuete vicende contrattuali, per loro natura tipicamente legate al momento storico dell'atto di autonomia privata<sup>35</sup>, è ancora più coerente rispetto a vicende, come quelle societarie, per loro natura dinamiche e che richiedono adeguamenti alle nuove circostanze.

Ciò può ancora dirsi, secondo la prospettiva qui adottata, osservando che la tematica della *lex societatis* si puntualizza sul riconoscimento di valori metaindividuali, e che logicamente deve a tal fine farsi riferimento alla legge secondo cui *attualmente* tali valori si realizzano.

**7.** Ma questa prospettiva impone anche un'analisi concreta di quel «valori metaindividuali»; impone soprattutto che si individui il senso operativo dei *problemi* che con riferimento ad essi si pongono ed ai quali fondamentalmente il nostro art. 25 si rivolge.

Da questo punto di vista mi sembra utile distinguere, in modo di cui non mi nascondo il carattere in buona parte approssimativo, tra problemi che si pongono *esclusivamente* su un piano metaindividuale e problemi i quali, presupponendo tale significato della società, riguardano in effetti tecnicamente rapporti interindividuali.

Un esempio sicuro del primo tipo può essere individuato nelle questioni concernenti la validità delle deliberazioni sociali<sup>36</sup>. Si tratta infatti di problemi il cui significato, se considerati in quanto tali, si esaurisce in una valutazione dell'azione della società: essi tipicamente quindi richiedono di essere valutati secondo quella *lex societatis* che ne determina il valore metaindividuale.

Né vi è forse bisogno di sottolineare che analoga osservazione può farsi con riferimento a quelle vicende di costituzione, trasformazione ed estinzione cui fa riferimento la lettera c) dell'art. 25. Si tratta di vicende e di problemi nei quali la società e la sua azione sono considerate in quanto tali.

---

<sup>35</sup> Cfr. infatti l'art. 3, secondo comma, della Convenzione di Roma, ed in argomento per tutti R. PERCHINUNNO, *Appunti sulla modificabilità della legge regolatrice del contratto secondo la Convenzione di Roma*, in *La convenzione di Roma*, 11, cit., p. 253 ss.

<sup>36</sup> Questioni appunto comprese nella lettera e) del secondo comma dell'art. 25.

Un esempio del secondo tipo può essere invece rappresentato dalle questioni che riguardano la *responsabilità* per i debiti sociali. Se il modo infatti in cui essa è disciplinata costituisce uno degli aspetti in cui si manifesta il significato metaindividuale della società, neppure può trascurarsi che i problemi evocati con tale formula (della cui genericità, aggiungerei, non è possibile discutere) si pongono concretamente a seguito dell'instaurazione di rapporti con i terzi, di rapporti comunque ulteriori rispetto a quelli propriamente sociali: sicché, sembra ovvio, la soluzione applicativa non può totalmente prescindere anche dal modo in cui tali rapporti sono disciplinati.

Si potrebbe quasi dire che la disciplina «sociale» della responsabilità rappresenta in effetti un solo *frammento* di disciplina: essa opera all'interno del rapporto da cui sorge la pretesa del terzo e non può quindi non essere influenzata anche dalla sua disciplina.

Ciò mi sembra evidente quando si tratta di una responsabilità da fatto illecito: che è poi, come noto, uno degli schemi più praticati per giungere ad un *Durchgtiff od* a risultati analoghi<sup>37</sup>. Non si può escludere pertanto che anche la legge regolatrice dell'illecito concorra a definirne i criteri di imputazione ed in tal modo si rifletta sui risultati operativi cui condurrebbe un'applicazione isolata della *lex societatis*<sup>38</sup>.

