

Estratto dal FASCICOLO Marzo – Giugno 2000

PEGNO IRREGOLARE E FALLIMENTO DEL DEBITORE *

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Natura giuridica e disciplina del pegno irregolare. - 3. Lo strumento per la realizzazione del diritto di prelazione del creditore. - 4. Pegno di credito e pegno irregolare mediante consegna dei beni ad un terzo. - 5. Effetti del fallimento del debitore sul pegno irregolare. - 6. Opponibilità del pegno irregolare depositato presso un terzo al fallimento del debitore garante.

1. - Premessa

Rispetto alla codificazione precedente, il legislatore del 1942 ha introdotto una disciplina apposita per il contratto di pegno irregolare, figura già diffusa in passato ed oggi estremamente frequente soprattutto nel settore creditizio e finanziario¹.

L'art. 1851 c.c., che esaurisce la disciplina legislativamente prevista, è stato significativamente collocato nella sez. IV del capo XVII dedicato ai contratti bancari, benché il *nomen iuris* faccia riferimento in generale al diritto reale di garanzia.

La dottrina e la giurisprudenza hanno discusso a lungo per individuare un profilo definito ed una disciplina certa dell'istituto.

Questo saggio vuole offrire un contributo al dibattito, tornato di stretta attualità grazie anche a due recenti sentenze della Suprema Corte che, a distanza di pochi mesi, hanno affrontato l'argomento giungendo a conclusioni antitetiché².

(*) Questo saggio è destinato agli "Studi in onore di Mario Talamancas"

(1) Ne sono testimonianza i modelli ABI per i contratti di prestito con garanzia di titoli, che contengono espressamente la figura del pegno irregolare. Sulle ampie possibilità applicative di questo schema negoziale v. VITTORIA, voce "Pegno irregolare", in *Enc. Giuridica*, Roma 1990, p. 3 ss.

(2) Cass. 24 gennaio 1997, n. 745, in *Il Fallimento*, 1997, p. 967 ss. con nota di PETRAGLIA, *La Cassazione ed il pegno irregolare: un revirement giurisprudenziale*, p. 969 ss.; in *Foro It.*, 1997, I, c. 752 ss.; in *Dir. fall.*, 1997, II, p. 217 ss.; in *Giust. Civ.*, 1997, I, p. 1563 ss. con nota di DIDONE, *Osservazioni su compensazione e fallimento*; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, II, p. 18 ss.; Cass. 28 agosto 1997, n. 8164, in *Dir. fall.* 1998, II, p. 293 s. con nota di LAPENNA, *Pegno irregolare ed onere di insinuazione al passivo: una questione aperta*; e in *foro It.*, 1997, I, c. 3163 ss.

2. - Natura giuridica e disciplina del pegno irregolare

Il contratto di pegno irregolare è quel contratto reale, con effetti sia reali sia obbligatori, questi ultimi relativamente all'obbligo di restituzione, con cui il concedente consegna e trasferisce in proprietà al creditore danaro o altri beni fungibili a fronte dell'obbligo di questi di restituire il *tantundem eiusdem generis et qualitatis* a seguito del regolare adempimento dell'obbligazione garantita, ovvero a fronte della restituzione dell'eccedenza del valore dei beni pignorati rispetto al valore della prestazione garantita nel caso in cui essa rimanga inadempita alla scadenza.

L'orientamento di pensiero prevalente configura l'istituto come una *species* del pegno ordinario, alla cui disciplina bisognerebbe far ricorso in caso di incertezze o lacune normative.

La fattispecie in oggetto non avrebbe caratteristiche peculiari tali da assurgere a contratto autonomo, posto che ha in comune col pegno regolare la medesima funzione di garanzia e posto che il peculiare meccanismo tecnico

attraverso cui si realizza l'interesse del creditore garantito può essere facilmente spiegato facendo riferimento ai principi generali che regolano le garanzie reali³. La differenza essenziale riguarderebbe esclusivamente il tipo di beni assoggettabili a garanzia, fungibili nel nostro caso, infungibili nel pegno regolare, mentre sullo strumento che realizza la garanzia del creditore si è osservato che, pur rimanendo esso funzionalmente identico nello schema negoziale in esame, poiché il creditore garantito acquista immediatamente la proprietà delle cose oppignorate, alla vendita *ex art. 2796 e s. c.c.* si sostituirebbe la ritenzione quale atto parimenti esecutivo ed idoneo a raggiungere lo scopo di garanzia.

Rispetto al pegno regolare, la diversa natura dei beni oggetto del contratto - secondo una parte di questa dottrina - fa sì che l'esercizio della prelazione si realizzi attraverso un atto di autotutela⁴.

(3) MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in questa *Rivista*, 1960, I, p. 98 ss.; MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1981, p. 361 ss.; CREMONINI e FRANCHI, *Effetti del fallimento sul pegno irregolare*, in *Dir. Fall.*, 1989, I, p. 702 ss.; Cass. 13 aprile 1977, n. 1380, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 283 ss.; App. Milano 2 febbraio 1993, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1994, II, p. 418 ss.; Trib. Verona 19 marzo 1991, in *Giur. merito*, 1991, I, p. 707 ss. *Contra* REALMONTE, *Il pegno*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, XIX, Torino, 1997, p. 817 ss.; VITTORIA, voce "*Pegno irregolare*", cit., p. 3.

(4) BONGIORNO, *Profili sistematici e prospettive dell'esecuzione forzata in autotutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 472.

- 113 -

L'orientamento in esame non ci convince, perché attribuisce eccessiva importanza a ciò che i due istituti hanno in comune, in sostanza la sola funzione di garanzia, mentre trascura gli elementi di diversità.

È ormai accertato che le due figure si distinguono, anzitutto, per la natura dei beni dati in garanzia: se infungibili o considerati in specie individua ricorre la fattispecie di cui agli artt. 2784 e s. c.c.; viceversa, se beni fungibili ricorre l'istituto regolato dall'art. 1851 c.c.

Non è chiaro se esistano dei criteri precisi di differenziazione per detti beni.

La giurisprudenza, ed in misura minore la dottrina, sono andate alla ricerca dei criteri atti a distinguere la fungibilità o l'infungibilità dei beni consegnati in garanzia, operazione particolarmente complessa nel caso di pegno di titoli, siano essi titoli di Stato, obbligazioni o azioni.

A questo proposito è da segnalare una corrente della giurisprudenza che ha individuato detti criteri definendoli "automatismi qualificatori"⁵: si resterebbe nell'ambito del pegno ordinario ogni qualvolta sono chiaramente indicati dal debitore concedente l'ente emittente, la tipologia, il numero di identificazione e l'importo di ciascun titolo⁶. L'assenza anche di uno soltanto di questi elementi provocherebbe o la nullità del contratto di garanzia⁷, o l'esclusione della prelazione, oppure l'applicazione dell'art. 1851 in quanto si configurerebbe un pegno irregolare⁸.

L'orientamento in parola ha, tuttavia, sollevato numerosi dubbi, sia a causa della scarsa conformità nell'applicazione dei criteri da parte della stessa giurisprudenza, sia per il fatto che, così argomentando, si finisce per fondare la differenza tra le due fattispecie di pegno esclusivamente sulla distinzione tra beni fungibili e beni infungibili, cosa che è ben lungi dal corrispondere alla realtà dei fatti.

(5) CHINÉ, *Pegno irregolare e art. 53 della legge fallimentare*, in *Giur. It.*, 1994, I, 2, c. 1077 ss.

(6) Trib. Torino 3 febbraio 1993, in *Giur. It.*, 1993, I, 2, c. 719 ss.; Trib. Milano 8 febbraio 1993, in *Giur. It.*, 1994, I, 2, c. 1076 ss.; App. Milano 11 luglio 1986, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1988, II, p. 71 ss.; App. Milano 16 dicembre 1980, in *Il Fallimento*, 1982, p. 1183 ss., con nota di FRANCHINI, *Alcune questioni in tema di pegno di titoli di credito, pegno di crediti e compensazione fallimentare*.

(7) Trib. Roma 18 luglio 1991, in *Giur. It.*, 1992, I, 2, c. 181 ss.

(8) Trib. Torino 31 marzo 1992, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, II, p. 336 ss.

Una parte della dottrina ha rilevato l'inutilità e persino la nocività di siffatti meccanismi qualificatori⁹.

Tra l'altro, l'elencazione dei beni contenuta nell'art. 1851 c.c., benché ritenuta generalmente tassativa, in quanto la limitazione servirebbe ad impedire l'elusione del divieto di patto commissorio¹⁰, non ci sembra che possa impedire l'offerta in garanzia anche di crediti, come, ad esempio, di libretti di deposito emessi da una banca diversa da quella garantita (si avrebbe, se fosse la stessa banca, un semplice pegno irregolare di denaro depositato). L'obiezione proposta, poi, può essere facilmente superata se si considera che il rischio della violazione dell'art. 2744 c.c. viene escluso in radice grazie all'obbligo della banca, creditrice pignoratrice, di restituire al concedente l'eccedenza del credito garantito¹¹.

Un'altra parte della dottrina ravvisa nel pegno irregolare gli estremi di un istituto autonomo avente, oltre alla naturale funzione di garanzia, anche una funzione solutoria, precisamente di *datio in solutum*, risolutivamente condizionata all'adempimento del debitore alla scadenza¹². Questi, infatti, con proprio adempimento potrebbe porre nel nulla gli effetti derivanti dalla costituzione della garanzia, e chiedere la restituzione dell'equivalente delle cose consegnate.

L'attribuzione in proprietà dei beni oggetto del pegno a favore del creditore pignoratorio, elemento caratterizzante l'istituto, sarebbe giustificata da una *causa solvendi*, sicché verrebbe in questo modo evidenziata la sostanziale situazione di libertà del debitore garante, a fronte di una situazione d'obbligo del creditore garantito.

La libertà del debitore consiste - secondo questa ricostruzione - nel fatto che egli ha la facoltà di operare un (eventuale)

(9) COLOMBO, *Problemi risolti ed irrisolti nella giurisprudenza sul pegno*, in *Banche e banchieri*, 1989, p. 103 ss.

(10) MOLLE, *Op. cit.*, p. 300; MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, *cit.*, p. 99. V. anche ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, pp. 268-269.

(11) CIRULLI, *Pegno irregolare costituito dal fideiussore a garanzia di crediti scaduti e fallimento del debitore principale*, in *Giur. merit.*, 1991, p. 710 ss.; *contra v.* AIROLDI, *Pegno dei libretti di deposito bancario al portatore*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1979, II, p. 38.

(12) È la tesi del DALMARTELLO, ed è stata formulata in diversi contributi tra i quali segnaliamo: *Il pegno irregolare (o cauzione in senso stretto)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1950, I, pag. 315 ss.; *Ancora sul pegno irregolare*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1956, II, p. 301 ss.; voce "Pegno irregolare", in *Noviss. Dig. It.* Torino, 1965, XII, p. 801 e s. Nello stesso senso v. GORLA, *Del pegno. Delle ipoteche*, in *Comm. al c.c.* a cura di Scialoja e Branca, (artt. 2784-2899), Bologna-Roma, 1968, p. 27; GUERRERA, *Realizzo del pegno di libretto di deposito costituito dal terzo e revocatoria fallimentare dei pagamenti*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1996, II, p. 597 ss.

- 115 -

adempimento che, eliminando retroattivamente gli effetti della dazione in pagamento, fa nascere nel creditore l'obbligo di restituire l'equivalente di ciò che ha ottenuto in garanzia. Quest'ultimo, di contro, non può obbligare il debitore all'esatto adempimento della prestazione principale, dovendosi ritenere ugualmente soddisfatto con l'acquisizione definitiva dei beni ricevuti in pegno. L'effetto restitutorio dipenderebbe, così, da un atto discrezionale del debitore.

La tesi illustrata è ormai superata, anche grazie all'immediata smentita operata dalla Suprema Corte¹³. L'obiezione principale consiste nella manifesta contraddittorietà dell'ammettere la coesistenza dell'intento di garantire un'obbligazione con quello di estinguerla immediatamente. La garanzia esiste se esiste il debito a cui si riferisce; se questo venisse estinto con la *datio in solutum*, anche la garanzia verrebbe meno¹⁴.

Esiste, in fine, un argomento di carattere testuale che impedisce di riconoscere natura solutoria al pegno irregolare. L'art. 1851 c.c., nel disciplinare l'istituto, stabilisce che, agli effetti del rimborso, il valore delle cose consegnate deve essere determinato con riguardo al momento della scadenza del credito garantito e non al momento della consegna, come sarebbe naturale se il pegno irregolare fosse una forma di adempimento¹⁵.

Se si vuol fare definitivamente chiarezza sulla differenza tra le due figure negoziali occorre, pertanto, a nostro

parere, fare anzitutto riferimento alla volontà delle parti, da interpretare sulla base di indici esteriori quali l'origine del credito garantito, i rapporti pregressi, la qualifica soggettiva del creditore, il tipo dei beni dati in pegno e la loro maggiore o minore specificazione¹⁶.

Premesso, allora, che pegno ordinario e pegno irregolare costituiscono due fattispecie nettamente distinte, ciascuna con una disciplina propria, esse si differenziano oltre che per la natura dei beni concessi in garanzia, anche per il diverso atteggiarsi della realtà e dell'opponibilità *erga omnes* del diritto di prelazione. Se nel pegno regolare la realtà si manifesta nella facoltà (e non nell'obbligo) del

(13) Cass. 14 ottobre 1953, n. 3906, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1954, II, p. 292 ss., con nota adesiva di SIMONETTO, *Sulla natura della cauzione*.

(14) In questo senso: App. Milano 17 maggio 1985, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1987, II, p. 36. Per la dottrina v. VITTORIA, *Op. cit.*, p. 2; MARTORANO, *Op. cit.*, p. 121.

(15) CREMONINI e FRANCHI, *Op. cit.*, p. 701 e s.; BOUCHÉ, *In materia di pegno irregolare*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1978, II, p. 422.

(16) CHINÉ, *Op. cit.*, c. 1077; per la giurisprudenza cfr. Trib. Torino 22 luglio 1992, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, II, p. 337 ss.

- 116 -

creditore di ritenere i beni ricevuti in pegno, che rimangono di proprietà del debitore, e di soddisfarsi sulla somma ricavata dalla vendita con preferenza rispetto agli altri creditori qualora l'obbligazione non risulti adempiuta alla scadenza, nel pegno irregolare la realtà si esplica nell'immediato acquisto della proprietà delle cose consegnate in garanzia al creditore, sul quale grava l'obbligo di restituzione del *tantundem* ovvero dell'eccedenza.

Circa la *ratio* dell'istituto che ci occupa, la dottrina più recente è giunta a ritenere che la sola funzione di garanzia sia idonea e sufficiente a giustificare il particolare meccanismo operativo di soddisfazione del creditore privilegiato¹⁷.

Il diverso modo attraverso cui detta funzione si attua incide sulla struttura del negozio a tal punto da costruire il vero elemento di differenziazione.

Il trasferimento immediato della proprietà dei beni fungibili concessi in garanzia consente di evitare, nell'interesse di entrambe le parti, il ricorso al procedimento esecutivo, nel caso di inadempimento. Da ciò deriva che il pegno irregolare non elimina il diritto di pretendere il puntuale adempimento dell'obbligazione¹⁸, ma attua il rafforzamento della posizione del creditore garantito attraverso uno strumento negoziale predisposto *ab origine* per realizzare pienamente il suo interesse, senza dover far ricorso alla ben più lunga e farraginoso procedura esecutiva prevista per il pegno ordinario.

Alla luce della tesi preferita e delle conclusioni che abbiamo tratto, risulta più agevole affrontare un altro punto problematico relativo all'accertamento della natura del meccanismo attraverso cui il creditore garantito da pegno irregolare può soddisfarsi alla scadenza dell'obbligazione principale.

3. - *Lo strumento per la realizzazione del diritto di prelazione del creditore*

La configurazione da attribuire al meccanismo previsto nell'istituto in esame per il soddisfacimento del creditore è l'argomento che più è stato oggetto di analisi da parte degli interpreti.

(17) LAPENNA, *Pegno irregolare ed onere di insinuazione al passivo*, cit., p. 293 ss.; PETRAQUA, *Op. cit.*, p. 971; ANELLI, *Op. cit.*, p. 248 ss., specie pp. 255-256; LUMINOSO, *Deposito cauzionale presso il terzo e depositi irregolari a scopo di garanzia*, in *Giur. comm.*, 1981, I, pp. 433-434. Per la giurisprudenza v. Cass. 24 gennaio 1997, n. 745, cit., p. 19 ss.

(18) ANELLI, *Op. cit.*, pp. 262-264.

Sul fatto che il creditore debba soddisfarsi compensando il credito principale con il proprio debito di restituzione del *tantundem* non pare esservi dubbio, bastando la lettera dell'art. 1851 c.c. Le incertezze, invece, permangono sulla natura e sulla fonte della compensazione.

Superata la tesi della *causa solvendi*, una parte della dottrina ha ravvisato nel meccanismo in esame una compensazione nel senso tecnico, dato che si creerebbe un controcredito del debitore verso il creditore privilegiato da utilizzare in funzione di garanzia (*causa credendi*)¹⁹.

Un diverso e consolidato indirizzo giurisprudenziale, recentemente confermato dalla Suprema Corte, ritiene, invece, che non si possa parlare di compensazione in senso proprio, perché essa presuppone l'autonomia dei due rapporti a cui si riferiscono i contrapposti crediti e debiti delle parti, laddove, invece, nel nostro caso, si è in presenza di un unico rapporto con un patto accessorio²⁰. Nella fattispecie in oggetto si verificherebbe una compensazione anomala, non avente i tratti tipici dell'istituto, consistente in un semplice accertamento contabile che può calcolare d'ufficio il giudice.

I rilievi critici mossi dalla giurisprudenza ci appaiono condivisibili e, pertanto, riteniamo che la mancanza di autonomia dei due crediti impedisca di classificare lo strumento previsto dall'art. 1851 c.c. come compensazione in senso stretto; esso deve configurarsi come una mera operazione contabile.

(19) SIMONETTO, *i contratti di credito*, Padova, 1994, p. 403 e s.; MARTORANO, *Op. cit.*, p. 128 e s.; MOLLE, *Op. cit.*, p. 363 ss.

(20) Cass. 24 gennaio 1997, cit., p. 18 ss.; Cass. 6 settembre 1996, n. 8132, in *Foro It.*, 1997, I, c. 165 ss. con nota di FABIANI, *Porte aperte per la compensazione giudiziale nel fallimento*; Cass. 5 maggio 1995, n. 4873, in *Impresa*, 1995, p. 2322 ss.; Cass. 12 febbraio 1993, n. 1784, in *Foro It., Rep.*, 1993, voce "Obbligazioni in genere", n. 53. *Contra*: Trib. Milano 8 febbraio 1993, cit., loc. cit., secondo cui la natura fungibile del bene dato in pegno fa sì che la soddisfazione del creditore avvenga in virtù di compensazione legale che interviene alla scadenza del credito garantito in assenza di adempimento dell'obbligazione da parte del debitore; App. Milano 16 dicembre 1980, in *Foro It., Rep.*, 1982, voce "Fallimento", n. 250. In senso parzialmente diverso Cass. 27 giugno 1990, n. 6560, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 1342 ss.; e in *Giur. It.*, 1991, I, 1, c. 60 ss. con nota di SANZO, "Vis attractiva" del tribunale fallimentare e compensazione: la persistenza dell'effetto deviante dei precedenti giurisprudenziali, secondo cui la disciplina della compensazione, sebbene abbia come presupposto l'autonomia dei rapporti dai quali le obbligazioni reciproche delle parti traggono origine, non è incompatibile con la sua applicabilità ad ipotesi nelle quali, trattandosi di obbligazioni derivanti da un unico rapporto giuridico o anche da rapporti fra loro collegati, occorre procedere soltanto ad un accertamento di dare ed avere, cioè ad un semplice calcolo di contrapposte voci contabili. Vi è, infine, chi, in virtù dell'analogia esistente, ritiene si possano estendere al meccanismo *ex art.* 1851 c.c. le norme dettate per la compensazione vera e propria (Cass. 28 aprile 1997, n. 8164, cit., loc. cit., con nota contraria di LAPENNA, cit., p. 298).

Anche sulla fonte della compensazione la dottrina appare molto divisa.

Alcuni Autori ravvisano nel pegno irregolare un patto accessorio di finale compensazione, che attribuirebbe ad entrambe le parti il diritto di avvalersene al momento della scadenza dell'obbligazione garantita²¹; altri ritengono che l'effetto compensativo derivi direttamente dalla legge²²; per altri Autori il pegno irregolare ha funzione meramente compensativa²³; c'è, poi, anche chi sostiene che l'effetto dipende dalla natura delle cose consegnate in pegno, nel senso che quando vi è omogeneità tra queste e l'oggetto dell'obbligazione si tratterebbe sempre di compensazione legale, mentre negli altri casi si tratterebbe di compensazione volontaria²⁴.

Senza voler entrare nel merito delle singole posizioni ora illustrate, ed alla luce di quanto sostenuto circa la natura del pegno irregolare, ci sembra che si possa legittimamente affermare che l'anomalia del meccanismo satisfattivo si spiega considerando che esso è frutto di una scelta del legislatore tesa a superare l'ostacolo dell'inapplicabilità alla fattispecie in esame degli artt. 2796 e s. c.c.

Per verificare l'attendibilità della tesi affermata occorre controllarla dal punto di vista pratico.

Facciamo l'ipotesi di un soggetto che abbia bisogno di un finanziamento e, a tal fine, conceda in pegno irregolare ad una banca delle merci oggetto della sua attività produttiva. Alla scadenza pattuita il debitore tenderà ad adempiere gli obblighi nei confronti della banca per poter rientrare nella disponibilità del *tantundem*. Se invece non adempirà, l'istituto di credito non farà altro che vendere le merci, evitando così un lungo procedimento esecutivo.

Stesso discorso può farsi nel caso di pegno irregolare costituito da un soggetto diverso dal debitore della prestazione garantita. Anche qui il debitore ha l'interesse a far fronte ai suoi impegni contrattuali, così da consentire al terzo di farsi restituire il *tantundem* di quanto dato in garanzia. Se il debitore non adempisse, però, non si può sostenere che al creditore privilegiato manca il diritto di ottenere il pagamento, quanto piuttosto che egli è privo dell'interesse a

(21) REALMONTE, *Op. cit.*, p. 821; DALMARTELLO, voce "Pegno irregolare" cit., p. 807; BIANCA, *Il divieto del patto commissario*, Milano, 1957, p. 163 ss.

(22) MOLLE, *Op. cit.*, p. 364 ss.; PAVONE LA ROSA, *L'anticipazione bancaria nella disciplina del nuovo codice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 125. ss.

(23) MARTORANO, *Op. cit.*, p. 129.

(24) FOSCHINI, *La compensazione nel fallimento*, Napoli, 1965, p. 177 ss.

- 119 -

promuovere l'esecuzione forzata nei confronti del debitore principale. Grazie al pegno irregolare, infatti, al creditore non conviene aggredire prima il patrimonio del debitore principale e poi avvalersi della garanzia data dal terzo. Se il creditore procedesse nell'esecuzione forzata contro l'obbligato principale non farebbe che duplicare quanto già ottenuto mediante il definitivo incameramento dei beni ricevuti in garanzia dal terzo.

La soluzione proposta, pertanto, appare rispondere sia alla logica dell'istituto sia alla realtà della prassi, che tende a far emergere nuove morfologie della garanzia pignorizia che rompano gli schemi negoziali tipici.

4. - Pegno di credito e pegno irregolare mediante consegna dei beni ad un terzo

Prima di passare ad esaminare gli effetti del fallimento del debitore concedente sul pegno irregolare può essere utile, ai fini di una chiara configurazione, distanziare la figura trattata dagli altri schemi negoziali con cui esistono delle affinità, quali il pegno di crediti ed il deposito cauzionale presso terzi.

L'affinità con il pegno di crediti verso un terzo avente ad oggetto beni fungibili si rivela con tutta evidenza nell'art. 2803 c.c., in base al quale il titolare del credito concesso in pegno è sì il debitore garante, ma il creditore è legittimato a riscuotere il credito ricevuto in pegno, e se il credito garantito è scaduto diviene proprietario del danaro - in funzione della confusione avvenuta nel suo patrimonio - fino all'ammontare delle sue ragioni.

A fronte di ciò non è difficile far emergere le differenze tra le due fattispecie.

Con riferimento ai soggetti stipulanti, un primo rilievo consiste nell'evidenziare che mentre nel pegno irregolare vi è identità tra il soggetto a cui sono consegnati ed a cui viene trasferita la proprietà di beni fungibili ed il creditore della prestazione principale, nel pegno di crediti, come anche nel deposito cauzionale con funzione di garanzia presso un terzo, questa identità è esclusa, perché al creditore viene solo attribuito un diritto di obbligazione.

Inoltre, se nel pegno di un credito è possibile una successiva costituzione del vincolo a favore di un secondo creditore con la notifica

- 120 -

al debitore o la sua accettazione²⁵, nel pegno irregolare, al contrario, ciò non può mai accadere per l'insormontabile ostacolo della ormai acquisita altruità dei beni.

Secondo la giurisprudenza, il vincolo su una somma di denaro di pertinenza del debitore che si trovi nella disponibilità della banca è da classificare come pegno irregolare e non come pegno ordinario di crediti. Viene, infatti, osservato, con specifico riferimento al pegno di libretto di deposito bancario, che la banca depositaria acquista la proprietà del denaro depositato assumendo, però, l'obbligo di restituire il *tantundem* alla scadenza, e

si è distinta la fattispecie in cui il creditore pignoratizio è la stessa banca depositaria da quella in cui il pegno è costituito a favore di un terzo che assume, invece, le caratteristiche del pegno di crediti²⁶. È stato parimenti considerato pegno irregolare (di cosa futura), e giudicato ammissibile, il pegno del saldo liquido creditore derivante dall'incasso di un titolo da accreditare sul conto corrente del debitore, sorto per accordo delle parti e suscettibile di perfezionarsi con l'effettiva costituzione della garanzia pignoratizia, conseguente al venire in essere della cosa ed alla consegna al creditore²⁷.

Circa la qualificazione del deposito irregolare a scopo di garanzia presso un terzo, la dottrina è giunta a conclusioni divergenti, che partono dall'inammissibilità della figura di questo deposito, passano per l'assimilazione della fattispecie al pegno di crediti, fino ad arrivare ad identificare l'istituto con il deposito cauzionale a favore di terzo.

I sostenitori della prima tesi si basano sull'impossibilità di giustificare il definitivo consolidarsi della proprietà dei beni e sulla mancanza di automaticità dell'effetto estintivo dell'obbligazione, in considerazione del fatto che qui è necessario, perché si realizzi la prelazione, che prima il terzo depositario restituisca il *tantundem*²⁸. Una fattispecie caratterizzata da questi elementi si afferma che potrebbe ricondursi, eventualmente, al pegno regolare di crediti *ex art.*

(25) La prelazione spetta, in questo caso, in primo luogo al creditore garantito con pegno costituito in data anteriore e sul residuo potrà soddisfarsi, sempre in via privilegiata, il secondo creditore. V. VITTORIA, *Op. cit.*, p. 6.

(26) App. Milano 17 maggio 1985, cit., p. 36; Cass. 13 aprile 1977, n. 1380, cit., loc. cit., In dottrina, v. MOLLE, *Op. cit.*, p. 362, nota 13.

(27) Cass. 1 agosto 1996, n. 6969, in *Fallimento*, 1997, p. 263 ss., con nota concorde di PANZANI, *Pegno irregolare di saldo liquido di c/c e data certa dell'atto*.

(28) DALMARTELLO, voce "*Pegno irregolare*", cit., p. 804.

- 121 -

2800 e s., dove al debitore resta solo il credito di restituzione del *tantundem* che costituirebbe l'oggetto del contratto di pegno²⁹.

Basta, però, riflettere sulle profonde differenze strutturali esistenti tra i due istituti per convincersi che la tesi in esame non è sostenibile. Non si vede, infatti, in base a quale norma possa impedirsi ad un creditore e ad un debitore di costituire in pegno irregolare una certa somma di denaro e, contestualmente, di stipulare un accordo accessorio che preveda il deposito cauzionale della stessa somma presso un terzo. Naturalmente il contratto di pegno dovrà contenere un'apposita clausola in base alla quale il depositario dovrà restituire il *tantundem* al creditore, in caso d'inadempimento dell'obbligazione garantita, ed al debitore in caso contrario.

Taluno ha classificato la fattispecie come un deposito a favore di soggetto alternativamente determinato, caratterizzato da un diretto collegamento con il negozio sottostante, grazie alla clausola che imputa al depositario un'obbligazione il cui beneficiario sarà determinato in relazione al verificarsi o meno dell'evento dedotto nella clausola stessa³⁰.

Se, viceversa, le parti volessero costituire in pegno un credito del debitore garante derivante da un deposito irregolare presso un terzo, non avrebbero alcun motivo di inserire, sia nel contratto di pegno sia in quello di deposito, una clausola del tipo di quella descritta in precedenza. In questo caso non vi è alcun collegamento tra contratto di deposito e contratto di pegno, dato che titolare del credito verso il depositario è fin dall'origine, e rimarrà in ogni caso, il depositante, cioè il debitore datore di pegno³¹.

Né può condividersi, a nostro avviso, la tesi secondo cui le due fattispecie in oggetto resterebbero nettamente distinte a causa delle differenze tanto sul piano logico-formale quanto su quello sostanziale,

(29) CREMONINI e FRANCHI, *Op. cit.*, p. 706. Gli Autori individuano nel pegno irregolare costituito mediante deposito presso un terzo un accordo trilaterale nel quale si distinguono due negozi tra loro collegati dalla funzione di garanzia attribuita dalle parti all'intera operazione economica: il contratto di deposito irregolare tra il debitore garante ed il terzo, da cui nasce un credito di restituzione che maturerà alla scadenza del credito principale, da una parte; il contratto di pegno tra debitore e creditore, il cui oggetto è costituito dal credito di restituzione derivante dal deposito irregolare.

(30) LUMINOSO *Op. cit.*, p. 436 ss., ove ulteriori argomentazioni a suffragio della tesi riportata nel testo.

(31) La mancanza di collegamento tra pegno di credito e deposito irregolare si rivela ancor più palese quando il deposito è stipulato prima del pegno, come accade soprattutto nei contratti con banche ed enti pubblici. Tale mancanza di collegamento si riscontra anche nel caso inverso, su cui si rimanda alle argomentazioni di LUMINOSO, *Op. cit.*, p. 436 ss.

- 122 -

afferenti sia alla funzione di garanzia, che nel caso del deposito cauzionale sarebbe di tipo meramente psicologico, sia al grado di tutela offerta al creditore pignoratizio, che nel deposito sarebbe filtrato dal momento strumentale dell'adempimento di un obbligo di restituzione da parte del depositario³².

Esclusa la possibilità di far ricorso alla figura del pegno di crediti per spiegare la combinazione del pegno irregolare con il deposito presso un terzo, giudicata inadeguata la tesi che tende a mantenere sempre e comunque distinte le due fattispecie, accertatane l'ammissibilità, occorre, a nostro avviso, percorrere una strada diversa e partire dalla considerazione che la funzione di garanzia del pegno irregolare resta, comunque, inalterata.

La ragione ulteriore che induce le parti a pattuire il deposito delle cose fungibili presso un terzo consiste nell'esigenza di soddisfare uno specifico interesse del debitore garante. Poiché il pegno irregolare comporta il trasferimento della proprietà delle cose in favore del creditore, il debitore sopporta normalmente il rischio che, pur avendo adempiuto la propria obbligazione, il creditore non possa o non voglia restituire il *tantundem*. Ecco allora sorgere l'esigenza di convenire che i beni offerti in garanzia siano depositati presso un terzo che riscuote la fiducia di entrambe le parti.

Nasce così un rapporto negoziale in tutto simile all'ipotesi dianzi illustrata, di deposito a scopo di garanzia in favore di soggetto alternativamente determinato, con la caratteristica che qui il deposito assolve la funzione di assicurare al debitore garante la restituzione del *tantundem* in relazione all'evoluzione del rapporto sottostante³³.

Lo schema negoziale ora descritto è riscontrabile nella prassi del settore creditizio nelle forme di un deposito bancario documentato da libretto su cui viene costituito un pegno irregolare. Detto libretto di deposito sarà custodito dalla banca per essere consegnato poi a quella parte che risulterà legittimata a richiedere la restituzione del *tantundem*³⁴.

In sintesi, quando al pegno irregolare si collega un deposito irregolare a scopo di garanzia presso un terzo non si verifica alcuno stravolgimento dello schema negoziale principale, Bensì interviene soltanto una marginale modifica relativa al meccanismo operativo.

(32) VITTORIA, *Op. cit.*, p. 7.,

(33) Cfr. LUMINOSO, *Op. cit.*, p. 439.

(34) Cfr. LUMINOSO, *Op. cit.*, p. 444 ss.

- 123 -

Pur verificandosi anche in questo caso un'alienazione a fine di garanzia - ma a favore del depositario -, il soggetto a favore del quale nasce il diritto alla restituzione dipende dal verificarsi della condizione inserita nell'apposita clausola del deposito: è lo stesso depositante, se l'obbligazione garantita viene adempiuta; è il creditore se si verifica l'inadempimento³⁵. Pertanto, il titolo giustificativo sia del diritto del debitore di riacquisire la proprietà delle cose fungibili in caso di adempimento sia dell'acquisto da parte del garantito è costituito sempre e comunque dal contratto di pegno irregolare.

5. - Effetti del fallimento del debitore sul pegno irregolare

L'aver posto alcuni punti fermi sull'effettiva natura giuridica del pegno irregolare e sul meccanismo di realizzazione della garanzia ci permette di affrontare con maggiore consapevolezza la delicata questione della

disciplina applicabile in caso di fallimento del debitore concedente.

Esiste un problema di coordinamento tra la normativa fallimentare, tutta incentrata sul principio della *par condicio creditorum*, e quella del pegno irregolare.

Ci si domanda, più specificamente, se ad esso sia applicabile l'art. 53, 1° comma, 1. fall., secondo cui anche i crediti garantiti da pegno o assistiti da privilegio possono essere soddisfatti in caso di fallimento, purché siano stati ammessi al passivo con prelazione.

La norma, pur riconoscendo la piena operatività anche nel fallimento delle cause di prelazione, la subordina al previo accertamento *ex art. 52, 2° comma, 1. fall.*, ed alla previa ammissione al passivo, operando una specie di assorbimento della pretesa creditoria all'interno del concorso formale³⁶.

Così facendo il legislatore mira a raggiungere un equilibrio tra esigenze contrapposte: il rispetto della *par condicio*, l'unitarietà della liquidazione, il controllo dell'ufficio fallimentare e dei creditori sui singoli diritti di credito, da una parte; la concessione di una disciplina speciale ai creditori pignorati e privilegiati con diritto di ritenzione per rafforzare le rispettive garanzie, dall'altra.

(35) VITTORIA, *Op. cit.*, p. 6. Il fatto che l'effetto traslativo è differito ad una fase successiva a quella dell'inadempimento non comporta l'illiceità del deposito cauzionale presso il terzo per violazione del divieto *ex art. 2744 c.c.*

(36) INZITARI, *Degli effetti del fallimento per i creditori*, in *Comment. alla legge fall.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 73 ss.

- 124 -

L'art. 53, 1° comma, 1. fall., non menziona, però, i crediti garantiti da pegno irregolare, cosicché all'interprete è affidato il compito di stabilire se anch'essi sono assimilati a quelli garantiti dalle altre cause tipiche di prelazione.

L'argomento è stato oggetto di vivace dibattito in dottrina e in giurisprudenza, e quest'ultima ha avuto modo di pronunciarsi recentemente sul tema.

I dubbi maggiori sorgono nel caso in cui la dichiarazione di fallimento del debitore concedente interviene prima della scadenza dell'obbligazione garantita, benché possa verificarsi anche il caso contrario.

Quando il fallimento viene dichiarato dopo l'estinzione del debito principale non si presentano particolari problemi. L'eventuale dichiarazione di fallimento viene ad incidere su una situazione già definitivamente perfezionata; se la garanzia è stata costituita al di fuori dei requisiti considerati dall'art. 67 1. fall. per la revocatoria, il definitivo trasferimento della proprietà dei beni dati in pegno è un atto, pienamente legittimo ed opponibile ai creditori, e, pertanto, non influenzabile dal sopravvenuto fallimento del debitore³⁷. Il curatore fallimentare potrà esperire un'azione personale per ottenere dal creditore la restituzione dell'eventuale eccedenza, o potrà chiedere la restituzione quando alla data del fallimento l'obbligazione garantita è stata soddisfatta, ma il creditore non ha restituito il *tandundem*³⁸.

Diverso problema è quello dell'ammissibilità di costituire, in generale, garanzie a fronte di debiti già scaduti se non tramite una rinegoziazione dei termini o delle condizioni e, nel nostro caso, di costituire un pegno irregolare in mancanza dei requisiti citati.

Una parte della dottrina offre una risposta affermativa al quesito contestando l'assioma su cui si fonda la tesi opposta, secondo cui il creditore avrebbe interesse ad essere garantito solo fino a quando il suo credito si conserva inesigibile; venuta meno questa condizione, l'unico interesse del creditore sarebbe quello di essere pagato, spontaneamente o coattivamente.

In verità - si sostiene - l'interesse del creditore ad essere garantito resta intatto fino al momento in cui egli non risulta effettivamente

(37) Trib. Milano 8 febbraio 1993, cit., loc. cit.; Trib. Milano 18 ottobre 1984, in *Fallimento*, 1985, p. 748 ss.

- 125 -

soddisfatto, e ciò è dimostrato dall'esistenza dell'istituto dell'ipoteca giudiziale concessa anche a garanzia di crediti già perfettamente esigibili e confortati addirittura da un titolo esecutivo³⁹.

Corrisponde, poi, ad una semplice constatazione della normale prassi il fatto che, in presenza di un debito scaduto, il debitore arriverà ad offrire una garanzia se il creditore gli concede qualcosa, ad esempio una proroga del termine o una riduzione del tasso d'interesse.

Nel pegno irregolare si tratta di stabilire se la sua specificità, legata al meccanismo di estinzione dell'obbligazione garantita, non si opponga alla possibilità di ricorrere a questo schema negoziale in caso di debito già scaduto.

Considerato che appare ormai dimostrato che il congegno in parola non configura una compensazione vera e propria, c'è chi ha sostenuto che non c'è alcuna fondata ragione per negare l'ammissibilità della costituzione di un pegno irregolare in relazione ad un debito già scaduto⁴⁰.

La tesi illustrata, tuttavia, non convince, perché trascura l'ineliminabile differenza tra le garanzie reali previste nel libro VI del codice civile e quella "anomala", ancorché tipica, di cui all'art. 1851 c.c.

È vero che l'art. 67, 1° comma, 1. fall., tra gli atti suscettibili di revocatoria menziona i pegni costituiti -

entro l'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento - per debiti scaduti, ma la norma va intesa come riferita al solo pegno ordinario e non anche a quello irregolare⁴¹. Quest'ultimo, a nostro avviso, può costituirsi unicamente a garanzia di un credito non scaduto, poiché soltanto in questo caso la dazione delle cose in pegno è diretta a tutelare le ragioni del creditore. Quando il debitore è già in mora, infatti, non v'è ragione per

(39) ABBADESSA, *Pegno irregolare a garanzia di debito scaduto*, in *banca, borsa e tit. cred.*, 1998, II, pp. 216-217.

(40) ABBADESSA, *Op. cit.*, pp. 217-218; cfr. anche CENNI, *Pegno irregolare a garanzia di debito scaduto*, in *Giur. It.*, 1997, c. 402 ss. *Contra* CRULLI, *Op. cit.*, p. 714. In giurisprudenza v. Trib. Foggia 14 febbraio 1995 (ord.), in *Giur. It.*, 1997, I, c. 396 ss.; e in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1998, II, p. 210 ss.

(41) CENNI, *Op. cit.*, c. 403, secondo cui non è possibile attribuire efficacia estintiva alla dazione del bene quando essa è effettuata da un terzo estraneo al rapporto obbligatorio, ovvero abbia ad oggetto beni di natura differente rispetto a quelli dovuti dal debitore originario. *Contra*, per la giurisprudenza, v. Trib. Verona 19 marzo 1991, in *Giur. merit.*, 1991, I, p. 707 ss., che ha operato una distinzione tra pegno irregolare a garanzia di crediti non scaduti avente funzione di garanzia e pegno irregolare riferito ad un credito scaduto avente funzione solutoria, risolutivamente condizionata al pagamento del debitore principale.

- 126 -

non imputare immediatamente al debito scaduto il valore della garanzia⁴².

Se, dunque, il fallimento interviene dopo l'estinzione dell'obbligazione garantita, i problemi per l'interprete sono circoscritti e non particolarmente impegnativi; ben diverso è il discorso nell'ipotesi di apertura della procedura concorsuale a carico del debitore concedente prima che sia scaduto il termine per adempiere l'obbligazione.

La dottrina e la giurisprudenza si esprimono, in prevalenza, per l'applicabilità al pegno irregolare delle norme sulla *par condicio* nel fallimento e, dunque, anche dell'art. 53 1. fall., prendendo a fondamento della conclusione due elementi: la qualificazione della fattispecie in esame come mero sottotipo del pegno regolare; il fatto di individuare nell'art. 53 1. fall. una sorta di principio di portata generale, che conferma il dettato del precedente art. 52 1. fall., e che può essere derogato soltanto attraverso un'altra norma espressa, che, però, non si riscontra nel nostro ordinamento, per cui la norma predetta sarebbe applicabile anche al pegno irregolare⁴³.

Nell'ipotesi in cui il creditore garantito incamerasse definitivamente i beni consegnatigli in pegno senza

chiedere l'ammissione al passivo della procedura concorsuale, in violazione dell'art. 53 1. fall., si sostiene che egli potrebbe persino essere soggetto ad una sanzione⁴⁴.

(42) L'incompatibilità tra funzione di garanzia e funzione solutoria, come impone di escludere la natura soddisfattiva del credito nell'ipotesi in cui la costituzione in pegno è anteriore al *dies destinatae solutionis*, così induce, per contro, a ritenerla sussistente quando è successiva alla scadenza del credito. V. CIRULLI, *Op. cit.*, p. 714.

(43) Per la dottrina v.: Tocci, voce "Cauzione", in *Digesto delle disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1988, II, p. 261 e s.; CREMONINI e FRANCHI *Op. cit.*, p. 704; REALMONTE, *Op. cit.*, p. 819; MOLLE, *Op. cit.*, p. 361 e s.; DALMARTELLO, voce "Pegno irregolare", cit., p. 803 ss. Per la giurisprudenza v.: Cass. 4 agosto 1988, n. 4821, in *Fallimento*, 1988, p. 1197 ss.; Cass. 28 agosto 1997, n. 8164, cit., loc. cit.; Trib. Milano 8 febbraio 1993, cit., loc. cit.; App. Milano 17 maggio 1985, cit., p. 39, dove si sostiene anche che nel caso in cui il credito garantito da pegno irregolare venisse ammesso al passivo come semplice chirografo, il creditore non avrebbe più l'opportunità di far valere contro il fallimento la prelazione a causa dell'effetto preclusivo che deriva dal provvedimento di esecutività del giudice delegato che accerta i crediti ammessi alla procedura e ne fissa definitivamente la collocazione tra i privilegiati o tra i chirografari. Cfr. anche CHINE, *Op. cit.*, cc. 1080-1081; MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 1991, p. 180; FRANCHINI, *Op. cit.*, p. 1186 ss.; BOZZA e SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, p. 158 ss.

(44) In proposito v. CHINÉ, *Op. cit.*, c. 1082, secondo il quale nella fattispecie decisa dal Trib. Milano 8 febbraio 1993, cit., (deposito in garanzia di titoli), il creditore che avesse alienato i titoli posseduti dopo l'apertura della procedura concorsuale trattenendo il ricavato

- 127 -

L'indirizzo maggioritario ora illustrato non si rivela, tuttavia, convincente, sia per ragioni attinenti alla formulazione letterale dell'art. 53 1. fall., sia per considerazioni di ordine sistematico.

Una corretta lettura della disposizione, infatti, non può non far emergere che l'autorizzazione alla vendita e quella a riprendere la cosa sottoposta a pegno fanno riferimento ad una situazione in cui il bene dato in pegno appartiene ancora al patrimonio del debitore concedente fallito. Si tratta, cioè, di una disposizione che con tutta evidenza mal si concilia con l'avvenuta confusione dei beni nel patrimonio del creditore che ricorre nel pegno irregolare - inconciliabilità ancora più stridente allorché venga offerta in garanzia una somma di denaro⁴⁵ - e che rappresenta una palese eccezione al sistema stabilito dell'art. 51 1. fall.⁴⁶

A conforto della tesi qui sostenuta militano anche considerazioni di carattere sistematico. Stabilito che la particolare sicurezza che connota la posizione del creditore garantito deve essere confermata in caso di avvio di una procedura concorsuale a carico del debitore e che, dunque, il pegno irregolare deve poter realizzare l'effetto che gli è proprio, non si vede il motivo per cui debba applicarsi il principio della previa insinuazione al passivo fallimentare del credito privilegiato.

Detto onere ha, infatti, lo scopo di accertare l'esistenza di una garanzia valida sotto il profilo della sua opponibilità, fatto che non è assolutamente in discussione nel pegno irregolare, ove la garanzia ha già prodotto i suoi effetti con l'incameramento dei beni nel patrimonio del creditore. Ciò impedisce, senza possibilità di dubbio, che questi beni entrino a far parte della massa fallimentare.

In verità c'è chi per evitare l'ostacolo è ricorso ad un artificio, affermando che la prelazione esercitata dal creditore nel pegno irregolare, in caso di fallimento del debitore concedente, si esercita nonù

per il soddisfacimento del proprio credito, pur non perdendo per ciò solo la prelazione, avrebbe dovuto essere obbligato a versare al fallimento quanto percepito. Nello stesso senso Cass. 2 febbraio 1989, n. 651, in *Giust. civ.*, 1989, I, c. 1366 ss.

(45) PETRAGLIA, *Op. cit.*, pp. 972-973; in precedenza, SEMIANI BIGNARDI, *La ritenzione nell'esecuzione singolare e nel fallimento*, Padova, 1960, p. 278 ss. Per la giurisprudenza, oltre la più volte citata sentenza della Suprema Corte (24 gennaio 1997, n. 745), v. App. Milano 28 settembre 1993, in *Impresa*, 1994, p. 2556 ss., con nota di MELUCCO.

(46) *Codice del fallimento*, a cura di PAJARDI, Milano, 1994, p. 53; MARANO, *Pegno bancario*, cit., p. 159.

- 128 -

sul bene trasferito in garanzia, ma su quello diverso sul quale il debitore avrebbe un (eventuale) diritto alla

restituzione⁴⁷.

L'osservazione, però, non coglie nel segno, perché la funzione dell'istituto non è quella di esaurire l'interesse all'adempimento, Bensì, come abbiamo detto, quella di evitare gli atti esecutivi, predisponendo *ab origine* un meccanismo in grado di produrre lo stesso risultato della tutela processuale per l'ipotesi di inadempimento.

Si deve ritenere, pertanto, che la convenzione con cui viene stipulato il pegno irregolare è pienamente opponibile al fallimento, purché risulti da atto scritto con data certa, benché gli istituti che compiono professionalmente operazioni di credito su pegno possano provare con ogni mezzo la certezza della data (art. 2787 c.c.)⁴⁸.

Nella pratica bancaria, in effetti, il problema dell'applicabilità della norma si è posto di frequente anche in relazione a fattispecie particolari come, ad esempio, al caso di pegno del saldo di conto corrente. Qui si tratta di stabilire se la data dei singoli atti di accreditamento sia opponibile al fallimento del correntista⁴⁹.

In realtà, a ben vedere, le incertezze sull'applicabilità dell'art. 2787 c.c. hanno scarso valore con riferimento al pegno irregolare, perché la norma vuole tutelare i terzi creditori contro il rischio della sostituzione del bene pignorato con altro di maggiore valore, ipotesi che riguarda essenzialmente il pegno ordinario. La norma conserva una qualche rilevanza nel pegno irregolare quando si tratta di individuare esattamente il genere e la qualità delle merci o dei titoli oggetto della garanzia, ovvero l'esatto ammontare delle somme di denaro e, nel caso di specie, l'ammontare del saldo creditore.

Non è, invece, fonte di dubbi il caso del fallimento del creditore garantito da pegno irregolare, in cui l'eventuale credito di restituzione

(47) Cass. 28 agosto 1997, n. 8164, cit., pp. 300-301, in cui viene detto, con formula di dubbia chiarezza, che "Il creditore nel pegno irregolare pertanto, in quanto esercita la prelazione non sulla somma della quale è divenuto proprietario ma sulla somma della quale il debitore, e quindi il fallimento, è creditore, esercita la prelazione - quindi al pari del creditore nell'ipotesi di pegno regolare - su cosa che appartiene (nel caso di pegno irregolare come oggetto di diritto alla restituzione) al fallimento".

(48) Si intende che la forma scritta non è richiesta *ad substantiam*, Bensì solo *ad probationem*. Autorevole dottrina esclude la necessità della forma scritta: GORLA, *Op. cit.*, p. 31; DALMARTELLO, *Il pegno irregolare*, cit., p. 804; ma *contra*: VITTORIA, *op. cit.*, p. 7; CIRULLI, *Op. cit.*, p. 714; e in giurisprudenza Cass. 13 aprile 1977, n. 1380, cit., loc. cit.

(49) Sull'argomento si è pronunciata di recente la Cassazione (1° agosto 1996, n. 6969, cit., loc. cit.) stabilendo che la necessità della forma scritta e della data certa riguarda il solo negozio costitutivo della garanzia e non i successivi atti di accreditamento delle somme sul c/c. Concorde sul punto la nota del PANZANI alla medesima sentenza, cit., p. 268.

del *tantundem* deve essere fatto valere dal debitore adempiente insinuandosi al passivo⁵⁰.

Ulteriore e diverso problema è quello che riguarda l'applicabilità al pegno irregolare dell'art. 56 1. fall., a tenore del quale "i creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento".

La norma è frutto di una scelta del legislatore tesa a sottrarre il creditore del fallito al regime concorsuale, consentendogli una soddisfazione integrale sino a concorrenza della somma di cui è debitore. La *ratio* - pur diversamente identificata⁵¹ - sembra potersi ricondurre ad una funzione di garanzia a favore del debitore-creditore che oppone la compensazione, posto che la norma ribadisce che, anche in ambito concorsuale, vige il principio secondo cui in presenza di contrapposte ragioni di debito e di credito si realizza l'effetto estintivo delle reciproche obbligazioni⁵².

La portata innovativa della disposizione sta nel consentire che la compensazione possa essere opposta al curatore anche dal creditore del fallito munito di un credito non ancora scaduto al momento del fallimento⁵³.

La norma, sebbene ispirata da motivi di equità, costituisce un *vulnus* al principio della *par condicio*, perché il creditore, nei limiti della compensazione, viene pagato integralmente. Essa comporta, inoltre, un ingiustificato *favor* verso i debitori morosi del fallito rispetto al debitore puntuale che ha pagato prima del fallimento.

Posto il quadro di riferimento normativo e considerato che, comunque, non è questa la sede idonea per affrontare *ex professo* la tematica

(50) CREMONINI e FRANCHI, *Op. cit.*, p. 703, nota 20; LUMINOSO, *Op. cit.*, p. 446, nota 61.

(51) Alcuni Autori l'hanno identificata in esigenze di tipo equitativo (MANFEROCE, *Effetti per i creditori*, in AA.Vv., *Diritto fallimentare*, coordinato da Lo CASCIO, Milano, 1996, p. 613 ss.; Lo CASCIO, *IL fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1995, p. 197 ss.); in giurisprudenza v. Cass. 6 settembre 1996, n. 8132, con nota concorde di FABIANI, *Porte aperte per la compensazione giudiziale nel fallimento*, in *Foro It.*, 1997, I, c. 165 ss., specie cc. 175-176. Altri Autori, pur condividendo la tesi per cui è necessario un meccanismo che tuteli il creditore *in bonis*, hanno criticato la scelta del legislatore (PAJARDI, *Op. loc. cit.*; RAGUSA-MAGGIORE, voce "Compensazione" in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 27 ss.). Per la giurisprudenza, cfr. Cass. 20 marzo 1991, n. 3006, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1717 ss., con nota di Lo CASCIO, *La compensazione fallimentare in presenza di crediti del fallito non scaduti alla data del fallimento*.

(52) INZITARI, *Op. cit.*, p. 162 ss.; FERRARA-BORGIOLI, *IL fallimento*, Milano, 1989, p. 332 ss.

(53) BOZZA-SCHIAVON, *Op. cit.*, p. 376.

- 130 -

dell'interpretazione dell'art. 56 legge fall. in rapporto alla dinamica degli effetti del fallimento del debitore concedente, ci limitiamo ad offrire un semplice spunto di riflessione.

Alla luce delle considerazioni finora svolte, soprattutto per quanto concerne la natura dell'istituto in esame, riteniamo che la disciplina speciale della compensazione, prevista dall'art. 56 l. fall., sia incompatibile con la fattispecie che scaturisce da un pegno irregolare ove, come si è detto, non si verifica una compensazione in senso stretto, né legale né volontaria, a causa della mancanza dell'elemento rappresentato dall'autonomia dei rapporti di debito e di credito, ma si è in presenza di una semplice operazione contabile fra partite di dare e di avere.

In più, occorre ricordare che il peculiare meccanismo soddisfattivo del credito garantito opera, per sua natura, sempre al di fuori delle regole del concorso fallimentare⁵⁴.

Di contrario avviso sono la dottrina e la giurisprudenza prevalenti che, fondandosi sull'analogia riscontrabile tra lo strumento previsto dall'art. 1851 c.c. e la compensazione in senso tecnico, ammettono la compensazione tra il debito di restituzione del *tantundem* ed il credito garantito solo se sussistono le condizioni indicate all'art. 56 l. fall.⁵⁵.

6. - *Opponibilità del pegno irregolare depositato presso un terzo al fallimento del debitore garante* Resta un ultimo punto ancora da chiarire, quello relativo alla disciplina applicabile una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento del debitore garante, qualora il denaro o le altre cose fungibili siano state consegnate a persona diversa dal creditore.

Ci riferiamo all'ipotesi sopra illustrata in cui ad un contratto di pegno irregolare si accompagna il deposito presso un terzo dei beni dati in garanzia, con la clausola che a pretendere dal depositario la restituzione del *tantundem*, *iure proprio*, sarà il garantito in caso di inadempimento del debito, o il garante nel caso opposto.

(54) Cass. 24 gennaio 1997, n. 745, cit., loc. cit. In dottrina: PETRAGLIA, *Op. cit.*, p. 972 e la nota anonima alla predetta sentenza in *Foro It.*, 1997, I, c. 752 ss.

(55) App. Milano 16 dicembre 1980, cit., loc. cit.; Cass. 13 aprile 1977, n. 1380, cit., loc. cit. In dottrina v. PANZANI, *Op. cit.*, p. 268; FRANCHINI, *Op. cit.*, p. 1187, secondo il quale per rendere possibile la compensazione occorre aggiungere i requisiti previsti dall'art. 1243 c.c., in particolare, l'omogeneità dei debiti e crediti.

Chiarito che la funzione non muta allorché viene pattuito il deposito cauzionale presso un terzo, vediamo cosa accade quando interviene la pronuncia di fallimento del debitore concedente⁵⁶.

Coloro che sostengono la tesi secondo cui il pegno irregolare collegato ad un deposito cauzionale presso un terzo configura un'ipotesi di pegno di crediti, coerentemente ritengono che in caso di fallimento del debitore garante vada applicata la disciplina per questo prevista; l'esercizio del diritto di prelazione del creditore è subordinato non solo all'esistenza dell'atto scritto, ma anche alla notificazione o accettazione con scrittura di data certa, anteriore alla pronuncia di fallimento, della costituzione del pegno (artt. 2787, 3° comma, e 2800 c.c.)⁵⁷.

Secondo il predetto orientamento, per realizzare la prelazione in questo caso occorre la previa ammissione al passivo *ex art. 53 l. fall.* e l'autorizzazione del giudice delegato affinché il creditore possa vendere le merci o i titoli e soddisfarsi sul ricavato, o, se il pegno è costituito da una somma di denaro, per permettergli di esigerla dal depositario e trattenere quanto corrisponde al suo credito⁵⁸.

L'orientamento ora illustrato non è, a nostro giudizio, condivisibile, essendo inaccettabili le premesse su cui si fonda.

Se il pegno regolare di credito è fattispecie distinta e non assimilabile a quello irregolare - anche quando è complicato dall'accordo di deposito - al quale, quindi, non possono applicarsi le norme previste per il primo; se con il deposito dei beni presso un terzo l'istituto in esame non muta la propria natura e la propria funzione; consegue che anche in occasione del fallimento del debitore non può applicarsi la disciplina prevista per il pegno ordinario.

Una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento del debitore garante, non vi è ragione alcuna per non considerare il pegno irregolare collegato al deposito cauzionale presso un terzo alla stessa stregua della fattispecie per così dire "semplice". Poiché l'effetto tipico del negozio è proprio di assicurare il soddisfacimento del credito al di fuori del concorso con gli altri creditori, detto meccanismo

(56) In caso di fallimento del creditore pignoratizio valgono le considerazioni fatte innanzi per il caso di pegno irregolare "semplice"; qualora, invece, dovesse fallire il terzo depositario, il creditore garantito potrà escutere il restante patrimonio del debitore, mentre rimarrà a carico di quest'ultimo il rischio dell'insolvenza del depositario. V. CREMONINI e FRANCHI, *Op. cit.*, p. 706, nota 30.

(57) CREMONINI e FRANCHI, *Op. cit.* p. 706.

(58) GRISI, *IL deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999, p. 544 ss.

deve essere garantito anche nel caso in cui i beni offerti in garanzia sono stati depositati presso un terzo. Non vi è bisogno, allora, che il creditore garantito si assuma l'onere di insinuarsi al passivo del fallimento, né che intervenga alcuna autorizzazione da parte del giudice delegato, né che il suo credito venga accertato sotto il profilo della forma scritta e della certezza della data, poiché egli deve ritenersi soddisfatto mediante l'incameramento definitivo dei beni consegnatigli dal depositario.

Il curatore potrà chiedere al creditore garantito solo l'eventuale residuo, una volta operato il conguaglio contabile ai sensi dell'art. 1851 c.c.⁵⁹.

(59) *Contra* LUMINOSO, *Op. cit.*, p. 446 e s., che, pur assimilando l'ipotesi del fallimento del garante nel pegno irregolare a quella di fallimento dello stesso soggetto nel deposito cauzionale presso un terzo, subordina l'esercizio della prelazione del creditore garantito al verificarsi di una compensazione *ex art.* 56 l. fall.

- 133 -

SULLA RICONDUCIBILITÀ DEL “TRUST INTERNO” ALLE CATEGORIE CIVILISTICHE *

SOMMARIO: 1. La disciplina dettata dalla Convenzione de L'Aja dell'1.7.1985, resa esecutiva con L. 16.10.1989 n. 364; - il problema del suo coordinamento con la L. 31.5.1995 n. 218; - le incertezze in ordine all'applicabilità dell'art. 3 n. 3 e dell'art. 7 n. 2 della Convenzione di Roma del 19.6.1980, ratificata con L. 18.12.1984 n. 975; - l'inadeguatezza delle regole di diritto internazionale privato ad inquadrare e sviluppare il tema sostanziale, che la formula del “trust interno” sottende. - 2. Dal diritto internazionale privato al diritto uniforme; - il *cd. trust amorfo*; - la rilevanza dell'intento empirico, sostanzialmente perseguito nelle operazioni, alle quali fa riferimento l'art. 2 della Convenzione de L'Aja; - l'esigenza di operare una correlativa qualificazione, nonché di rinvenire la più adeguata disciplina sul piano dell'ordinamento interno. - 3. Dall'atipicità del negozio alla sua tipizzazione nel concreto; - il principio di rigorosa corrispondenza fra l'assetto di interessi, costituente espressione dell'autonomia del disponente e gli effetti giuridici, che l'ordinamento è tenuto a enucleare; - realizzazione dell'assetto di interessi in via immediata e perseguimento dell'intento (destinatario ed attributivo) in chiave procedimentale; - destinazione dei beni allo scopo e correlativa esigenza di attività gestoria; - potenzialità dell'attribuzione traslativa e poteri strumentali del gestore; - l'aspettativa dell'acquisto da parte del beneficiario; - il compito dell'interprete in sede di rilevazione del dato sostanziale e di approntamento dei relativi schemi formali. - 4. Coesistenzialità dell'attribuzione patrimoniale con lo scopo negoziale specificamente perseguito; - la peculiare efficacia del negozio posto in essere dal disponente; - incidenza funzionale dell'attività gestoria; - rifiuto di attuazione del programma negoziale da parte del gestore e tutela del beneficiario; applicabilità della disciplina dettata dall'art. 2932 c.c. - 5. La posizione del gestore nell'ambito del procedimento; - carattere strumentale dei poteri che competono al gestore; - inammissibilità del concetto di “proprietà funzionale”; - inconcepibilità di uno “sdoppiamento” del diritto di proprietà, da riconoscere concorrentemente in capo al gestore e in capo al beneficiario; - esigenza di individuare gli specifici caratteri, propri delle situazioni giuridiche soggettive, in concreto rilevanti. - 6. L'opponibilità ai terzi dell'acquisto programmato a favore del beneficiario; - riferimenti alla disciplina dettata dall'art. 3 del D. Lgs. 31.12.1996 n. 669 conv. in L. 28.2.1997 n. 30; il negozio del disponente come “indice di circolazione”, peculiarmente caratterizzato dal suo contenuto; - possibilità per il beneficiario di farlo valere nei confronti dei terzi in conflitto. - 7. Inefficacia degli atti abusivamente posti in essere dal gestore; - carattere reale dell'aspettativa, da riconoscere in capo al beneficiario; - legittimazione di quest'ultimo, oltre che del disponente, all'esercizio di azioni, anche di carattere recuperatorio e reintegratorio, nei confronti dei terzi. - 8. n fenomeno della “separazione dei beni” e la sua ammissibilità nel nostro ordinamento anche in casi non specificamente disciplinati; - separazione dei beni e distacco del patrimonio dal titolare; - riflessioni sul *cd. principio di infrazionabilità del patrimonio*; - piena validità del negozio, posto in essere dal disponente, ogni qualvolta esso abbia ad oggetto una massa di beni specificamente individuati, non coincidente con il patrimonio o con una quota di quest'ultimo. - 9. Possibilità di qualificare tale negozio secondo i caratteri di esso propri e di individuarne i caratteri e la disciplina senza operare alcuna

(*) Il testo riproduce e sviluppa, con l'aggiunta di note e di riferimenti bibliografici, la relazione svolta dall'a. nell'ambito del Congresso nazionale dell'Associazione “*Il trust in Italia*”, tenuto a Roma nei giorni 19-20 novembre 1999.

- 134 -

relatio allo schema formale del trust; - individuazione delle finalità, anche di tipo liberale, perseguibili attraverso il negozio stesso. - 10. Breve nota di carattere metodologico.

1. - Il problema, concernente l'ammissibilità nel nostro ordinamento del *cd. trust interno*, ha costituito oggetto, presso i giuristi che l'hanno esaminato ¹, di un'impostazione scarsamente approfondita, che non appare corretta.

Si sono prese le mosse, assumendo un concetto di *trust*, che non si sa bene a quale ordinamento sia propriamente riferibile, ma che, con una certa approssimazione, dovrebbe ricavarci dai sistemi di *common*

law².

Si è quindi sviluppato il discorso in chiave di stretta interpretazione della Convenzione de L'Aja dell'1.7.1985, resa esecutiva con L. 16.10.1989 n. 364, per chiedersi se la suddetta Convenzione possa comprendere nella sua disciplina, oltre a quelli caratterizzati da sicuri elementi di estraneità, anche i negozi posti in essere da cittadini

(1) Ampia è la bibliografia in materia. V., fra le opere più recenti: L. DE ANGELIS, *Trust e fiducia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, pp. 353 ss.; A. GAMBARO, voce *Trust*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, 19, Torino, 1999, pp. 449 ss.; ID., *IL diritto di proprietà*, in *Trattato di dir. civ. e comm. dir.* da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1995, pp. 628 ss.; A. de DONATO-V. de DONATO-M. D'ERRICO, *Trust convenzionale*, Roma, 1999; U. LA PORTA, *IL problema della causa del contratto, I, La causa e il trasferimento dei diritti*, ed. provv. Torino, 1999, pp. 171 ss.; G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia (Breve saggio sulla libertà dalle forme)*, in *Riv. giur. sarda*, 1999, pp. 571 ss.; P. RESCIGNO, *Osservazioni a chiusura di un seminario sul trust*, in *Persona e comunità, (Saggi di diritto privato)*, III, Padova, 1999, pp. 318 ss.; G. BROGGINI, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, pp. 399 ss.; ID., *IL trust nel diritto internazionale privato*, in *Jus*, 1997, pp. 11 ss.; R. CALVO, *La tutela dei beneficiari nel trust interno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 33 ss.; R. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, pp. 1323 ss.; ID., *IL trust e "sostiene Lupoi"*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, pp. 441 ss.; M. LUPOI, *The civil law trust*, in *Vanderbilt Journal of Trans. Law*, vol. 32, 1999, pp. 967 ss.; ID., *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, pp. 427 ss.; ID., *Aspetti gestori e dominicali, segregazione: trust e istituti civilistici* (nota a Trib. Lucca, 23.9.1997), in *Foro It.*, 1998, I, cc. 3391 ss.; ID., *Trusts*, Milano, 1997; ID., voce *Trusts, II, Convenzione dell'Aja e diritto italiano*, in *Enc. giur.*, Agg. 1995; ID., *IL trust amorfo*, in *Vita not.*, 1995, pp. 51 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il trust nell'ordinamento italiano dopo la Convenzione dell'Aja*, in *Vita not.*, 1998, I, pp. 754 ss.; E. MOSCATI, *Trust e vicende successorie*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, pp. 1075 ss.; A. PALAZZO, *Successione, trust e fiducia*, in *Vita not.*, 1998, I, pp. 770 ss.; M. SERIO, *Trust, contract e consideration*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, pp. 509 ss.; A. ZOPPINI, *Fondazioni e trusts (spunti per un confronto)*, in *Giur. It.*, 1997, IV, cc. 41 ss.; N. LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, pp. 483 ss.; P. PICCOLI, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano*, in *Riv. not.*, 1995, pp. 37 ss.; L. SANTORO, *Trust e fiducia*, in *Contr. e impr.*, 1995, pp. 976 ss.; A. BUSATO, *La figura dei trusts negli ordinamenti di common law e di diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, pp. 309 ss.; U. MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, in *Quadrim.*, 1990, pp. 239 ss.

(2) V., sul punto, per contrapposti rilievi critici: M. LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, cit., pp. 435 s.; G. CASTRONOVO, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, cit., p. 444.

- 135 -

italiani, che abbiano scelto una legge straniera; per porre infine il problema, se la Convenzione stessa sia suscettibile di applicazione, pur quando i beni, costituenti oggetto dei negozi in questione, siano situati nel nostro territorio (il dubbio concerne, in particolare, gli immobili) e, al limite, tutti gli elementi sostanziali del *trust* risultino collegati all'Italia³.

Così come impostato, tale problema potrebbe anche avere una propria rilevanza, non essendo da escludere che, attraverso l'evoluzione di una prassi, attualmente caratterizzata dal prudente ricorso a forme di interposizione gestoria, i nostri giudici vengano chiamati a pronunciarsi sulla validità ed efficacia di atti, direttamente posti in essere da cittadini italiani, che una qualche diffidenza verso l'aperta immissione nel nostro ordinamento di tecniche estranee alla tradizione di esso propria, ovvero accorte scelte di natura fiscale, abbiano fatto confluire in canali di regolamentazione riferibili a ordinamenti stranieri, nel presupposto della realizzabilità, per questa via, di una più sicura tutela.

Si tratta, peraltro, di vedere se una soluzione indotta da codesta impostazione, attesa la ristrettezza dell'angolo di visuale che la circonda, sia suscettibile di dare un positivo contributo al tema sostanziale - quello dell'organica introduzione di un idoneo schema di negozio nel nostro sistema civilistico - che l'immagine del *trust interno* evoca.

Ed invero, nei termini entro i quali viene comunemente affrontato, il problema non può prescindere da un'attenta analisi, oltre che della Convenzione in sé, anche del modo, tutt'altro che certo, con cui la Convenzione stessa, a séguito della L. 16.10.1989 n. 364, è venuta

(3) Cfr., in vario senso: R. CALVO, *La tutela dei beneficiari nel trust interno*, cit., pp. 51 ss.; L. DE ANGELIS, *Trust e fiducia*, cit. p. 361; A. GAMBARO, voce *Trust*, cit., pp. 466 ss.; N. LIPARI, *fiducia statica e trusts*, cit., pp. 490 ss.; M. LUPOI, *The Civil Law Trust*, cit., pp. 983 ss.; ID., *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, cit., pp. 436 ss.; ID., *Trusts*, p. 440; ID., voce *Trusts*, cit., 2.5; P. PICCOLI, *Possibilità operative del trust*, cit., pp. 66 ss.; P. RESCIGNO, *Osservazioni a chiusura di un seminario sul trust*, cit., p. 327; L. SANTORO, *Trust e fiducia*, cit., p. 978.

Per un caratteristico caso di *trust interno*, v. Trib. Lucca, 23.9.1997, in *Foro It.*, 1998, I, cc. 3391 (con la citata nota di M. LUPOI).

Decisamente contrario all'ammissibilità della discussa categoria: G. BROGGINI, *Trust e fiducia*, cit., p. 411, per il quale "è la *fattispecie internazionale che giustifica il diritto internazionale privato*"; sicché dovrebbe ritenersi escluso *in limine* che, in assenza di elementi di estraneità rispetto al nostro ordinamento, soggetti italiani possano costituire un *trust*, operando la scelta di una legge diversa da quella italiana. In giurisprudenza, cfr. Trib. S. Maria Capua Vetere, 7.3.1999, in A. de DONATO-V. de DONATO-M. D'ERRICO, *Trust convenzionale*, cit., p. 39.

- 136 -

a collocarsi fra le fonti normative, che caratterizzano il nostro diritto internazionale privato⁴.

Ciò in quanto, pur affermando l'art. 2 della L. 31.5.1995 n. 218 che le disposizioni, contenute in tale legge, "non pregiudicano l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia" e pur essendo l'art. 1 della Convenzione di Roma del 19.6.1980, ratificata con L. 18.12.1984 n. 975, chiaro nell'escludere dal suo ambito la "costituzione di trusts", in una con "i rapporti che ne derivano tra i trustees e i beneficiari" (art. 1 n. 2 lett. "g"), occorre comunque confrontarsi con la disposizione, contenuta nell'art. 57 della summenzionata L. 218/1995, alla cui stregua le "obbligazioni contrattuali" sono "in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma del 19.6.1980".

Avendo il legislatore inteso riferirsi, con tale formula, all'intero ambito negoziale non inciso dalle specifiche disposizioni che, nel testo della stessa L.218/1995, espressamente contemplano singole categorie di atti - e comprensivo, nella sua "residualità", anche degli atti ad efficacia reale⁵ - si pone, sia nelle ipotesi caratterizzate dall'esistenza di vincoli pattizi, sottostanti al negozio istitutivo⁶, sia in generale⁷, l'ulteriore problema di una possibile applicazione *in subiecta materia* dell'art. 3 n. 3 e dell'art. 7 n. 2 della suddetta Convenzione⁸; in ragione dei quali la regola, espressa dall'art. 57 della L. 218/1995, verrebbe a fondare una disciplina fortemente preclusiva, là dove si ritenga, secondo un'opinione alquanto stratificata, l'incompatibilità

(4) V., sul punto, G. BROGGINI, *IL trust nel diritto internazionale privato*, cit., pp. 15 ss., 21 ss.; A. de DONATO-V. de DONATO-M. D'ERRICO, *Trust convenzionale*, cit., pp. 62 ss.

(5) Cfr. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, III ed., Padova, 1999, p. 602.

(6) Ipotesi di prevalente ricorrenza, stante la "sostanziale contrattualità del modello di trust internazionale" (M. LUPOI, voce *Trust*, I, *Profili generali e diritto straniero*, in *Enc. giur.*, Agg. 1995, 4.2).

(7) In senso contrario a quello fatto proprio nel testo: A. de DONATO-V. de DONATO-M. D'ERRICO, *op. cit.*, pp. 63 ss.

(8) Art. 3 n. 3: "la scelta di una legge straniera ad opera delle parti, accompagnata o non dalla scelta di un tribunale straniero, qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano ad un unico paese, non può recare pregiudizio alle norme, alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto".

Art. 7 n. 2: "LA presente Convenzione non può impedire l'applicazione delle norme in vigore nel paese del giudice, le quali disciplinano imperativamente il caso concreto indipendentemente dalla legge che regola il contratto".

- 137 -

della costituzione di un *trust* interno con i principi, che caratterizzano il nostro diritto comune⁹.

Che l'interprete, in forza degli artt. 6 primo comma e 11 primo comma della Convenzione de L'Aja - per i quali "a trust shall be governed by the law chosen by the settlor" e, una volta costituito in base a tale legge, "shall be recognized as a trust" - possa concludere nel senso dell'indiscriminata ammissione di cittadini italiani ad operazioni regolate da leggi straniere, anche con riguardo a beni situati nel nostro territorio, quali che siano i meccanismi interni riferibili alle operazioni stesse in termini di destinazione dei beni allo scopo e di concorrente disciplina delle situazioni soggettive giuridicamente rilevanti, finisce, alla stregua dei suesposti rilievi, con l'essere tutt'altro che scontato.

Di qui un'incertezza di base; la quale, nel considerato quadro normativo, non appare suscettibile di essere

rimossa, neppure con l'esigenza, peraltro sensibilmente avvertita, di superare, con opportuno intervento ermeneutico, le aporie di un ordinamento - come quello vigente oggi in Italia - che, aperto per convenzione internazionale, avente carattere di "universalità"¹⁰, al più ampio riconoscimento del *trust* come istituto praticato nei più diversi paesi, verrebbe poi, seguendo l'opposto ragionamento, a non consentire l'utilizzazione di tale strumento ai propri cittadini, considerandola preclusa *in limine* da una contrarietà dello strumento stesso alle proprie norme, di carattere tassativo e inderogabile¹¹.

La configurazione del *trust* come strumento di autonomia negoziale, idoneo a perseguire, attraverso la Convenzione de L'Aja, assetti di interessi suscettibili di obliqua rilevanza per l'ordinamento italiano, non può essere infatti per sé sufficiente a dar conto della realizzabilità di tali assetti all'interno di un sistema, profondamente permeato, come il nostro, dal dogma della "proprietà" e del "patrimonio" - entrambi da riferire alla "persona", come "soggetto di diritto" - nonché rigidamente improntato alla tecnica dell' "attribuzione

(9) Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, VII ed., Napoli, 1998, pp. 919 s.; in giurisprudenza: Trib. Oristano, 15.3.1956, in *Foro It.*, 1956, I, c. 1019.

(10) Cfr. A. GÁMBARO, *IL diritto di proprietà*, cit., p. 637 e ivi nota 66. Sottolinea l'A. come, durante i lavori preparatori della Convenzione, sia stata cancellata la variante "A", proposta dalla Commissione degli esperti, dalla quale risultava in modo riduttivo: "la presente convention détermine la loi applicable au trust; elle organise également sa reconnaissance dans les rapports entre les Etats contractants".

(11) V., a riguardo, le osservazioni di N. LIPARI, *Fiducia statica e trust*, cit., p. 491; R. CALVO, *La tutela dei beneficiari nel trust interno*, cit., p. 52.

- 138 -

traslativa", del tutto irriducibile a quelle tradizionalmente proprie della *fiducia*.

Anche a voler ritenere l'applicabilità della Convenzione de L'Aja¹², sembra porsi, d'altro lato - quale ulteriore ostacolo ad un generale riconoscimento del "*trust interno*", da operare in forza della suddetta Convenzione - lo stesso art. 15 di quest'ultima.

Ciò in quanto la norma, che in tale articolo è contenuta, fa espressamente salva, al primo comma, "*the application of provisions of the law designated by the conflicts rules of the forum*", ritenendola inderogabile "*from by voluntary act*", per tutto quanto specificamente attiene (lett. "d") "*to the transfer of title to property and security interests in property*".

Ne possono discendere il dubbio se la categoria concettuale del *trust* sia davvero utilizzabile nel nostro ordinamento e, con esso, un atteggiamento di perplessità - alimentata presso giuristi anche autorevoli da non del tutto comprensibili preoccupazioni di carattere dogmatico¹³ - a che un risultato in tal senso possa essere realizzato mediante l'impiego degli strumenti, normativi e negoziali, dei quali il nostro ordinamento può in generale disporre.

2. - Arrestarsi in tal modo alle soglie di un problema, che nasce dal crescente sviluppo di un'attività negoziale, aperta alle più varie esperienze, anche desumibili da altri ordinamenti, ogniquale volta esse risultino utili al migliore soddisfacimento degli interessi concretamente perseguibili, non sarebbe, peraltro, atteggiamento condivisibile.

Non sembra infatti che, a conclusione di un formalistico (e abbastanza tortuoso) percorso ermeneutico fra Convenzione e convenzioni, sia consentito registrare, e suggellare come definitivo risultato, quel "nulla di fatto", che verrebbe ingiustamente a frustrare le diffuse aspettative verso un moderno sistema degli atti di privata autonomia, caratterizzato dalla necessaria flessibilità, nonché da capacità di pronto adeguamento, ad ogni tecnica, sia pure diversa e nuova, che risulti di fatto più consona all'ottenimento del risultato negoziale, cui le parti sostanzialmente tendono.

(12) Dubbia, anche a sensi dell'art. 25 di quest'ultima, per il quale *"the Convention shall not affect any other international instrument containing provisions on matters governed by this Convention to which a Contracting State is, or becomes, a Party"*.

(13) Cfr., sul punto, le riflessioni di C. CASTRONOVO, *IL trust e "sostiene Lupoi"*, cit., pp. 441 ss., 450 s.; A. GAMBARO, *IL diritto di proprietà*, cit., p. 642; N. LIPARI, *Fiducia statica e trust*, pp. 487 ss.; U. MORELLO, *Fiducia e trust*, cit., p. 271.

- 139 -

Solo attraverso una distorta percezione del dato sostanziale, che all'esame degli interpreti è sottoposto, il problema in oggetto potrebbe confondersi con quello dell'introduzione nel nostro ordinamento di schemi formali, corrispondenti ai *nomina iuris*, che altri ordinamenti conoscono¹⁴, ovvero con quello della riconduzione a tali schemi di corrispondenti effetti, ancorché incompatibili con i principi, sui quali il codice civile italiano, al termine di una lunga tradizione storica, è venuto a modellarsi.

La Convenzione de L'Aja è lungi dall'aver voluto operare, o favorire, un'introduzione siffatta.

Essa prende le mosse da quella che risulta oggi essere la realtà di operazioni economiche sempre più frequenti nei diversi paesi (non solo di *common law*) e diffuse ormai negli stessi paesi di diritto continentale (anche in quelli di più antica tradizione romanistica), grazie alla duttilità degli strumenti usati (in vario modo riconducibili alla matrice del *trust*), nonché alla loro attitudine a soddisfare le più varie esigenze, in un arco compreso fra quelle di natura familiare o sociale e quelle di tipo più marcatamente economico o finanziario¹⁵, che gli schemi classici della *fiducia* e del mandato - quest'ultimo configurato come contratto a "effetti obbligatori" - non sembrano in grado di soddisfare.

Lo scopo, al quale essa tende in considerazione di codesta realtà, è di dare adeguato riscontro a una domanda, divenuta progressivamente rigida, di disciplina di una serie di attività negoziali, che le moderne forme di gestione dei patrimoni e d'impiego dei beni hanno reso di primaria importanza.

Del tutto coerente con tale scopo è la significativa formulazione dell'art. 2 della Convenzione, con riguardo alla quale, non a caso, si è parlato, nella più attenta dottrina¹⁶, di *"trust amorfo"*.

La norma, che in codesto articolo è contenuta, si limita a richiamare

(14) In ordine a tale problema, v. le argomentazioni di A. BUSATO, *La figura dei trust*, cit., pp. 328 s.; L. SANTORO, *Trust e fiducia*, cit., p. 986, che sollecita *"un rapido intervento legislativo in modo da permettere un adeguamento del livello di formazione italiana alla realtà comunitaria"*.

(15) Cfr. A. GAMBARO, voce *Trust*, cit., pp. 460 ss.; M. LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trusts*, cit., pp. 435 ss.; P. PICCOLI, *Possibilità operative del trust*, cit., p. 42; con particolare riguardo all'interesse del beneficiario, M. SERIO, *Trust, contract e consideration*, cit., pp. 510, 518 ss.