Ma ciò può anche dirsi per quanto riguarda la responsabilità contrattuale. In effetti la disciplina societaria potrebbe considerarsi sotto questo aspetto, e tale appunto è stata a volte considerata<sup>39</sup>, come una sorta di clausola che implicitamente e *ex lege* viene inserita nei contratti di cui è parte la società, una clausola che regolandone la responsabilità ne regola anche le condizioni economiche. Possibile è quindi che la sua concreta portata sia influenzata dai modi in cui deve essere inter-

---

<sup>37</sup> Si pensi per esempio, al di là di ogni problema di classificazione dogmatica, al ruolo che a tal fine nell'ordinamento tedesco svolgono i §§ 823 e 826 BGB; oppure a quello che nel nostro sistema potrebbe assumere l'art. 3, ultimo comma, della legge 3 aprile 1979, n. 95.

<sup>38</sup> Si pensi per esempio al problema, attualmente oggetto di vivaci discussioni nell'ordinamento tedesco, se e quando una reticenza contrattuale del rappresentante sociale possa implicare anche la sua responsabilità personale a titolo di *culpa in contrahendo*; oppure all'altro, che con esso per molti aspetti interferisce, relativo alle circostanze ed all'estensione della responsabilità degli amministratori ex § 64, *GmbH-Gesetz*: v. per tutti la recente sintesi del tema, che si è caratterizzato anche per un vivace dibattito giurisprudenziale, di H.P. WESTERMANN-S.MUTTER, *Die Verantwortlichkeit von Geschäftsführern einer GmbH gegenüber Dritten*, in *DZWir*, 1995, 184; e, con particolare riferimento al secondo profilo, B.M. KÜBLER, *Die Konkursverschleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers nach der 'Wende' des Bundesgerichtshofs*, e R. BORK, *Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen verspäteten Konkursantrags*, in *ZGR*, 1995, rispettivamente a p. 481 ss. e p. 505 ss.

<sup>39</sup> Cfr. in particolare R.A. POSNER, *The Rights of Creditors of Affiliated Corporations*, in *Univ., Chicago Law Rev.*, 43 (1976), 499.

pretato il singolo contratto: il che, evidentemente, non può non avvenire che sulla base della *lex contractus*.

In definitiva la sensazione è che la competenza della *lex societatis* debba essere circoscritta, per quanto riguarda la lettera h) del secondo comma dell'art. 25, al tema concernente i criteri per l'imputazione della responsabilità *sociale*: restando impregiudicata l'eventualità che sulla base di altri criteri sia possibile nella stessa concreta fattispecie individuare ulteriori ragioni di responsabilità <sup>40</sup>.

**8.** Problemi ancora più delicati si pongono con riferimento ai temi che le lettere d) ed f) del secondo comma dell'art. 25 riferiscono alla *lex societatis*: la «capacità» e la «rappresentanza dell'ente». Si tratta infatti di temi che da un lato svolgono un ruolo decisivo per i modi e le possibilità di partecipazione della società al traffico giuridico, dall'altro coinvolgono profili di cui sono evidenti le implicazioni dogmatiche.

Si pensi soltanto, dal secondo punto di vista, all'interrogativo se e quale senso possa assumere per le persone giuridiche la distinzione tra capacità giuridica e capacità d'agire. E si pensi pure, su un piano ancora più ampio, alla domanda stessa se e fino a che limiti un discorso in termini di capacità possa svolgere un ruolo analogo a quello che gli è proprio per le persone fisiche.

Osserverei anzi che proprio la sistematica della legge 218/1995 potrebbe rendere attuali questi interrogativi di fondo. Essa infatti pone la questione se il rinvio dell'art. 25 alla «capacità» dell'ente (ed aggiungerei: qualunque cosa ciò significhi) assume realmente una portata esaustiva oppure debba e possa venire integrato, in modi e forme da precisare, con le più articolate discipline della capacità delle persone fisiche negli artt. 20 e 23 <sup>41</sup>.

Dal punto di vista qui adottato sembra coerente prendere le mosse, di nuovo, dal significato metaindividuale delle vicende che ci occupano; coerente allora, pur in un discorso inevitabilmente approssimativo e largamente impressionistico, riferire quelle due forme di capacità al problema da un lato se determinate situazioni giuridiche soggettive sono suscettibili di assumere rilievo, oltre che in termini individua-

---

<sup>40</sup> Il che potrebbe giustificare una riproposizione del noto problema riguardante la possibilità ed i limiti di applicazione a società «straniere» di soluzioni come quella disposta dall'art. 2362 cod. civ.: cfr. per tutti la sintesi del dibattito in T. BALLARINO, *La società per azioni*, cit., p. 163 ss.