(16) M. LUPOI, *Trusts*, cit., pp. 411 ss.; ID., voce *Trusts, II, Convenzione dell'Aja e diritto italiano*, cit., 2.1.1.; ID., *IL trust amorfo*, cit., laddove si definisce il *"trust amorfo"* come *"struttura elementare che può essere ritrovata in tutti i sistemi giuridici"* (p. 55). Cfr., dello stesso A., *The civil law trust*, cit., p. 970.

- 140 -

quello che un tempo i civilisti erano soliti definire *"intento empirico"* delle parti, avendo riguardo non già alla qualificazione di tale intento sotto il profilo formale ad opera dell'uno o dell'altro ordinamento, ma alla *sostanza del negozio*, ovvero ai concreti caratteri dell'operazione dall'intento stesso individuata e circoscritta¹⁷.

Essa dispone che, in sede di recezione della categoria concettuale del *"trust"*, debbano comprendersi tutti i rapporti giuridici (*the legal relationships*), comunque *"created - inter vivos or on death - by a person, the settlor"*, mediante sottoposizione dei beni al controllo di un soggetto nell'interesse di un altro soggetto beneficiario, per un fine specifico (*"when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose"*).

Stabilisce altresì che il riconoscimento debba essere accordato ogniqualvolta i beni vengano a costituire, per volontà delle parti, una massa autonoma (“*a separate fund*”), non facente parte del patrimonio del soggetto incaricato della loro gestione (“*not a part of the trustee's own estate*”) e l'intestazione dei beni a quest'ultimo comporti l'investitura nel potere e nel dovere di amministrare, disporre e rendere il conto, “*in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed... by law*”.

Questa disciplina viene a tradursi in un mero giudizio di *ragionevolezza causale*, e di conseguente meritevolezza di tutela, che involge allo stato puro l'assetto sostanziale di interessi, considerato dalla Convenzione, senza che l'assunzione del medesimo in un determinato *nomen iuris*, desunto dall'uno o dall'altro ordinamento -ovvero derivante da un astratto esperimento di laboratorio, condotto sulla falsariga del *trust* anglosassone - possa condurre ad un insanabile contrasto con i principi e le caratteristiche fondamentali, che contraddistinguono ciascun diritto nazionale.

La regola convenzionale null'altro importa, se non il dovere, in capo a ciascuno degli Stati aderenti, di recepire un dato fenomenico, in una con il fine che lo contraddistingue, ricollegando alla “*causa naturale del negozio*”, in rigorosa coerenza con la causa stessa, gli effetti più appropriati, tenuto conto della legge applicabile per volontà delle parti, nonché di quelle che risultino essere le specifiche esigenze della legge del foro.

(17) In senso contrario, G. BROGGINI, *Trust e fiducia*, cit., p. 409, per il quale “*il trust, le cui caratteristiche sono descritte nell'art. 2 (della Convenzione), non è un trust amorfo, ma il trust del modello anglo-americano*”; A. de DONATO-V. de DONATO-M. D'ERRICO, *op. cit.*, pp. 72 ss., che parlano di “*trust tipico*”, reso tale dalla Convenzione.

Di particolare significato, sotto questo profilo, appare la statuizione contenuta nell'art. 15, secondo comma, della Convenzione, per la quale, ove tali esigenze abbiano a rivestire carattere di imprescindibilità - alla luce di quanto previsto dal primo comma dello stesso articolo - “*the Court shall try to give effect to the objects of the trust by other means*”, considerati compatibili; null'altro importando il riconoscimento del *trust* (cfr. art. 11, secondo comma), se non che: “*personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets*”, “*the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy*”; “*the trust assets shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death*”; “*the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets*”; fermo essendo che, “*however, the rights and obligations of any third part holder of the assets shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum*”.

In base a tale statuizione - che vale per tutti i *trusts* previsti dalla Convenzione de L'Aja, come appare opportuno evidenziare -può escludersi, in modo certo, che il “via libera” all'ammissibilità di quello che suole definirsi come “*trust interno*” sia suscettibile di dar luogo ad una indebita intrusione nel nostro ordinamento di regole di *common law* e di rimedi *in equity*, tali da trasformare l'ordinamento stesso in un inammissibile sistema a doppio binario, ovvero tradursi nella scissione del nostro diritto di proprietà - rigorosamente individuato nel suo contenuto unitario dall'art. 832 c.c. e, come tale, costituzionalmente garantito¹⁸ - attraverso la riconduzione di quest'ultimo ad opposti poli, come quelli che, nel sistema anglosassone, segnano la dialettica contrapposizione fra “*legal estate*” e “*equitable estate*”.

Pur potendo al negozio applicarsi la disciplina risultante dalla legge straniera scelta dal costituente - per quanto previsto dall'art. 8 della Convenzione - resta comunque il potere di adeguare tale disciplina

(18) Ciò che esclude ogni possibilità di “*destrutturare*” il diritto stesso, attraverso il superamento dei “*limiti minimi, al di sotto dei quali non è consentito andare senza vanificare del tutto l'essenza del diritto*” (U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, p. 28 e *ivi* nota 60).

alle forme proprie del nostro diritto, si da realizzare, nei modi più consoni con quest'ultimo, la volontà dei soggetti interessati.

Ciò dovrebbe consentire, già in prima approssimazione, di superare le perplessità e le ritrosie, diffusamente manifestate in ordine alla permeabilità del nostro sistema nei confronti della categoria concettuale del *trust*: perplessità e ritrosie, che il giurista teorico può anche avvertire¹⁹, ma che appaiono ben poco fondate sul piano concreto degli ordinamenti, nonché del rapporto che oggi più strettamente li unisce, rendendoli - al di là, è al di sopra, di ogni forza contraria - fra loro uniformi.

3. - In sede ricostruttiva, occorre sottolineare come la fusione in unitario regolamento, sia dell'intento destinatorio, sia dell'intento attributivo - al pari del realizzarsi del complessivo assetto di interessi attraverso tecniche caratterizzate dalla rifrazione del diritto di proprietà in distinti poteri dispositivi, gestori e acquisitivi, rispettivamente da riconoscere in capo al costituente, al "trustee" e al soggetto beneficiario - e così pure la rilevanza del regolamento negoziale rispetto ai terzi, che la funzione propria del *trust*, come strumento di natura dispositiva, necessariamente implica, siano lungi dal costituire elementi di irriducibilità al nostro sistema negoziale.

Stante l'aperto riconoscimento dell'autonomia privata, al quale il sistema stesso, per suo carattere essenziale (arg. ex art. 1322 c.c.), si ispira, e stanti i rapporti di piena ed integrale corrispondenza fra peculiare contenuto dell'assetto di interessi e relativo schema formale, necessariamente indotti da quel riconoscimento, ne consegue infatti una *flessibilità di strutture*, che è possibile rinvenire, oltre che sul piano della qualificazione della concreta fattispecie, anche su quello degli effetti rilevanti sotto il profilo giuridico.

Questo fondamentale carattere deve stimolare l'interprete a rinvenire, ancorché inesprese, le forme idonee a realizzare, nella misura più appropriata, le manifestazioni di volontà, nelle quali l'autonomia privata, sviluppando la diffusa prassi della costituzione di beni in *trust*, tende oggi ad esprimersi.

Il compito indubbiamente non è agevole, trattandosi di superare, in un sistema unitario - e non binario, come quello di *common law* - le difficoltà connesse con la configurazione di operazioni negoziali,

(19) Cfr., sul punto, le riflessioni di N. LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, cit., p. 496.

impennate, per loro natura, sull'attribuzione, che, per volontà del costituente, tende ad essere realizzata in favore del beneficiario, senza peraltro tradursi in diretto acquisto da parte del medesimo, a ciò ostando l'interinale "investitura *ex re*", che viene strumentalmente a prodursi in capo al gestore: quest'ultimo chiamato a svolgere, in base a detta investitura, tutta l'attività - anche di straordinaria amministrazione, al limite dispositiva e di riconversione, del bene (più spesso, della massa dei beni, costituenti il fondo del *trust*) - qual essa occorre per la realizzazione dello scopo perseguito.

Ma è un compito che, con la necessaria attenzione, e con qualche sensibilità verso il mutato spirito dei tempi, ben può essere assolto, attingendo, sotto il profilo interpretativo e nel più ampio quadro sistematico, alle molte risorse, che il nostro diritto civile è in grado di esprimere.

Sotto questo profilo, esistono tecniche, già sperimentate in altri settori dell'ordinamento, le quali appaiono suscettibili di indurre ad una conciliazione delle opposte istanze.

Sviluppando, anzitutto, la prospettiva del *perseguimento in chiave procedimentale dell'assetto di interessi*²⁰ e del connesso carattere di potenzialità, che l'atto di attribuzione traslativa viene ad assumere, allorché il fine primario della destinazione del bene, o della massa di beni, a uno scopo, così come configurato dal disponente²¹, pone il diaframma di una concorrente attività, da svolgere in fase intermedia e rimessa a un terzo gestore, necessaria a far coincidere il perseguimento di tale scopo con il definitivo acquisto da parte del beneficiario,

nel frattempo titolare di una posizione *in fieri*²².

4. - Come già si è avuto modo di osservare in altra sede²³, il nostro ordinamento ben conosce la possibilità che l'attribuzione patrimoniale, programmata dal disponente, abbia carattere di coesenzialità rispetto a uno scopo specificamente perseguito.

E il mandato - ad acquistare o ad alienare (non quello meramente

(20) Si consenta, a riguardo, di operare un rinvio al nostro "Contratto preliminare", Padova, 1991; nonché al successivo studio su "Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente", in A. LUMINOSO-G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare. Regole e dogmi*, Padova, 1998, pp. 107 ss.

(21) Profilo ben sottolineato da A. de DONATO-V. de DONATO-M. D'ERRICO, *cit.*, p. 213.

(22) Le singole fasi della sequenza sono nitidamente scandite da M. Lupoi, *Trusts*, *cit.*, pp. 481 ss.

(23) G. PALERMO, *Autonomia privata e fiducia*, *cit.*, pp. 577 ss.

- 144 -

obbligatorio) - rappresenta lo schema di riferimento più idoneo, attesa la disciplina che lo caratterizza, a dar conto della realizzabilità, già nel sistema del codice civile, di quelle forme di destinazione dei beni e di collaborazione strumentale al perseguimento del corrispondente risultato, tradizionalmente connesse con la *fiducia*".

Che l'attività del soggetto, al quale è rimesso il raggiungimento dello scopo prefissato, possa avere caratteri tali da incidere in via funzionale su un assetto di interessi, comunque destinato ad instaurarsi, in forza del negozio fondamentale, con il maturare dei relativi presupposti - stante l'efficacia reale del negozio stesso, potenzialmente produttivo del finale acquisto della proprietà del bene (o di quel che consegue dall'operata gestione) in capo al beneficiario - non riveste alcun carattere di eccezionalità.

Possono richiamarsi, sotto questo profilo, le norme applicabili alla vendita di cosa altrui, in forza delle quali, procurato dal venditore l'acquisto del diritto, quest'ultimo si trasmette automaticamente all'acquirente, per quanto espressamente disposto dall'art. 1478 secondo comma c.c.

La disciplina del mandato ad acquistare, a sua volta, evidenzia come all'obbligo di ritrasferimento assunto dal mandatario sia dato carattere di stretta sussidiarietà nella fattispecie delineata dall'art. 1706 c.c. e come il risultato perseguito dal mandante sia suscettibile in ogni caso di attuazione - una volta posto in essere il negozio gestorio - per il solo fatto che il mandante stesso formalmente si appropri, con un suo atto di volontà (primo comma) o con l'intermediazione del giudice (secondo comma), dei relativi effetti²⁵.

Alla potenzialità attributiva, che del negozio di mandato è propria

(24) Il punto va tenuto fermo; anche se i riferimenti alla disciplina propria del mandato non possono per sé indurre all'affermazione (U. MORELLO, *Fiducia e trust*, *cit.*, pp. 268 s.), secondo la quale i tradizionali problemi della fiducia romanistica sarebbero da ricondurre all'area di quel contratto, non potendo "i casi indicati come ipotesi di negozio fiduciario... distinguersi da ipotesi di mandato senza rappresentanza".

Tale affermazione non sembra condivisibile, dovendosi escludere, con riguardo al mandato ad alienare, che l'atto che ne costituisce adempimento - ovvero il negozio gestorio - abbia valore di formale titolo di acquisto del bene, opponibile ai terzi anche con lo strumento della pubblicità dichiarativa ed essendo necessario, in tal caso, che alla costituzione del suddetto titolo, utilizzabile anche per gli effetti previsti dall'art. 2650 c.c. (non essendo per sé trascrivibile il mandato ad alienare), si addivenga in via negoziale con la cooperazione del mandante, ovvero in via giudiziale, attraverso lo strumento della cd. sentenza costitutiva.

(25) *Amplius*, sul tema: G. PALERMO, *Autonomia privata e fiducia*, *cit.*, p. 583 e *ivi* nota 35.

- 145 -

- e che appare tale da giustificare la titolarità in capo al terzo dell'azione prevista dall'art. 2932 c.c. nel caso

di mancato adempimento dell'obbligo di alienare, in ipotesi assunto dal mandatario - fa ulteriore riscontro quella indotta dal contratto preliminare; laddove, realizzatosi in chiave procedimentale l'assetto di interessi configurato dalle parti, il promittente alienante è tenuto a collaborare per la formazione del titolo di acquisto, con un'attività che, ancora una volta, trova nella sentenza costitutiva, resa su istanza del promissario acquirente, il suo eventuale surrogato²⁶.

L'art. 2932 c.c. offre, in questo quadro, lo strumento più idoneo a superare l'omissione o l'ingiustificato rifiuto del soggetto, al quale l'attuazione del programma negoziale sia stata rimessa dal disponente.

La sua pertinenza alla materia in esame non dovrebbe dar adito a dubbi, circa l'esercitabilità di un'azione diretta da parte del beneficiario, una volta riconosciuta l'efficacia, propria dell'atto posto in essere dal costituente, in ragione della quale il beneficiario stesso viene a trovarsi in situazione di aspettativa, giuridicamente tutelabile, anche in forma specifica²⁷.

5. - Che in regime di autonomia sia dato realizzare un'attribuzione patrimoniale, ovvero una serie di attribuzioni patrimoniali, la cui concreta disciplina venga concretamente a caratterizzarsi e a plasmarsi in funzione dello scopo, al quale i beni costituenti oggetto del negozio sono destinati, non sembra revocabile in dubbio²⁸.

Nessuna norma impone di tenere strutturalmente disgiunto il profilo della destinazione da quello attributivo²⁹ e di compiere,

(26)Cfr. G. PALERMO, *Contratto preliminare*, cit., pp. 125 ss.; ID., *Rilevanza esterna del contratto preliminare*, cit., p. 161.

(27) Cfr. R. CALVO, *La tutela dei beneficiari nel trust interno*, cit., p. 63. Alla situazione di aspettativa, nella quale versa il beneficiario, e all'opponibilità della stessa - secondo le regole dettate, in particolare, dall'art. 2652 n. 2 e dall'art. 2690 n. 1 c.c. - va correlata la posizione dei creditori; profilo, quest'ultimo, non evidenziato da P. PICCOLI (*op. cit.*, p. 58), per il quale il patrimonio costituito in *trust* dovrebbe considerarsi intangibile da parte dei creditori personali del beneficiario, "caratteristica istituzionale del trust" essendo "l'insensibilità del patrimonio su cui il settlor ha imposto un vincolo di destinazione".

(28) Cfr. U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo*, cit., *passim*. L'esigenza di un conforme atteggiamento dell'ordine positivo non sfugge a A. de DONATO-V. de DONATO-M. D'ERRICO, *op. cit.*, p. 149.

(29) La possibilità di un'attribuzione strumentalmente preordinata alla destinazione è evidenziata, in particolare, da R. RASCIO, *Destinazioni di beni senza personalità giuridica*, Napoli, 1971, pp. 24 ss. (con specifico riguardo all'ipotesi prevista dall'art. 32 c.c.). In termini, v. ora U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo*, cit., pp. 27, 41.

- 146 -

sempre e comunque, il passo occorrente alla creazione di un nuovo soggetto proprietario (la "persona giuridica"), il cui statuto consenta di assicurare il soddisfacimento dello scopo perseguito dal costituente, senza alterare le linee tradizionali del sistema³⁰.

Quello previsto dall'art. 14 c.c. è solo uno dei possibili meccanismi utilizzabili in regime di privata autonomia³¹; non l'unico, essendo piena la libertà in capo al disponente di configurare, nel modo che egli ritiene più opportuno, i mezzi idonei al soddisfacimento dei suoi interessi e, rispetto a tale configurazione, dovendo essere rispettosa e coerente la ricognizione dell'atto negoziale, che l'ordinamento è tenuto ad operare.

Il problema non è soltanto di tipicità o atipicità dello schema, perché ogni negozio - non sarà mai ripetuto abbastanza - si tipicizza da sé, nel concreto. È soprattutto un problema di individuazione degli strumenti, anche concettuali, attraverso il cui impiego deve correttamente governarsi la *produzione degli effetti*³².

Nel caso all'esame, ricondurre tali effetti allo schema di un'attribuzione traslativa di poteri dominicali, che dovrebbe verificarsi in capo al gestore nell'interesse del beneficiario, appare francamente un "fuor d'opera".

Nessuno spazio esiste - nel nostro sistema fondato sull'art. 832 c.c.³³ - per una scissione del diritto di

proprietà in concorrenti titoli di appartenenza del bene (quello formale, di cui il gestore dovrebbe

La tradizionale distinzione dell'atto di attribuzione patrimoniale dal negozio a causa destinataria (v. FR. FERRARA SR., *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino, 1915) è ribadita da R. NICOLÒ, *Negoziato di fondazione e istituzione di erede*, ora in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1993, p. 193. Il suo superamento è chiaro già in F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, rist. 1983, p. 43, là dove si ribadisce l'unilateralità del negozio di fondazione, "in cui la volontà di attribuzione si intreccia alla volontà di destinazione dei beni allo scopo", dando luogo a "un centro autonomo di rapporti giuridici, finché non intervenga il riconoscimento".

(30) Incisive, a riguardo, le osservazioni di U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo*, cit., pp. 9 ss.

(31) Cfr. A. BUSATO, *La figura dei trusts negli ordinamenti di common law e di diritto continentale*, cit., p. 317; U. LA PORTA, *op. cit.*, p. 21; A. ZOPPINI, *Fondazioni e trusts*, cit., cc. 41 ss.

(32) Come ben sottolinea la più attenta dottrina: C. CASTRONOVO, *IL trust e "sostiene Lupoi"*, cit., pp. 443, 451; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 643; N. LIPARI, *fiducia statica e trust*, cit., p. 495; M. LUPOI, *Aspetti gestori e dominicali, segregazione*, cit., cc. 393 ss.; U. LA PORTA, *op. cit.*, p. 77.

(33) Sistema da tenere fermo nella sua struttura, non potendo condividersi le affermazioni, alle quali indulge R. CALVO, *op. cit.*, p. 58. Secondo l'A. "l'immagine statica del diritto assoluto per eccellenza scolpita nell'art. 832 c.c." rappresenterebbe addirittura "una reliquia... fatta oggetto di culto da chi dimentica che gli attributi del dominus sono limitati quando

- 147 -

avere la titolarità; quello sostanziale da riconoscere, anche interinalmente, in capo al beneficiario)³⁴, sia per la configurazione di una "proprietà funzionale"³⁵, che potrebbe spiegare limiti e preclusioni in capo al gestore, inerenti all'attività demandata a tale soggetto³⁶, ma non il rapporto di carattere puramente strumentale (e privo di "signoria sulla cosa" in senso proprio), che lega quest'ultimo al bene sotto il profilo dell'esercizio dei poteri occorrenti all'assolvimento dell'incarico³⁷.

Ciò non può indurre tuttavia alla conclusione che nel nostro ordinamento sia impossibile attuare l'operazione economica, così come voluta dal privato.

In una conclusione siffatta sarebbe implicito un vizio di metodo; quello, già in altra sede evidenziato³⁸, che consiste nella tendenza a tipicizzare, e Conseguentemente ad elevare al rango di astratte entità, i diritti soggettivi, concepiti come il risultato di un'attività unificante, che all'ordinamento spetterebbe operare, in via aprioristica, secondo proprie valutazioni.

Da tale vizio occorre guardarsi, perché ad ogni subiettivizzazione degli interessi, che nell'operazione rilevano, deve fare riscontro una situazione giuridica rigorosamente corrispondente³⁹; mentre

l'acquisto del diritto sul bene costituisce lo strumento necessario per l'esecuzione di un sottostante rapporto", a suo dire "obbligatorio".

(34) Cfr., a riguardo, L. DE ANGELIS, *Trust e fiducia nell'ordinamento italiano*, cit., p. 359.

(35) Recentemente riprospettata da U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo*, cit., p. 28; R. CALVO, *op. cit.*, p. 57.

(36) Per una configurazione di tali limiti e di tali preclusioni in chiave essenzialmente obbligatoria, v. R. CALVO, *op. cit.*, pp. 57 s. Cfr. i rilievi di M. GRAZIADEI, *Proprietà fiduciaria e proprietà del mandatario*, in *Quadrim.*, 1990, pp. 1 ss.; A. de DONATO-V. de DONATO-M. D'ERRICO, *op. cit.*, p. 196, dove espressamente si esclude che il gestore sia soggetto "tecnicamente obbligato".

(37) In ordine a tale carattere, v. i rilievi di U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo*, cit., pp. 56, 63; M. GRAZIADEI, *op. cit.*, p. 8, il quale pone in evidenza come la cd. obbligazione fiduciaria venga in realtà a modellarsi sul contenuto delle situazioni programmate dal disponente e recepite dal gestore; A. GAMBARO, *IL diritto di proprietà*, cit., p. 648, che sottolinea l'esigenza di un radicale ripensamento dei rapporti fra "proprietà" e "credito", ove si vogliano individuare le caratteristiche delle "situazioni non dominicali, rilevanti erga omnes", che la materia prospetta.

(38) G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia*, cit., pp. 590 ss.

(39) Ciò che implica ineluttabilmente l'abbandono del sistema di "tipicità dei diritti reali", ovvero del loro numero chiuso: cfr., a riguardo, le riflessioni di U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo*, cit., pp. 7, 79, 83 ss., 94; U. MORELLO, *op. cit.*, p. 271; L. SANTORO, *Trust e fiducia*, cit., pp. 1011 s.

Sull'asserita impossibilità di superamento del sistema tradizionale si fondava la *ratio* della decisione, emessa dal Tribunale di Oristano, 15.3.1956, cit. *retro*, nota 9.

i caratteri di quest'ultima non possono che riflettere la specifica funzione di riconoscimento e salvaguardia, che, in termini di conferimento di singoli poteri e facoltà, tale situazione è chiamata ad assolvere. Non può l'ordinamento non mantenere, sotto questo profilo, una *posizione di neutralità*, essendo i diritti soggettivi meri strumenti di rilevazione formale dell'assetto di interessi, a volta a volta realizzato attraverso il negozio.

Nel caso all'esame, non potendo ammettersi alcuna forzosa riconduzione allo schema del diritto di proprietà, per tutto quanto concerne le posizioni soggettive specificamente riferibili, nelle fasi intermedie del procedimento, sia in capo al gestore, sia in capo al beneficiario⁴⁰, compete all'interprete di elaborare, seguendo i più corretti percorsi ermeneutici⁴¹, le categorie più idonee a configurare la serie di poteri che, in accordanza con l'atto di autonomia posto in essere, vanno riferiti all'uno e all'altro soggetto; la "polverizzazione del diritto di proprietà" in una molteplicità indistinta di facoltà e di poteri essendo pericolo solo apparente, in un quadro di situazioni meramente strumentali, preordinate all'esclusivo fine di rendere possibile e preparare il finale acquisto del bene in capo al beneficiario: unico soggetto, quest'ultimo, destinato a divenire - esso sì - proprietario al termine della vicenda procedimentale, ma nel frattempo titolare dei soli poteri necessari alla conservazione della sua aspettativa.

6. - Che atti non produttivi di attribuzione patrimoniale in via immediata, ma idonei a realizzare tale attribuzione con il verificarsi di fatti successivi (es. venuta ad esistenza della cosa: art. 1472 c.c.) o con il compimento di una successiva attività (es. acquisto del diritto dal titolare: art. 1478 secondo comma c.c.), siano opponibili ai terzi secondo le regole dell'ordinamento positivo - e così in particolare agli aventi causa dal disponente, nonché ai creditori del medesimo - con la conseguenza della loro assoggettabilità al regime della

(40) Per una puntuale critica del concetto di "proprietà del mandatario", v. L. SALAMONE, *La cd. proprietà del mandatario*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, pp. 77 ss. Nel suo saggio, l'A. pone in chiara luce come primaria sia la rilevanza del "fatto gestorio", alla cui stregua dovrebbero essere definiti, sia i rapporti fra le parti, sia quei conflitti con i terzi - creditori e aventi causa - che dall'affidamento dell'incarico al mandatario e dallo svolgimento dell'attività da parte di quest'ultimo vengono a derivare.

(41) L'esigenza di procedere ad una "ricostruzione attenta del nostro sistema di organizzazione dei diritti patrimoniali" è ben evidenziata da A. GAMBARO, *IL diritto di proprietà*, cit., p. 641.

pubblicità dichiarativa, ove abbiano ad oggetto beni immobili o mobili registrati, è principio in ordine al quale è venuta a realizzarsi una sempre più ampia convergenza, sia in dottrina⁴² che in giurisprudenza⁴³.

L'art. 3 del D.L. 31.12.1996 n. 669 conv. in L. 28.2.1997 n. 30, nello stabilire che "i contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai nn. 1, 2, 3 e 4 dell'art. 2643 c.c., anche se sottoposti a condizione o relativi ad edifici da costruire o in corso di costruzione, devono essere trascritti", ove risultino "da atto pubblico o da scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente", ha non solo fatto proprio tale principio, ma altresì esteso l'ambito di applicabilità della disciplina propria della pubblicità dichiarativa ad atti - come quelli "preliminari", ai quali esso fa espresso riferimento - caratterizzati dalla loro natura spiccatamente procedimentale, nonché dall'essere introduttivi di una sequenza volta a produrre solo nella sua fase finale l'attribuzione patrimoniale, corrispondente allo scopo perseguito dalle parti⁴⁴.

Sebbene non direttamente causativi di siffatta attribuzione, codesti atti sono tuttavia trascrivibili in forza dell'art. 2445 *bis*, che il cit. art. 3 del D.L. 669/1996 conv. in L. 30/1997 ha introdotto nel codice civile.

Ciò per l'esigenza, sensibilmente avvertita dal legislatore: di non penalizzare il soggetto (destinato a divenire titolare del diritto con il decorrere del tempo, nonché attraverso il preventivo compimento di attività intermedie) nei confronti del terzo acquirente del medesimo diritto (come tale, titolare di interesse in

conflitto), posto invece nella condizione di essere fin dall'inizio tale, e come tale essere riconosciuto, in ragione dell'immediata efficacia traslativa, propria del diverso strumento negoziale (cfr. art. 1376 c.c.), da lui prescelto; di eliminare la disparità di trattamento, rendendo opponibile ai terzi controinteressati l'acquisto (preordinato a realizzarsi attraverso la sequenza) a decorrere dal momento iniziale della stessa;

(42) V., per riferimenti, G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia*, cit., p. 585 e ivi nota 42.

(43) Con specifico riguardo alla vendita di cosa futura (art. 1472 c.c.), v. Cass. 10.7.1986 n. 4497, in *Riv. not.*, 1987, II, p. 1216; Cass. 8.10.1973 n. 2520, in *Giust. civ.*, 1974, I, p. 1143; Cass. 31.5.1971 n. 1637, in *Giust. civ.*, I, p. 1616.

(44) Cfr. G. PALERMO, *Contratto preliminare*, cit., pp. 101 ss.; ID., *Rilevanza esterna del contratto preliminare e tutela del promissario acquirente*, cit., p. 110 lett. "d".

- 150 -

- di apprestare, attraverso la relativa disciplina, una forma di tutela anticipata, per dir così, nel tempo, e pertanto più efficace di quella che potrebbe essere offerta dalla trascrivibilità della domanda diretta alla formazione del titolo di acquisto ai sensi dell'art. 2932 e dell'art. 2652 primo comma n. 2 c.c.

Questa esigenza - sulla quale non ha mancato di soffermarsi l'attenzione degli interpreti⁴⁵ - oggettivamente si manifesta in tutte le ipotesi di acquisto graduale del diritto in forza di negozio introduttivo dell'iter procedimentale a riguardo stabilito dalle parti. Il riferimento, fatto in dottrina⁴⁶, all'opzione (art. 1331 c.c.) - e, da qualche autore⁴⁷, anche alla proposta irrevocabile (art. 1329 c.c.) - nonché alle ipotesi, specificamente considerate dalla giurisprudenza⁴⁸, di prelazione volontaria esercitabile, nel rapporto *inter partes*, attraverso lo strumento previsto dall'art. 2932 c.c., è da intendere, sotto questo profilo, come meramente esemplificativo e tale da non esaurire il possibile ambito di applicabilità della nuova disciplina.

Stante la posizione di aperto riconoscimento dell'autonomia privata, assunto dal nostro legislatore con riguardo a tutte le possibili manifestazioni che di tale autonomia sono proprie, non sembra che sussistano insormontabili difficoltà a che l'esigenza avvertita dal legislatore possa tradursi, seguendo le linee di evoluzione del sistema, in una generale *ratio*, la quale implichi l'adeguamento dei tradizionali meccanismi di ritenuta efficacia meramente interna - quella propria del "nudo patto" - alle finalità che, per il tramite del negozio, le parti hanno inteso perseguire e, sul piano della disciplina del negozio stesso, giustifichi la produzione di effetti idonei al pieno soddisfacimento di tali finalità.

Laddove queste consistano nella realizzazione di un definitivo acquisto - destinato, come tale, ad assumere rilevanza *erga omnes* -

(45) V., per riferimenti, G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia*, cit., p. 586 e ivi nota 47.

(46) V., in particolare, E. CESARO, voce *Opzione nel contratto*, in *Enc. del dir.*, XXX, Milano, 1980, pp. 568 ss.; A. CHIANALE, voce *Opzione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, 1995, pp. 142 s.; G. GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium iuris*, 1997, p. 457; G. PALERMO, *Rilevanza esterna del contratto preliminare*, cit., pp. 163 s.

(47) S. TONDO, *Pubblicità immobiliare per atti impegnativi a futuri assetti dispositivi*, in *Foro It.*, 1997, V, cc. 279 ss.

(48) Cass. 16.12.1992 n. 13282, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 96; Cass. 26.2.1988 n. 2045, ivi, 1989, I, p. 29; App. Milano, 4.10.1988, in *Giur. It.*, 1989, I, 2, c. 472. In dottrina, cfr. R. SACCO, *IL contratto*, Torino, 1975, pp. 728 s.

- 151 -

agli atti, volti a perseguire il corrispondente risultato attraverso il vincolo impresso al bene e l'attività collaborativa del soggetto gestore, dovrà pertanto riconoscersi il carattere dell'immediata opponibilità nei confronti dei terzi, siano essi titolari di posizioni in conflitto, ovvero creditori del disponente⁴⁹.

In armonia con codesto carattere è la possibilità, che appare difficile disconoscere, di un inserimento *pieno*

iure del negozio, posto in essere dal costituente il cd. *trust*, nel sistema che in Italia regola la circolazione dei diritti; inserimento da realizzare, configurando tale negozio, introduttivo della sequenza, come “idoneo indice di circolazione”⁵⁰ - anche se non di immediato acquisto⁵¹ - e ricollegando al perfezionamento dell'iter, nel quale la sequenza si articola, la possibilità per il beneficiario di opporlo ai terzi in conflitto⁵², avvalendosi, ove occorra, della pregressa trascrizione del negozio stesso, stante la rilevanza *erga omnes* dell'acquisto programmato in suo favore.

7. - La rilevanza esterna, come del negozio posto in essere, così delle situazioni giuridiche derivanti in capo a ciascun soggetto coinvolto nell'operazione economica, non sembra, a sua volta, discutibile.

Fermo essendo che ogni atto di autonomia privata, pur consistendo in un regolamento formato dalle parti in sede di disciplina

(49) Cfr., sul punto, U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo*, cit., p. 84.

(50) Cfr., per uno spunto, A. BUSATO, *op. cit.*, pp. 343 ss., 348 ss.

(51) Caratteristica, quest'ultima, per sé insuscettibile di escludere la rilevanza esterna del negozio quale *titolo* delle peculiari modificazioni giuridiche, da esso prodotte.

Decisamente critico, sul punto, è U. LA PORTA (*Destinazione dei beni allo scopo*, cit., pp. 60 ss.), secondo il quale, distinguendo tra *titulus e modus*, non si riuscirebbe ad esprimere “l'immediata capacità del contratto di incidere sull'effetto derivante dal trasferimento” (p. 77).

Il rilievo non sembra cogliere nel segno, essendo stato ampiamente chiarito (G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, spec. pp. 44 ss., spec. 48; ID., *Sulla trascrivibilità della promessa unilaterale di rinuncia*, in *Temi romana*, 1999, pp. 25 ss., spec. 27 e ivi nota 16) che la distinzione non intende rinnegare “l'effettuata compenetrazione tra contratto e titolo dell'acquisto”, ma piuttosto esprimere - con il necessario carattere di specificità (ciò che vale anche per i cc.dd. negozi di destinazione) - *due diversi profili di rilevanza e di disciplina* (l'ima esterna e l'altra interna) *del medesimo atto*.

Il chiarimento appare oggi più che mai necessario, riproponendosi il rischio di creare indebita confusione fra le vicende relative al rapporto *inter partes* e quelle concernenti la cd. circolazione dei diritti: del tutto insuscettibili, queste ultime, di essere colte nel coacervo di quei non meglio precisati “meccanismi acquisitivi”, che la dottrina tradizionale non è mai riuscita a collocare razionalmente e che, intorno al nucleo fondamentale del *titulus adquirendi*, debbono invece correttamente ordinarsi.

(52) Cfr. M. LUPOI, *Trusts*, cit., pp. 492 ss.; R. CALVO, *op. cit.*, p. 63.

dei loro rapporti, comunque viene a costituire titolo, rilevante *erga omnes*, delle modificazioni sostanziali ad esso ricollegabili, questa caratteristica è da riconoscere sia ai negozi attributivi e traslativi, sia ai negozi di destinazione dei beni allo scopo, sia ai negozi preordinati a realizzare in unico contesto la finalità, ad un tempo destinataria e attributiva, perseguita dall'autore: ciò che la più recente dottrina⁵³ ha posto in chiara evidenza.

Essa dovrebbe far ritenere inefficaci, per carenza di potere dispositivo⁵⁴, gli atti, abusivamente posti in essere dal gestore, nonché a configurare una legittimazione, da un lato del disponente, dall'altro lato del beneficiario, all'esercizio di corrispondenti azioni, anche di carattere reintegratorio e recuperatorio⁵⁵, nei confronti dei terzi; mentre, sul piano ricostruttivo, induce a condividere l'affermazione - non adeguatamente approfondita in dottrina - che il beneficiario sia per sé titolare di una posizione di natura reale.

Ed invero, quest'ultimo è il soggetto, in favore del quale il diritto, corrispondente al verificarsi della finale attribuzione, va maturando: l'acquisto della titolarità di tale diritto è sì subordinato, oltre che al verificarsi dei presupposti a riguardo previsti, altresì al compimento dell'attività negoziale, che il gestore è tenuto a porre in essere nei di lui confronti - ond'è che deve parlarsi in senso proprio di aspettativa - ma non sembra dubbio che la posizione giuridica, di cui il beneficiario è titolare, possa essere fatta valere *erga omnes*, per tutte le ragioni fin qui illustrate⁵⁶.

8. - Che, in ragione dello scopo destinataria e in dipendenza dalla tecnica procedimentale di attuazione del programmato assetto di interessi, venga a verificarsi, con carattere di consequenzialità necessaria⁵⁷, un

fenomeno di “separazione di beni”, o un qualche

(53) V., in particolare: U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo*, cit., pp. 79 ss.

(54) Parla, a riguardo, di annullabilità del negozio M. LUPOI, *Trusts*, cit., pp. 500 s., facendo riferimento alla disciplina dettata dall'art. 1394 c.c. La costruzione non appare accettabile, potendo l'azione di annullamento essere esercitata solo dalla parte contraente e non avendo il trustee alcuna veste rappresentativa del beneficiario.

(55) Da far valere, ovviamente, secondo la disciplina dettata, in generale, per le ipotesi di “negozio su patrimonio altrui”.

(56) Cfr., in termini, A. de DONATO-V. de DONATO-M. D'ERRICO, *op. cit.*, pp. 120 ss.

(57) Come opportunamente sottolinea U. LA PORTA, *Destinazione dei beni allo scopo*, cit., p. 35.

- 153 -

fenomeno simile⁵⁸, rilevante sia nella sfera del disponente⁵⁹, sia in quella del gestore⁶⁰, non sembra racchiudere in sé profili di carattere patologico.

La sanzione di nullità può colpire il negozio, nel quale sia causalmente dedotta una limitazione della responsabilità del debitore in deroga da quanto stabilito, in modo tassativo, dall'art. 2740 secondo comma c.c.; non già atti dispositivi che, volti al perseguimento di interessi ragionevoli e in quanto tali meritevoli, precludano ai creditori del disponente la possibilità di un immediato soddisfacimento dei beni che ne costituiscono oggetto⁶¹.

A fronte di tali atti ben si pone l'azione revocatoria, prevista dagli artt. 2901 ss. c.c., nonché dall'art. 67 L.f., quale idoneo e sufficiente strumento di salvaguardia e tutela dei creditori stessi⁶².

Con riguardo alla situazione, nella quale viene a trovarsi *medio tempore* il gestore, neppure si vede su quali basi un giudizio di nullità possa fondarsi, una volta escluso che tale soggetto abbia sul bene, costituente punto di incidenza della formale investitura in suo favore, un potere di carattere dominicale, tale da indurre contrasto con il principio di “infrazionabilità del patrimonio”.

Tale principio appare, del resto, suscettibile di richiamo solo

(58) Cfr. M. LUPOI, voce *Trusts*, II, *Convenzione dell'Aja e diritto italiano*, 3.1.1., il quale preferisce l'uso del termine “segregazione”, per rendere evidente come l'intangibilità riguardi non solo i creditori, ma, in generale, tutti i soggetti controinteressati, compresi gli eredi.

(59) Profilo, questo, non adeguatamente considerato nella proposta di legge n. 5194, presentata alla Camera dei Deputati il 30.7.1998 per la riforma delle società fiduciarie e per la disciplina del *trust*. Quivi, all'art. 6, viene ammessa la possibilità di “azioni dei creditori... nei confronti dei beni dei singoli clienti”, creando notevole confusione fra l'ipotesi di affidamento dei beni in amministrazione a società fiduciarie e quella di destinazione dei beni ad uno scopo programmato, con correlativa disposizione dei beni stessi, per il tramite di un gestore, a favore di uno o più beneficiari: ciò che dovrebbe escludere *in limine* l'assoggettamento alla pretesa creditoria. La confusione è accentuata (v. art. 1 n. 2) dall'arbitraria ricomprensione, nell'unitaria categoria dei “servizi fiduciari”, sia dell’ “amministrazione di beni di terzi, intestati alle società fiduciarie”, sia dello “svolgimento di incarichi di trustee, a’ sensi di quanto indicato nell'art. 2 della convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento”. Il risultato è quello di negare l'efficacia sostanzialmente dispositiva e già potenzialmente attributiva, che è propria del negozio posto in essere dal costituente. Sul punto, cfr. A. de DONATO-V. de DONATO - M. D'ERRICO, *op. cit.*, pp. 28 ss.

(60) M. LUPOI, *Aspetti gestori e dominicali, segregazione*, cit., cc. 3394 s.; R. CALVO, *op. cit.*, pp. 60 ss.

(61) Contrario alla soluzione prospettata nel testo: C. CASTRONOVO, *IL trust e “sostiene Lupoi”*, cit., pp. 448 s.

(62) In termini: R. CALVO, *op. cit.*, p. 61; U. LA PORTA, *IL problema della causa del contratto*, I, *La causa e il trasferimento dei diritti*, cit., p. 175; M. LUPOI, *Trusts*, cit., pp. 485 ss. V. anche C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 449.