<sup>41</sup> Il che, a ben guardare, significherebbe riproporre in termini mutati la questione tradizionale dei rapporti tra gli artt. 16 e 17 delle preleggi in tema di persone giuridiche straniere.

li, anche in una dimensione metaindividuale, e dall'altro se una determinata attività può inserirsi in un'azione appunto metaindividuale <sup>42</sup>.

In questo senso mi sembra consequenziale far riferimento ad almeno alcuni dei criteri indicati dagli artt. 20 e 23 della nostra legge. Logico cioè, per quanto concerne il primo aspetto, richiedere che l'imputazione di una situazione giuridica soggettiva ad un ente presupponga non soltanto la sua coerenza con la *lex societatis*, ma anche con la «legge regolatrice del rapporto»: anche da essa, infatti, deve risultare la compatibilità del rapporto stesso con quella dimensione metaindividuale <sup>43</sup>. Logico è anche, dal secondo punto di vista, che sia pure la «legge regolatrice dell'atto» a stabilire se il suo compimento è possibile non a titolo soltanto individuale, ma anche all'interno di un'attività collettiva come quella degli enti di cui ci occupiamo.

In definitiva, anche per questi aspetti la *lex societatis* di cui all'art. 25 si occupa soltanto di un momento della concreta disciplina. Essa regola quello che potremmo definire il versante «sociale» del problema applicativo, salva ed impregiudicata poi l'esigenza di tener conto della disciplina che governa il concreto rapporto ed il concreto atto per cui la questione si pone.

Non credo invece che possa assumere concreto rilievo ai nostri fini la disciplina contenuta nel secondo e terzo comma dell'art. 23 della legge 218/1995. A ben guardare, infatti, le eventuali limitazioni di capacità dei gruppi organizzati non tanto possono essere considerate come caratteristiche del «soggetto», quanto come «condizioni speciali di capacità» conseguenti ad una particolare disciplina dell'atto o del rapporto, poiché ad esempio ritenuti non coerenti con la struttura del gruppo organizzato stesso, e debbono quindi essere valutate sulla base del secondo periodo dell'art. 20 e del secondo periodo del primo comma dell'art. 23 <sup>44</sup>.

**9.** Non vi è dubbio d'altra parte che i problemi più significativi dal punto di vista operativo siano quelli evocati dalla lettera f) del secondo comma dell'art. 25, quelli riguardanti cioè «la rappresentanza dell'ente». Il modo infatti in cui essa è

---

<sup>42</sup> La prospettiva in sostanza secondo cui i temi della persona giuridica, e più in generali dei gruppi organizzati, riguardano in effetti, al di là di ogni concettualizzazione, modelli di azione e modelli di situazioni giuridiche soggettive: prospettiva che, pur in ambienti culturali tra loro diversissimi, è riconoscibile come una sorta di filo comune nel pensiero di autori come GIERKE, HOHFELD e d'ALESSANDRO.

<sup>43</sup> Si pensi, per esempio, al problema se ed in quali circostanze una persona giuridica può assumere la carica di amministratore di una società.

<sup>44</sup> Quelle limitazioni debbono infatti spiegarsi sulla base di scelte politiche che vogliono impedire il compimento in forma organizzata di determinate attività oppure l'imputazione a strutture organizzative di determinate situazioni giuridiche.

concretamente congegnata si riflette immediatamente sulla collocazione dell'ente stesso nel mercato e sul modo in cui esso vi partecipa.

Per convincersi di ciò basta soltanto considerare il significato politico del movimento legislativo che, svoltosi in sede comunitaria, ha condotto all'emanazione del vigente art. 2384 cod. civ.<sup>45</sup>.