- 154 -

con riguardo a quegli atti che importino un distacco dell'intero patrimonio o di una sua quota dalla sfera del titolare, essendo del tutto fuori quadro nelle ipotesi, caratteristicamente ricorrenti in sede di costituzione di beni in *trust* e in assetti similari, nei quali i beni stessi, ancorché riguardati nel loro complesso, non alterano la loro natura di “massa circoscritta” e, a tale stregua, la loro individualità.

Mantenuto nel suo naturale contesto, il fenomeno della separazione dei beni trova riscontro in un'ampia serie di istituti di recente produzione legislativa. Può aversi qui riguardo, per titolo puramente indicativo⁶³, alla disciplina dei fondi pensionistici⁶⁴, a quella propria dei beni gestiti da società fiduciarie⁶⁵, a quella da ultimo introdotta con la L. 30.4.1999 n. 130 sulla "cartolarizzazione dei crediti"⁶⁶.

In tali istituti lo scopo destinatorio della massa dei beni e le singole attribuzioni in favore dei beneficiari vengono puntualmente a realizzarsi per il tramite di un conferimento e di una utilizzazione strumentale dei beni stessi, nonché attraverso lo svolgimento di un'autonoma attività gestoria, che appaiono, sotto molti aspetti, simili a quella che il "trustee" è chiamato a porre in essere.

Ritenere nel relativo contesto che una separazione dei beni possa ipotizzarsi solo nei casi espressamente previsti⁶⁷ non sarebbe corretto, stante la neutralità degli strumenti tecnici, che sul piano formale tale separazione consentono e la conseguente idoneità degli stessi al perseguimento di tutte le finalità, in sé degne di tutela, che

(63) Ulteriori riferimenti possono essere operati con riguardo alle "società a responsabilità limitata unipersonale", previste dal D. lgs. 3.3.1993 n. 88: cfr. A. GAMBARO, voce *Trust*, cit. pp. 468 s.; ID., *IL diritto di proprietà*, cit., p. 649.

(64) Siano essi riconducibili allo schema delle associazioni riconosciute, ovvero a quello delle fondazioni. Cfr., sul punto: Cass. 30.8.1967 n. 2137, in *Riv. dir. lav.*, 1967, II, p. 512; Cass. 12.10.1962 n. 2933, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 563.

(65) Più precisi riferimenti, per quanto attiene al tema specificamente trattato nel testo, in L. SANTORO, *op. cit.*, pp. 987 ss.

(66) In base all'art. 3, secondo comma, di tale legge, "i crediti relativi a ciascuna operazione costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società (cessionaria) e da quello relativo alle altre operazioni. Su ciascun patrimonio non sono ammesse azioni di creditori diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti". *Amplius*, sul tema: U. LA PORTA, *IL problema della causa del contratto*, cit., pp. 150 ss., 154 ss.

(67) In questo senso, C. CASTRONOVO, *IL trust e "sostiene Lupoi"*, cit., p. 449; per ulteriori riferimenti, v. G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia*, cit., p. 589 e ivi nota 56.

- 155 -

l'autonomia privata abbia a configurare nel suo naturale processo evolutivo⁶⁸.

9. - Va ribadito, per quanto precede⁶⁹, come nell'ordinamento italiano ben possa operare un negozio innominato, per sé idoneo a soddisfare in modo specifico, nonché con rilevanza esterna, l'intento di destinazione del bene, o della massa di beni, ad uno scopo, il cui perseguimento, da operare in chiave procedimentale, si ponga in funzione dell'apporto collaborativo di uno o più soggetti: questi ultimi muniti dei relativi poteri e tenuti, con il proprio comportamento, a far sì che il finale risultato, rappresentato dal consolidamento dell'acquisto in capo al beneficiario, possa pienamente realizzarsi in conformità dello scopo voluto dal disponente⁷⁰.

La riconoscibilità di un tale negozio dev'essere colta dall'interprete, guardando al *proprium* del negozio stesso, all'infuori da ogni pregiudizio di carattere dogmatico.

Si è, invero, in presenza di uno strumento, attraverso il quale è dato perseguire qualsivoglia finalità, che non sia illecita⁷¹.

(68) A riguardo, cfr. i rilievi di A. GAMBARO, *IL diritto di proprietà*, cit., pp. 649 s., per il quale si tratta, "in realtà, di spostare a favore dell'autonomia privata un potere di deroga che sino ad ora è stato riservato alla legislazione speciale e da questa tanto abbondantemente sfruttato da vanificarne il significato cardinale"; U. LA PORTA, *Destinazione dei beni allo scopo*, cit., pp. 38 s., 93, il quale sottolinea il carattere privato dei contrapposti interessi in gioco, dei creditori e del disponente, nonché l'esigenza di assicurare prevalenza all'interesse di quest'ultimo soggetto, in quanto espressivo di uno svolgimento della personalità individuale - implicito nell'atto del disporre - che nel sistema costituzionale riveste rilievo primario. Di quest'ultimo A., v. anche *IL problema della causa del contratto*, cit., p. 174.

(69) Sviluppando i rilievi già svolti nel nostro precedente saggio su *Autonomia negoziale e fiducia*, cit., pp. 587 ss.

(70) Sulla struttura unilaterale del negozio in oggetto, per sé sorretto da causa ragionevole (v. oltre nota 71), non dovrebbero sussistere dubbi, non essendo l'interesse pura mente strumentale del gestore allo svolgimento della propria attività e il connesso accordo fiduciario (sul quale,

amplius: G. PALERMO, *Autonomia negoziale e fiducia*, cit., pp. 579 ss., 582) tali da indurre un'alterazione della fattispecie attributiva e, altresì, rispondendo a un generale principio (cfr. artt. 649, 1236 ss., 1333, 1411 ss. c.c.) che il beneficiario dell'effetto, derivante in suo favore dall'atto posto in essere dal disponente, non sia tenuto a un positivo atto di accettazione, laddove è sufficiente il "mancato rifiuto".

Per quanto concerne la configurabilità dell'atto traslativo - posto in essere dal gestore nei confronti di quest'ultimo soggetto - come negozio, di carattere adempitivo, "a causa esterna", cfr. U. LA PORTA, *IL problema della causa del contratto*, cit., pp. 182 ss.

(71) Cfr. sul punto U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo*, cit., p. 23; A. de DONATO-V. de DONATO-M. D'ERRICO, *op. cit.*, p. 197.

Ampia la casistica giurisprudenziale in materia, che va dalla gestione di beni ereditari (Trib. di Casale Monferrato, 13.4.1984, in *Giur. it.*, 1985, II, c. 760), alla definizione di rapporti patrimoniali *post mortem* (Tribunale di Catania, 5.3.1958, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 1959, II, pp. 100 ss., con nota di G. BISCONTI, *Deposito in nome di terzo e disposizione di*

- 156 -

Tale finalità ben può sottendere interessi di natura strettamente individuale, anche se la sua realizzazione necessariamente implica l'attività di un gestore, e più spesso l'intervento di una struttura gestoria anche complessa, e il risultato, perseguito dal disponente, può essere suscettibile di involgere, anche nel tempo, una pluralità di beneficiari, in rapporto non sempre diretto con il disponente stesso.

Che la finalità, per la quale un patrimonio di destinazione viene costituito, debba sempre e comunque essere "ultraindividuale"⁷², o rivestire un'utilità "apprezzabile sul piano sociale"⁷³, o essere addirittura configurabile in chiave pubblicistica⁷⁴, non è scritto in alcuna norma; non certo nell'art. 1322 secondo comma c.c., alla cui stregua qualunque finalità risulta meritevole di tutela, purché ragionevolmente espressa, in regime di privata autonomia.

La contraria opinione si fonda su una indebita generalizzazione e trasposizione della problematica, tradizionalmente agitata per le fondazioni; laddove gli aspetti più strettamente tecnici, che dovrebbero contrassegnare in modo esaustivo tale problematica, tuttora si intrecciano con preoccupazioni di tipo diverso, che solo la rilevazione, sul piano storico e attraverso un'indagine retrospettiva, del disfavore statutale verso autonome forme di organizzazione dei (grandi) patrimoni può spiegare in modo adeguato.

Laddove il negozio tenda a realizzare finalità tipicamente perseguibili con il testamento, potranno anche emergere profili di "successione anomala"⁷⁵.

Non basta infatti operarne la qualificazione come atto *inter*

ulteriore volontà: il Totten Trust in Italia ?), alla gestione di patrimonio immobiliare (Trib. Roma, 6.12.1989, in *Temì romana*, 1990, II, 531), alla gestione di crediti (App. Milano, 6.2.1998, cit. da A. de DONATO-V. de DONATO-M. D'ERRICO, *Trust convenzionale*, p. 38), alla costituzione di garanzia e gestione del relativo rapporto (Trib. Milano, 27.12.1996, cit. da A. de DONATO-V. de DONATO-M. D'ERRICO, *Trust convenzionale*, p. 37), alla definizione di rapporti patrimoniali *post mortem* (Trib. Lucca, 23.9.1997, in *Foro It.*, 1998, I, c. 2007).

(72) Come prospetta U. LA PORTA, *Destinazione dei beni allo scopo*, cit., pp. 6 ss., 28, 34 s.

(73) Come opportunamente sottolineano A. de DONATO-V. de DONATO-M. D'ERRICO, *Trust convenzionale*, cit., p. 197, per la validità del negozio è sufficiente "che sussista uno scopo determinato, ancorché futile, purché non illecito, né contrario a norme imperative, mentre non è richiesto che esso sia necessariamente umanistico, altruistico o socialmente utile".

(74) Secondo una diffusa opinione: cfr., anche per riferimenti di dottrina italiana e straniera, D. VITTORIA, *Gli enti del primo libro del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma*, nel vol. *Le fondazioni in Italia e all'estero*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1989, pp. 24 ss., 59 ss.

(75) Con quel che, ad es., ne deriva in tema di tutela dei legittimari: cfr. Trib. Lucca,

- 157 -

*vivos*⁷⁶, per escludere, a parità di risultato sostanziale, che esso sia suscettibile di surrogarsi allo schema formale, cui è tipicamente affidata, nel nostro sistema positivo, la successione negoziale a causa di morte.

Ne deriva, anche in accordanza con quanto stabilito dall'art. 15 primo comma lett. "c" della Convenzione de L'Aja, l'esigenza del confronto con le norme che tale successione regolano in via imperativa⁷⁷.

Codesto confronto non deve tuttavia indurre a un frettoloso giudizio di assoluta impossibilità di ricorso allo strumento alternativo e di conseguente nullità del negozio.

Il divieto dei patti successori può anche essere considerato dall'interprete, il quale ritenga che, pur essendo unilaterale l'atto del disponente - e altresì suscettibile di revoca, ove prevista⁷⁸ - siano configurabili ai margini del procedimento, cui esso dà vita, intese (non solo con il gestore, ma altresì con il beneficiario), in qualche modo riconducibili alla disciplina dettata dall'art. 458 c.c.⁷⁹.

Ma tale disciplina riguarda esclusivamente la successione ereditaria (arg. *ex art.* 42, ultimo comma, Cost. e 457, primo comma, c.c.)⁸⁰, non già quelle a titolo particolare che abbiano a realizzarsi attraverso l'attribuzione, sia pure *mortis causa*, di uno o più beni determinati.

Di ciò, la dottrina civilistica dovrebbe acquistare consapevolezza, fermo essendo che solo le ragioni, già *retro* evidenziate, di indissociabilità dell'intero patrimonio o di una quota dello stesso dal soggetto che ne è titolare, in una con la preclusione in via di

23.9.1997, cit. Sui rapporti fra "trust interno" e i principi del nostro diritto successorio, v. in generale M. LUPOI, *Trusts e successioni morti causa*, cit., pp. 279 ss., spec. 280; E. MOSCATI, *Trust e vicende successorie*, cit., pp. 1075 ss.

(76) Ad immediata efficacia dispositiva, come sottolinea E. MOSCATI, *Trust e vicende successorie*, cit., pp. 1103 ss. Cfr., sul punto, M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 511; P. PICCOLI, *Possibilità operative del trust*, cit., pp. 46 s. e ivi nota 28.

(77) Il discorso riguarda, in particolare, il divieto dei patti successori istitutivi: E. MOSCATI, *op. cit.*, pp. 1085, 1102 ss.

(78) Profilo evidenziato da E. MOSCATI, *op. cit.*, p. 1103. Cfr. A. GAMBARO, voce *Trust*, cit., p. 468.

(79) Cfr., a riguardo, i rilievi di C. CASTRONOVO, *IL trust e "sostiene Lupoi"*, cit., p. 447. Alquanto formalistica appare l'impostazione che al tema è data da R CALVO, *op. cit.*, p. 62, per il quale sarebbe da escludere *in limine* che l'atto formativo del *trust* possa integrare gli estremi del patto successorio, non costituendo la morte la causa del trasferimento al *trustee* e acquistando quest'ultimo la "proprietà" sul patrimonio segregato prima della morte del *settlor*.

(80) Cfr. G. PALERMO, *op. cit.*, p. 595 e ivi nota 78.

principio a che, ora per allora, siano assunti debiti futuri e indeterminabili, come quelli gravanti sull'eredità al momento della morte del *de cuius*, possono giustificare la norma, che nell'art. 458 c.c. è contenuta.

Sembra pertanto corretto ribadire l'estraneità, anche rispetto al divieto dei patti successori, di tutti gli atti, nei quali l'attribuzione traslativa non incida sul patrimonio del disponente in sé considerato, ma abbia ad oggetto il solo "fondo del *trust*", ovvero un gruppo limitato di beni.

Per quanto concerne i rapporti con la donazione, essendo quest'ultima suscettibile di dispiegare un'efficacia attributiva anche in senso meramente potenziale⁸¹, nessuno ostacolo sembra opporsi all'ammissibilità del negozio, al quale il disponente si sia indotto con intento di pura gratificazione, stante la configurabilità del negozio stesso come "donazione indiretta", assoggettabile alla disciplina contemplata dall'art. 809 c.c.

L'adattabilità, in generale, del relativo strumento tecnico al perseguimento del fine liberale, vuoi con atto *mortis causa*, vuoi con atto *inter vivos*, dovrebbe risultare, per quanto precede, piena ancorché non assoluta.

Soprattutto considerando la possibilità di istituire quale beneficiario, mediante tale strumento, lo stesso *concepturus*, anche oltre il limite posto dagli artt. 462 ultimo comma e 784 primo comma c.c.; la cui disciplina, sotto il profilo in esame, risulta essere fuori quadro, non importando il negozio, posto in essere dal disponente, un'immediata attribuzione traslativa del bene ed essendo l'acquisto del bene stesso, o della massa dei beni, da parte del beneficiario, subordinato al compimento dell'attività, che il gestore è tenuto a svolgere senza la necessaria prefissione di un termine *ex lege*⁸².

10. - È allora da chiedere quale esigenza vi sia, sul piano concettuale, di ricorrere alla figura del "*trust interno*" e di porsi un problema di compatibilità della stessa con la disciplina dettata dalla Convenzione de L'Aja, quando il risultato, da registrare sul piano dell'ordinamento positivo, risulta già perseguibile

attraverso l'impiego di strumenti negoziali, perfettamente coerenti con i principi che tale ordinamento ha elaborato.

(81) V., per riferimenti: G. PALERMO, *op. cit.*, pp. 595 ss.

(82) In tema di durata dei *trusts*, ed in particolare dei *charitable trusts* nel diritto inglese cfr., per significativi spunti, M. LUPOI, *Trusts*, cit., pp. 323 ss.

- 159 -

Sorge il dubbio che quello del “*trust interno*” - come molti altri, ai quali sembra indulgere la più moderna dottrina civilistica - sia in definitiva uno pseudo-problema, risolvibile, prima ancora che esso abbia a porsi, con un più scrupoloso governo del metodo e con una maggiore attenzione verso la tradizione, non di secondario rilievo, che del nostro diritto civile è propria.

GIANFRANCO PALERMO

CORTE DI GIUSTIZIA DELLA COMUNITÀ EUROPEA

9 marzo 1999, C 212/97

Pres. RODRÍGUEZ IGLESIAS - Rel. WATHELET -Avv. Gen. LA PERGOLA

Centros Ltd. c. Erhvervs-og Selskabsstrzrelsen

Gli artt. 52 e 58 del Trattato ostano a che uno Stato membro rifiuti la registrazione di una succursale di una società costituita in conformità alla legislazione di un altro Stato membro nel quale essa ha la sede senza svolgervi attività commerciali, quando la succursale ha lo scopo di consentire alla società di cui si tratta di svolgere l'intera sua attività nello Stato membro nel quale la stessa succursale verrà istituita, evitando di costituirci una società ed eludendo in tal modo l'applicazione di norme, relative alla costituzione delle società, più severe in materia di liberazione di un capitale sociale minimo (1).

Gli artt. 52 e 58 del Trattato non escludono, peraltro, che, nella situazione descritta, le autorità dello Stato membro interessato siano legittimate ad adottare tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi, sia nei confronti della stessa società (eventualmente in cooperazione con lo Stato membro nel quale essa è costituita), sia nei confronti dei soci rispetto ai quali sia dimostrato che essi intendono in realtà, mediante la costituzione di una società, eludere le loro obbligazioni nei confronti dei creditori privati o pubblici stabiliti nel territorio dello Stato membro interessato (2).

(Omissis).

Con ordinanza 3 giugno 1997, pervenuta in cancelleria il 5 giugno successivo, lo *Højesteret* ha sottoposto alla Corte, a norma dell'art. 177 del Trattato CE, una questione pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 52, 56 e 58 del Trattato.

Tale questione è sorta nell'ambito di una controversia tra *Centros Ltd.* (in prosieguo: "*Centros*"), "*private limited Company*" registrata il 18 maggio 1992 in Inghilterra e nel Galles, e la *Erhvervs-og Selskabsstyrelsen* (direzione generale del commercio e delle società), dipendente dal Ministero del Commercio danese, in merito al rifiuto di tale amministrazione di registrare in Danimarca una succursale della *Centros*.

3. Risulta dagli atti di causa che la *Centros* non ha svolto alcuna attività dalla sua costituzione. Poiché la normativa del Regno Unito non assoggetta le società a responsabilità limitata ad alcun requisito relativo alla costituzione e alla liberazione di un capitale sociale minimo, il capitale sociale della *Centros*, che ammonta a 100 UKL, non è stato né liberato né messo a disposizione della società. Tale capitale è ripartito in due quote sociali, detenute dal signor e dalla signora Bryde, cittadini danesi residenti in Danimarca. La signora Bryde è amministratore della *Centros*; la sede della società è nel Regno Unito, con domicilio presso un amico del signor Bryde.

4. In diritto danese, la *Centros*, in quanto "*private limited company*", è considerata una società a responsabilità limitata straniera. Le norme in materia di registrazione delle succursali ("*filiater*") di società di tale tipo sono stabilite dall'*anpartsselskabslov* (legge sulle società a responsabilità limitata).

5. L'art. 117 di questa legge dispone, in particolare: “1) Le società a responsabilità limitata e le società straniere di forma giuridica analoga domiciliate in uno Stato membro delle Comunità europee possono esercitare un'attività in Danimarca per il tramite di una succursale”;

6. Nell'estate 1992, la signora Bryde ha richiesto alla *Erhvervsog Selskabsstyrelsen* la registrazione di una succursale della *Centros* in Danimarca.

7. La *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* ha rifiutato la registrazione, in particolare per il motivo che la *Centros*, che non esercita alcuna attività commerciale nel Regno Unito, intendeva in realtà costituire in Danimarca non una succursale, bensì una sede principale, eludendo le norme nazionali relative, in particolare, alla liberazione di un capitale minimo, fissato a 200 000 DKR dalla legge 886 del 21 dicembre 1991.

8. La *Centros* ha presentato ricorso dinanzi all'*Ostre Landsret* avverso la decisione di rifiuto della *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*.

9. Lo *Ostre Landsret* ha accolto gli argomenti della *Erhvervsog Selskabsstyrelsen* nella sentenza 8 settembre 1995, che veniva impugnata dalla *Centros* dinanzi allo *Hojesteret*.

10. Nell'ambito di questo procedimento, la *Centros* sostiene che essa soddisfa i requisiti ai quali la legge sulle società a responsabilità limitata assoggetta la registrazione di una succursale di una società straniera. Dal momento che essa è stata legalmente costituita

- 75 -

nel Regno Unito, essa avrebbe il diritto di costituire una succursale in Danimarca, in forza del combinato disposto degli artt. 52 e 58 del Trattato.

11. Secondo la *Centros*, il fatto di non avere esercitato alcuna attività commerciale dalla sua costituzione nel Regno Unito non incide sul suo diritto di libero stabilimento. Infatti, nella sentenza 10 luglio 1986, causa 79/85, *Segers* (Racc. pag. 2375), la Corte avrebbe dichiarato che gli artt. 52 e 58 del Trattato ostano a che le autorità di uno Stato membro neghino all'amministratore di una società di fruire di un regime nazionale di assicurazione malattia per il solo fatto che la società è stata costituita secondo le leggi di un altro Stato membro nel quale essa ha del pari la sede sociale, anche se non vi svolge attività commerciale.

12. La *Erhvervsog Selskabsstyrelsen* ritiene, da parte sua, che il rifiuto di registrazione non sia contrario agli artt. 52 e 58 del Trattato, qualora la costituzione della succursale in Danimarca appaia come un mezzo per eludere la normativa nazionale relativa alla costituzione e alla liberazione di un capitale minimo. Il rifiuto di registrazione sarebbe inoltre giustificato dalla necessità di tutelare i creditori, pubblici o privati, e i contraenti, e, ancora, dalla necessità di lottare contro la bancarotta fraudolenta.

13. Considerato quanto precede, lo *Hojesteret* ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: “Se sia compatibile con l'art. 52 del Trattato CE, in combinato disposto con gli artt. 58 e 56 del medesimo, il diniego di registrazione di una succursale di una società con sede in un altro Stato membro e che con un capitale sociale di 100 UKL (circa 1000 DKR) è legittimamente costituita ed esistente conformemente alla normativa di tale Stato membro, qualora tale società non svolga attività commerciali, ma si intenda costituire la succursale per l'esercizio del complesso delle attività nel paese di costituzione della succursale e sia accertato che il metodo seguito è volto ad evitare la costituzione di una società nel citato Stato membro ed eludere così il requisito di un capitale sociale minimo di 200.000 DKR, attualmente 125.000 DKR”.

14. Con la sua questione, il giudice nazionale domanda in sostanza se gli artt. 52 e 58 del Trattato ostino a che uno Stato membro neghi la registrazione di una succursale di una società costituita in conformità

alla legislazione di un altro Stato membro nel quale essa ha la propria sede senza svolgervi attività commerciali,

- 76 -

quando la succursale è destinata a consentire a tale società lo svolgimento di tutta la sua attività nello Stato in cui la stessa succursale viene costituita, evitando di costituirvi una società ed eludendo in tal modo l'applicazione di norme relative alla costituzione delle società più severe sotto il profilo della liberazione di un capitale sociale minimo.

15. Occorre precisare, in via preliminare, che la *Erhvervsog Selskabsstyrelsen* non contesta in assoluto che qualsiasi società per azioni o a responsabilità limitata che abbia la propria sede in un altro Stato membro possa svolgere un'attività in Danimarca per il tramite di una succursale. Essa ammette quindi, in via generale, la registrazione in Danimarca di una succursale di una società costituita secondo il diritto di un altro Stato membro, e ha aggiunto, in particolare, che, se la *Centros* svolgesse un'attività commerciale in Inghilterra e nel Galles, essa avrebbe ammesso la registrazione in Danimarca della sua succursale.

16. Secondo il governo danese, l'art. 52 del Trattato non trova applicazione nel caso di specie della causa *a qua*, poiché si tratterebbe di una situazione puramente interna alla Danimarca. I signori Bryde, cittadini danesi, avrebbero infatti costituito in Gran Bretagna una società che non svolge alcuna attività effettiva, allo scopo esclusivo di costituire una società attiva in Danimarca per il tramite di una succursale e di evitare così l'applicazione della normativa danese relativa alla costituzione delle società a responsabilità limitata. Ciò considerato, la costituzione, ad opera di cittadini di uno Stato membro, di una società in un altro Stato membro non costituirebbe un elemento di estraneità rilevante sotto il profilo del diritto comunitario, e in particolare della libertà di stabilimento.

17. A questo proposito, si deve osservare che una situazione quale quella in cui una società costituita secondo il diritto di uno Stato membro nel quale ha la sua sede sociale desidera creare una succursale in un altro Stato membro rientra nell'ambito di applicazione del diritto comunitario. Non rileva, a questo proposito, che la società sia stata costituita nel primo Stato membro al solo scopo di stabilirsi nel secondo, nel quale essa svolgerebbe l'essenziale, se non il complesso, delle sue attività economiche (v., in tal senso, la citata sentenza *Segers*, punto 16).

18. La circostanza che i coniugi Bryde abbiano costituito la società nel Regno Unito nell'intento di eludere la normativa danese che impone la liberazione di un capitale sociale minimo, che non è

- 77 -

stata contestata né nelle osservazioni scritte né all'udienza, non esclude inoltre che la creazione da parte di questa società britannica di una succursale in Danimarca rientri nell'ambito della libertà di stabilimento ai sensi degli artt. 52 e 58 del Trattato. La questione dell'applicabilità degli artt. 52 e 58 del Trattato è infatti distinta dalla questione se uno Stato membro possa adottare misure atte a impedire che, in presenza delle possibilità offerte dal Trattato, i suoi cittadini tentino di sottrarsi abusivamente all'impero della propria legge nazionale.

19. In merito alla questione se, come sostengono i coniugi Bryde, il diniego di iscrizione in Danimarca della succursale della loro società costituita secondo il diritto di un altro Stato membro, nel quale la società ha la sede, costituisca un ostacolo alla libertà di stabilimento, occorre ricordare che la libertà di stabilimento riconosciuta dall'art. 52 del Trattato ai cittadini comunitari comporta per questi ultimi il diritto di accedere alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese alle stesse condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini. Inoltre, l'art. 58 equipara alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri le

società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale all'interno della Comunità.

20. Ne consegue che queste società hanno il diritto di svolgere la loro attività in un altro Stato membro, mediante una agenzia, succursale o filiale. La localizzazione della loro sede sociale, della loro amministrazione centrale o del loro centro di attività principale serve a determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato (v., in questo senso, sentenze *Segers*, citata, punto 13; 28 gennaio 1986, causa 270/83, *Commissione/Francia*, *Racc.* pag. 273, punto 18; 13 luglio 1993, causa C-330/91, *Commerzbank* *Racc.* pag. I-4017, punto 13, e 16 luglio 1998, causa C-264/96, *ICI*, pag. I-4695, punto 20).

21. Ora, la prassi consistente nel diniego, in determinate circostanze, da parte di uno Stato membro, di registrazione di una succursale di una società che ha la sede in un altro Stato membro, conduce a impedire a società costituite in conformità alla normativa di quest'ultimo Stato membro l'esercizio del diritto di stabilimento loro conferito dagli artt. 52 e 58 del Trattato.

22. Di conseguenza, una tale prassi costituisce un ostacolo all'esercizio delle libertà garantite da queste disposizioni.

- 78 -

23. Secondo le autorità danesi, i coniugi Bryde non potrebbero tuttavia avvalersi di queste disposizioni, poiché la creazione di società da essi perseguita avrebbe per solo scopo l'elusione del l'applicazione del diritto nazionale relativo alla costituzione di società a responsabilità limitata e configurerebbe perciò un abuso del diritto di stabilimento. Il regno di Danimarca sarebbe di conseguenza in diritto di adottare misure per opporsi a un tale abuso, rifiutando la registrazione della succursale.

24. Certamente, risulta dalla giurisprudenza della Corte che uno Stato membro ha il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali, e che gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario (v., in particolare, nel settore della libera prestazione dei servizi, sentenze 3 dicembre 1974, causa 33/74, *Van Binsbergen*, *Racc.* pag. 1299, punto 13; 3 ottobre 1993, causa C-148/91, *Veronica Omroep Organisatie*, *Racc.* pag. I-487, punto 12, e 5 ottobre 1994, causa C-23/93, *TV 10*, *Racc.* pag. I-4795, punto 21; in materia di libertà di stabilimento, sentenze 7 febbraio 1979, causa 115/78, *Knoors*, *Racc.* pag. 399, punto 25, e 3 ottobre 1990, causa C-61/89, *Bouchoucha*, *Racc.* pag. I-3551, punto 14; in materia di libera circolazione delle merci, sentenza 10 gennaio 1985, causa 229/83, *Ledere e. a.*, *Racc.* pag. 1, punto 27; in materia di previdenza sociale, sentenza 2 maggio 1996, causa C-206/94, *Paletta*, *Racc.* pag. I-2357, punto 24; in materia di libera circolazione dei lavoratori, sentenza 21 giugno 1988, causa 39/86, *Lair*, *Racc.* pag. 3161, punto 43; in materia di politica agricola comune, sentenza 3 marzo 1993, causa C-8/92, *General Milk Products*, *Racc.* pag. I-779, punto 21; in materia di diritto societario, sentenza 12 maggio 1998, causa C-367/96, *Kefalas e a.*, *Racc.* pag. I-2843, punto 20).

25. Anche se i giudici nazionali possono tener conto, basandosi su elementi obiettivi, del comportamento abusivo o fraudolento dell'interessato per negargli eventualmente la possibilità di fruire delle disposizioni di diritto comunitario invocate, tuttavia, nel valutare tale comportamento, essi devono tener presenti le finalità perseguite dalle disposizioni comunitarie di cui trattasi (sentenza *Paletta*, citata, punto 25).

26. Nel caso di specie della causa *a qua*, si deve rilevare che le disposizioni nazionali delle quali gli interessati cercano di evitare l'applicazione sono norme relative alla costituzione di società e non

norme relative all'esercizio di determinate attività professionali. Ora, le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento sono volte precisamente a consentire alle società costituite conformemente alla normativa di uno Stato membro e che hanno la loro sede sociale, l'amministrazione centrale o il loro stabilimento principale all'interno della Comunità, di svolgere attività negli altri Stati membri per il tramite di un'agenzia, di una succursale o di una filiale.

27. Ciò considerato, il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desideri creare una società scelga di costituirla nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrano meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento. Infatti, il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri è inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato.

28. A questo proposito, la circostanza che il diritto delle società non sia completamente armonizzato nella Comunità è poco rilevante; per di più, il Consiglio può sempre, in virtù dei poteri conferitigli dall'art. 54, n. 3, lett. g), del Trattato CE, completare questa armonizzazione.

29. Risulta inoltre dal punto 16 della citata sentenza *Segers* che il fatto che una società non svolga alcuna attività nello Stato membro in cui essa ha la sede e svolga invece le sue attività unicamente nello Stato membro della sua succursale non è sufficiente a dimostrare l'esistenza di un comportamento abusivo e fraudolento, che consenta a quest'ultimo Stato membro di negare a tale società di fruire delle disposizioni comunitarie relative al diritto di stabilimento.

30. Ciò considerato, il diniego, da parte di uno Stato membro, di registrazione della succursale di una società costituita in conformità al diritto di un altro Stato membro nel quale essa ha la sede per il motivo che la succursale è destinata a consentire a tale società di svolgere l'intera sua attività economica nello Stato di accoglienza, con la conseguenza che la sede secondaria sfuggirebbe alla normativa nazionale relativa alla costituzione e alla liberazione di un capitale minimo, è incompatibile con gli artt. 52 e 58 del Trattato, in quanto impedisce qualsiasi attuazione del diritto al libero stabilimento secondario di cui gli artt. 52 e 58 del Trattato vogliono precisamente assicurare il rispetto.

31. Occorre infine domandarsi se la prassi nazionale di cui si tratta non possa essere giustificata dalle ragioni invocate dalle autorità danesi.

32. Riferendosi sia all'art. 56 del Trattato, sia alla giurisprudenza della Corte relativa ai motivi imperativi di interesse generale, la *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* sostiene che l'obbligo, per le società a responsabilità limitata, di costituire e liberare un capitale sociale minimo persegue un duplice obiettivo: da un lato, rafforzare la solidità finanziaria delle società al fine di tutelare i creditori pubblici dal rischio di irrecuperabilità dei crediti pubblici, poiché, a differenza dei creditori privati, essi non possono garantire i loro crediti con la costituzione di una garanzia o di una cauzione, e, dall'altro, in modo più generale, tutelare tutti i creditori, pubblici e privati, prevenendo il rischio di bancarotta fraudolenta dovuta a insolvenza di società il cui capitale iniziale era insufficiente.

33. La *Erhvervsog Selskabsstyrelsen* aggiunge che non esistono modalità meno rigorose di perseguire questo duplice obiettivo. Infatti, l'altra modalità di tutela dei creditori, vale a dire la fissazione di norme che prevedano la possibilità di chiamare in causa, a determinate condizioni, la responsabilità personale degli associati, sarebbe più restrittiva dell'obbligo di costituire e liberare un capitale sociale minimo.

34. Dopo aver rilevato che le ragioni invocate non rientrano nell'ambito dell'art. 56 del Trattato, occorre

ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo (v. sentenza 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*, Racc. pag. I-1663, punto 32, e 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, Racc. pag. I-4165, punto 37).

35. Tali condizioni non sono soddisfatte nel caso di specie della causa *a qua*. In primo luogo, la prassi in questione non è nemmeno volta a raggiungere l'obiettivo di tutela dei creditori cui essa si considera preordinata, poiché, se la società interessata avesse svolto un'attività nel Regno Unito, la sua succursale sarebbe stata registrata in Danimarca, e in tal caso i creditori pubblici danesi si sarebbero trovati ugualmente in posizione deteriore.

- 81 -

36. In secondo luogo, poiché la società di cui si tratta nella causa *a qua* si presenta come una società di diritto inglese, e non di diritto danese, i suoi creditori sono informati del fatto che essa è soggetta a una normativa diversa da quella che disciplina in Danimarca la costituzione di società a responsabilità limitata, e possono fare riferimento a una normativa comunitaria determinata a loro tutela, quali la quarta direttiva del Consiglio 25 luglio 1978, 78/660/CEE, basata sull'articolo 54, paragrafo 3, lettera g), del Trattato e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società (GU L 222, pag. 11), e l'undicesima direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/666/CEE, relativa alla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato (GU L 395, pag. 36).

37. Inoltre, contrariamente a quanto esposto dalle autorità danesi, è possibile adottare misure meno severe o meno restrittive di libertà fondamentali, che diano ad esempio la possibilità legale ai creditori pubblici di costituire le garanzie necessarie.

38. Infine, il fatto che uno Stato membro non possa negare la registrazione di una succursale di una società costituita conformemente alla normativa di un altro Stato membro nel quale essa ha la sede non esclude che questo primo Stato possa adottare tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi, sia nei confronti della stessa società, eventualmente in cooperazione con lo Stato membro nel quale essa è costituita, sia nei confronti dei soci rispetto ai quali sia dimostrato che essi intendono in realtà, mediante la costituzione di una società, eludere le loro obbligazioni nei confronti dei creditori privati o pubblici stabiliti nel territorio dello Stato membro interessato. In ogni caso, la lotta alle frodi non può giustificare una prassi di diniego della registrazione di una succursale di società che ha la propria sede in un altro Stato membro.

39. Si deve quindi risolvere la questione sottoposta nel senso che gli artt. 52 e 58 del Trattato ostano a che uno Stato membro rifiuti la registrazione di una succursale di una società costituita in conformità alla legislazione di un altro Stato membro nel quale essa ha la sede senza svolgervi attività commerciali, quando la succursale ha lo scopo di consentire alla società di cui si tratta di svolgere l'intera sua attività nello Stato membro nel quale la stessa succursale verrà istituita, evitando di costituirvi una società ed eludendo in tal modo l'applicazione di norme, relative alla costituzione delle società, più severe in materia di liberazione di un capitale

- 82 -

sociale minimo. Tuttavia, questa interpretazione non esclude che le autorità dello Stato membro interessato possano adottare tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi, sia nei confronti

della stessa società, eventualmente in cooperazione con lo Stato membro nel quale essa è costituita, sia nei confronti dei soci rispetto ai quali sia dimostrato che essi intendono in realtà, mediante la costituzione di una società, eludere le loro obbligazioni nei confronti dei creditori privati o pubblici stabiliti nel territorio dello Stato membro interessato.

Sulle spese

40. Le spese sostenute dai governi danese, francese, olandese, svedese e del Regno Unito, nonché dalla Commissione delle Comunità europee, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

Per questi motivi,

LA CORTE

pronunciandosi sulla questione sottoposta dallo Hojesteret, con ordinanza del 3 giugno 1997, dichiara: Gli artt. 52 e 58 del Trattato ostano a che uno Stato membro rifiuti la registrazione di una succursale di una società costituita in conformità alla legislazione di un altro Stato membro nel quale essa ha la sede senza svolgervi attività commerciali, quando la succursale ha lo scopo di consentire alla società di cui si tratta di svolgere l'intera sua attività nello Stato membro nel quale la stessa succursale verrà istituita, evitando di costituirvi una società ed eludendo in tal modo l'applicazione di norme, relative alla costituzione delle società, più severe in materia di liberazione di un capitale sociale minimo. Tuttavia, questa interpretazione non esclude che le autorità dello Stato membro interessato possano adottare tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi, sia nei confronti della stessa società, eventualmente in cooperazione con lo Stato membro nel quale essa è costituita, sia nei confronti dei soci rispetto ai quali sia dimostrato che essi intendono in realtà, mediante la costituzione di una società, eludere le loro obbligazioni nei confronti dei creditori privati o pubblici stabiliti nel territorio dello Stato membro interessato. (*Omissis*).

- 83 -

(1-2) Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'Unione Europea.

1. La sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea *Centros Ltd. c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* del 9 marzo 1999 (causa C-212/97) (1) ha suscitato l'interesse di gran parte della dottrina europea, che, seppure non sempre giungendo a conclusioni univoche, ne ha comunque sempre rilevato l'importanza ai fini della definizione e dello sviluppo di un diritto commerciale europeo, ed in particolare societario.

Sin dalla prima lettura, invero, si ha l'impressione che dalla sentenza possa scaturire una nuova impostazione del problema del diritto societario in Europa. Nell'interpretare la libertà di stabilimento garantita alle società commerciali dal combinato disposto degli artt. 43 e 48 Tratt. CE (2), infatti, la Corte di Giustizia della CE ha con questa decisione esplicitamente affermato, in relazione alla libertà di stabilimento secondaria (3), che il corrispondente

PRINCIPALI ABBREVIAZIONI STRANIERE UTILIZZATE. - AktG: *Aktiengesetz*; Am J. Comp. L.: *American Journal of Comparative Law*; BB: *Der Betriebsberater*; DB: *Der Betrieb*; GmbHR: *GmbH-Rundschau*; EuZW: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*; FS: *Festschrift für*, Harvard L.Rev.: *Harvard Law Review*; IPRax: *IPRax, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*; J. Legal Studies: *Journal of Legal Studies*; Ltd.: *limited corporation*; MJ: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*; NJW: *Neue Juristische Wochenschrift*; NZG: *Neue Zeitschrift für das Gesellschaftsrecht*; RabelsZ: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*; Rdnr.: *Randnummer*, ZGR: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*; ZIP: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis*; ZPO: *Zivilprozessordnung*.

(1) Tra gli altri, pubblicata in: *Racc.*, 1999, I, p. 1459 ss. (conclusioni dell'Avvocato generale: p. 1461 ss.; motivazione: p. 1484 ss.); *Società*, 1999, 639 s.; *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 647 ss.; *Riv. dir. int.*, 2000, p. 181 ss.; BB, 1999, p. 809 ss.; DB, 1999, p. 622 ss.; *GmhHR*, 1999, p. 474 ss.; *NJW*, 1999, p. 2027 ss.; *NZG*, 1999, p. 298 ss.; *ZIP*, 1999, p. 438. Tra i commenti: P. BEHRENS, *Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH*, in *IPRax*, 1999, p. 323 ss.; R. FREITAG, *Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Internationalen Gesellschaftsrecht*, in *EuZW*, 1999, 267 ss.; M. GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 71 ss.; S. GÖRK, *Das EuGH-Urteil in Sachen "Centros" vom 9. März 1999: Kein Freibrief für Briefkastengesellschaften!*, in *GmbHHR*, 1999, p. 793 ss.; E.-M. KIENINGER, *Niederlassungsfreiheit ah Rechtswahlfreiheit*, in *ZGR*, 1999, p. 724; P. KINDLER, *Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften? - Die "Centros"-*

Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, in NJW, 1999, p. 1993 ss.; S. LEIBL, *Anmerkung*, in NZG, 1999, p. 300 ss.; W. MEILICKE, *Anmerkung*, in DB, 1999, p. 627 s.; J. RISSE, *Anmerkung*, in MDR, 1999, p. 752 ss.; G.H. ROTH, *Gruendungstheorie: Ist der Damm gebrochen?*, in ZIP, 1999, 861 ss.; O. SANDROCK, *Centros: Etappensieg für die Überlagerungstheorie*, in BB, 1999, p. 1337 ss.; E. WERLAUFF, *Ausländische Gesellschaft für inländische Aktivität*, in ZIP, 1999, p. 867 ss.