Questa norma, a ben guardare, interviene in un conflitto tra esigenze interne al gruppo sociale ed esigenze del mercato nel quale esso opera: un conflitto certamente delicato quando l'equilibrio tra queste diverse esigenze è raggiunto in modo difforme nell'ordinamento cui si deve l'organizzazione del gruppo, la *lex societatis*, e quello che regola il mercato ove è compiuto l'atto da disciplinare. In tal caso esso si traduce in un conflitto tra le scelte politiche sul punto degli ordinamenti interessati.

La questione può essere affrontata considerandone (quello che mi pare) l'aspetto di maggiore complessità: il caso in cui la *lex societatis* consente l'opponibilità ai terzi delle limitazioni del potere rappresentativo degli organi sociali<sup>46</sup>, mentre ciò non è consentito dalla legge regolatrice dell'atto che il rappresentante compie. Ne risulta un'alternativa del tipo seguente: se si applica la prima legge, può derivarne un'alterazione del modello cui si ispira il mercato in cui l'atto viene compiuto e quindi, da un punto di vista soggettivo, una sorta di «sorpresa» per i terzi che in tale mercato operano e sono usi ad operare<sup>47</sup>; se si applica invece la seconda legge, ne deriva inevitabilmente un'alterazione dell'assetto d'interessi societario che caratterizza la *lex societatis* e, di conseguenza, degli equilibri interni alla società.

Il problema è in buona parte omogeneo con quello evidenziato dal secondo e terzo comma dell'art. 23 della legge 218/1995: ove pure si tratta del conflitto tra le scelte politiche della legge nazionale in tema di idoneità del soggetto a partecipare al traffico giuridico, scelte che corrispondono ad una valutazione (e per lo più tutela) della sua personalità, e le scelte invece dell'ordinamento che disciplina il mercato in cui l'atto è compiuto.

---

<sup>45</sup> Un significato che si coglie essenzialmente nella constatazione che l'inopponibilità dei limiti statutari per la rappresentanza sociale vale ad assicurare la posizione della società nel mercato ed a tal fine ad escludere che scelte ad essa interne possano riflettersi su tale posizione.

<sup>46</sup> E' forse superfluo osservare che ben poco rilievo possono assumere ai fini cui si accenna (ed in effetti a qualsiasi fine) i temi dogmatici che coinvolgono la distinzione tra «organo» e «rappresentante»; perciò del resto l'art.158 della legge svizzera si riferisce unitariamente al «Vertretungsbefugnis eines Organs oder eines Vertreters».

<sup>47</sup> in questo senso appunto l'art.158 legge svizzera esclude l'opponibilità al terzo di buona fede della limitazione del potere rappresentativo «die dem recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts oder der Niederlassung der anderen Partei unbekannt ist».

Sotto questo aspetto potrebbe apparire spontaneo, ad una prima impressione, far riferimento anche per la questione cui ora si accenna a quanto dettato nelle disposizioni appena richiamate.

D'altra parte deve osservarsi che verrebbero in tal modo assimilate situazioni tra loro non pienamente confrontabili. Diverso è infatti l'assetto d'interessi dell'una e dell'altra. Nei casi considerati dall'art. 23 la tutela prevista dalla legge nazionale, e che risulterebbe superata applicando la legge vigente nel luogo di compimento dell'atto, è essenzialmente una tutela dell'incapace: può essere logico quindi che essa venga meno a seguito di un comportamento del soggetto stesso che si vuole tutelare, sulla base in sostanza di un criterio di autoresponsabilità <sup>48</sup>. Nel nostro caso, invece, la tutela che deriva dalla limitazione del potere di rappresentanza riguarda interessi di soggetti diversi da quello che materialmente compie l'atto: sicché il venir meno di essa incide negativamente su questi ultimi <sup>49</sup>.

In questo senso un'utilizzazione dei criteri adottati dall'art. 23 assumerebbe una portata in buona parte diversa nel nostro contesto.

Perciò riterrei, modificando su questo punto un'opinione precedentemente espressa <sup>50</sup>, che sia più coerente con lo specifico assetto d'interessi considerato far riferimento alla prospettiva adottata nell'art. 60 della legge 218/1995 in tema di rappresentanza. Esso infatti mi sembra esprimere un approccio che, in via di principio, tende per così dire a stabilizzarne la disciplina ed in tal modo, fin quando possibile, ad evitare differenziazioni (e conseguenti alterazioni dei rapporti tra rappresentato, rappresentante e terzo) a seconda del luogo in cui è compiuto l'atto rappresentativo <sup>51</sup>: un'esigenza la quale, ovviamente, nel nostro caso implica un rinvio alla *lex societatis*.

Osserverei anche che, se questa soluzione può comportare dei «costi» per i terzi [ma che poi in effetti si traducono in «costi» per la società e per le sue possibilità operative <sup>52</sup>], essi risultano circoscritti alla sola eventualità del compimento di atti singoli in un ambito territoriale diverso da quello della *lex societatis*. Credo cioè non azzardato ritenere che altrimenti, quando per esempio viene istituita una «rap-

---

<sup>48</sup> Sulla base quindi di una prospettiva in certo modo analoga a quella evidenziata dall'art. 1426 cod. civ.

<sup>49</sup> Si tratta cioè, consentendo l'opponibilità dei limiti statuari della rappresentanza sociale, di tutelare fondamentalmente il gruppo dei soci nei confronti del rappresentante infedele.

<sup>50</sup> Mi riferisco a quanto sostenuto nel mio *Enti stranieri, in Amministrazione e rappresentanza negli enti diversi dalle società*, Milano, 1990, p. 105 ss.

<sup>51</sup> Così infatti, se non m'inganno, deve spiegarsi la scelta di far riferimento in via principale alla legge del luogo ove il rappresentante ha la propria sede di affari.

<sup>52</sup> Poiché in effetti ne risulta un rischio per chi opera con una società straniera e quindi, di conseguenza, una maggiore difficoltà della stessa ad operare.

presentanza stabile» del tipo previsto dal nostro art. 2506 cod. civ., sia possibile far riferimento alla legge per essa vigente ed in tal modo pervenire a risultati corrispondenti al delineato approccio dell'art. 60<sup>53</sup>.

**10.** Molto meno significative mi sembrano invece altre delle questioni indicate dal secondo comma dell'art. 25 come comprese nella *lex societatis*. Così è, ad esempio, per quanto concerne la «natura giuridica» di cui alla lettera a): credo chiaro infatti, al di là di ogni ovvia perplessità di ordine metodologico, che tale «natura» dell'ente non può interessare di per sé, ma in quanto strumentale per l'applicazione di norme giuridiche; sicché non può non essere considerata anche alla luce di queste ultime e quindi per le specifiche finalità che esse si pongono<sup>54</sup>.

Analogamente soltanto una frazione di disciplina può essere rappresentata da quella della *lex societatis* in tema di «denominazione o ragione sociale». Essa è certamente in grado di stabilire i criteri mediante i quali viene ad essere composta: difficile è d'altra parte contestare che i modi della sua tutela non possono non tener conto anche dei profili concreti per cui se ne pone l'esigenza<sup>55</sup>.

*Carlo Angelici*

*(Riproduzione riservata)*

---

<sup>53</sup> Una soluzione quindi sostanzialmente conforme a quella espressamente sancita nell'art. 160 della legge svizzera.

<sup>54</sup> Il problema della «natura giuridica» di un ente si può porre cioè non in astratto, nel qual caso sarebbe comunque privo di ogni interesse, ma solo in quanto una norma tragga conseguenze applicative da tale «natura»: sicché sarebbe ben strano che anche e soprattutto in base alla norma in questione, se non altro alle sue finalità, la si debba precisare.

<sup>55</sup> Così facendo riferimento ad esempi deducibili dall'art. 157 della legge svizzera, quando tale tutela riguarda temi concorrenziali oppure diritti della personalità.