(2) Con l'entrata in vigore il 1 maggio 1999 del trattato di Amsterdam, la numerazione degli articoli del Tratt. CE è stata modificata. Gli articoli citati, pertanto, corrispondono agli artt. 52 e 58 Tratt. CE citati nella sentenza, pubblicata prima della detta data.

(3) Con tale espressione si intende la libertà di stabilire sedi secondarie in altri Stati

- 84 -

diritto soggettivo spettante alle "società comunitarie" (4) è immediatamente vigente e giudizialmente coercibile. E ciò al punto che, all'interno dell'intera Comunità Europea, si è potuto ragionare di una "libertà di scegliere la forma giuridica più idonea per lo svolgimento dell'attività commerciale in altro Stato membro" (5); il che ulteriormente permette - sembra già di potersi osservare - di iniziare ad utilizzare l'espressione diritto societario europeo in un senso più pregnante di quanto sin qui consentito dalla dominante ricostruzione del diritto comunitario in tema di società.

Sino a questa decisione, invero, l'espressione "diritto societario europeo" è stata utilizzata per indicare l'insieme delle direttive comunitarie in tema di diritto societario (6), le quali solo indirettamente, attraverso la mediazione dei legislatori nazionali degli Stati membri, trovano applicazione alle società commerciali costituite e presenti in Europa. Nella prospettiva tracciata dalla decisione in commento, invece, l'utilizzo dell'espressione "diritto societario europeo" sembra piuttosto divenire congrua ad una realtà giuridica più estesa: vale a dire ad un vero e proprio *corpus* normativo unitario destinato a regolare in modo diretto le società commerciali dell'intera Unione Europea (7).

In realtà, ancora non sembra possibile parlare di un unico ordinamento societario comunitario, perché ancora ci si trova di fronte a norme societarie

dell'Unione Europea in contrapposizione alla libertà di ivi trasferire la sede principale di un'attività economica (per tutti v. K.-D. BORCHARDT, *Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union*, Heidelberg, 1996, p. 285). Come si avrà modo di illustrare nel prosieguo (*sub 7*) l'effettiva esistenza di una simile limitazione del valore della decisione è, nonostante le espressioni utilizzate nella stessa sentenza, ampiamente discutibile ed invero fittizia.

(4) Con l'espressione "società comunitarie" si intende richiamare sinteticamente tutti gli enti corporativi ai quali l'art. 48, appunto del Tratt. CE, riconosce la libertà di stabilimento all'interno della Comunità. Come si avrà modo di osservare più dettagliatamente *infra sub 3 e 4*, la sentenza in commento ha apportato un contributo decisivo per la corretta determinazione ed applicazione di questo concetto normativo, in particolare chiarendo la sua autonomia rispetto alle norme dei vari diritti nazionali, e segnatamente rispetto a quelle di diritto internazionale-privato.

(5) V. il punto 16 delle conclusioni dell'Avvocato generale; in proposito v. anche il punto 27 della motivazione della sentenza in commento.

(6) Così, eccezion fatta per il solo regolamento istitutivo del GEIE (regolamento comunitario n. 2137/85 del 25 luglio 1985), si sono limitati a parlare di un diritto societario europeo costituito dai principi di armonizzazione contenuti nelle direttive comunitarie in tema di società, ad esempio, A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Milano, 1995, in part. p. 7, e, da ultimo, particolarmente significativo, M. HABERSACK, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, München, 1999.

(7) Comunità ed Unione Europea sono due concetti giuridicamente solo in parte coincidenti. L'Unione Europea, invero, fa riferimento ad una realtà più ampia, che include e supera il referente della locuzione Comunità Europea: quest'ultima, infatti, costituisce ai sensi dell'art. 1 Tratt. UE solo la prima (anche se la più importante) "colonna portante" dell'Unione. Nel caso presente entrambi i concetti avrebbero potuto essere correttamente utilizzati; tanto più che la Comunità è a rigore il luogo proprio dell'ordinamento giuridico europeo (direttive e regolamenti, infatti, esistono e sono regolati nell'ambito del Tratt. CE). Senonché, anche in considerazione della particolarità del criterio di collegamento tra ordinamenti che si andrà ad individuare durante l'analisi della pronunzia, si è preferito utilizzare il concetto giuridicamente meno "intenso" (e - per l'effetto - con la maggiore connotazione "politica") di Unione Europea.

- 85 -

prodotte da, ed applicate in, una pluralità di ordinamenti (nazionali) distinti. Sembra, però, potersi rilevare che, alla luce dei principi espressi dalla sentenza in questione, questa pluralità di ordinamenti risulta coordinata in un sistema unitario (anche se non unico, considerata la reciproca persistente autonomia), appunto un *corpus* normativo unitario: come la decisione direttamente riconosce, le diverse organizzazioni societarie costituite nei singoli ordinamenti nazionali, infatti, sono in condizione, all'interno del sistema (vale a dire in ciascun ordinamento del sistema), di mantenere sempre inalterato il loro originario valore giuridico (attribuito dall'ordinamento di costituzione). Un sistema legislativo, dunque, che, per quanto complesso, comunque realizza sul piano dei valori giuridici quella piena libertà di circolazione che è, ad uno stesso tempo, inevitabile conseguenza e necessaria premessa di un ormai compiuto mercato unico comunitario (8).

L'approfondimento di tali aspetti sistematici, peraltro, non sembra possa essere efficacemente condotta senza una preventiva rigorosa analisi della decisione. Proprio l'attenzione suscitata, nonché la rilevanza del ruolo intuitivamente assegnabile alla decisione nella ricostruzione del sistema, rendono infatti opportuna l'adozione di particolare cautela, al fine di evitare facili entusiasmi, se non addirittura *tout court* dei fraintendimenti, che possano poi impedire una più piena comprensione delle conseguenze sistematiche ultime ritraibili dalla decisione.

In particolare, non si ritiene di condividere un'impostazione dell'analisi che, come in molti casi è invece avvenuto (9), si limiti a leggere la decisione in una prospettiva esclusivamente di diritto internazionale privato, e, più ancora, di valutare il suo significato solo in relazione alla nota contrapposizione tra teoria dell'incorporazione e teoria della sede (10).

(8) Logicamente ne è la premessa, in quanto il diritto societario sin dall'inizio rientrava nell'ambito del progetto di creazione del mercato unico europeo (v., per tutti, M. LUTTER, *Die Harmonisierung des Rechts der Kapitalgesellschaften in Europa (Stand und Perspektiven)*, in P. NOBEL, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Bern, 1998, p. 129 ss., p. 131), ma storicamente, come in seguito si avrà modo di illustrare più accuratamente, ne è anche in parte la conseguenza; nella misura, per lo meno, in cui la sempre maggiore integrazione economica europea sia arrivata a richiedere una più intensa integrazione dei diritti societari, espandendo così la libertà di circolazione dalle sole merci e persone anche alle forme giuridiche societarie.

(9) Praticamente tutti i commenti citati alla precedente nota 1 prendono in diretta e prevalente considerazione l'aspetto di diritto internazionale privato (v., in particolare, i contributi di P. Behrens, R. Freitag, S. Görk, P. Kindler, G.H. Roth, O. Sandrock); e solo in pochi casi ciò è fatto con la consapevolezza che il rilevante valore di diritto internazionale privato della pronuncia non scaturisce immediatamente dal dispositivo, ma deve essere derivato per via di interpretazione (v. sul punto il già citato contributo di P. Behrens, su anche cui *infra* alla nota 19).

(10) Teoria dell'incorporazione o del luogo di costituzione e teoria della sede effettiva sono le due principali teorie elaborate per risolvere il problema di diritto internazionale privato della legge applicabile alle società connesse con altri ordinamenti. Il problema, infatti, raramente è stato direttamente affrontato dai legislatori, se non di recente e comunque prendendo le due menzionate teorie come punti di riferimento. Quest'ultimo è, ad esempio, il caso dell'Italia, che solo con l'art. 25 della recente legge n. 218 del 31 maggio 1995 di riforma del diritto internazionale privato e processuale ha conosciuto una norma esplicita di

- 86 -

Questa ripetuta valorizzazione della prospettiva di diritto internazionale privato nell'approccio della decisione *Centros*, per vero, ha una sua giustificazione

diritto internazionale privato in tema di società; norma che, come dimostra anche l'andamento dei lavori parlamentari (fino all'ultimo si tendeva a dare prevalenza al criterio della sede effettiva, mentre la norma approvata fa riferimento al luogo di costituzione, salva un'eccezione per le società con sede effettiva in Italia), immediatamente rileva (nella sua struttura, come nella sua storia parlamentare) il suo diretto collegamento con la fondamentale opposizione tra le ricordate teorie internazional-privatistiche; per maggiori dettagli sulla precedente situazione e sul nuovo art. 25, comunque, v. per tutti M.V. BENEDELLELLI, *Art. 25 - La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Nuova legisl. It.*, 1996, p. 1108 ss. (p. 877 ss.), 1109 s.

Le menzionate teorie, che in realtà esistono in una molteplicità di varianti, si distinguono essenzialmente per l'elemento in base al quale viene operato il rinvio: il luogo della sede effettiva della società nel primo caso e quello della sua costituzione nel secondo caso - poi corrispondente al luogo di fissazione della sede legale (in ragione della forza con cui in proposito tutti gli ordinamenti applicano il principio di territorialità, infatti, viene sempre richiesta la fissazione di una sede legale all'interno dello Stato: v. P. BEHRENS, *Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH*, in *IPRax*, 1999, p. 323 ss., p. 324, nota 6; per una verifica analitica degli ordinamenti degli Stati membri della CE, E. BRÖDERMANN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle und Schranke des Internationalen Privatrechts (Primärrecht, Verordnungen, Richterrecht)*, in BRÖDERMANN - IVERSEN *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1994, I ss., 90 ss.).

Peraltro, si deve registrare una recente netta tendenza alla attenuazione delle ragioni di conflitto tra i sostenitori delle opposte teorie. Come è stato autorevolmente osservato da D. ZIMMER, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, 1996, p. 197 ss., infatti, di recente la maggiore concentrazione della dottrina è stata rivolta alla soluzione di specifici problemi più che alla elaborazione e contrapposizione delle due teorie, con la conseguenza anche di notevoli reciproche concessioni su specifici problemi da parte dei sostenitori delle due tesi (D. ZIMMER, *Internationales Gesellschaftsrecht*, cit., p. 213 ss.) ed il nascere di teorie intermedie, quali, ricordando solo quelle più significative, la *Differenzierungslehre* (G. GRASMANN, *System des internationalen Gesellschaftsrechts - Außen- und Innenstatut der Gesellschaften im Internationalen Privatrecht*, Berlin, 1970), che distingue tra rapporti interni ed esterni, la *Überlagerungstheorie* (O. SANDROCK, *Ein amerikanisches Lehrstück für das Kollisionsrecht der Kapitalgesellschaften*, in *RabelsZ*, 42 (1978), p. 227 ss.; ID., *Die Konkretisierung der Überlagerungstheorie in einigen zentralen Einzelfragen*, in *FS G. Beitzke*, Berlin, New York, 1979, p. 669 ss.), di fatto una variante della teoria della costituzione che prevede l'applicazione di alcune norme della *lex fori* (situazione che si ritrova nel diritto societario internazionale di alcuni Stati dell'Unione Americana, nonché in Italia, seppure con qualche distinguo, sia prima che dopo la riforma; sul punto si tornerà anche in seguito *sub* 6 e 9) e la ben più recente *Kombinationslehre* (D. ZIMMER, *Internationales Gesellschaftsrecht*, cit., p. 232 ss.) che costituisce, già nelle intenzioni del suo autore, una vera e propria sintesi delle due opposte teorie internazional-privatistiche.

Sin qui, comunque, si può, già affermare, anticipando ciò che - comunque brevemente - si avrà modo di meglio illustrare nel prosieguo *sub* 8.4, che tale distinzione si rivela essenzialmente apparente per una serie di ragioni, la principale delle quali è la caratteristica della fattispecie societaria di essere strettamente legata all'ordinamento di costituzione: concedendo all'organizzazione societaria rilievo reale, infatti, l'ordinamento di costituzione realizza una inscindibile compenetrazione con la fattispecie societaria, direttamente intervenendo anche nella stessa struttura dell'organizzazione.

Tale peculiarità, infatti, è evidentemente presa in diretta considerazione da parte della teoria della costituzione, che appunto riconosce la piena competenza dell'ordinamento di costituzione a regolare la fattispecie, ma trova anche riflesso, nella cerchia di chi vuole applicare

- 87 -

nella necessità di coordinamento con un ben noto precedente, la decisione “Daily Mail” (11). Benché mai citato dalla Corte nella decisione *Centros*, che ora si commenta, infatti, il menzionato precedente costituisce sicuramente un punto di riferimento e di confronto irrinunciabile ed imprescindibile. Con quella decisione, infatti, la stessa Corte Europea aveva provveduto a restringere più che sensibilmente la libertà di stabilimento garantita alle società dagli

la legge della sede effettiva, nella convinzione dell'unitarietà dello statuto sociale (la c.d. *Einheitslehre*): sulla base di tale assunto, infatti, una società, se viene considerata esistente, è sempre regolata dalla sua legge di costituzione; infatti, seguendo questa variante (maggioritaria) della teoria della sede effettiva, il riferimento ad una legge diversa, essendo esteso, prima che alla regolazione dell'organizzazione e dell'attività societaria, alla verifica della sua costituzione, impedisce *tout court* il riconoscimento.

Pertanto, nella misura in cui si ritenga che una norma di diritto privato internazionale societario sia destinata a regolare la fattispecie *società* (vale a dire volta a *riconoscere* le società costituite all'estero e *non a costituire* nell'ordinamento in questione altre società od enti sulla stessa base patrimoniale e personale), ben si potrà sostenere la tesi che tra le due teorie non esiste alcuna reale distinzione dal punto di vista del loro funzionamento di diritto internazionale privato, potendosi distinguere le due teorie solo per il fatto che gli ordinamenti che seguono la teoria della sede si sono dotati di una norma materiale (destinata, a seconda dei casi, a regolare le sole società estere, ovvero anche quelle interne) che richiede la fissazione non solo della sede legale nello stato di costituzione (come sempre avviene in ragione della descritta compenetrazione tra ordinamento giuridico e organizzazione societaria), ma anche di quella reale.

In tempi risalenti anche altre teorie erano state avanzate, oggi non più attuali. Per le molteplici teorie elaborate in Italia prima della riforma in assenza di una esplicita norma v. ancora M.V. BENEDELLELLI, *Art. 25...*, cit., 1109 s. Per accenni alla teoria del controllo, elaborata all'inizio del secolo in corrispondenza con i periodi bellici, v. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 358 e G. BETZKE, *Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdrecht*, München-Berlin, 1938, p. 31 ss.

Per approfondimenti e maggiori dettagli si faccia riferimento alle seguenti principali opere in tema di diritto internazionale privato delle società: C. ANGELICI, *Appunti sul “riconoscimento” di società costituite all'estero*, Milano, 1982; T. BALLARINO, *Diritto Internazionale privato*, Padova, 1999; ID., *Le società costituite all'estero*, in RESCIGNO *Trattato di dir. priv.*, XVII, Torino, 1985, p. 385 ss.; P. BEHRENS, *Die GmbH im internationalen Recht*, in HACHENBURG *GmbHG-Kommentar - Allg. Einleitung B*, Berlin-New York, 1992 (contributo: 1989); M.V. BENEDELLELLI, *Art. 25 - La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Nuova legisl. It.*, 1996, p. 1108 ss. (p. 877 ss.); F. CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, Napoli, 1953; B. GROBFELD, *Internationales Gesellschaftsrecht*, in STAUNDIGERS *Kommentar zum BGB*, Berlin, 1993; R. LUZZATO, *Persona giuridica (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 276; P. PICONE, *Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento di “Anstalten” e “Treuunternehmen” nell'ordinamento italiano*, in *Comunicazioni e studi*, XV, Milano, 1978; A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Milano, 1995; ID., *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1973; ID., *Società (diritto internazionale privato e processuale)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 883; H. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht, Band I - Grundlagen*, München, 1980, p. 776 ss.; D. ZIMMER, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, 1996.

(11) Corte Giustizia CE, 27 settembre 1988, causa 81/87, *The Queen c. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail General Trust PLC*, in *Racc.*, 1988, p. 5505 ss.

- 88 -

artt. 52 e 58 Tratt. CE (12), negando loro la libertà di stabilimento primaria (13); e ciò aveva fatto proprio prendendo come riferimento la disomogeneità tra le norme di diritto internazionale privato dei vari Stati della Comunità ed i conseguenti ostacoli alla circolazione nei quali tali differenze normative si traducevano: disomogeneità ed ostacoli che si dichiaravano esplicitamente legittimi proprio in quanto sottratti a quell'ambito strettamente e propriamente comunitario (14), che invece la decisione *Centros* ha teso ad ampliare.

Il vero motivo della preferenza accordata all'approccio esclusivamente di diritto internazionale privato, però, sembra essere un altro. Si ha la sensazione, infatti, che, più che un fondamento formalistico quale quello ricordato, siano ragioni di ordine storico e giuspolitico derivanti dai condizionamenti del pregresso dibattito sulle “società estere” a pesare sull'impostazione dell'analisi. Non si può tacere, invero, che il dibattito sulle “società estere”, *rectius* sulle società costituite secondo le norme di un ordinamento diverso da quello nella cui prospettiva ci si pone (15), sia sempre stato impostato in termini di diritto internazionale privato con lo scopo di superare gli ostacoli direttamente posti alla libertà d'azione di tali società; ed è dunque per questo motivo - vale a dire per riflesso di una scelta d'opportunità - tutto concentrato sulla determinazione dello statuto di diritto internazionale privato delle società (16), e segnatamente

(12) Ora, con l'entrata in vigore del Tratt. di Amsterdam, artt. 43 e 48 Tratt. CE.

(13) V. nota 3 per la distinzione tra libertà primaria e secondaria.

(14) Venivano, infatti, attratti nell'ambito della fattispecie dell'art. 220 Tratt. CE (testo vigente prima dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam; ora corrisponde all'art. 293 Tratt. CE), il quale richiama la necessità della conclusione di una convenzione internazionale tra gli Stati membri per il reciproco riconoscimento delle società, con ciò dovendosi ritenere tale materia non immediatamente precettiva. La conclusione, peraltro, è discutibile, particolarmente oggi, in considerazione del consistente ampliamento delle competenze comunitarie deciso con il trattato di Amsterdam.

(15) Tale è in effetti il vero nodo problematico toccato dalle disposizioni comunitarie in tema di libertà di stabilimento in tema di società. Si noti, inoltre, che esso corrisponde (per una sorta di riflesso tecnico delle ragioni di opportunità politica indicate nel testo) anche al problema sotteso a buona parte del dibattito di diritto internazionale privato delle società, posto che, proprio il particolare legame della fattispecie societaria all'ordinamento di costituzione descritto *supra* alla nota 10, la coincidenza tra *lex fori* e ordinamento di costituzione è ritenuta prevalentemente (e spesso anche tra i sostenitori della teoria della sede) sufficiente a rendere irrilevanti altri elementi di estraneità, così che il problema della legge applicabile non si pone se non rispetto alle società costituite all'estero (piuttosto che in relazione a quelle con generici elementi di collegamento con l'estero). L'espressione utilizzata nel testo, infatti, ben descrive l'oggetto del diritto internazionale privato, non solo se questo è fondato sulla teoria dell'incorporazione, ma anche nel caso opposto in cui si faccia

affidamento sulla teoria della sede effettiva, per la sempre più diffusa applicazione della teoria in forma unilaterale, tale per cui, anche a prescindere dalla localizzazione della sede effettiva le società costituite all'interno di un ordinamento sono da questa sempre sottoposte alla legge societaria interna di quello stato.

(16) L'impostazione dell'analisi di diritto internazionale privato in termini di ricerca dello statuto applicabile rappresenta uno dei principali caratteri del metodo di diritto internazionale privato classico descritto nella successiva nota 18. Con tale espressione, infatti, si intende richiamare la legge applicabile alla fattispecie societaria, partendo dal parallelismo, tipicamente privatistico, tra persona fisica e società, presa in considerazione in quanto persona

- 89 -

dominato dall'aspra polemica circa la sua individuazione attraverso il criterio della sede e quello dell'incorporazione (nella cui ottica anche la presente decisione si è spesso voluta analizzare).

Per effetto di tale "scelta di opportunità", pur nella permanente incertezza circa l'individuazione del criterio di collegamento, si è riusciti, con un lento ma inarrestabile cammino iniziato già nel secolo scorso (17), a ridimensionare le forti ragioni politico-legislative di ostilità verso le forme associative estranee all'ordinamento giuridico nazionale attraverso la ricercata adozione della tecnica, classica per il diritto internazionale privato, delle norme bilaterali (18).

giuridica. Parallelismo che ha consentito - come di seguito suggerito nel testo ed alla nota successiva - di estendere alle società la piena libertà individuale che all'inizio del secolo scorso si era conquistata al diritto privato; ma che ha anche portato con sé notevoli inconvenienti applicativi, per la non equivalenza dei livelli di rilevanza tra la società (fattispecie dell'obiettivo diritto commerciale; sul punto v. per tutti P. FERRO-LUZZI, *L'impresa*, in *L'impresa*, Milano, 1985, p. 7 ss.) e la persona fisica (punto di riferimento centrale del sistema soggettivo del diritto privato; sul punto v. per tutti P. FERRO-LUZZI, *L'impresa*, cit.): tra tutti basterà qui ricordare la notevole complicazione concettuale connessa all'applicazione di diritto internazionale privato del concetto di nazionalità delle società, che invece di individuare un vero e proprio criterio di Collegamento tra una fattispecie ed una legge applicabile, meramente sposta terminologicamente il problema dell'individuazione dell'elemento rilevante in termini di ricerca del criterio di determinazione della nazionalità, in base alla quale poi scegliere la legge applicabile (v. in proposito, in senso critico verso l'utilizzo di questo concetto P. BEHRENS, *Der Anerkennungs begriff des Internationalen Gesellschaftsrechts*, in *ZGR*, 1978, p. 499 ss.; G. BETTZKE, *Juristische Personen im Internationalprivatrecht und Fremdenrecht*, München-Berlin, 1938, oltre a criticare l'uso del concetto in diritto internazionale privato, ne pone invece in evidenza la legittimità ed utilità in tema di diritto dei soggetti esteri, su cui v. anche *infra* alla nota 20).

(17) Cammino che, in modo assai significativo, è sempre proceduto parallelamente a quella evoluzione del diritto societario che ha visto superare il sistema concessorio di costituzione delle società e di concessione della personalità giuridica; evoluzione che, significativamente, è anch'essa stata giustificata e fondata con l'accostamento sistematico della società ad un istituto tradizionale del diritto privato, il contratto (la cui libertà era stata appena riconosciuta con la maggior pienezza).

(18) La ricerca della legge applicabile in base a norme di diritto internazionale privato di struttura bilaterale rappresenta la tecnica classica, di fatto essendo ritenuta l'unica autentica struttura normativa di diritto internazionale privato. La sua applicazione alla soluzione del problema della regolazione delle società costituite all'estero, quindi, a prescindere dalla sua idoneità tecnica, né più né meno della parallela scelta di ricercare una regolazione ispirata a quella donata per le persone fisiche (v. nota 16), ha svolto una forte funzione di legittimazione politica, consentendo di tentare di estendere anche all'ambito del diritto internazionale privato la libertà che si andava conquistando nel diritto societario materiale attraverso la sua contrattualizzazione (v. nota precedente). Va peraltro osservato che, come le più recenti riforme di diritto internazionale privato sempre più stanno mostrando, non esiste un solo metodo di diritto internazionale privato di coordinamento tra i differenti ordinamenti, Bensì una pluralità; pluralità che, come è stato autorevolmente osservato (P. PICONE, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986; ID., *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 3 ss., 141 ss., 244 ss., 371 ss., 453 ss.), una volta pienamente portata alla luce, consente una più propria e sicura interpretazione di tutte quelle (non poche) norme che altrimenti si è costretti a ricostruire, faticosamente, in termini di eccezioni (all'approccio più tradizionale). In particolare, quattro sono i metodi

- 90 -

La conseguenza, però, è stata che di sovente si sono lasciate da parte le

che sono stati individuati a seconda dell'obiettivo ricercato dal legislatore nel determinare il coordinamento con gli altri ordinamenti: quello *classico o della localizzazione della fattispecie*, quello tradizionale dei paesi di *common law* o metodo *dell'applicazione generalizzata della lex fori*, quello del *riferimento all'ordinamento competente* e quello *c.d. delle considerazioni materiali* (su tale classificazione v. P. PICONE, op. citate).

Il *metodo classico* trova origine nel pensiero di F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts VIII*, 1849 (per riferimenti storici ed analisi dell'attualità del contributo dello studioso tedesco, v. J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1997, p. 13 ss., G. KEGEL, *Story und Savigny, FS Rechtswiss, Fakultät Köln*, 1988, NEUHAUS, *Abschied von Savigny?*, in *RabelsZ*, 1982 (46), p. 4 ss.). Esso fa derivare la scelta della legge applicabile dalla determinazione della "sede naturale" di ciascun rapporto, vale a dire, in termini più moderni, dalla localizzazione spaziale delle varie categorie di fattispecie. Nel tempo, tale metodo si è arricchito di numerose varianti, dato che la localizzazione della fattispecie da regolare, che era e rimane l'elemento fondamentale e caratterizzante del metodo, può prescindere dalla volontà di applicazione della legge richiamata (localizzazione, per così dire, diretta, realizzata attraverso le classiche norme di conflitto bilaterali), oppure tener conto, al fine del raggiungimento dell'armonia internazionale delle soluzioni (applicazione della medesima legge in tutti gli ordinamenti interessati), del riferimento ad una legge diversa da parte delle norme di conflitto straniere (localizzazione condizionata, anch'essa realizzata attraverso le classiche norme di conflitto bilaterali) o, infine, rifarsi direttamente, in una prospettiva unilateralistica, al fatto che una o più leggi straniere intendano, dal loro stesso punto di vista, regolare la fattispecie (localizzazione per autocollegamento,

realizzata attraverso l'impiego, o il riferimento, a a norme unilaterali e, talvolta, anche di applicazione necessaria).

Il *metodo materiale o delle considerazioni materiali*, anch'esso interessato alla regolazione "in astratto" delle fattispecie in causa, è volto principalmente a garantire l'ottenimento di uno specifico effetto od obiettivo di carattere materiale nella regolazione di determinate categorie di rapporti giuridici. Nei moderni sistemi di conflitto europei, tale metodo si ritrova soprattutto espresso nelle norme di conflitto alternative che, come ad esempio avviene per le vigenti norme italiane in tema di filiazione, designano contemporaneamente più leggi per la regolazione di una determinata fattispecie, imponendo poi al giudice di scegliere la legge che si riveli più favorevole al prodursi dell'effetto materiale ricercato.

Accanto a tali due metodi, generalmente riconosciuti dalla dottrina, ve ne sono altri due, che l'autore ricostruisce a partire da una prospettiva funzionale, basata, cioè, sul rilievo da accordare allo svolgimento delle situazioni giuridiche.

Di essi il *metodo del riferimento all'ordinamento (straniero) competente* tende ad evitare il formarsi di situazioni "claudicanti", e cioè di situazioni che, dopo essere stata costituite in un ordinamento, non siano suscettibili di riconoscimento in uno o più altri ordinamenti, nei quali siano in seguito verosimilmente destinate a svolgersi ed a localizzarsi. Nel caso di creazione nel foro di una situazione giuridica, tale metodo provvede a garantire che la situazione medesima venga creata a condizione di poter essere riconosciuta in uno o più ordinamenti stranieri, coi quali presenti i maggiori contatti, e che si configurano perciò per il foro come gli ordinamenti (stranieri) "competenti". In caso di riconoscimento di situazioni giuridiche straniere, il metodo dà invece a tal fine rilievo alla condizione che la situazione giuridica da riconoscere sia concretamente efficace nello o negli ordinamenti stranieri ritenuti "competenti", per essere stata ivi creata o eventualmente (se creata in un terzo stato) anche solo riconosciuta.

Il *metodo dell'applicazione generalizzata della lex fori* (o del c.d. *jurisdictional approach*) assume sì la medesima prospettiva funzionale, ma in un'ottica per così dire rovesciata, in quanto dà rilievo alla circostanza che determinate situazioni giuridiche siano destinate a

- 91 -

peculiarità della fattispecie societaria (19), precludendosi così anche una più corretta (o quanto meno più lineare) impostazione e soluzione dei problemi (anche di diritto internazionale privato (20)) posti dalle società estranee all'ordinamento nazionale.

La forte connotazione giuspolitica della prospettiva di diritto internazionale privato, pertanto, rende ancor più opportuno rinunciare ad anticipare in proposito qualsiasi conclusione di rilievo sistematico (21), consigliandosi una preventiva analisi del valore del dispositivo della decisione.

Si deve considerare, infine, che proprio dalla lettura del dispositivo della sentenza si può agevolmente riscontrare che il problema direttamente affrontato non è quello generale della regolazione delle società costituite secondo le norme di un differente ordinamento, Bensì quello (connesso, ma ben distinto)

svolgersi in via esclusiva e principale nel solo ordinamento del foro. La competenza esclusiva della *lex fori* è quindi espressione del fatto che tali situazioni vengono regolate, quali che siano i loro elementi di "estraneità" o di "internazionalità", come se fossero delle situazioni giuridiche meramente interne.

(19) Esempio, al proposito, la forte critica cui dal punto di vista sostanziale è stato sottoposto il concetto di personalità giuridica e l'impostazione, nonostante ciò, della questione di diritto internazionale privato in termini essenzialmente paralleli a quelli della persona fisica. Per un rilievo in positivo di queste connessioni v. C. ANGELICI, *Appunti sul "riconoscimento" delle società costituite all'estero*, Milano, 1982, il quale, proprio da una precisa e consapevole determinazione della struttura del diritto societario materiale ha saputo offrire una nuova e più consapevole prospettiva di diritto internazionale privato per l'annoso problema del riconoscimento delle società costituite all'estero, n problema, in sé non eccessivamente complicato, è reso tale i) dalla confusione tra riconoscimento privatistico e pubblicistico (finalizzato all'applicazione di norme di diritto speciale concernente gli stranieri dettate esplicitamente per sole società estere), ii) dalla diversa impostazione dei paesi dell'area germanica, che ritenendo la questione non autonoma ed in realtà assorbita in quella della legge applicabile (come, del resto, anche il nostro legislatore sembra aver fatto nel determinare esplicitamente l'ampiezza dello statuto di diritto internazionale privato) e "SO dalla convinzione dell'unità della fattispecie, da cui, non senza salti logici, si vuole far discendere anche la soluzione della domanda del *se* si configuri la fattispecie dalla conformazione degli effetti disposti, per rinvio, dalla norma di diritto internazionale privato. Ciò implica che la legge richiamata debba decidere non solo sulla regolazione dello svolgimento dell'attività futura della società, ma anche sul fatto storico della costituzione, con evidente incoerenza rispetto al diritto societario materiale e, segnatamente, proprio come osservato da C. ANGELICI, *Appunti sul "riconoscimento" ...*, cit., in part. p. 82 ss., 90 ss., 98 s., con la disciplina specifica della nullità della società di cui all'art. 2332 cod. civ.

(20) Quella di diritto internazionale privato non è ovviamente l'unica prospettiva nella quale un ordinamento può dettare norme in tema di società costituite e connesse con altri ordinamenti, ben potendosi - ponendo una sorta di diritto speciale concernente gli stranieri - dettare norme materiali specificamente destinate a regolare gli enti stranieri (v. sul punto per tutti G. BETTZKE, *Juristische Personen im Internationalprivatrecht und fremdenrecht*, München-Berlin, 1938, p. 15 ss., 220 ss., 231 ss.; simili norme, pur caratteristiche di epoche protezionistiche, ancora si ritrovano nei moderni ordinamenti, né sembra possibile del tutto eliminarle - si pensi ad esempio alle norme dettate a proposito dell'iscrizione nel registro delle imprese di sedi secondarie di società costituite in altri ordinamenti).

(21) In proposito v. le analoghe considerazioni di C. ANGELICI, *Appunti sul "riconoscimento" delle società costituite all'estero*, Milano, 1982, in esordio, p. I ss. e 5 ss., in merito all'analisi del problema del riconoscimento delle società.

- 92 -

della libertà di stabilimento delle società e di scelta della forma societaria da parte dei soci fondatori.

Conviene, dunque, anche per quest'ultima ragione non procedere sin dall'inizio ad una interpretazione tutta condotta nell'unica prospettiva

di diritto internazionale privato, riservandosene ad un momento successivo l'analisi, quando, chiarito il significato diretto della pronuncia (in punto di diritto comunitario) (22), si potrà, appunto con maggiore consapevolezza, trarre conseguenze sul diverso piano del diritto internazionale privato.

2. La decisione in commento concerne la questione di interpretazione del Tratt. CE sollevata *ex art. 234* Tratt. CE (23) dell'*Hojesteret* (24) nell'ambito del giudizio promosso dalla società di diritto inglese *Centros Ltd.* (25) contro la *Erhvervsog Selskabsstyrelsen* (26) a causa del rifiuto di quest'ultima di provvedere all'iscrizione di una sede secondaria della *Centros* in Danimarca.

In particolare il quesito concerneva la compatibilità "con l'art. 52 del

(22) Come chiaramente puntualizzato da P. BEHRENS, *Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH*, in *IPRax*, 1999, p. 323 ss., p. 331, la Corte Europea, ha solo il compito di interpretare il diritto comunitario, non quello di porre o controllare il diritto internazionale privato degli Stati membri, cui soli deve essere lasciato tale "Übersetzungsarbeit": "Es ist nun die Aufgabe der Mitgliedstaaten, die Aussagen des Gerichtshofs in ihr Kollisionsrecht zurückzuübersetzen".

(23) Corrispondente, nella numerazione del Tratt. CE precedente all'entrata in vigore del Tratt. di Amsterdam, all'art. 177.

(24) L'*Hojesteret* è il Tribunale Supremo danese, competente a decidere in ultima istanza sui giudizi della giurisdizione ordinaria; in materia civile è giudice di appello sulle questioni decise in prima istanza dal Tribunale (*Landsret* - anziché dalle Preture - *Byret*) e da quello per le questioni di diritto marittimo e commerciale (*So- og Handelsret*); per una informazione generale sull'ordinamento giuridico danese (e dunque anche sull'ordinamento giudiziario), v. J. ENGBERG, *Charakteristische Merkmale bei un Unterschiede zwischen dem deutschen und dänischen Rechtssystem*, in W. GUBBA, *Rechtswörterbuch Deutsch-Dänisch*, København, 1995, p. 17 ss. in part. p. 37 ss.

(25) Precisamente incorporata secondo le leggi dell'Inghilterra e del Galles. La Scozia, come l'Irlanda del Nord, infatti, possiede un proprio ordinamento giuridico e quindi una propria *Company Law*. Ovviamente le regole giuridiche applicabili alle società sono in tutto il Regno Unito largamente coincidenti, anche se non mancano differenze tanto nelle leggi emanate che nelle ricostruzioni giurisprudenziali di *Common Law*.

(26) La *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* è la Direzione Generale del Commercio e delle Società competente in Danimarca per la registrazione obbligatoria (e necessaria ai fini dell'acquisto della piena personalità giuridica) delle società di capitali. Tale registrazione è condotta dalla menzionata Direzione Generale, facente capo al Ministero del Commercio danese, in quanto la registrazione delle società di capitale avviene direttamente a livello centrale (e dunque con unico registro per tutta la Danimarca), a differenza di quella concernente imprese individuali e società di persone, che vengono registrate presso l'*Handelregisterret*, il registro delle imprese, gestito su base locale da uffici della polizia danese. Per una informazione generale sull'ordinamento giuridico danese, e dunque anche sulla disciplina della pubblicità per le imprese commerciali v. J. ENGBERG, *Charakteristische Merkmale bei un Unterschiede zwischen dem deutschen und dänischen Rechtssystem*, in W. GUBBA, *Rechtswörterbuch Deutsch-Dänisch*, København, 1995, p. 17 ss., in part. 28.

- 93 -

Trattato CE (27), in combinato disposto con gli artt. 58 e 56 del medesimo (28), [del] diniego di registrazione di una succursale di una società con sede in un altro Stato membro e che, con un capitale sociale di 100 UKL (circa 1000 DKR), [sia] legittimamente costituita ed esistente conformemente alla normativa di tale Stato membro, qualora tale società non svolga attività commerciali, ma si intenda costituire la succursale per l'esercizio del complesso delle attività nel paese di costituzione della succursale e sia accertato che il metodo seguito è volto ad evitare la costituzione di una società nel citato Stato membro ed eludere così il requisito di un capitale sociale minimo...".

Giacché l'ordinamento danese accoglie la teoria dell'incorporazione (29), in discussione non era l'esistenza della *Centros*, e quindi l'astratta possibilità per la stessa di essere titolare del diritto di richiedere ed ottenere l'iscrizione nel registro delle imprese danese di una sede secondaria. In diritto danese una *limited company* di diritto inglese viene riconosciuta come società a responsabilità limitata straniera e, come tale, si vede riconoscere il diritto di stabilire sedi secondarie alle condizioni indicate dall'*anpartsselskabslov* (30). L'opposizione della *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, poi confermata giudizialmente in primo grado avanti l'*Østre Landsret* (31), si è fondata sul fatto che, essendo stata, la *Centros*, costituita da cittadini danesi per svolgere una attività di impresa in Danimarca e non svolgendo la stessa *Centros* alcuna attività nel Regno Unito, i) di fatto non richiedeva la registrazione di una sede secondaria, Bensì di una sede primaria, e ii) nel far ciò realizzava un piano di frode alle norme nazionali che fissano i requisiti minimi di capitalizzazione necessari per la costituzione di società a responsabilità limitata danesi.

Il governo danese, inoltre, ha aggiunto, a sostegno della posizione espressa dalla *Erhvervsog Selskabsstyrelsen*, l'ulteriore argomento dell'inapplicabilità della norma comunitaria per inesistenza in fatto dei necessari elementi di estraneità. Il che, invero, è al tempo stesso un argomento debole, in quanto ambiguo, ma anche pericoloso, in quanto di duplice valenza.

(27) Ora, con l'entrata in vigore del Tratt. di Amsterdam, corrispondono all'art. 43 Tratt. CE.

(28) Ora, con l'entrata in vigore del Tratt. di Amsterdam, corrisponde agli artt. 46 e 48 Tratt. CE.

(29) Sebbene manchino tanto disposizioni legislative esplicite quanto specifici precedenti giurisprudenziali, in tutti i paesi dell'area scandinava (con la sola eccezione della Norvegia, ove la dottrina appare divisa) domina la cd. "nordic registration theory" (in danese *registrringsstedt*), di fatto equivalente alla teoria dell'incorporazione accettata in Gran Bretagna, Irlanda ed Olanda (cui, appunto, è esplicitamente accomunata; v. P. KRÜGER ANDERSEN, *Aktie- og anpartsselskabsret*, København, 1997, p. 87 ss., p. 88; P. KRÜGER ANDERSEN - K. ENGSIG SORENSEN, *Free Movement of Companies from a Nordic Perspective*, in (6) *MJ*, 1999, p. 47 ss., in part. p. 54 ss., 56).

(30) *L'anpartsselskabslov* è la legge danese sulle società a responsabilità limitata.

(31) Il *Landsret* è l'equivalente danese del Tribunale, il quale decide gli appelli alle sentenze del Pretore (*Byret*) ed in prima istanza le questioni di maggior valore o altrimenti alla sua competenza riservate. L'intero territorio danese è suddiviso per competenza tra l'*Østre Landsret* ed il *Vestre Landsret* (sul punto, come per maggiori dettagli sul riparto delle competenze, v. J. ENGBERG, *Charakteristische Merkmale bei und Unterschiede zwischen dem deutschen und dänischen Rechtssystem*, in W. GUBBA, *Rechtswörterbuch Deutsch-Dänisch*, Kobenhavn, 1995, p. 17 ss., in part. 41.).

- 94 -

Da un lato, infatti, esso potrebbe interpretarsi come l'affermazione dell'esistenza di un significativo limite all'applicazione del diritto comunitario che, in quanto tale, in modo non dissimile dal diritto internazionale privato, verrebbe ad essere applicato solo in presenza di un requisito ulteriore (e di una certa consistenza socio-economica minima) rispetto a quello volta a volta esplicitato dalla singola norma: un collegamento socio-economico della fattispecie concreta con altri ordinamenti statali sufficientemente consistente da connotare la fattispecie stessa in termini di estraneità rispetto ad un dato ordinamento di partenza.

Da un altro lato, invece, tale argomento potrebbe riferirsi direttamente e meramente a quella questione di diritto internazionale privato, la cui soluzione si voglia in ipotesi ancora considerare preliminare a quella del problema comunitario: sarebbe dunque un modo per negare, appunto sotto il profilo di diritto internazionale privato, la rilevanza e l'esistenza della società per l'impossibilità di richiamare il diritto inglese secondo il quale la stessa era stata costituita (32).

3. La Corte ha, innanzi tutto, chiarito l'applicabilità della normativa comunitaria sul diritto di stabilimento alla fattispecie, considerando sufficiente elemento di estraneità la costituzione della società secondo le norme di un altro ordinamento e rigettando così senza margine di equivoco la prima possibile interpretazione dell'argomento del governo danese che si è appena illustrata. Certamente si tratta di una scelta interpretativa particolarmente restrittiva del valore dell'elemento di estraneità, quanto meno nei termini in cui è conosciuto dal diritto internazionale privato, ove si qualifica proprio per la sua consistenza socio-economica e non meramente giuridica (33). L'interpretazione offerta, però, sembra l'unica in grado di conciliarsi con le finalità comunitarie sottese alla norma. Senza dubbio, infatti, la libertà comunitaria di stabilimento è volta a realizzare la parità di trattamento tra tutti i cittadini dell'Unione con il fine ultimo di creare un mercato unico, un unico luogo comune per l'attività economica

(32) Come mostra il fulcro della tesi di D. ZIMMER, *Internationales Privatrecht*, Heidelberg, 1996, infatti, in un caso del tipo di quello illustrato la mancanza dell'elemento di estraneità impedisce il riconoscimento della società pur in un ordinamento che segua la teoria di diritto internazionale privato dell'incorporazione.

(33) Almeno tale era la situazione in diritto italiano fino alla riforma del diritto internazionale privato e processuale del 1995 (l. 31 maggio 1995, n. 218). Tipica era, infatti, l'applicazione in tema di legge applicabile ai contratti: proprio perché la semplice scelta di una legge straniera non veniva considerata elemento sufficiente a conferire alla fattispecie il carattere di estraneità, non si riteneva valida l'elezione di un diritto straniero in mancanza di ulteriori elementi di estraneità (per una esposizione delle posizioni più tradizionali e conservatrici in tema di elemento di estraneità v. G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1986, p. 19 ss., 29 s., 37 ss.). La situazione si è ora in parte modificata a seguito della completa recezione e generalizzazione dei principi della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, ai sensi della quale è concesso alle parti la designazione della legge anche in relazione a contratti puramente interni (allo Stato della *lex fori* o anche ad un diverso ed ulteriore Stato straniero), salvo comunque il limite della persistente applicazione della legge dello Stato con cui il contratto è collegato in modo esclusivo (v. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 616 ss.).

- 95 -

dei cittadini europei. Ne consegue che limitazioni al divieto di discriminazione sono da escludersi, a prescindere dalla forma assunta; e che, a maggior ragione, la norma comunitaria non può tollerare di essere limitata attraverso l'esclusione della sua applicazione a favore dei rispettivi cittadini di ciascuno Stato membro (34). Tanto più, poi, quando, come in questo caso, i cittadini dello Stato membro in questione si siano posti nella stessa condizione dei cittadini degli altri Stati membri (con la costituzione in Gran Bretagna di una società di diritto inglese) (35).

La Corte ha quindi chiarito l'esistenza nell'ordinamento comunitario di un diritto pieno delle società comunitarie, e dunque non solo dei cittadini che a monte in esse detengono partecipazioni, a stabilirsi liberamente entro i confini dell'Unione. Ed allo scopo, seguendo le disposizioni dell'art. 48 Tratt. CE, ha qualificato i soggetti "società comunitarie" come società i) costituite secondo le disposizioni di uno Stato membro e ii) che abbiano la loro sede legale, oppure la loro sede effettiva, oppure il centro di attività principale, entro i confini della Comunità.

Orbene, giacché tutti gli Stati della Comunità richiedono la fissazione almeno della sede legale entro i propri confini (36), l'attribuzione del diritto comunitario di stabilimento avviene, nella ricostruzione adottata dalla Corte, direttamente a favore di qualsiasi società costituita secondo le norme di uno Stato membro della Comunità per il semplice venire in essere di una tale società entro il suo ordinamento nazionale (il che vale a dire che l'attribuzione consegue in via immediata al venire in essere di una società nell'ordinamento di uno qualsiasi degli Stati membri della Comunità Europea). Del tutto irrilevante,

(34) La necessità di un elemento di estraneità, pertanto, non sembra idoneo a pregiudicare il diritto di stabilimento nel caso in parola. Di elemento di estraneità, invero, si parla anche nel diritto comunitario, ma con un significato sensibilmente più ridono e non rilevante per il caso di specie: letteralmente, infatti, la norma vieta le discriminazioni motivate dal collegamento dei soggetti (anche societari) con l'estero (v. K.-D. BORCHARDT, *Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union*, Heidelberg, 1996, p. 287 s.), così che l'elemento di estraneità sembra far parte della fattispecie comunitaria negli stessi termini di quella di diritto internazionale privato. Senonché l'estensione giurisprudenziale del divieto alle discriminazioni indirette ed occulte, e fino a considerare illegittimo frapporre qualsiasi forma di ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento (v. K.-D. BORCHARDT, *Die rechtlichen Grundlagen...*, cit., p. 288 s.), compresi gli ostacoli imposti da uno Stato ai propri cittadini che intendano stabilirsi all'estero - e dunque a fattispecie ancora solo interne (essendo l'elemento estero ancora *in fieri*) -, certamente comprime l'intensità dell'elemento di estraneità necessario.

(35) V. in tal senso le conclusioni dell'Avvocato generale (in *Racc.*, 1999, I, p. 1461 ss.) al n. 18. Si noti che in realtà l'argomento risulta utile e necessario solo nella misura in cui si voglia riferire la libertà ai singoli soci anziché direttamente alla società (come dovrebbe a rigore essere *ex art. 48 Tratt. CE*). L'argomento è dunque a rigore ultroneo.

(36) Tecnicamente ciò è la conseguenza della necessità di effettuare l'iscrizione nel registro delle imprese (del luogo in cui è fissata la sede legale). Giuspoliticamente è la conseguenza dello stretto legame tra organizzazioni societarie ed ordinamento (con lo stretto rigore nell'applicazione del principio di territorialità; v. in proposito *supra* le considerazioni generali alla nota 10). Per una analisi degli ordinamenti degli Stati membri v. E. BRÖDERMANN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle und Schranke des Internationalen Privatrechts (Primärrecht, Verordnungen, Richterrecht)*, in BRÖDERMANN - IVERSEN *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1994, I ss., 90 ss.

- 96 -

dunque, rimane la soluzione che il singolo ordinamento giuridico (dello Stato membro di destinazione o stabilimento) può dare al problema del riconoscimento di diritto internazionale privato delle società costituite all'estero (e dunque anche in altri Stati membri) (37), E con ciò, dunque, si chiarisce anche l'erroneità del secondo possibile significato delle argomentazioni del governo danese, a mente della quale l'attribuzione del diritto comunitario si sarebbe dovuta considerare nel caso in esame come successiva all'individuazione di un soggetto validamente esistente da parte dell'ordinamento nazionale dello Stato membro (quello danese) nei cui confronti si pretenda di esercitare il diritto di stabilimento.

La Corte ha poi escluso che nel caso in considerazione, e per gli elementi al momento acquisiti, potesse essere giustificata l'imposizione di qualsiasi genere di limitazione a sostegno del diniego di iscrizione da parte dell'ufficio del registro danese.

In primo luogo, ha escluso l'esistenza di un abuso sulla base del suo precedente *Segers* (38). E ciò anche se nel caso di specie risultava in modo più o meno evidente (39) che l'unica ragione che aveva spinto i cittadini danesi a formare una *limited company by shares* di diritto inglese (*rectius*, costituita secondo le leggi dell'Inghilterra e del Galles) per svolgere la loro impresa danese era la possibilità di evitare l'obbligo di versamento di un consistente capitale sociale (richiesto dalla legge danese).

In secondo luogo, ha escluso l'applicabilità nel caso di specie dell'art. 46 Tratt. CE (40), e con esso la possibilità per lo Stato nazionale di introdurre disposizioni

(37) Come è noto, al problema del riconoscimento delle società costituite secondo le disposizioni di un altro ordinamento è riconosciuta autonomia solo negli ordinamenti di *civil law* di origine romanistica, quali la Francia e l'Italia (v., per tutti, C. ANGELICI, *Appunti sul "riconoscimento" delle società costituite all'estero*, Milano, 1982, p. 6 ss.; E. BRÖDERMANN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle und Schranke des Internationalen Privatrechts (Primärrecht, Verordnungen, Richterrecht)*, in BRÖDERMANN - IVERSEN *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1994, I ss., 79 ss.; B. GROBFELD, *Internationales Gesellschaftsrecht*, in STAUNDIGERS *Kommentar zum BGB*, Berlin, 1993, 47 ss. (Rdnr 156 ss.); D. ZIMMER, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, 1996, p. 200, nota 14). Al contrario, in quelli germanici, dandosi rilievo preminente al principio dell'unità della fattispecie societaria, quello del riconoscimento è considerato semplicemente un falso problema, posto che la risposta ad esso discende direttamente dall'applicazione della legge societaria di rinvio, da individuarsi a monte, proprio come avviene per l'individuazione e la verifica della produzione di tutti gli altri effetti giuridici connessi con la fattispecie (cfr. P. BEHRENS, *Der Anerkennungsgriff des Internationalen Gesellschaftsrechts*, in ZGR, 1978, p. 499 ss.).

(38) Corte Giustizia CE, 10 luglio 1986, causa C-79/85, *D.H.M. Segers c. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, in *Racc.*, 1986, p. 2375.

(39) Processualmente peraltro la Corte ha ritenuto la prova non pienamente raggiunta, limitandosi ad osservare che la società non ha mai contestato le "accuse" mosse dalle controparti (v. il punto 18 della decisione). In ogni caso, i passaggi determinanti della pronunzia sono stati formulati con la premessa di una scelta dettata proprio dalla ricerca dell'ordinamento con la normativa societaria più favorevole.

(40) Corrispondente, prima dell'entrata in vigore del Tratt. Amsterdam, all'art. 56 Tratt. CE vecchio testo.

- 97 -

limitative della libertà comunitaria di stabilimento sulla base di ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica.

La Corte, però, non ha escluso che al ricorrere di condizioni ulteriori, in questa o in altre fattispecie concrete, si possa arrivare ad affermare la legittimità di limitazioni alla libertà di stabilimento (41). Il che in parte inevitabilmente sminuisce il valore dell'affermazione di principio dell'esistenza di un diritto di libertà soggetto solo a limiti di carattere eccezionale, soprattutto se non si dovessero individuare con rigore e precisione i presupposti per l'introduzione di simili limitazioni.

In ogni caso, anche al di là dei problemi connessi con l'esatta determinazione di tali limiti, il valore della pronuncia è salvaguardato ed elevato dalla limpidezza con cui è stata affermata l'invulnerabilità del nucleo essenziale della libertà di stabilimento, nonché l'esplicito riscontro della congruità della concreta fattispecie esaminata a tale nucleo centrale della libertà di stabilimento. Essendo la libertà il principio e le restrizioni l'eccezione, infatti, anche a prescindere da una precisa delimitazione di queste ultime, certo è che queste in nessun caso possono condurre ad una completa obliterazione della libertà in parola: l'iscrizione della sede secondaria non può essere negata in via generale, anche se poi è consentito discutere sull'eventuale legittimità della richiesta di specifici requisiti ai fini della iscrizione, ovvero sul ricorrere nel singolo caso di un abuso nell'esercizio del diritto (42).

La decisione appare, dunque, *prima facie* assai lineare e perfettamente coerente con la giurisprudenza precedente, sia quella espressamente citata, che quella non ricordata.

Rispetto al precedente fondamentale, ma non citato, che aveva in parte negato alle società comunitarie l'esercizio della libertà di stabilimento, la decisione *Daily Mail*, il collegamento avviene attraverso la distinzione delle fattispecie concrete. La presente pronuncia, infatti, appare riguardare la sola libertà di stabilimento secondaria, lasciando così ferma per le società comunitarie quella impossibilità di rivendicare, allo stato attuale del diritto comunitario, la piena fruibilità della libertà di stabilimento primaria, che era stata affermata dalla sentenza *Daily Mail*. Ed anzi le due decisioni sembrano sotto questo profilo

(41) La sentenza fa letteralmente riferimento all'adozione di "tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi", con riguardo, dunque, a casi di abuso del diritto e di concreta lesione di altri interessi (dei creditori privati o pubblici stabiliti nel territorio dello Stato membro interessato) rilevanti e protetti. Sembra peraltro anche impregiudicata la possibilità di adottare delle vere e proprie misure restrittive del diritto di stabilimento *ex art. 46 Tratt. CE* (che si distinguono in quanto limitazioni imposte dall'esterno alla libertà di stabilimento, là dove l'abuso segna dall'interno il confine massimo di estensione del contenuto del diritto); ciò, almeno ove le si riesca a giustificare con un rigoroso ragionamento sviluppato secondo il percorso indicato dalla stessa Corte al punto 34.

(42) V. in proposito le affermazioni dell'Avvocato generale (in *Racc.*, 1999, I, p. 1461 ss.), che ha sostenuto la tesi dell'illegittimità di una radicale negazione del diritto di stabilimento accertata nel caso in discorso (v. il punto n. 16), e dalla Commissione, che, nel ribadire lo stesso concetto, ha osservato come al massimo lo Stato possa limitarsi a fissare condizioni per la costituzione (v. punto n. 10); condizioni che, peraltro, mai si possono spingere fino all'imposizione indiretta della disciplina societaria dello Stato (v. punto n. 22). Quanto alla repressione degli abusi, essa si deriva, come indicato alla nota precedente, dalla stessa massima della sentenza (v. la seconda massima).

- 98 -

addirittura perfettamente coordinate, posto che la Corte di Giustizia con la decisione *Daily Mail* nel negare alle società la libertà di stabilimento primaria, aveva tra l'altro fatto espressamente cenno proprio alla residua possibilità di esercizio della libertà di stabilimento secondario (43),

Gli altri precedenti sono tutti più volte citati a sostegno dei principali passaggi della decisione: dall'affermazione dell'astratta configurabilità di un abuso dei diritti di rilievo comunitario e delle modalità di individuazione e sanzione (v., in materia di diritto societario, la decisione *Kefalas* (44)), a quella della sua inesistenza nel caso di specie per la legittimità di principio della libera scelta dell'ordinamento cui sottomettere la società (v. la decisione *Segers*) (45), alla identificazione dei presupposti e delle modalità delle restrizioni della libertà legittimamente adottabili in base all'art. 46 Tratt. CE (v. le decisioni *Kraus* e *Gebhard*) (46).

Completamente negletto risulta invece il problema di diritto internazionale privato, del quale, invero, non si discute affatto. Rimane, per vero, solo il dubbio se attribuire tale atteggiamento alla disapplicazione del diritto internazionale privato statale imposta dalle norme di rango comunitario primario, ovvero se ricondurlo al fatto che in Danimarca prevale la teoria dell'incorporazione e che quindi la decisione deve intendersi adottata sul presupposto di una risposta positiva (fornita dal diritto internazionale privato nazionale) circa il riconoscimento dell'esistenza della società coinvolta nella controversia. Soluzione, quest'ultima, che vanificherebbe qualsiasi rilievo di diritto internazionale privato della decisione, ma che sin d'ora appare in diretto insanabile contrasto con l'attribuzione diretta ed immediata del diritto comunitario di stabilimento alle "società comunitarie", che è al centro della decisione, e, soprattutto, con i criteri ivi dettati per l'identificazione di queste ultime (47).

(43) Possibilità della quale nella stessa sentenza *Daily Mail* si ricordava l'uso fattone nelle more del processo dalla società al centro di quella vicenda giudiziaria.

(44) Corte Giustizia CE, 12 maggio 1998, causa C-367/96, *Alexandros Kefalas e. a. c. Elliniko Dimosio e Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, in *Racc.*, 1998, I, p. 2843 ss.

(45) Si tratta di uno sviluppo che è consentito dalla ricordata estensione del divieto di discriminazione a divieto di frapporre ostacoli (v. *infra* nota 83).

(46) Corte Giustizia CE, 31 maggio 1993, causa C-19/92, *Kraus*, in *Racc.*, 1993, I, p. 1663 ss.; Corte Giustizia CE, 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, in *Racc.*, 1995, I, p. 4165 ss.

(47) L'idea che la soluzione del problema di diritto internazionale privato costituisca un presupposto della decisione rimasto inespresso in quanto nell'ordinamento danese si segue la teoria dell'incorporazione sembra anche da escludersi in ragione del netto rigetto da parte della Corte dell'argomento con il quale il governo danese aveva denudato l'assenza di elementi di estraneità nella fattispecie concreta. La Corte di Giustizia, infatti, ben ha potuto offrire una interpretazione restrittiva dell'elemento di estraneità connesso alla norma comunitaria (v. *supra* nota 34), ma di certo non poteva fare altrettanto

dell'elemento di estraneità connesso alla norma dell'ordinamento danese di diritto internazionale privato. Orbene, giacché indubbiamente mancava nel caso presente un elemento di estraneità rilevante dal punto di vista del diritto internazionale privato (v. ancora *supra* nota 34), la dichiarazione nel caso di specie del pieno diritto della *Centros* ad ottenere l'iscrizione della sede secondaria, impone di ritenere che la Corte abbia risolto la questione del riconoscimento della società estera modificando l'ordinario meccanismo del diritto internazionale privato.

- 99 -

Notevole, invece, appare sin da questa prima lettura il valore della decisione ai fini dell'identificazione (o se si vuole della fondazione) di quel nuovo e più ampio diritto societario europeo, di cui si è fatto cenno in esordio: al di là di ogni possibile ragionamento ulteriore, e pur con tutte le limitazioni derivanti dalla natura secondaria della libertà di stabilimento esercitata, infatti, rimane fermo che, nel caso specifico sottoposto all'attenzione della Corte di Giustizia, è stata riconosciuta la piena legittimità della pretesa di cittadini danesi di svolgere in Danimarca attività di impresa utilizzando una forma societaria di un altro Stato membro; e, per giunta, una forma disciplinata in modo assai più liberale.

4. L'impressione iniziale circa il valore e la portata della decisione non solo è confermata da una più approfondita analisi, ma ne risulta addirittura rafforzata. All'uopo è sufficiente analizzare partitamente e con accuratezza tutte le implicazioni di ciascuna delle affermazioni della Corte.

La prima affermazione della Corte Europea, come si è appena rilevato, concerne il riconoscimento dell'esistenza, direttamente al livello dell'ordinamento comunitario, di un diritto delle società comunitarie all'esercizio della libertà di stabilimento.

Le implicazioni che ne derivano, dopo attenta analisi, sono molteplici e di valore via via crescente.

Innanzitutto, il riferimento diretto alle società come soggetti beneficiari della libertà comunitaria chiarisce il significato della equiparazione con le persone fisiche disposta dall'art. 48 Tratt. CE ai fini dell'esercizio della libertà di stabilimento.

Non sono rari, invero, i casi in cui interpretazioni restrittive della libertà di stabilimento delle società comunitarie siano state giustificate con l'osservazione che, anche a fronte di un divieto di trasferimento di sede, rimaneva comunque sempre possibile sciogliere la società esistente in uno Stato e ricostituirla in un altro. L'argomento, però, non è corretto proprio in quanto non tiene in considerazione che l'attribuzione della libertà di stabilimento è disposta dal diritto comunitario (con l'art. 48 Tratt. CE, appunto) anche direttamente nei confronti delle società. La possibilità di sciogliere e ricostituire altrove una società è invece espressione della libertà dei suoi soci, non certamente di quella riconosciuta alla preesistente società, che venendo invece in tal modo sciolta, cessa di esistere; ed invero trova tutela comunitaria solo nella misura in cui i soci siano persone fisiche cittadini comunitari residenti nello Stato di destinazione (48).

Una ulteriore fondamentale conseguenza deriva dalla struttura del diritto comunitario. L'attribuzione diretta di un diritto da parte di una norma comunitaria, infatti, implica, secondo uno schema che è usuale nel funzionamento

(48) Tale limitazione deriva indirettamente dai requisiti richiesti per l'esercizio della libertà di stabilimento secondaria delle persone fisiche *ex art.* 43 Tratt. CE. Tale limite, si noti, risulta essere in insanabile contrasto con l'impostazione da sempre seguita a livello comunitario: caratteristica del diritto societario (ed internazionale privato delle società) europeo, infatti, è sempre stato il rifiuto per la teoria del controllo, oltretutto per la discriminazione di società costituite nell'ordinamento (o anche solo nella Comunità), ma controllate e partecipate da società estere.

- 100 -

dell'ordinamento comunitario, la disapplicazione di qualsiasi disposizione contrastante di diritto nazionale (49).

Orbene, va osservato che la norma comunitaria che attribuisce il diritto in questione non identifica i soggetti beneficiari dell'attribuzione attraverso un rinvio alle norme dell'ordinamento nazionale nel cui ambito il diritto di libertà comunitario dovrà essere esercitato, ma procede altrimenti dettando i propri criteri (50).

Pertanto, giacché la giuridica esistenza in un determinato ordinamento di società costituite secondo le norme di un differente ordinamento viene generalmente giudicata - nella prospettiva di un ordinamento nazionale - in base alle sue norme di diritto internazionale privato (51), dalla indicata struttura della norma comunitaria deriva necessariamente proprio la disapplicazione delle norme nazionali di diritto internazionale privato sul riconoscimento delle persone giuridiche. Con la conseguenza ulteriore, quindi, che la norma comunitaria, dal punto di vista dei singoli ordinamenti, viene anche indirettamente a svolgere, in via suppletiva, la funzione tipicamente di diritto internazionale privato di determinare la legge applicabile, pur senza essere a ciò espressamente mirata.

La modalità di espletamento di tale funzione, vale a dire la valenza di diritto internazionale privato della disposizione dal punto di vista degli Stati membri, è evidentemente da tracciarsi sulla base delle modalità con le quali la norma in parola identifica la disciplina di quei soggetti cui poi attribuisce la libertà di stabilimento.

Come già ricordato, la norma individua tali soggetti come le società costituite secondo le norme dell'ordinamento di uno Stato membro ed aventi la sede legale, quella effettiva o il centro di attività principale all'interno della Comunità, oltretutto, considerato che tutti gli ordinamenti richiedono la fissazione della sede legale nel territorio dello Stato cui si riferiscono, semplicemente

(49) Sull'immediata precettività ed efficacia della norma del Trattato CE in discorso v. per tutti E. BRÖDERMANN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle und Schranke des Internationalen Privatrechts (Primärrecht, Verordnungen, Richterrecht)*, in BRÖDERMANN - IVERSEN *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1994, I ss., 67, nota 168, con ampi riferimenti giurisprudenziali.

(50) Operando così un vero e proprio riconoscimento implicito, sul quale v. A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Milano, 1995, p. 24. Si noti che questa è la prospettiva di diritto internazionale privato caratteristica dei soli paesi romanistici ed opposta a quella germanica fondata sull'assunto dell'unitarietà dello statuto societario, ovverosia dell'unicità della legge competente a disciplinare l'intero fenomeno societario (v. *supra* nota 37). Le conclusioni, peraltro, non sono inficiate da questo assunto, in quanto anche in Germania è ormai acquisita la consapevolezza che in ambito comunitario è appunto necessario mettere in discussione il ricordato principio dell'unità dello statuto societario (E. BRÖDERMANN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle und Schranke des Internationalen Privatrechts (Primärrecht, Verordnungen, Richterrecht)*, in BRÖDERMANN - IVERSEN *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1994, I ss., 64, 78 ss.; v. anche *infra* nota 53).

(51) Le norme di diritto internazionale privato, come è noto, sono, nonostante il nome, esclusivamente norme di diritto nazionale; l'internazionalità, infatti, è riferita alla sola fattispecie disciplinata da tali norme e non anche all'origine ed alla natura del precetto posto.

- 101 -

come le società costituite secondo le norme di uno Stato membro (52). È evidente, pertanto, che la disciplina comunitaria del soggetto societario viene individuata e coincide con quella dello Stato secondo le norme del quale la società è venuta in essere.

Tale risultato implica una completa rivoluzione nell'impostazione del problema di diritto internazionale privato di molti Stati membri. Questi, infatti, non dovranno più preoccuparsi di risolvere la questione del riconoscimento, vigendo di fatto un principio di generale riconoscimento delle società comunitarie (53). Principio affermato ed imposto da una norma comunitaria (quella implicitamente - ma inequivocabilmente - contenuta nell'individuazione del soggetto beneficiario dell'attribuzione della libertà di stabilimento *ex art. 48* Tratt. CE) che può essere ricostruita in termini di norma comunitaria di coordinamento tra gli ordinamenti nazionali. Grazie alla sua funzione di coordinamento degli ordinamenti, infatti, i valori giuridici concernenti l'organizzazione corporativa di enti aventi scopo di lucro sono riconosciuti in qualsiasi ordinamento nazionale comunitario, perché sempre valutati attraverso un riferimento a quell'ordinamento comunitario reputato competente, proprio in quanto creatore di quel valore.

5. Foriere di conseguenze di notevole rilievo sono anche le considerazioni svolte dalla Corte in merito all'assenza di abuso nell'esercizio della libertà di stabilimento nella fattispecie sottoposta alla sua attenzione.

In particolare, anche in relazione alle possibili incertezze nella concretizzazione del concetto di abuso (54), è di fondamentale rilievo l'affermazione esplicitamente posta dalla Corte (55) della coerenza con la *ratio* della norma comunitaria dell'intento (peraltro processualmente non direttamente provato) di scegliere la legge societaria più conveniente (56).

(52) Come si è già accennato alle note 10 e 36 questo è un effetto dell'ancora accentuato attaccamento al principio di territorialità che si registra presso che ovunque in tema di diritto societario. Per una verifica riferita agli ordinamenti dei paesi aderenti alla Comunità Europea, v. il già (più volte) citato (anche sul punto in discorso) E. BRÖDERMANN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle und Schranke des Internationalen Privatrechts (Primärrecht, Verordnungen, Richterrecht)*, in BRÖDERMANN - IVERSEN *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1994, I ss., 64, p. 90 ss.

(53) Come già osservato *supra* alla nota 37 il problema del riconoscimento delle società estere è conosciuto come problema autonomo solo nell'area romanistica; per l'interpretazione delle disposizioni comunitarie, però, viene considerato separatamente anche in Germania (E. BRÖDERMANN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle und Schranke des Internationalen Privatrechts (Primärrecht, Verordnungen, Richterrecht)*, in BRÖDERMANN - IVERSEN *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1994, I ss., 78 ss.).

(54) L'abuso costituisce senza dubbio il limite di maggior rilievo *i)* perché si tratta di un limite interno direttamente determinante per la definizione del concetto e, dunque, in relazione all'ampiezza del contenuto della libertà e *ii)* perché l'altro limite, quello che si concretizza nelle limitazioni esterne consentite dall'art. 46 Tratt. CE, richiede per essere invocato la soddisfazione di requisiti (in buona parte elaborati dalla stessa giurisprudenza della Corte) molto stringenti.

(55) V. in particolare la sentenza al punto n. 27.

(56) In proposito v. anche E. M. KIENINGER, *Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit*,

- 102 -

Questa coincidenza, infatti, permette di rafforzare significativamente la già considerata incomprimibilità ed inviolabilità della libertà di stabilimento. Oltre alla necessità di interpretare restrittivamente qualsiasi suo limite in quanto derivante da norme di natura eccezionale, infatti, l'esercizio del diritto viene in questo modo ad essere salvaguardato anche dalla *ratio* della disposizione. Che in effetti, anche a prescindere dalla esatta definizione dell'abuso del diritto cui si voglia far riferimento, certo è che questo non si potrà mai ritenere esistente allorché il diritto venga esercitato con fine conforme a quello previsto dal legislatore. Con la conseguenza, tutt'altro che marginale, che anche l'esplicita riserva contenuta nella decisione circa la legittimità di “„misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi...” in caso di

accertato tentativo di "...eludere le ... obbligazioni nei confronti dei creditori privati o pubblici stabiliti nel territorio dello stato membro interessato" (v. seconda massima) non potrà essere esercitata senza addurre puntuali giustificazioni e comunque senza che si dimostri obiettivamente uno scostamento dell'atto di esercizio del diritto comunitario dalle finalità comunitarie.

Di momento ancora maggiore, peraltro, è l'individuazione dei contenuti effettivi della *ratio*. L'affermazione di una libertà di stabilimento delle società come un mezzo per garantire la libertà di scelta tra le forme societarie offerte all'interno dell'Unione Europea (57), infatti, costituisce specifica accettazione di quella concorrenza degli ordinamenti di cui la Comunità ha sempre avuto paura (58). La spinta a forgiare ed ad utilizzare lo strumento del ravvicinamento delle legislazioni nazionali e dell'armonizzazione comunitaria (59), invero, nacque proprio a causa del timore di replicare quella *race to the bottom* conosciuta dagli ordinamenti degli Stati dell'Unione americana (60).

in ZGR, 1999, p. 724, 731, che chiaramente pone in evidenza come la Corte "*den Zweck der Niederlassungsfreiheit über die Freiheit der tatsächlichen Niederlassung hinaus auf die freie Wahl des Gesellschaftsstatuts [erweitert]*".

(57) Tale libertà non può essere accordata direttamente a causa della particolare struttura del diritto societario, che, almeno allo stato attuale degli ordinamenti, richiede, per il particolare vincolo esistente tra organizzazione societaria ed ordinamento, la fissazione della sede legale nello stato di costituzione.

(58) L'accettazione del principio di concorrenza degli ordinamenti è invero addirittura esplicita nelle conclusioni dell'Avvocato generale (v. punto 20). La Corte, anche se non ha ripreso esplicitamente tale riferimento alla concorrenza degli ordinamenti, lo ha comunque pienamente accolto nella sostanza, come inequivocabilmente emerge dalle affermazioni contenute nel punto 27 della sentenza (inesistenza di abuso in una scelta dell'ordinamento di costituzione motivata dalla minor severità delle sue norme; inerenza di tale scelta alla garanzia offerta dal Trattato CE).

(59) Così M. LUTTER, *Die Harmonisierung des Rechts der Kapitalgesellschaften in Europa (Stand und Perspektiven)*, in P. NOBEL *Internationales Gesellschaftsrecht*, Bern, 1998, p. 129 ss., 131 s.

(60) Negli Stati Uniti d'America il diritto societario non è materia su cui può intervenire il legislatore federale (se non marginalmente attraverso sconfinamenti dall'attigua normativa in tema di *securities* e comunque sotto l'ampia protezione costituzionale offerta dalla *Commerce Clause* dell'art. I (8)), sì che ogni stato ha una diversa legge societaria sulla quale può liberamente intervenire. Posto che, trattandosi comunque di ordinamenti di *common law* (il cui diritto internazionale privato segue dunque la teoria dell'incorporazione), una società costituita in un qualsiasi altro stato è riconosciuta ovunque e, dunque, può ovunque

- 103 -

L'innovazione giuspolitica sembra senza dubbio portatrice di potenzialità positive. E non solo per il fatto che ormai l'armonizzazione europea abbia raggiunto uno stadio assai progredito (61) e tale da garantire in qualsiasi Stato dell'Unione un livello di protezione degli interessi coinvolti nel fenomeno societario assai consistente, e comunque maggiore di quanto avvenga negli

svolgere la sua impresa, ne è seguita sin dal secolo scorso una concentrazione delle società statunitensi in particolari stati dell'Unione: prima fu il New Jersey, ora è da tempo il Delaware in posizione di assoluta *leadership*.

Ebbene tale competizione è considerata, secondo un'analisi ormai divenuta classica nel diritto societario degli USA, come *movement toward the least common denominator* e come *race to the bottom* (v. W. CARY, *Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware*, in *Yale L.J.*, 1974 (83), p. 663 ss.). Gli Stati, infatti, per incrementare il numero delle società costituite e registrate nella propria giurisdizione e, quindi, le connesse entrate fiscali, sarebbero inclini a formulare regole societarie sempre più favorevoli al *management* - responsabile della scelta dell'ordinamento di costituzione - e sfavorevoli ai soci, segnatamente a quelli di minoranza; con ciò muovendosi verso nell'erronea direzione di proteggere "il forte" a scapito di chi è già debole.

La tesi, peraltro, è stata sin dall'inizio (v. R. K. WINTER, *State Law, Shareholder Protection, and the Theory of the Corporation*, in *J. Legal Studies*, 1977 (6), p. 271 ss.) oggetto di critica sulla base della semplice osservazione che una simile carenza di protezione avrebbe facilmente trovato riflesso negativo sul prezzo di borsa delle società costituite nel Delaware, in quanto evidentemente l'investitore avrebbe scontato la carenza di protezione offerta dalla legge di costituzione con una disponibilità a pagare (*coeteris paribus*) solo un prezzo inferiore.

Di recente è stata ribadita l'assenza di un pericolo insito nella competizione degli ordinamenti, che anzi è stata esaltata come il vero motore del progresso e del primato americano nel diritto societario (v. R. ROMANO, *The Genius of American Corporate Law*, 1993).

Non sono mancate, peraltro, neanche voci discordi che, sfruttando i più affinati e recenti strumenti di analisi economica degli elementi normativi, hanno osservato come la competizione sulle leggi societarie sia comunque fortemente incline ad offrire risultati negativi per resistenza di forti externalità che minano l'efficacia della disciplina del mercato. V., ad esempio, L.A. BEBCHUK, *Federalism and the Corporation; The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law*, in *Harv. L.Rev.*, 1992 (105), p. 1435, il quale ha posto in evidenza l'incapacità di difesa dei creditori da illecito - che non possono, evidentemente, proteggersi negozialmente - e l'inesistenza di una pressione sul *management* ad abbandonare quelle giurisdizioni che, a causa della minore protezione offerta alle minoranze, hanno un effetto depressivo sul valore delle azioni, in quanto proprio le norme che maggiormente concorrono a ridurre le quotazioni proteggono anche gli amministratori dal rischio di *take over* (che rappresenta invece l'unico elemento con cui la pressione del mercato può economicamente trasmettersi alle scelte del *management*).

(61) Come riconosciuto espressamente in sentenza al n. 28, infatti, l'influenza del progredire dell'armonizzazione sul tema, poi in buona parte già avvenuta, non può interferire sulla pienezza del riconoscimento del diritto di stabilimento attribuito alle società comunitarie. Il che non è senza implicazione: da una parte, libera dall'onere di dover tenere in considerazione il procedere di nuove iniziative comunitarie su temi attigui ancora in progresso (quali la progettata direttiva in tema di trasformazione transfrontaliera di cui *infra sub 7*); dall'altra parte, rappresenta una sorta di sanzione inflitta agli Stati membri per aver mancato di ascoltare il monito e l'incentivo all'intervento sulla problematica di diritto internazionale privato lanciato proprio con la tanto discussa sentenza *Daily Mail* (v. in proposito O. SANDROCK, *Centros: Etappensieg für die Überlagerungstheorie*, in *BB*, 1999, p. 1337 ss., 1338 s.).

USA (62). Ma più ancora perché, anche a prescindere dalla questione di una auspicabilità della concorrenza tra legislatori (63), essa consente, attraverso la libertà di scelta del luogo e dell'ordinamento di costituzione della società e la conseguente - senz'altro positiva ed auspicabile - *race to the top* tra le giurisdizioni europee (che inevitabilmente viene ad innescarsi, nella misura in cui la preventiva considerazione di possibili situazioni patologiche influisce sulle scelte di costituzione), l'individuazione, vale a dire, all'interno dell'intero spazio dell'UE, dell'elaborazione dogmatica e giurisprudenziale caso per caso più affinata.

Proprio la fattispecie portata in questa occasione all'attenzione della Corte Europea offre un'ottima esemplificazione. Infatti, seppure dagli atti di causa non emerge, dietro alla scelta di gestire una impresa danese attraverso una *limited company* inglese, ben ci può essere stato il desiderio, oltre che di conferire un ridotto capitale sociale, anche quello di assicurarsi la migliore e più efficiente protezione giudiziaria offerta dai giudici inglesi, in quanto giudici di un ordinamento che da tempo conosce la forma della piccola società commerciale di capitali.

L'ordinamento danese, invece, rientrando la Danimarca nell'ambito della cultura giuridica nord-europea, ha conosciuto questa forma societaria solo con l'entrata nella Comunità Europea e precisamente con l'epocale riforma del suo diritto societario posta in essere tra l'altro anche con la legge 13 giugno 1973, n. 371 introduttiva della forma societaria delle società a responsabilità limitata (64).

Ovvio, quindi, che anche a prescindere dalla preferenza per il contenuto

(62) Basti in proposito por mente alle disposizioni concernenti il capitale: stringenti ed armonizzate in Europa, sono praticamente assenti negli attuali ordinamenti degli Stati dell'Unione americana che, non a caso, spesso consentono addirittura remissione di vere e proprie *no par value shares* e regolano dunque altrimenti (ed assai più liberalmente la determinazione e la distribuzione degli utili). Ad ogni modo, ciò che giuripoliticamente sembra più significativo al fine di ridimensionare una eccessiva paura per il modello americano è l'osservazione che in realtà alcuni ordinamenti europei, e segnatamente proprio quello tedesco, vale a dire quello più strettamente e strenuamente legato alla teoria della sede per dichiarati scopi "protezionistici", già è ad oggi aperto senza barriera alcuna all'entrata di tutte le società statunitensi (e dunque anche quelle costituite nel Delaware) in ragione dell'art. XXV, comma 5, del Trattato Tedesco-Statunitense di Amicizia, di Commercio e di Navigazione Marittima reso esecutivo in Germania con legge del 7 maggio 1956 (v. D. ZIMMER, *Internationales Privatrecht*, Heidelberg, 1996, p. 201).

(63) Concorrenza tra legislatori ed ordinamenti che, come supra alla nota 60 già accennato è stata di recente anche in USA rivalutata.

(64) La Danimarca, come primo stato scandinavo, entrò nella Comunità Europea nel 1972. Immediatamente provvide con la legge 29 novembre 1972, n. 503, all'adeguamento del suo diritto azionario, in particolare per ovviare alla sua non conformità con le direttive comunitarie in allora già emanate (in particolare la prima, emessa in data 9 marzo 1968). Il suo diritto societario, però, rimaneva comunque fortemente bisognoso di intervento legislativo in quanto non basato sulla tradizione giuridica scandinava e dunque lontano dalla tradizione societaria (poi invero eterogenea) della Comunità Europea; e comunque perché basato su una legge, la legge 15 aprile 1930, n. 123, come modificata dalla legge 7 giugno 1952, n. 232 che anche all'interno della mondo scandinavo si pensava ormai di superare: già nel 1969 i paesi scandinavi avevano elaborato un comune progetto di riforma del diritto azionario, il c.d. *Betænknng n. 540*. Nel 1973, con efficacia a partire dal 1974, quindi, la

precettivo con cui l'ordinamento inglese rispetto a quello danese regola le società in parola, la scelta del primo comunque presenta l'enorme vantaggio di una più elevata certezza del diritto, nonché di maggiore prevedibilità e ponderatezza delle decisioni. Il che, si noti, acquista tanto maggior rilievo, quanto più si tenga presente - pur con le dovute cautele comparatistiche - l'esempio americano, nel quale l'elaborazione giurisprudenziale svolge un ruolo assolutamente centrale nella dinamica societaria. Certamente ciò è dovuto in buona misura alle note caratteristiche della *Common Law* di diritto, appunto, in prevalenza giurisprudenziale (65). In considerevole misura, però, ciò è anche dovuto alle peculiarità della materia societaria, che necessariamente richiede, per una più sofisticata ed evoluta regolamentazione, l'adozione non di norme rigide, bensì di clausole generali, con la conseguente esigenza, di una appropriata concretizzazione giurisprudenziale a garanzia della certezza del diritto (66).

La concorrenza degli ordinamenti societari europei, in ogni caso, ha

Danimarca varò un'epocale riforma del suo diritto societario emanando una legge azionaria completamente nuova (basata sul *Betænknng n. 540* pur se consistenti modifiche volte per facilitare l'inserimento nella Comunità Europea), legge 13 giugno 1973, n. 370, e, essendosi per la prima volta richiesto un consistente capitale minimo per la costituzione delle società per azioni (prima era sufficiente l'equivalente di pochi milioni di Lire italiane attuali), anche una innovativa legge sulle società a responsabilità limitata, appunto la citata legge 13 giugno 1973, n. 371. Per una più accurata informazione sulla cennata evoluzione storica, così come per una introduzione al diritto azionario danese cfr. W. STEINIGER, *Das dänische Aktiengesetz*, Berlin, 1983.

(65) Va osservato, peraltro, che la portata di tale notazione, per quanto corretta, deve essere in parte ridimensionata, posto che in tutti i paesi di *common law* sempre più sta avanzando la legifazione, imposta dalla necessità tutta moderna di individuare (ed adeguare) tempestivamente la disciplina di fatti sempre nuovi. Per non considerare, poi, che in campo societario, proprio per le caratteristiche di tale diritto (strettamente connesso, almeno alla sua origine, con l'esercizio della sovranità statale; v. *supra* già la nota 10 a proposito del particolare legame della fattispecie societaria con l'ordinamento di costituzione), è da tempi risalenti che i singoli Stati dell'Unione americana sono dotati di una loro legge societaria scritta.

(66) La necessaria strutturazione del diritto societario in clausole generali è conseguenza logica della natura dinamica del fatto oggetto di disciplina: una

struttura organizzativa preposta alla gestione di una impresa; il che è a dire un fenomeno essenzialmente dinamico e destinato a svilupparsi liberamente, mai secondo linee predeterminabili.

Come esempio, probabilmente il più rilevante, di tale centrale ruolo della giurisprudenza nella concretizzazione di clausole generali che necessariamente appartengono alla struttura normativa del diritto societario si può citare la disciplina delle *Poison Pill*.

Le *Poison Pill*, o pillole avvelenate, frutto dell'inventiva dei consulenti legali americani (in particolare l'elaborazione del primo *share purchase rights plan* dal quale poi si svilupparono le c.d. *poison pill* è stato attribuito allo studio Wachtell, Lipton, Rosen & Katz) e della notevole liberalità delle leggi societarie d'oltre oceano, sono dei meccanismi statutari in grado di proteggere, più di ogni altro, una società da indesiderate scalate, attraverso diluizioni automatiche della posizione societaria di potere acquistata da chi si accinge ad avviare (o direttamente avvia) una scalata. Ebbene, con l'intervento della giurisprudenza tali complessi meccanismi (non a caso ben conosciuti e regolati solo nelle poche giurisdizioni ad alta concentrazione societaria, come quella dello Stato del Delaware) sono stati ricondotti ai doveri generali degli amministratori, valorizzandone l'uso nella prospettiva della tutela degli azionisti (al fine di bloccare, spesso solo momentaneamente, offerte di acquisto poco chiare od economicamente non convenienti per gli azionisti) e disciplinandone le caratteristiche e

- 106 -

senz'altro anche uno specifico valore positivo in termini di concorrenza dei legislatori e delle legislazioni. Essa infatti consente di superare il limite implicito nel sistema dell'armonizzazione comunitaria, ovverosia la lentezza nell'adeguamento del diritto societario armonizzato alle nuove esigenze economiche (67), senza rinunciare a, o rinnegare, tale sistema. L'esistenza di una concorrenza fra ordinamenti, infatti, spinge i legislatori ad essere particolarmente attenti alle esigenze emergenti, garantendo così la prontezza dell'adeguamento oltre che (eventualmente) la possibilità di sperimentare diverse soluzioni normative alternative. Il tutto senza esporre gli interessi rilevanti a rischi eccessivi, visto che l'armonizzazione comunque è avvenuta, e quindi comunque garantisce l'esistenza di una protezione minima non alterabile (in negativo) dai legislatori nazionali.

Va infine osservato come la decisione, legittimando pienamente la concorrenza degli ordinamenti europei nei termini appena descritti, opera una individuazione del contenuto del diritto di libertà di stabilimento delle società comunitarie particolarmente ampia. Implicitamente, infatti, pur distinguendosi l'organizzazione dell'attività di impresa dall'organizzazione corporativa a monte che tale impresa conduce, si estende la libertà comunitaria di scelta a tutta quest'ultima area, lasciando agli Stati membri della Comunità Europea la sola possibilità di regolamentare l'attività di impresa in senso proprio e stretto (68).

6. Occorre infine analizzare l'effettiva portata delle possibili limitazioni esterne alla libertà di stabilimento, cui la sentenza fa riferimento.

Considerato che nella specifica fattispecie è risultato escluso il ricorrere di un abuso nonostante si sia accertato (69) che la scelta dell'ordinamento di costituzione era stata motivata dall'intenzione presso che esclusiva di avvalersi

le modalità d'uso proprio attraverso un'opera di concretizzazione nei diversi contesti degli stessi doveri generali degli amministratori. Nel complesso, dunque, una disciplina che, posta la possibilità di rivolgersi a Tribunali in grado di fornire decisioni tempestive e competenti, appare superiore a quelle vigenti in molti paesi europei, ove si è tentato l'intervento diretto e specifico del legislatore (ad esempio in Italia, prima vietando reazioni - in realtà solo quelle implicanti modificazioni dell'atto costitutivo - ed ora, con il recente Testo Unico in tema di intermediazione finanziaria n. 58 del 1998, imponendo il passaggio in assemblea di tali decisioni, con il conseguente problema di qualificazione, nascente dalla necessità di evitare di costringere l'organo assembleare ad occuparsi della pura gestione ordinaria).

(67) In proposito M. LUTTER, *Die Harmonisierung des Rechts der Kapitalgesellschaften in Europa (Stand und Perspektiven*, in P. NOBEL *Internationales Gesellschaftsrecht*, Bern, 1998, p. 129 ss., 143).

(68) Interessante è al proposito osservare la maggiore ampiezza di contenuto caratteristica di questa disciplina comunitaria rispetto ad una parallela regolamentazione di diritto internazionale privato. In quest'ultima prospettiva, infatti, proprio come brillantemente mostrato da ANGELICI, *Appunti sul "riconoscimento" delle società costituite all'estero*, Milano, 1982, p. 100 ss., la competenza societaria riservata alla *lex fori*, pur avendo sempre come riferimento la sola disciplina dell'attività e non il riconoscimento della soggettività, si estende anche alla regolazione dell'organizzazione corporativa proprio in ragione della sua destinazione funzionale alla disciplina dell'attività di impresa.

(69) *Rectius* quasi accertato, ma impostando la conseguente argomentazione, comunque sul presupposto che la scelta del luogo di costituzione fosse stata deliberatamente fatta

- 107 -

di un diritto societario più favorevole di quello locale, le limitazioni che possono essere prese in considerazione sono evidentemente solo quelle esterne di cui all'art. 46 Tratt. CE. Tali limiti, benché teoricamente molto ampi - e dunque pericolosamente restrittivi per i risultati di cui si è discorso - sono in realtà dettagliatamente precisati, sulla base dell'art. 46 Tratt. CE, da una minuziosa giurisprudenza della Corte di Giustizia CE (70).

Infatti, come puntualmente indicato ai numeri 32 e seguenti della decisione, per imporre limitazioni alla libertà di stabilimento in base a motivi imperativi di interesse generale *ex art. 46 Tratt. CE* (71) devono essere soddisfatte quattro ben precise condizioni determinate dalla menzionata giurisprudenza: la limitazione i) non deve essere applicata o applicabile in modo discriminatorio, ii) deve essere giustificata da motivi imperativi di interesse pubblico, iii) deve essere idonea a garantire il raggiungimento dello scopo perseguito e iv) non deve andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di tale scopo (72).

Ebbene, nel caso presente più di una condizione risulta non verificata. A fronte dell'addotto motivo di interesse generale di protezione dei creditori pubblici e non contrattuali danesi, i quali evidentemente non possono, per loro natura (di creditori non contrattuali), proteggersi autonomamente e preventivamente in sede di negoziazione, la stessa Corte ha infatti rilevato l'inidoneità a raggiungere lo scopo, posto che nella visione *ddl'Erbvervsog Selskabsstnrelsen* e del governo danese i creditori pubblici sarebbero lasciati senza protezione alcuna nel caso in cui la società con sede in Gran Bretagna avesse anche svolto attività nel Regno Unito, nonostante la perfetta identità del rischio cui venivano ad essere esposti (73).

Notevole rilievo, infine, ha la precisazione circa l'illiceità di limitazioni

per fruire delle meno restrittive norme sul capitale sociale (v. anche *supra* la nota 39).

(70) Corte Giustizia CE, 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*, in *Racc.*, 1993, I, p. 1663 ss.; Corte Giustizia CE, 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, in *Racc.*, 1995, I, p. 4165 ss.

(71) Corrispondente all'art. 56 Tratt. CE prima dell'entrata in vigore del Tratt. di Amsterdam.

(72) V. la decisione al punto n. 34.

(73) Meno efficace sembra apparentemente l'osservazione circa l'avvenuta pubblicizzazione nel traffico giuridico della natura di società di diritto inglese, perché questa vale solo nei confronti dei creditori contrattuali e non anche per quelli pubblici non contrattuali (v. crediti statali per imposte e tasse) e per quelli privati da illecito; argomentazione che, per la sua apparente intrinseca debolezza, era stata infatti proposta in via subordinata. L'argomento, però, si rivela a più ponderata considerazione tutt'altro che peregrino. Infatti, valorizzando la *ratio* della disposizione, nonché la sua struttura (come di seguito *sub 8* ricostruita) appare chiaro che in situazione di trasparenza (vale a dire quando la società appare nel traffico giuridico in qualità di società estera) nessuna remora può essere opposta alla sua libertà d'azione all'interno dello stato di stabilimento: ché resistenza di un diritto comunitario di stabilimento fissato nel testo del Trattato costitutivo della Comunità, in verità precisamente sottende una positiva reciproca valutazione tra ordinamenti comunitari in merito alla tutela degli interessi potenzialmente soggetti a lesione, senza possibilità di reazione ad una circolazione delle forme giuridiche; valutazione iniziale che direttamente discenda da quella sorta di *affectio* comunitaria di cui *infra sub 8.3* e che trova nello strumento

- 108 -

indirette al di fuori dei presupposti indicati (74). Tale precisazione, infatti, ha consentito all'Avvocato generale di arrivare ad esplicitare con chiarezza la vera conseguenza di tale decisione: resistenza di un diritto all'interno dell'intera Unione Europea ad esercitare una determinata impresa societaria con un capitale ridotto (75).

Benché non esplicitamente riportata in sentenza (76), tale conclusione si deve ritenere valida in quanto direttamente connessa con lo specifico caso preso in esame e con il valore più immediato e diretto del dispositivo.

Tutti gli ordinamenti comunitari, pertanto, devono essere messi alla prova per verificare la loro compatibilità con il libero esercizio di questo diritto comunitario allo svolgimento di una attività di impresa con il minore dei capitali richiesti all'interno dell'Unione. E sin d'ora sembra già facilmente prevedibile che molte disposizioni nazionali, a cominciare dalle nuove disposizioni del diritto internazionale privato italiano che impongono l'applicabilità della legge italiana anche a prescindere da una costituzione in Italia della società (77), debbano cadere, pur se, ovviamente, nei soli confronti delle società comunitarie (78).

Dal punto di vista di diritto internazionale privato, invero, si tratta di una conclusione estremamente innovativa. Ché non solo necessariamente innova in tutti gli ordinamenti nei quali viene seguita la teoria della sede effettiva, implicandone la disapplicazione, bensì anche in quelli ove la teoria dell'incorporazione risulta prevalente. Gli è, invero, che vuoi per la via dell'abuso, vuoi per

dell'armonizzazione comunitaria una tutela ed una garanzia obiettiva di continuità, persistenza e sostenibilità del reciproco affidamento.

(74) Ciò è quanto emerge dalla lettura combinata dei punti 14 e 22 delle conclusioni dell'Avvocato generale (in *Racc.*, 1999, I, p. 1461 ss.).

(75) V. i punti 20 e 22 delle conclusioni dell'Avvocato generale.

(76) In sentenza, peraltro, si chiarisce esplicitamente (al n. 27) l'inerenza al diritto di stabilimento della scelta dello Stato membro di costituzione in funzione dell'applicabilità di una legge societaria meno stringente.

(77) Ai sensi del comma 1 dell'art. 25 della nuova legge di diritto internazionale privato (l. n. 218 del 1995) si applica la legge italiana, anche a prescindere dall'individuazione dell'ordinamento di costituzione, a tutte le società che hanno in Italia la sede dell'amministrazione ovvero che abbiano in Italia il loro oggetto principale. Ai sensi del successivo comma 2 dello stesso articolo la competenza normativa della legge italiana si dovrebbe intendere estesa anche alla costituzione ed alla determinazione della natura dell'ente (v. lett. a e c). Una corretta interpretazione della disposizione, peraltro, conduce a ridimensionare la portata dell'eccezione al principale criterio di collegamento del luogo di costituzione: la legge italiana si deve semplicemente ritenere affiancata alla *lex cause* nella disciplina di un ente che, rimanendo in via di principio soggetto alla sua legge di costituzione, rimane ente straniero (M.V. BENEDELLELLI, *Art 25 - La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Nuova legisl. It.*, 1996, p. 1108 ss. (p. 877 ss.), 1134 s.).

(78) Nel senso di sottoporre ad un particolare trattamento di diritto internazionale privato le società comunitarie, escludendole dalla soggezione alla legge societaria italiana anche nel caso di amministrazione effettivamente condotta in Italia, v. già T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 363. Con riferimento all'ordinamento tedesco nello stesso senso si è espresso E. BRÖDERMANN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle und Schranke des Internationalen Privatrechts (Primärrecht, Verordnungen, Richterrecht)*, in BRÖDERMANN - IVERSEN *Europäisches*

- 109 -

quella dell'inesistenza dell'elemento di estraneità, ormai presso ché tutti i sistemi di diritto internazionale privato basati sulla teoria dell'incorporazione negano l'applicabilità della legge dello Stato di costituzione nel caso in cui la scelta della stessa sia stata la conseguenza di una preferenza accordata alle norme societarie di quell'ordinamento e manchino ulteriori elementi di fatto che colleghino la fattispecie a tale ordinamento (79).

Ebbene, anche tale eccezione, nota sotto l'espressione americana di *pseudo foreign corporation* (80), deve considerarsi radicalmente in contrasto con il diritto comunitario. In proposito, infatti, non solo valgono le considerazioni in diritto svolte dalla Corte di Giustizia CE, ma addirittura immediatamente e direttamente dispiega il suo effetto vincolante il dispositivo della sentenza. La fattispecie in merito alla quale è stata pronunciata la piena esistenza del diritto alla libertà di stabilimento, infatti, rappresenta un classico caso di *pseudo foreign corporation*; ed in merito ad essa la Corte - sempre con riferimento alle sole società commerciali costituite secondo le norme di altri ordinamenti di Stati membri -, ha riconosciuto tanto l'inesistenza di un abuso del diritto (di stabilimento) quanto l'insussistenza di dubbi sull'applicabilità della normativa comunitaria per assenza di elementi di estraneità (81).

7. Dopo aver sviluppato il significato immediato e diretto della decisione, vale a dire quello più direttamente connesso con il dispositivo della sentenza, occorre iniziare a valutare le sue implicazioni ulteriori; implicazioni delle quali già si è anticipato il rilievo generale e sistematico.

Innanzitutto, si deve formulare una prima osservazione fondamentale dal punto di vista dell'ordinamento comunitario: la decisione, nonostante il tenore delle sue affermazioni, concerne l'esercizio della libertà di stabilimento primaria, piuttosto che di quella secondaria (82).

Non c'è dubbio, infatti, che la denotazione comunitaria dell'espressione libertà di stabilimento della sede primaria sia anche, se non in primo luogo, la libertà di stabilimento della sede primaria effettiva, oltre e piuttosto che della sede legale o sede primaria ufficiale. Altrettanto chiaro è che nella fattispecie concreta la sede primaria effettiva, inesistente al momento di esercizio della libertà comunitaria in quanto adottata prima dell'avvio dell'attività sociale, avrebbe dovuto essere fissata proprio in Danimarca a seguito dell'atto di esercizio del diritto di libertà in parola.

Orbene, soprattutto in ragione dell'ormai più volte riconosciuta conformità alla *ratio legis* della specifica fattispecie concreta emerge con chiarezza il netto contrasto della decisione in commento con il precedente fondamentale e

(79) V. in proposito anche le tendenze all'avvicinamento delle posizioni teoriche del diritto internazionale privato ricordate alla nota 10.

(80) L'origine americana rende l'eccezione in parola ancor più significativa, posto che negli ordinamenti degli Stati dell'Unione americana è di lunga tradizione l'accoglimento della teoria dell'incorporazione, che viene anche applicata ai rapporti interni alla federazione.

(81) Come già detto alla precedente nota 34, il concetto è più ampio in diritto internazionale privato e più ristretto nel contesto del diritto comunitario.

(82) Così anche E.-M. KIENINGER, *Niederlassungsfreiheit als Rechtswahlfreiheit*, in ZGR, 1999, p. 724 ss., 728 ss.

- 110 -

non citato (la decisione *Daily Mail*), o quanto meno con la sua più comune interpretazione: la correzione circa l'oggetto della decisione in commento (da libertà di stabilimento secondaria a primaria), infatti, fa cadere con sé anche la conciliazione con la decisione *Daily Mail*, che proprio sulla distinzione tra libertà di stabilimento primaria e secondaria si era pensato di fondare. In quella sentenza, per vero, si era dichiarata al di fuori della portata e protezione immediate delle norme comunitarie tanto il trasferimento della sede primaria statutaria, che quello di quella effettiva.

Scoperta questa incongruenza, emerge allora la notevole forza giuspolitica di rottura di cui è carica la sentenza *Centros*, sin qui latente per - il forse intenzionalmente mancato - diretto confronto con il pesante precedente.

La sentenza, ciò nondimeno, non può definirsi del tutto "stravagante" e inconciliabile con i precedenti. Né si deve necessariamente concludere per un errore nella deduzioni sin qui tratte. Al contrario, si rende necessario un approfondimento dell'analisi per trovare una ragionevole conciliazione.

Una possibilità di conciliazione - si potrebbe dire - "giuspoliticamente moderata" potrebbe individuarsi nella distinzione tra le due decisioni basata sulla "direzione" della libertà presa in considerazione nelle due occasioni. In *Centros*, infatti, la Corte di Giustizia ha imposto alla Danimarca di accogliere una società inglese; in *Daily Mail*, invece, ha dichiarato la Gran Bretagna libera da vincoli comunitari nell'impedire ad una sua società di abbandonare del tutto il suo ordinamento giuridico.

Il diritto comunitario alla libertà di stabilimento, pertanto, potrebbe dirsi esistente quale diritto immediatamente efficace solo in termini di obbligo per gli Stati membri di accogliere società costituite in altri Stati membri, ma non anche quale obbligo di consentire un tale espatrio. Un precetto, insomma, rivolto ai soli Stati membri di destinazione o fissazione della nuova sede e non a quelli di origine.

Questa soluzione, benché certamente idonea a spiegare il valore del dispositivo della sentenza in relazione alla fattispecie concreta, è però non solo “giuspoliticamente moderata”, ma addirittura molto riduttiva; probabilmente in modo eccessivo.

La soluzione, del resto, convince poco soprattutto perché non è coerente con l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria che sempre ha teso ad allargare, e non a restringere, il contenuto della libertà in parola, passando da un vero e proprio divieto di discriminazione ad un più ampio obbligo di non frapporre ostacoli all'esercizio della libertà di stabilimento (83).

Contrasta, inoltre, con la stessa decisione *Daily Mail* in cui si era espressamente - seppure per negarne *in toto* l'efficacia immediata - indicata la doppia valenza della libertà di stabilimento, non solo quale diritto ad essere accolti in uno Stato comunitario, ma anche necessariamente quale diritto a lasciare il proprio Stato comunitario d'origine.

Per non considerare, infine, come l'inscindibile connessione tra il diritto

(83) V., per tutti, K.-D. BORCHARDT, *Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union*, Heidelberg, 1996, p. 287 ss., in part. 289 s., ove è anche ampiamente discussa la decisione della Corte di Giustizia CE in proposito più importante, quella *Gebhard* (Corte Giustizia CE, 30 novembre 1995, causa C-55/94, in *Racc.*, 1995, I, p. 4165 ss.).

- 111 -

ad essere accolti da uno Stato membro e quello ad essere autorizzati a lasciare il proprio Stato membro di origine è implicita nello stesso riconoscimento del diritto alla libertà di stabilimento, Nell'ambito del diritto comunitario, infatti, la libertà di stabilimento rappresenta la garanzia giuridica della pratica possibilità di porre in essere uno spostamento di sede, primaria o secondaria, della propria attività economica. L'estensione di tale diritto non può quindi che essere misurata e commisurata a quanto in fatto necessario a garantire tale pratica possibilità: la libertà di abbandonare il proprio Stato di origine, essendo logicamente la prima condizione da verificarsi al fine di garantire una effettiva libertà di stabilimento, ne diviene quindi di necessità il suo contenuto primario.

Si ritiene, allora, di dover valutare una ulteriore e - volendo - più “progressista” o “progredita” possibilità di conciliazione delle due decisioni.

Data l'innegabile esistenza di difficoltà nell'accostamento delle due decisioni, sulla quale solamente la futura giurisprudenza della stessa Corte potrà dare indicazioni definitive, l'unica via percorribile è quella di una distinzione accurata delle due fattispecie concrete, così che, anche al di là di dichiarazioni di principio ed *obiter dicta*, divenga possibile tracciare la ricercata distinzione e dunque quanto meno conciliare i due dispositivi.

Il dispositivo della decisione *Centros*, sin qui già accuratamente analizzato, è assai chiaro: esiste il diritto, già effettivo e direttamente discendente da norme comunitarie, a fissare, tanto la sede secondaria, che quella primaria effettiva, in qualsiasi Stato comunitario; e ciò, per quanto appena considerato, deve ritenersi efficacemente opponibile tanto nei confronti dello stato di stabilimento (“diritto d'entrata”), che nei confronti di quello di origine (“diritto d'uscita”).

In *Daily Mail* si è negata l'immediata efficacia del diritto in questione, quanto meno con riferimento alla libertà di stabilimento primaria. Ad un più accurato esame, però, ci si accorge che in quella sentenza ciò si è affermato i) in -relazione alla normativa fiscale e ii) al trasferimento della sede statutaria: due aspetti non direttamente considerati nel dispositivo della decisione *Centros*, in quanto assenti da quella concreta fattispecie e, dunque, senza contraddizione definibili in termini di eccezioni alla regola dell'immediata applicabilità stabilita da quest'ultima decisione. Eccezioni che, tra l'altro, appaiono tutt'altro che infondate o inconsistenti con il contesto.

La prima, infatti, rappresenta un ragionevole compromesso nella determinazione dei limiti della libertà in parola. Esiste per gli imprenditori una piena libertà nella scelta della più opportuna forma giuridica all'interno della Comunità; ma tale libertà non si estende alle conseguenze fiscali: un risultato, in fondo, che può ben giustificarsi con la più diretta connessione della fiscalità con il potere nazionale e con la necessità di reprimere non solo le frodi fiscali, ma anche ogni forma di elusione fiscale.

Nessuna difficoltà, dunque, a concludere da questo punto di vista, salve alcune specifiche eccezioni (discendenti da connessioni con la normativa fiscale), che la disposizione comunitaria sia immediatamente vincolante tanto nei confronti dello Stato membro di provenienza che di quello di stabilimento.

Una autorevole conferma, del resto, giunge proprio dalla vicenda che diede luogo alla pronunzia *Daily Mail*. Ché, proprio come posto in evidenza

- 112 -

dalla stessa Corte in quella sentenza, la società cui l'amministrazione finanziaria aveva rifiutato il permesso di trasferire la sede effettiva e dunque di sottrarsi all'obbligo fiscale in Gran Bretagna, comunque nelle more del giudizio aveva aperto una sede secondaria in Olanda (84), ben potendo così lì svolgere parte (e perché no, anche tutta) la sua attività, con l'unico vincolo, evidentemente, della persistente tassazione nello Stato di origine.

Quanto al secondo aspetto, poi, si osserva come l'eccezione sia del tutto ragionevole nella misura in cui la sede statutaria costituisca il punto di riferimento per la determinazione della legge societaria applicabile e dunque per la determinazione della stessa forma giuridica della società. La sua modifica, infatti, ben potrebbe essere impedita dall'assenza di norme (materiali, non di diritto internazionale privato) su una tale trasformazione societaria transfrontaliera; disposizioni che, stante il principio di tassatività tendenzialmente dominante nel diritto societario (85), non potrebbero neanche essere suppletivamente ricostruite in via analogica.

Anche sotto questo profilo, infine, esiste un elemento esterno di conferma. Segnatamente il progetto di direttiva comunitaria per il trasferimento della sede sociale all'estero (86); seguendo un'impostazione già da tempo tracciata dalla più accorta dottrina (87), infatti, il progetto, lascia del tutto impregiudicato il problema di diritto internazionale privato e si concentra proprio sulla posizione (ed armonizzazione) delle necessarie norme nazionali materiali regolanti la trasformazione transfrontaliera del tipo societario. Pertanto, fino alla emanazione (e poi alla scadenza) di questa direttiva non potrà dirsi superato (se non per libera scelta dei singoli legislatori nazionali) quest'ultimo specifico ostacolo che la sentenza *Daily Mail* aveva segnalato.

Nonostante la fondatezza e solidità di tutti gli argomenti addotti non ci si nasconde, peraltro, che questa tesi potrebbe incontrare delle resistenze in ragione del rilievo delle sue implicazioni.

Il suo accoglimento, invero, comporta un forte avanzamento del diritto comunitario, capace di rivoluzionare per consistenti aspetti - ulteriori a quelli già descritti - i diritti nazionali. Impone, infatti, non solo di considerare decadute all'interno della Comunità Europea le barriere di protezione erette da

(84) Corte Giustizia CE, 27 settembre 1988, causa 81/87, *The Queen c. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail General Trust PLC*, in *Racc.*, 1988, I, p. 5505 ss.

(85) Esplicitato in modo diretto solo in Germania per le *Aktiengesellschaften*, ma certamente implicito in tutti i diritti societari e discendente dal rilievo reale (in diversa misura) riconosciuto da ciascun ordinamento a tutti i tipi di organizzazione societaria (e dunque da collegarsi, non meno del principio di tipicità societaria, al principio di tipicità e tassatività dei diritti - e degli effetti - reali).

(86) Il progetto del 22 aprile 1997 di una XIV direttiva comunitaria in tema di trasferimento della sede di società in altri Stati membri con cambiamento del diritto applicabile alla società è pubblicato, ad esempio, in *ZIP*, 1997, p. 1721 ss. In proposito v. anche AA.VV., *Beiträge des W. Bonner Europa-Symposiums "Grenzüberschreitende Sitzverlegung in der EU" vom 24.4.1998*, in *ZGR*, 1999, p. 1 ss.

(87) P. BEHRENS, *Identitätswahrende Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft von Luxemburg in die Bundesrepublik Deutschland*, in *RIW*, 1986, p. 590 ss., e P. BEHRENS, *Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH*, in *IPRax*, 1999, p. 323, 329, nota 45.

- 113 -

ciascun ordinamento nei confronti dei soggetti societari esterni attraverso l'impiego della teoria della sede (e, negli ordinamenti che seguono la teoria dell'incorporazione, della dottrina della *pseudo foreign corporation*), ma anche ed ulteriormente di far cadere, insieme alle prime, ogni altra restrizione imposta alle proprie società (88).

Dalla tesi deriva in particolare l'illegittimità dell'imposizione alle proprie società di vincoli di collegamento effettivo con il territorio dello Stato. Vero è che tale restrizione è, per più aspetti, considerarsi recessiva: persino tra i sostenitori della teoria della sede si viene sempre più affermando l'opportunità di considerare ammissibile la persistente applicazione della *lex fori* (nella specie anche legge dello Stato di costituzione) anche a quelle società con sede effettiva estera (89). Ciò nonostante, la conclusione ha una sua non inconsistente portata innovativa, perché sono ancora oggi forti le voci discordi che mantengono ferma l'iniziale posizione di divieto; ed anzi, sul punto si deve anche registrare la recente presa di posizione del legislatore irlandese, che, in seguito a polemiche sull'utilizzo delle sue forme societarie da parte dei soggetti esteri per attività estere, sta proprio ora intervenendo per richiedere la fissazione di una sede effettiva irlandese addirittura come presupposto per la costituzione (e con specifica verifica in sede di omologazione) (90).

8. Fissati, come sin qui fatto, il significato immediato e le conseguenze ulteriori della decisione torna quindi opportuno porsi il problema di valutare l'esistenza e la consistenza degli effetti della sentenza nell'ambito del diritto internazionale privato.

8.1. Innanzi tutto conviene osservare come non trovino riscontro molte delle più drastiche affermazioni attribuite alla sentenza in quelle analisi che sin dal principio si sono basate sul punto di vista strettamente di diritto internazionale privato del cennato dibattito tra teoria della sede e teoria dell'incorporazione.

(88) Si noti che la caduta di tale ulteriore restrizione nei confronti degli Stati membri di partenza, soprattutto rispetto alla caduta delle restrizioni sin qui erette dagli Stati di destinazione, rappresenta di per sé una modifica di non particolare rilievo (v. *infra sub 9*). Ciò nonostante, venendo a sommarsi con le prime, è probabile che verrà percepita come eccessivamente "rivoluzionaria" e dunque fatta anch'essa oggetto di critica serrata.

(89) V. in proposito quanto osservato alla precedente nota 10 e, in particolare, D. ZIMMER, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, 1996, p. 216, note 111-113.

(90) Unitamente ad alcune misure fiscali (introduzione di presunzioni di residenza nello Stato per le società costituite secondo la legge Irlandese contenute nel *Finance Act 1999*) il legislatore irlandese sta progettando l'introduzione di un obbligo di svolgimento all'interno dello Stato dell'attività di impresa delle società costituite secondo la sua legge (*section 42 del Companies (Amendment)(No. 2) Bill, 1999*, nel settembre 1999 ancora non approvato

definitivamente). Per queste informazioni si ringrazia Jennifer O'Neill dello studio LK Shields - Solicitors di Dublin. Il *Companies (Amendment) (No. 2) Act* è stato poi approvato nel dicembre 1999; per le disposizioni citate, però, non è stata fissata una precisa data di entrata in vigor per la necessità di varare preventivamente una normativa regolamentare di applicazione. Nel giugno 2000 nessuna norma risulta varata. Tali ultime informazioni sono state reperite grazie al cortese aiuto di Colleen O'Kane dell'ufficio informazioni dello studio LK Shields - Solicitors di Dublino.

- 114 -

In tali contributi, del resto, la decisione è stata interpretata nei modi più disparati, sia come pronuncia a favore della teoria dell'incorporazione, che a sostegno di quella della sede; ma ciò, come è evidente, solo al costo di tralasciare volta per volta importanti elementi della pronuncia.

Si deve così rilevare come nella sentenza manchi una diretta affermazione di illegittimità della teoria della sede. La fattispecie concreta, infatti, non meno che nel caso del precedente *Daily Mail*, riguardava un ordinamento che segua la teoria dell'incorporazione, di tal ché la soluzione del problema preliminare dell'esistenza della società avrebbe potuto in astratto anche essere considerata come questione preliminare da risolvere in base al diritto internazionale privato del singolo Stato membro di stabilimento (91); ed allora, a rigore, non sembra lecito trarre per tale via la cennata conclusione.

La decisione, però, non ha neanche fornito una conferma della conformità al diritto comunitario della teoria della sede. Da un attento esame del valore dispositivo della sentenza, invero, risulta una completa neutralità sotto il profilo del diritto internazionale privato. Il dispositivo della sentenza, infatti, deve essere messo in relazione con la domanda sollevata dal giudice *a quo*. Ebbene, quella formulata nel caso di specie dallo *Højesteret* danese, avrebbe potuto essere stata formulata, senza alcuna modifica verbale, ad esempio dal *Bundesgerichtshof* Tedesco (92), nel cui ordinamento ancora oggi saldamente prevale la teoria della sede (93). Ed allora è evidentemente facile immaginare che la Corte di Giustizia CE avrebbe anche in questo caso fornito una risposta analoga, dovendosi dunque con ciò semmai considerare ottenuta una implicita negazione della legittimità della teoria della sede.

8.2. Se la si considera immediatamente in una prospettiva di diritto internazionale privato, pertanto, la sentenza in esame presenta elementi di forte ambiguità dovuti alla mancata esplicitazione della premessa di diritto internazionale privato (94).

Come si è già anticipato, pertanto, non è opportuno avventurarsi in una diretta "traduzione" in termini di diritto internazionale privato della decisione (95). Preferibile è piuttosto procedere dai risultati immediati già individuati nel contesto del diritto comunitario: quindi dalla accertata

(91) Come invece non è per quanto sin qui chiaramente dimostrato (e v. anche la considerazione subito successiva nel testo) e come di seguito ribadito in ragione dell'analisi del tipo di rinvio operato dal diritto comunitario. Si noti inoltre che, benché anche la decisione *Daily Mail* sia stata pronunciata in riferimento ad un ordinamento che similmente seguiva la teoria dell'incorporazione, mancano nel caso presente - a differenza di quello richiamato - specifiche argomentazioni, anche se solo generali o per *obiter dicta*, in tema di diritto internazionale privato.

(92) Corte che, insieme alla dottrina maggioritaria del suo paese, ha sino ad oggi strenuamente difesa la teoria della sede effettiva.

(93) V. da ultimo la decisione *Bayrische Oberlandesgericht*, in *DB*, 1998, p. 2318.

(94) In ciò chiaramente distinguendosi dalla decisione *Daily Mail*, che almeno si era profusa in lunghe considerazioni - prevalentemente *obiter dicta* - in tema di diritto internazionale privato.

(95) Nel già ricordato significato utilizzato da P. BEHRENS, *Das internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH*, in *IPRax*, 1999, p. 323 ss., p. 331 (v. *supra* nota 22).

- 115 -

disapplicazione, in relazione alle società comunitarie, delle norme nazionali di diritto internazionale privato societario, per effetto della superiorità di rango della disposizione comunitaria primaria (in quanto direttamente inserita nel Tratt. CE) (96).

Da un simile punto di partenza sembrerebbe in apparenza non rimanere altro che concludere per - o meglio constatare -, come del resto già si è fatto *supra* sub 3 e 4, la fine del diritto internazionale privato all'interno dell'Unione Europea.

Ma se ciò può anche sembrare coerente con l'idea della costruzione di un unico sistema giuridico del diritto societario europeo, non si concilia, in realtà, con la specifica struttura di tale sistema. Come si è visto, infatti, il sistema societario europeo non si organizza in termini di un unico ordinamento, bensì come un sistema unitario (e dunque non unico), vale a dire composto da una pluralità di ordinamenti, comunque distinti e che comunque richiedono di essere coordinati: e a tal fine servono appunto norme di diritto internazionale privato.

Orbene, ponendosi allora nella prospettiva dei singoli ordinamenti, si deve richiamare l'osservazione già proposta circa la funzione di diritto internazionale privato che la disposizione del Trattato CE sulla libertà di stabilimento - pur in una interpretazione coerente con i principi espressi dalla decisione *Centros* - indirettamente assume; e su tale base, quindi, si deve dunque passare a valutare nei termini propri del diritto internazionale privato tale funzione di coordinamento tra ordinamenti.

8.3. Quest'ultima nuova prospettiva implica, in definitiva, la considerazione della possibilità che, più che ad una eliminazione delle norme di

diritto internazionale privato societario all'interno dell'UE, ci si trovi di fronte ad una loro "comunitarizzazione".

L'ipotesi, del resto già avanzata in passato (97), necessita di una precisazione. La suggerita "comunitarizzazione", infatti, può essere intesa in modo

(96) Come chiaramente emerge dalla dettagliata analisi del dispositivo dell'art. 58 Tratt. CE (oggi art. 48 Tratt. CE, per l'entrata in vigore del Tratt. di Amsterdam) condotta da E. BRÖDERMANN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle und Schranke des Internationalen Privatrechts (Primärrecht, Verordnungen, Richterrecht)*, in BRÖDERMANN - IVERSEN *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1994, 1 ss., alla disposizione, proprio per la sua collocazione tra le fonti primarie del diritto comunitario (norma del trattato di immediata applicazione), è certamente riconosciuta superiorità di rango rispetto al diritto nazionale, con la conseguente disapplicazione delle norme di quest'ultimo concernenti la stessa fattispecie; l'approfondimento, infatti, si rende necessario solo per la verifica dell'effettiva valenza della disposizione sul piano del diritto internazionale privato.

(97) Tale ipotesi è ampiamente e convincentemente discussa e valutata (alla fine con esito positivo) da E. BRÖDERMANN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle und Schranke des Internationalen Privatrechts (Primärrecht, Verordnungen, Richterrecht)*, in BRÖDERMANN - IVERSEN *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1994, 1 ss., il quale richiama anche la situazione del dibattito in dottrina: accanto ad autori che riconoscono il diretto valore di diritto internazionale privato della disposizione comunitaria in parola (nota 136, p. 61; per tutti v. G GRASMANN, *System des internationalen Gesellschaftsrechts - Außen- und Innenstatut der Gesellschaften im internationalen Privatrecht*, Berlin, 1970,

- 116 -

differente: *i*) quale determinazione a livello comunitario di norme uniformi di diritto internazionale privato, oppure *ii*) quale fissazione direttamente a livello comunitario di disposizioni di diritto internazionale privato (98).

La prima alternativa è chiaramente da scartare. Le norme comunitarie, infatti, chiaramente non impongono l'adozione di alcuna particolare disciplina agli Stati membri, né sembra possibile affermare un simile obbligo per via deduttiva. In secondo luogo, occorre considerare che una simile comunitarizzazione

Rdnr. 194) si ricordano quelli che riconoscono alla disposizione solo per via indiretta un tale valore (nota 136, p. 61; per tutti v. P. BEHRENS, *Die Umstrukturierung von Unternehmen durch Sitzverlegung oder Fusion über die Grenze im Licht der Niederlassungsfreiheit im Europäischen Binnenmarkt (Art. 52 und 58 EWGV)*, in ZGR, 1994, 1 ss., 17) e quelli che lo negano (nota 136, p. 60; per tutti v. A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Milano, 1995, p. 31).

Brödermann nella sua analisi parte innanzi tutto dal tenore letterale (in tutte le lingue ufficiali della Comunità) della norma del Tratt. CE, rilevando che il riferimento alla legge di costituzione secondo le norme di uno stato membro rappresenta ad un tempo norma di rango comunitario - che serve, cioè, a rendere applicabile una norma di rango inferiore - e norma di diritto internazionale privato di determinazione della legge applicabile, intesa quale richiamo alternativo di ogni legge materiale di costituzione (con esclusione del diritto internazionale privato dell'ordinamento richiamato - *Sachnormverweisung*).

Tale ipotesi viene poi confermata con le seguenti argomentazioni.

i) Attraverso una diretta verifica della natura del rinvio alternativo ad uno degli ordinamenti comunitari operato dalla norma in esame, accertandosi che il rinvio non è generale, ma appunto limitato alle norme materiali sulla costituzione, senza riferimento al diritto internazionale privato locale; e ciò, tra l'altro, oltre perché questo è il significato proprio in caso di interpretazione di trattati internazionali (quali quello CE), anche perché nella norma si fa esplicito riferimento ad una costituzione, che implica l'applicazione del proprio diritto materiale e non di un riconoscimento (sull'impossibilità di un riconoscimento in caso di non applicazione della legge di costituzione v. M.V. BENEDELLELLI, *Art. 25 - La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Nuova legisl. It.*, 1996, p. 1108 ss. (p. 877 ss.), 1121 s.).

ii) La determinazione del significato sistematico rispetto alla successiva determinazione di criteri di localizzazione (sede sociale, amministrazione centrale o centro di attività principale all'interno della CE) interpretati come vincoli per il mantenimento dello *status quo* (concessione del diritto di stabilimento alle sole società che abbiano una connessione economica effettiva con il territorio della CE).

iii) Attraverso l'identificazione nel diritto richiamato del diritto in base al quale globalmente giudicare i vari diritti da ricondursi all'esercizio della libertà di stabilimento.

iv) Verificandone la compatibilità con pronunzie (soprattutto *Daily Mail*) e norme del trattato (in part. art. 220 vecchio testo).

(98) Similmente E. BRÖDERMANN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle und Schranke des Internationalen Privatrechts*, cit., p. 40 ss., 42 ss., distingue all'interno di una generale categoria di norme di diritto internazionale privato di origine comunitaria (*IPR gemeinschaftsrechtlichen Ursprungs*), *i*) norme diritto internazionale privato comunitario in senso stretto o di rango primario (*Gemeinschaftsrechtliches IPR*), *ii*) norme diritto internazionale privato armonizzato o di rango secondario, ovvero derivanti dal recepimento di direttive comunitarie (*Harmonisiertes IPR*) e *iii*) norme di diritto internazionale privato nazionali fondate ed approvate in relazione ad aspetti comunitari, quali norme di recezione di accordi internazionali previsti nel trattato CE, ovvero che recepiscono istanze normative espresse da specifiche pronunzie della Corte di Giustizia CE (*IPR-Normen aus gemeinschaftsrechtsnahen Staatsverträgen und aus Richterrecht entwickeltes IPR*).

- 117 -

sarebbe del tutto incompatibile con le particolarità del caso in esame: come si è visto, infatti, la norma del Trattato CE impone la disapplicazione delle norme nazionali di diritto internazionale privato, sì che una loro armonizzazione diviene del tutto ultronea ed ininfluyente.

La seconda alternativa, al contrario, sembra percorribile. Che se è vero che la norma del Trattato in questione non appare formulata in termini di norma di diritto internazionale privato, ben è possibile che, come già suggerito, venga a svolgere anche questa funzione indirettamente solo per il fatto di porre delle norme alternative rispetto a, e sostitutive di, quelle del diritto internazionale privato nazionale disapplicato.

Certamente una difficoltà sembra permanere. Difficile, infatti, sembra l'interpretazione della norma comunitaria sul diritto di stabilimento anche come norma di diritto internazionale privato classico; che sia, in altre parole, tradizionalmente formulata in termini di indicazione di una legge applicabile ad una categoria normativa di fattispecie che si presenti nel caso particolare dotata di elementi di estraneità (99). Come si è osservato, infatti, la norma in questione svolge al contrario una funzione di coordinamento delle competenze regolamentari all'interno di un unitario sistema (di ordinamenti giuridici) di riferimento. Nell'attribuire il diritto di libertà comunitaria di stabilimento, infatti, la norma si limita a definire le società comunitarie destinatarie dell'attribuzione come le società regolarmente costituite in uno degli ordinamenti comunitari: manca dunque una diretta e precisa determinazione di elementi di estraneità rispetto ad un ordinamento unico; manca la ricerca di un vero e proprio elemento di localizzazione geografica della fattispecie (100); manca del tutto la fissazione di un punto di vista nazionale, nella prospettiva del quale si possa ricostruire una *ratio* che, secondo il modello tradizionale del diritto internazionale privato, sia volta alla ricerca della disciplina "geograficamente" più consona alla categoria di fattispecie; manca, infine, l'individuazione della legge di riferimento per la determinazione di singoli ben determinati effetti, perché al contrario la norma opera un rinvio per un referente assai ampio e, proprio per il collegamento con il diritto di stabilimento, tanto variabile da sembrare tendenzialmente senza confini (101).

(99) Per la definizione di modello tradizionale di diritto internazionale privato v. supra la nota 18.

(100) La norma, infatti, fa riferimento alla costituzione, e non anche alla sede statutaria o al luogo di costituzione; e la costituzione, in quanto evento giuridico, si caratterizza per la conformità alle norme di uno, piuttosto che di un altro ordinamento, con ciò non localizzandosi su un piano "geografico". Ciò è tanto vero che, come osservato da E. BRÖDERMANN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle und Schranke des Internationalen Privatrechts (Primärrecht, Verordnungen, Richterrecht)*, in BRÖDERMANN - IVERSEN *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1994, 1 ss., 95 ss., la norma comunitaria, nell'attribuire il diritto di stabilimento alle società, non solo costituite secondo le norme di un ordinamento di uno Stato membro, ma anche che abbiano la sede effettiva o reale all'interno della CE, mostra di tenere in considerazione la possibilità che la costituzione avvenga nell'ambito di un ordinamento diverso da quello dello Stato di localizzazione "geografica".

(101) Come chiarito da R. BRÖDERMANN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle und Schranke des Internationalen Privatrechts (Primärrecht, Verordnungen, Richterrecht)*, in

- 118 -

La difficoltà, per quanto innegabilmente esistente, è facilmente superabile: basta infatti ricercare nella norma comunitaria in questione una norma di diritto internazionale privato comunitario di tipo differente da quello tradizionale (102). Come insegna la migliore e più recente dottrina (103), infatti, non esiste un solo metodo di coordinamento degli ordinamenti; e se quello che si incentra nella localizzazione della fattispecie con elementi di estraneità al fine di individuare la legge applicabile è ancora oggi quello prevalente, logicamente e storicamente esistono per lo meno altri tre metodi di coordinamento: il metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori*, il metodo del riferimento all'ordinamento competente ed il metodo c.d. materiale o delle considerazioni materiali (104). Tra questi interessa il c.d. metodo del riferimento all'ordinamento competente, a mente del quale la norma di diritto internazionale privato non si limiterebbe ad indicare, nella prospettiva di un particolare ordinamento nazionale, la legge più idonea ad individuare predeterminate categorie di effetti giuridici da ricollegarsi ad una fattispecie, bensì individuerrebbe quell'ordinamento le cui norme nel complesso possano essere considerate competenti a trattare e regolare per intero la fattispecie (in via di principio dalla sua regolazione astratta in termini di disposizioni di diritto sino all'accertamento e costituzione in concreto degli effetti giuridici che richiedano decisioni - di accertamento o costitutive, contenziose o di volontaria giurisdizione - degli organi di giustizia (105)); e ciò sulla base di considerazioni funzionali incentrate su un particolare rilievo attribuito allo svolgimento delle situazioni giuridiche soggettive (ovverosia alla produzione di effetti giuridici).

La norma comunitaria attributrice del diritto di libertà di stabilimento comunitaria per le società è strutturata esattamente secondo questo schema.

BRÖDERMANN - IVERSEN *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1994, 1 ss., p. 104 ss., seppure il riconoscimento delle società comunitarie è limitato alla libertà di stabilimento (e di prestazione di servizi, ex art. 55 Tratt. CE) di fatto si estende presso che ad ogni attività: "Man wird der Gesellschaft alle Tätigkeiten gestatten müssen, welche für die sinnvolle Nutzung der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit erforderlich sind", perché, infatti, "Aus Artikel 58 EG-Vertrag [ora, con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, l'art. 48 Tratt. CE] folgt nicht nur das Recht zur Aufnahme, sondern auch zur Ausübung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit" (E. BRÖDERMANN, *cit.*, p. 105).

(102) Si noti che un adattamento in termini più tradizionali non sembra da escludersi, pur se ciò sicuramente implicherebbe alcune forzature. Ebbene, nella misura in cui la teoria generale del diritto internazionale privato pone a disposizione uno strumento quale quello di seguito descritto, perfettamente calzante ed appropriato, ed in particolare eccezionalmente adatto ad esaltare la prospettiva comunitaria (formazione di un sistema unitario di diritto

societario europeo), una simile “ritraduzione” in termini tradizionali appare del tutto fuor di luogo.

(103) P. PICONE, *Opp. citt.* alla precedente nota 18.

(104) Per una dettagliata descrizione dei metodi e delle loro differenze rispetto al c.d. metodo classico v. supra la nota 18 ed i testi ivi citati.

(105) Secondo la tecnica di coordinamento tra ordinamenti del riferimento all'ordinamento competente è peraltro comunque generalmente anche ammessa la costituzione anche nello Stato (il cui ordinamento non si considera competente) di alcuni effetti della fattispecie (sotto il vincolo - ovvero sotto la condizione -, peraltro, della riconoscibilità in quello competente).

- 119 -

Quale norma cardine di un sistema unitario, ma non unico di ordinamenti giuridici, infatti, la norma dispone, attraverso la sua definizione normativa delle “società comunitarie”, che l'ordinamento di costituzione di una società venga appunto considerato come il suo ordinamento competente (106); e nel far ciò, dunque, cura - ponendosi proprio nella citata prospettiva funzionale - che la società costituita possa ovunque “svolgersi” (vale a dire che ovunque siano riconosciuti gli effetti giuridici propri della sua particolare forma organizzativa).

L'unica particolarità rispetto alla ricostruzione teorica di tale metodo già elaborata, residua nella giustificazione della sua applicazione. Infatti, mentre se ne è inizialmente (ed in prevalenza) osservata l'applicabilità in casi in cui le fattispecie da disciplinare erano poco collegate all'ordinamento di riferimento (107), nel caso presente ci si trova di fronte ad una situazione in parte diversa: qui è il legame della società con l'ordinamento comunitario a legittimare l'adozione della tecnica dell'ordinamento competente per la sua regolazione. Dunque è una sorta di “*affectio comunitaria*”, e non invece il disinteresse per una fattispecie non collegata con l'ordinamento di partenza, ad essere sottesa alla scelta di una norma comunitaria di diritto internazionale privato in forma di riferimento all'ordinamento competente.

8.4. Quanto alla correttezza della ricostruzione proposta all'interno dello specifico panorama comunitario, va osservato che essa risulta anche confermata da un forte argomento *a contrario*.

Anche solo dalla breve esposizione sin qui svolta, infatti, è dato con chiarezza percepire l'inadeguatezza delle due tradizionali teorie. Più ancora, si rivela con evidenza che anche l'eventuale adozione da parte di tutti gli Stati membri di norme uniformi di diritto internazionale privato tradizionale, tanto se ispirate alla tesi della sede che a quella dell'incorporazione, non sarebbe idonea a garantire un risultato conforme alle rilevanti disposizioni del Trattato CE.

L'applicazione a società comunitarie di altri Stati membri della teoria della sede al fine di determinare la valida costituzione è evidentemente illegittima in quanto ne impedirebbe il riconoscimento vanificando l'attribuzione.

Tale illegittimità comunitaria, del resto, è ancora più evidente sol che si consideri la sua operatività concreta e, dunque, in definitiva la sua vera natura.

(106) Si noti in particolare come l'interpretazione proposta sia perfettamente in grado di giustificare quella carenza di una precisa e diretta “localizzazione geografica” della fattispecie posta in essere alla precedente nota 100: il riferimento, infatti, è al solo evento giuridico della costituzione, così che - proprio come è caratteristico di questo metodo di coordinamento tra ordinamenti - si prescinde da una vera e propria localizzazione (“geografica”) della fattispecie.

(107) Una delle prime elaborazioni, infatti, è stata condotta, seppure sul diverso fronte della costituzione nel foro di nuove situazioni giuridiche e non del riconoscimento di situazioni prodotte all'estero (come è invece il caso delle società costituite all'estero) sulla base della norma del paragrafo 606 b n. 1 ZPO, in tema di scioglimento nel foro del matrimonio contratto tra stranieri (P. PICONE, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986, p. 46 ss.).

- 120 -

Non potendo tale teoria, per il modo in cui è intesa (unità dello statuto rispetto alla complessità della fattispecie societaria - *Einkeitslehre*), mai ad uno stesso tempo riconoscere l'esistenza di una società estera e regolarla (in positivo) secondo le norme di altra legge, risulta che la legge applicabile ad una società che si riconosce esistente secondo la teoria della sede è sempre e necessariamente solo quella di costituzione. Ne deriva allora ulteriormente che da un punto di vista pratico l'individuazione della legge che si determina come applicabile alle società estere riconosciute seguendo la teoria della sede non si distingue da quella cui si giunge a seguito dell'applicazione della teoria dell'incorporazione; la teoria della sede, pertanto, viene ad essere distinta dalla seconda solo per il fatto di essere accompagnata da un precetto di diritto materiale (rivolto a tutte le società o - eventualmente - solo a quelle estere) che obbliga le società - pena la dichiarazione di nullità - ad attenersi ad una sorta di principio di verità della sede sociale (nel senso di non poter fissare la sede amministrativa effettiva in uno Stato diverso da quello in cui è fissata quella legale). Un precetto, quest'ultimo, che rivela immediatamente gli intenti protezionistici e che palesemente cozza con il diritto comunitario, in quanto direttamente frappone un rilevante ostacolo all'esercizio della libertà di stabilimento.

Anche l'applicazione della teoria dell'incorporazione, però, non conduce a risultati fino in fondo accettabili. Vero è che ai sensi di tale teoria è oggi consentito il libero movimento delle società oltre i confini nazionali. Vero però è anche che tale conseguenza rappresenta un mero riflesso indiretto sulla teoria di circostanze contingenti, e non appartiene, invece, alla sua essenza; che anzi la sua evoluzione è partita dal più rigoroso principio di territorialità, in base al quale non solo alle società estere non si applicava la legge nazionale, ma *tout court* esse

venivano ignorate negli altri ordinamenti giuridici. Per non considerare, infine, che questa valenza “protezionistica” è lungi dall'essere scomparsa ed è tutt'oggi considerata naturalmente compatibile (se non connaturata) con la teoria dell'incorporazione, come in una certa misura (e cioè solo con riferimento al divieto di espatrio per le “proprie” società) dimostra il già menzionato caso irlandese (108).

Ma non è tutto, perché un insanabile contrasto si deve rilevare a proposito del meccanismo di funzionamento.

Mentre la tradizionale teoria dell'incorporazione si limita a ricercare il *luogo* di costituzione (localizzazione della fattispecie societaria in base alla costituzione, invece che alla sua sede reale) per individuare la legge in base alla quale giudicare su singoli effetti (anche se molteplici - e poi tendenzialmente tutti: *Einheitslehre*) da riconnettersi alla fattispecie, la norma comunitaria si concentra unicamente su quella compenetrazione tra norme organizzative negoziali

(108) Per non considerare che presso che ovunque si ritiene ormai parte di tale teoria la c.d. eccezione della *pseudo foreign corporation*, vale a dire l'impossibilità di riconoscere l'esistenza di una società costituita all'estero, ma di fatto sempre destinata (ed effettivamente dedita) a svolgere attività di impresa solo all'interno. Tale eccezione è chiaramente ed inequivocabilmente negata dalla sentenza in commento, in quanto il caso portato alla sua attenzione rappresenta proprio un tipico esempio di *pseudo foreign corporation*; e nonostante ciò la Corte di Giustizia ha affermato l'inesistenza di un qualsiasi abuso sotto questo profilo ed il ricorrere, per il profilo comunitario, del necessario elemento di estraneità.

- 121 -

e legali che si realizza con l'evento giuridico della costituzione (109) per fondare in tal modo una generale competenza alla disciplina di quell'organizzazione da parte dell'ordinamento le cui stesse norme concorrono a formare la struttura organizzativa in parola (si che appare evidente come il complesso delle situazioni giuridiche soggettive in tal modo create non può svolgersi, ossia produrre effetti, che in quel determinato ordinamento). Individuazione di competenza, quest'ultima, che, si noti ulteriormente, appare anche strutturalmente l'unica coerente con la riscontrata funzione comunitaria di coordinamento in un sistema unitario dei diritti societari nazionali (110).

Nell'ipotesi, poi, non di un'unica norma comunitaria ispirata alla teoria dell'incorporazione, ma di più norme statali parallele di diritto internazionale privato di uguale impostazione, l'incongruità funzionale sarebbe ancora maggiore. Ci si dovrebbe porre, infatti, nella prospettiva dei singoli ordinamenti per individuare la legge applicabile alla singola società estera, là dove, al contrario, la norma comunitaria sul diritto di stabilimento vuole essere direttamente ed immediatamente applicata: per l'esattezza, nel senso di garantire, all'interno dell'intera Unione Europea, che, per il solo fatto della costituzione (con la conseguenza dell'avvenuta compenetrazione, in una organizzazione a rilievo reale, di norme di un ordinamento con uno specifico substrato patrimoniale e personale) venga instaurata (e riconosciuta), la competenza dell'ordinamento in questione a regolamentare quello specifico fatto normativo-organizzativo che è la società in tal modo costituita. Ed in ogni caso, stante la presenza della norma comunitaria di rango primario, comunque le eventuali norme nazionali di diritto internazionale privato non potrebbero trovare applicazione in quanto “scavalcate” e “prevaricate” da una norma di grado superiore posta dal combinato disposto degli artt. 43 e 48 Tratt. CE; tale disapplicazione delle norme tradizionali, peraltro, ulteriormente ribadisce che le norme tradizionali di diritto internazionale privato, proprio per la loro struttura di norme di rinvio poste nella prospettiva di uno specifico ordinamento - ed ai giudizi di quello vincolate -, non possono, a differenza di quelle di riferimento ad ordinamenti competenti, funzionare anche come norme di organizzazione di un sistema normativo unitario, quale è emerso essere quello di diritto societario dell'Unione europea.

8.5. L'interpretazione proposta, infine, non solo riesce a risolvere in modo coerente e soddisfacente il problema del valore di diritto internazionale privato della norma comunitaria sul diritto di stabilimento, il cui effetto indiretto è la disapplicazione delle norme nazionali di diritto internazionale privato,

(109) V. in proposito le precedenti note 100 e 106.

(110) Per tali considerazioni l'interpretazione qui proposta si deve ritenere preferibile anche a quella di E. BRÖDERMANN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle und Schranke des Internationalen Privatrechts (Primärrecht, Verordnungen, Richterrecht)*, in BRÖDERMANN - IVERSEN *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1994, p. 1 ss., 75, a mente della quale l'attribuzione del diritto comunitario di stabilimento alle società contiene un rinvio di diritto internazionale privato tradizionale *alternativo a tutti gli ordinamenti degli Stati membri della CE* per giudicare sulla legittimità della costituzione della società e sulla sua capacità ad essere titolare di tutti i diritti che si possano porre in relazione di strumentalità rispetto all'esercizio del diritto di stabilimento.

- 122 -

ma si rivela anche sorprendentemente idonea a delineare una soluzione di respiro generale al problema del diritto internazionale privato delle società (111); e ciò raggiungendo quell'armonia con la struttura di diritto materiale della particolare fattispecie di riferimento, quella societaria, che spesso manca nelle teorie societarie di diritto internazionale privato.

Come si è già avuto modo di accennare, infatti, a cagione di condizionamenti storici, l'intero diritto societario internazionale ha spesso mancato di tenere in considerazione la particolarità della fattispecie societaria e, segnatamente, la compenetrazione nella stessa fattispecie societaria, quale organizzazione a rilievo reale, di norme dell'ordinamento giuridico di costituzione.

Ebbene, la ricostruzione proposta riesce in tale obiettivo, in quanto proprio su questo dato si fonda, per individuare l'ordinamento competente per la fattispecie societaria (appunto quello di costituzione). Tale individuazione, infatti, non solo pare coerente con la prospettiva comunitaria, ma sul piano della teoria generale del diritto internazionale privato - e su quello della logica giuridica -, si rivela particolarmente appropriata, in quanto eleva ad elemento di collegamento un carattere fondamentale ed immancabile della fattispecie, valorizzando il carattere "normativo" di tale fattispecie ed operando un congruo e conseguente rinvio di diritto internazionale privato. Il che è a dire che, anche a voler trascurare *quell'affectio* comunitaria di cui si è discusso e la conseguente possibilità di costruire un sistema unitario del diritto societario europeo, comunque il riferimento all'ordinamento competente in quanto ordinamento di costituzione della società (piuttosto che ad una legge per regolare effetti "spazialmente" localizzati), sembra in via generale lo strumento più appropriato per trattare le società del diritto internazionale privato. Tale approccio, infatti, valorizza la vera peculiarità della fattispecie societaria (sostanziale): quella di consistere in una fattispecie complessa, non solo costituita da un insieme patrimoniale e da uno di persone partecipanti, ma anche dalla loro combinazione ed organizzazione. Stante la coesenzialità tra norma ed organizzazione (composta anche da norme di organizzazione alcune delle quali - e la maggior parte, stante l'efficacia reale e verso terzi della forma societaria - di origine statale e non dettate da atti di autonomia privata), ne deriva che un corretto rinvio di diritto internazionale privato non può che essere operato in modo complessivo (dunque attraverso il riferimento all'ordinamento competente e non tramite la semplice individuazione della legge regolatrice di alcuni aspetti della fattispecie e di effetti determinati) (112).

(111) In questa direzione, del resto, v. già M.V. BENEDETTELLI, *Art. 25 - La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Nuova legis. It.*, 1996, p. 1108 ss. (p. 877 ss.).

(112) In tal modo anche al livello del diritto internazionale privato diviene possibile tracciare un itinerario di evoluzione del diritto societario coerente e parallelo a quello conosciuto dal diritto societario materiale: come sotto quest'ultimo aspetto si è passati dalla costituzione dell'ente societario attraverso il metodo della concessione alla costituzione secondo lo schema normativo, senza però rinunciare del tutto ad un intervento pubblicistico (quello del Tribunale in sede di omologazione), così in punto di diritto internazionale privato l'adozione del metodo di coordinamento del riferimento all'ordinamento competente si pone come la tappa successiva e più evoluta rispetto all'originaria posizione di disconoscimento delle società estere. Quest'ultima posizione, infatti, è ricostruibile, nella sistematica

- 123 -

La conclusione, del resto, per quanto in apparenza innovativa, sembra addirittura discendere immediatamente dall'impianto normativo, anche da quello delle più tradizionali norme (spesso non scritte) di diritto internazionale privato. Che - proprio in base alle stesse considerazioni espresse in punto di diritto comunitario in relazione al diretto riferimento alle società della libertà di stabilimento - il mero riferimento in una qualsiasi norma di diritto internazionale privato tradizionale direttamente a "società costituite secondo altri ordinamenti" non può che comportare il loro "riconoscimento", ovverosia la dichiarazione dell'applicabilità della legge di costituzione per verificarne la valida esistenza. Una autonoma valutazione della *lex fori* (o di altra legge, diversa dalla legge di costituzione, che dovesse essere considerata competente) dell'organizzazione personale e patrimoniale non realizzerebbe infatti alcun riconoscimento della società estera. Bensì varrebbe al massimo ad operare una nuova ed autonoma costituzione secondo il diritto interno: si formerebbe, in altre parole, una società parallela a quella estera, la quale, invece, rimarrebbe priva di considerazione, in palese e diretto contrasto con quella sua diretta rilevanza attribuitagli dal diretto riferimento normativo (113). L'indicazione di diritto internazionale privato dell'applicabilità di una legge differente da quella di costituzione, pertanto, se riferita alla fattispecie "società" (e non meramente all'elemento personale e/o patrimoniale sulla cui base la società viene da un ordinamento creata) non potrebbe che, al più, avere il significato residuale di rendere quest'ultima applicabile allo svolgimento dell'organizzazione societaria, ovvero alla disciplina di sue specifiche attività (114); ma la soluzione, come visto, è generalmente rifiutata, in linea con il principio dell'unità dello statuto di diritto internazionale privato delle società (*Einheitslehre*).

di teoria generale del diritto internazionale privato esposta alla precedente nota 18, come una espressione del c.d. metodo dell'applicazione generalizzata della *lex fori*, che, non a caso, è, a sua volta, metodo per molti versi vicino a quello del riferimento all'ordinamento competente; v. in proposito P. PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 371 ss., 462; significativa allo scopo di porre in evidenza tale affinità è anche la definizione di p. 441: "Il foro regola infatti tramite l'applicazione in via esclusiva della legge interna quelle sottoclassi di rapporti destinati a localizzarsi al proprio interno, e riconosce agli ordinamenti stranieri una competenza analoga per la disciplina delle sottoclassi di rapporti corrispondenti, che siano destinati in principio e in partenza a localizzarsi al loro interno", corsivo aggiunto).

(113) Il riferimento normativo alla società, intesa nella sua struttura organizzativa, infatti, necessariamente implica, come *supra* illustrato, anche un diretto riferimento alle norme dell'ordinamento di costituzione, in quanto compenetrato con le regole fissate dall'autonomia privata della configurazione della struttura organizzativa.

(114) Ciò implicherebbe quello che in diritto internazionale privato si chiama un *dépeçage*, vale a dire il trattamento differenziato, sul piano del rinvio legislativo di diritto internazionale privato, di una fattispecie unitaria (v. per tutti J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1997, p. 115 s.); con le conseguenti difficoltà applicative, nella specie particolarmente rilevanti per la complessità propria della fattispecie societaria e la natura organizzativa delle norme che la concernono (v. in part. D. ZIMMER, *Internationales Privatrecht*, Heidelberg, 1996, p. 232 s., che su tale argomentazione ha basato la sua critica alla *Differenzierungslehre* ed alla *Überlagerungstheorie*). Non si tratterebbe, però, di soluzione del tutto priva di riscontri sistematici, posto che essa è accostabile a quella tradizionalmente adottata per i diritti reali su cose mobili.

9. Da quanto sin qui argomentato, sia che si voglia credere nella forza giuspolitica dell'interpretazione di maggior rottura rispetto al passato - ma peraltro, come si è detto, perfettamente logica e coerente nella sua articolazione -, sia che ci si voglia limitare a riconoscere alla sentenza un valore più ristretto e limitato alla posizione dello Stato di stabilimento (secondo le caratteristiche specifiche del caso concreto), comunque risulta aperta la strada per il pieno riconoscimento e sviluppo di un vero e proprio diritto societario europeo quale autonomo *corpus* normativo regolante le società dell'Unione Europea. Un diritto fondato su una norma comunitaria di coordinamento degli ordinamenti degli Stati membri caratterizzata dall'individuazione e dal rinvio all'ordinamento di costituzione, quale "ordinamento competente" in relazione ad una determinata società. Infatti, pur se rimangono impregiudicate le eventuali ulteriori discipline dettate da altri Stati membri, le quali, salva in ogni caso la struttura organizzativa del soggetto, si limitino a regolare (e non discriminatoriamente) le attività imprenditoriali ivi effettivamente svolte, certo è che potenzialmente all'interno dell'UE vengono ad essere a disposizione di chi intenda costituire una società oltre alle forme conosciute dall'ordinamento di uno specifico Stato, anche le altre forme societarie conosciute dai diversi ordinamenti societari europei; e ciò a prescindere da ogni contatto socio-economico dei soci fondatori con l'ordinamento dello Stato membro prescelto.

Ciò che rimane in discussione, dunque, non è l'esistenza di un sistema unitario che consenta la competizione degli ordinamenti al suo interno, né la sua struttura, Bensì solo la sua estensione.

Se si accede - come senza dubbio si ritiene di poter e dover fare - alla tesi dell'immediata precettività della disposizione comunitaria, tanto nei confronti dello Stato di stabilimento che di quello di provenienza, il diritto societario europeo avrebbe già quasi raggiunto la sua piena espansione. Secondo questa tesi, infatti, sarebbe pienamente assicurata all'interno di tutta l'Unione Europea la libera scelta della forma societaria tra tutte le diverse forme conosciute da tutti gli ordinamenti comunitari; con ciò realizzandosi tutte le condizioni necessarie e sufficienti al verificarsi di una vera e propria concorrenza degli ordinamenti.

L'unica residua restrizione riguarderebbe la possibilità di una scelta successiva alla costituzione della società. Infatti, ai fini del cambiamento dello statuto societario (o legge applicabile), formalmente realizzato attraverso il trasferimento della sede legale in altro Stato membro, è necessario applicare una procedura formale di trasformazione societaria. Nella misura in cui i singoli ordinamenti nazionali non abbiano ancora adottato norme idonee a consentire la trasformazione societaria tra tipi di diversi Stati comunitari e queste non possano essere dedotte dalle disposizioni vigenti, non sarà possibile realizzarla fino a quando non sarà emanata (e poi recepita dagli Stati membri, ovvero quanto meno scaduta) la direttiva comunitaria attualmente in preparazione (115).

Viceversa, ove si ritenesse di doversi limitare alla tesi di minor respiro,

(115) Il riferimento è al progetto di una XIV direttiva comunitaria in tema di trasferimento della sede di società in altri Stati membri con cambiamento del diritto applicabile alla società già citato alla precedente nota 86.

- 125 -

un'ulteriore limitazione sarebbe da individuarsi nell'inesistenza di un obbligo comunitario nei confronti degli Stati di origine, con il conseguente pericolo che, vietando in ipotesi tutti gli Stati membri il trasferimento all'estero della sede sociale e della sede effettiva, si venga a rendere di fatto impossibile qualsiasi forma di esercizio del diritto di libertà di stabilimento primaria e di cambiamento dello statuto societario.

Il pericolo, però, è, come già rilevato, di ridotto rilievo, posto che lo scopo cui una tale limitazione potrebbe risultare utile non coincide con il tipico interesse protezionistico delle tradizionali ricostruzioni di diritto internazionale privato, e segnatamente di quelle, fino ad ora prevalenti nella maggior parte degli ordinamenti, fondate sulla teoria della sede effettiva. Tanto è vero che sostenitori della teoria della sede, nonostante evidenti incongruenze logiche, hanno esplicitamente ammesso (116) la possibilità di non far conseguire lo scioglimento della società alla delibera di trasferimento all'estero della sede (effettiva e/o legale) (117).

In conclusione, pertanto, è opportuno osservare che, anche a prescindere dalla soluzione per la quale il precetto comunitario debba considerarsi immediatamente vigente solo per lo Stato di stabilimento - e dunque anche nel caso in cui si dovesse ritenere di accedere alla tesi meno ampia -, comunque la decisione non solo realizza l'organizzazione in un sistema comunitario unitario dei diritti societari dell'Unione Europea, ma ciò fa con una notevole intensità.

Questo sistema unitario, infatti, si viene a fondare su una norma di ripartizione delle competenze di natura comunitaria primaria e dunque, in definitiva, di valore costituzionale (118). Il che costituisce, ad esempio, una costruzione sistematica notevolmente più solida ed avanzata di quella esistente negli Stati Uniti d'America.

Negli Stati Uniti d'America, invero, la circolazione delle forme societarie e delle società all'interno degli Stati dell'Unione si realizza per la generalizzata accettazione della teoria di diritto internazionale privato dell'incorporazione, senza che esista alcuna garanzia costituzionale specifica (in particolare le Società

(116) V. in proposito il già citato (alla nota 89) passo di D. ZIMMER, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Heidelberg, 1996, p. 216, note 111-113.

(117) Con ciò, si noti, ancora confermando la coincidenza delle due teorie di diritto internazionale privato, in realtà distinte solo perché la seconda viene generalmente accompagnata da norme materiali imperative di applicazione necessaria ispirate al principio (per vero non proprio del diritto societario) della "verità" della sede statutaria.

(118) L'aggettivo costituzionale è utilizzato con un doppio concorrente significato. Il rango costituzionale delle norme è innanzi tutto predicato in senso logico, in quanto norme dell'anno istitutivo, e dunque costitutivo della Comunità Europea; in questa prospettiva, pertanto, vere e proprie norme costituzionali lo diverrebbero solo se la comunità dovesse venire ad acquistare - in diritto internazionale pubblico - vera e propria natura sovrana e statutale.

L'aggettivo, però, ha in parte anche un valore normativo positivo: trattandosi di norma fissata in trattato internazionale, secondo i diversi meccanismi studiati dal diritto internazionale pubblico (il principale dei quali è il principio della specialità dei trattati, su cui v. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 1992, p. 301 ss.) si tratta di una norma che all'interno dell'ordinamento italiano non è modificabile con la semplice emanazione di una qualsiasi norma di legge ordinaria.

- 126 -

non beneficiano né della protezione dell'art. 4(2), *Interstate Privileges and Immunities Clause - Privilege of State Citizenship*, né di quella del XIV A *meniment, Privileges and Immunities Clause - Privileges of National Citizenship*; indirettamente, però, beneficiano della protezione della c.d. *Dormant Commerce Clause*) o anche solo alcuna normativa federale a tutela del riconoscimento o della libera circolazione delle forme societarie e delle società statunitensi all'interno dell'Unione.

Questa distinzione strutturale comporta specifiche e significative conseguenze. Stati dell'Unione americana come quelli di New York e della California, infatti, hanno adottato norme che in senso ampio possono definirsi restrittive della libertà di circolazione delle forme societarie, prevedendo, tra l'altro, come forma di reazione al problema della c.d. *pseudo foreign corporation*, l'applicazione di un consistente numero di norme delle rispettive leggi societarie alle società costituite in altri Stati dell'Unione che vengano a svolgere in prevalenza la loro impresa nei rispettivi Stati, Norme che, come si è visto, non sarebbero legittime nell'Unione Europea in quanto incompatibili con la libertà comunitaria di stabilimento delle società e pertanto da disapplicare.

Questa struttura unitaria estremamente progredita - ben oltre il consolidato modello statunitense - che risulta propria del sistema di diritto societario dell'Unione Europea non sembra costituire fonte di preoccupazioni. Certamente implica notevoli cambiamenti e richiede quindi una lunga e ponderata riflessione. Abusi od eccessi, però, non sembrano probabili; od almeno non sembra elevato il rischio di un loro verificarsi.

A ben ponderare, infatti, la descritta struttura non costituisce che una istituzionalizzazione (119) di un modello di ricostruzione giuridico-culturale degli ordinamenti fondato sulla circolazione degli istituti e delle teorie giuridiche ben conosciuto dalla scienza comparativistica sotto il nome di metodo dei "*legal transplants*" (120), e da questa applicato in via generale a qualsiasi ordinamento. Anzi, rendendo possibile e garantendo "costituzionalmente" la circolazione dei tipi e delle teorie societarie europee, si vengono a porre le condizioni per la realizzazione di una migliore e più stimolante competizione tra i diversi

(119) Limitandosi a formare una garanzia "costituzionale" della struttura del sistema normativo, questa istituzionalizzazione, infatti, non comporta alcun indesiderato effetto di cementazione della regolazione posta nel merito; anzi, tutt'al contrario, rappresenta una garanzia del suo continuo aggiornamento.

(120) Come concisamente, ma efficacemente, esposto in U. MATTEI, *Comparative Law and Economics*, Ann Arbor, 1997, p. 94 ss., l'evoluzione del diritto (privato) comparato può essere riassunta in una evoluzione che ha portato ad indirizzare tale ricerca non più e non solo all'individuazione di un "*common core of legal systems*", secondo l'ipotesi formulata da R.B. SCHLESINGER, *Formation of contract: a Study of the Common Core of Legal Systems*, 1968, ma anche verso l'identificazione dei *Legal Transplants* (A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 1974), vale a dire di quegli elementi normativi che nel passato, così come nel presente continuamente gli ordinamenti giuridici si scambiano per effetto della reciproca concorrenza. Tale concorrenza, che secondo la ricordata teoria è sempre e comunque presente per la semplice esistenza di relazioni (socio-economiche e culturali) internazionali, diviene appunto "istituzionalizzata" e "costituzionalmente" garantita in Europa per lo specifico ambito del diritto societario, dalla norma sulla libertà di stabilimento delle società e dal conseguente sistema europeo unitario di diritto societario, che se ne è visto derivare.

- 127 -

formanti legali (121), gli elementi normativi fondamentali di ogni ordinamento giuridico (oggi dunque ancora in prevalenza dei diversi ordinamenti nazionali, ma un domani sempre più esclusivamente riferibile ad un sistema unitario di diritto societario dell'Unione Europea via via più sofisticato (122)).

Un risultato che può e deve essere salutato con entusiasmo, anche perché conforme ad una tendenza comunque inevitabile nel moderno contesto di internazionalizzazione (se non addirittura di globalizzazione) (123). Ed il fatto che all'interno dell'Unione Europea la circolazione di teorie ed istituti giuridici (almeno per ciò che riguarda il diritto societario) risulti semplificata dalla esistenza di una garanzia "costituzionale", così come dalla progressiva riduzione delle barriere culturali e giuridiche ottenuta con l'avanzare dell'armonizzazione comunitaria (124), non fa altro che accelerare un processo evolutivo e competitivo destinato a favorire l'avvento sempre più tempestivo di norme giuridiche via via più sensibili alle istanze socio-economiche rilevanti (125).

Ancora più avanti, del resto, sembra potersi arrivare considerando lo

(121) Nella breve ricostruzione dell'evoluzione del diritto comparato di Mattei, citata alla nota precedente è menzionata anche una tappa ulteriore e successiva rispetto a quelle della *Common core research* e della *Legal Transplant Theory*: quella dei formanti legali di R. SACCO, *Legal formants: A Dynamic*

Approach to Comparative Law, in *Am. J. Comp. L.*, 1991 (39), 1, 349, a mente della quale l'analisi degli scambi normativi tra ordinamenti (individuati dalla teoria dei *legal transplants*) deve essere condotta attraverso la considerazione completa e complessiva di tutti i formanti legali, vale a dire di tutti gli elementi, anche oltre i testi di legge formale, che in effetti svolgono un ruolo effettivo nella conformazione delle regole di diritto effettivamente applicato.

(122) Per tale sistema unitario di diritto societario dell'Unione Europea, quindi, si avrebbe in questo modo anche a disposizione una teoria generale: la teoria comparativistica dei *legal transplants*, nella sua ulteriore elaborazione ed integrazione tramite l'analisi dei singoli formanti legali (v. le due precedenti note), infatti, realizzano una vera e propria elaborazione di teoria generale, nella quale un qualsiasi ordinamento giuridico o sistema normativo appare come il risultato di una molteplicità di formanti legali, spesso di carattere transnazionale, che si relazionano non in termini di cooperazione gerarchica, come in un tradizionale ordinamento giuridico, bensì in termini di competizione; competizione che può ulteriormente essere analizzata e formalizzata attraverso gli strumenti teorici e le categorie di derivazione economica della *Law and economics*.

(123) Le teorie richiamate alle note precedenti, essendo, invero, elaborate in via generale, costituiscono la migliore e più fondata prova dell'inevitabilità del fenomeno del contatto tra sistemi normativi, dei conseguenti scambi di contenuto normativo e della risultante competizione degli ordinamenti. Il ben noto e via via sempre più intenso fenomeno di globalizzazione dell'economia, moltiplicando le occasioni di contatto socio-economici e culturali, evidentemente non può che avere un effetto fortemente catalizzante su tali processi di scambio e competizione tra ordinamenti.

(124) La quale armonizzazione, poi, garantendo uno *standard* minimo di protezione degli interessi meritevoli di tutela, contribuisce ulteriormente a garantire la solidità del sistema eliminando molte occasioni di abuso o di eccesso.

(125) Queste, infatti, potrebbero essere poste in essere dai legislatori nazionali, resi vigili dal contesto competitivo, e non vincolati a processi legislativi particolarmente lunghi e complessi (quali la procedura di armonizzazione a livello comunitario). L'intenso scambio culturale, peraltro, potrebbe anche rafforzare un ulteriore formante, quello dell'autonomia delle parti: data la molteplicità delle esperienze normative, potrebbe, infatti, divenire più facile individuare complessi normativi esprimibili ed utilizzabili legittimamente e proficuamente in più contesti normativi; sul punto si pensi alle già citate *poison pill*, nate in uno studio

- 128 -

specifico settore del diritto societario. Qui l'anelito verso lo scambio attivo di dottrine e modelli legali è addirittura pressante, soprattutto per la maggiore intensità della ragione economica e quindi della connessa spinta alla globalizzazione.

Un solo esempio basterà a convincere. Considerando l'andamento del dibattito giuridico sulle società ci si accorge che di recente esso è stato monopolizzato dalla discussione sulla *corporate governance*. Ebbene tale intenso interesse degli esperti (tanto europei (quanto statunitensi) di diritto societario non può che essere letto quale espressione di un tentativo di realizzare una circolazione di modelli culturali e normativi del tutto analoga a quella appena descritta: nessuna novità e nessun interesse se non quello comparatistico sembra, infatti, altrimenti rinvenibile e giustificabile in relazione ad un dibattito che si concentri sulla struttura ed il bilanciamento dei poteri connessi alle situazioni giuridiche soggettive del diritto societario (126).

STEFANO MECHELLI

legale americano (come già ricordato si fa risalire allo studio Wachtell Lipton, Rosen & Katz l'elaborazione del primo *share purchase rights plan*) e poi diffusi presso che universalmente negli USA, quale strumento tipico di governo societario, preposto alla gestione delle offerte pubbliche di acquisto).

(126) L'espressione *corporate governance*, invero, ad altro non allude se non al bilanciamento dei poteri connessi alle situazioni giuridiche soggettive ed alla struttura del diritto societario. Ne deriva che se fosse intesa nei vari ordinamenti come un tema da analizzare e studiare in prospettiva chiusa e limitata agli stessi, si perderebbe il suo significativo innovativo: che studi sull'intero diritto societario sono naturalmente conosciuti da sempre in qualsiasi ordinamento. La novità è invece nello studio comparativo, ovviamente in considerazione dei diversi contesti culturali, delle regole e dei modelli societari. In questa direzione v. K. J. HOPT - H. KANDA - M. J. ROE - E. WYMEERSCH - S. PRIGGE, *Comparative Corporate Governance*, Oxford, 1998.