

Il trasferimento transnazionale della sede sociale

SOMMARIO: 1. Premessa: il trasferimento della sede sociale all'estero nell'attuale contesto economico e inquadramento della disciplina civilistica. – 2. I principi normativi degli ordinamenti coinvolti: la teoria della costituzione, o incorporazione, e la teoria della sede. – 3. Il diritto dell'Unione europea ed il principio della libertà di stabilimento. – 4. Il diritto italiano. – 5. Il trasferimento della sede dall'Italia all'estero e dall'estero in Italia.

1. – Il trasferimento della sede sociale all'estero, dal punto di vista della pratica professionale, è un'operazione su cui, negli ultimi tempi, sta convergendo un sempre maggiore interesse ⁽¹⁾ anche, ma non solo ⁽²⁾, in corrispondenza del crescente fenomeno della delocalizzazione delle imprese, quale leva strategica per gestire l'attuale crisi del sistema economico.

La localizzazione delle attività produttive in mercati che offrono approvvigionamenti molto competitivi, sia in termini di materie prime ma soprattutto di manodopera, o in ordinamenti con sistemi fiscali meno onerosi ⁽³⁾, rappresenta infatti oggi una delle principali risposte che le im-

⁽¹⁾ Le dimensioni del fenomeno sono evidenziate da POLLARI, *Lezioni di diritto tributario internazionale*, 2005, p. 313.

⁽²⁾ Osserva come « la prassi professionale testimonia che operazioni di ingegneria giuridica societaria *cross-border* siano tutt'altro che estranee alla cultura ed alle esigenze dei gruppi multinazionali, e che anzi di recente, esse siano state seriamente prese in considerazione proprio al fine di sottrarre società di diritto italiano alla 'presa' di nuove disposizioni introdotte dalla legge di riforma e ritenute pericolose, soprattutto per la loro ambiguità, come quelle in tema di direzione e coordinamento di società di cui agli artt. 2497 ss. » BENEDETTELLI, « *Mercato* » *comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano*, in *Riv. soc.*, 2003, 4, p. 721.

Ancora, la problematica del trasferimento della sede, viene ad essere esaltata dal processo di globalizzazione in atto, il quale, determinando una concorrenza tra i diversi ordinamenti, consente sempre più agli operatori di effettuare uno *shopping* giuridico, dal quale non restano escluse le legislazioni societarie. In merito, più in generale GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

⁽³⁾ Una recente ricerca, svolta in occasione della *Kpmg international tax conference*, ha evidenziato come nelle scelte di localizzazione da parte delle imprese abbia un peso sempre più pesante la variabile fiscale. La delocalizzazione fiscale, secondo gli esperti di Kpmg, si sta rilevando un fattore molto importante anche in conseguenza della crescita di altri costi aziendali, dovuti all'aumento della regolamentazione in materia di trasparenza aziendale. CRESCIONE, *Il tax planning guarda a Oriente*, in *Il Sole 24 Ore*, 30 giugno, 2005.

prese approntano per affrontare i mercati globalizzati, dove la concorrenza con le economie dei Paesi emergenti è sempre più forte (4).

Ma se la delocalizzazione, ovvero lo spostamento da un Paese ad un altro, qualora attuata con la costituzione di nuove società all'estero, non presenta particolari problemi o ostacoli giuridici, se realizzata con un trasferimento diretto della sede sociale (5), in un Paese diverso da quello d'origine, pone delicati problemi, a causa dei possibili conflitti esistenti tra i diversi ordinamenti dei Paesi coinvolti.

La continuità giuridica della società trasferita, il suo riconoscimento nello Stato di destinazione ed in quello d'origine, nonché la normativa applicabile alla società che si trasferisce (cd. *lex societatis*), sono infatti, tutte questioni che dipendono dagli ordinamenti giuridici vigenti nei Paesi coinvolti dal trasferimento (Stato di partenza e Stato di arrivo), ed in particolare dal tipo di collegamento (e riconoscimento) delle società che gli Stati adottano.

In linea di principio, se nello Stato di partenza si adotta, quale criterio di collegamento e riconoscimento delle società, quello dell'incorporazione, per cui le società sono riconosciute e disciplinate sempre in base alla legge dello Stato nel quale si è perfezionato il procedimento di costituzione, allora in questi Paesi il trasferimento all'estero delle società è ammissibile, mentre non lo è se il Paese adotta il criterio della sede effettiva, per il quale le società sono riconosciute esclusivamente in ragione del loro collegamento con il territorio.

Diciamo in linea di principio, in quanto la possibilità effettiva del trasferimento deve essere verificata poi, oltre che con gli eventuali temperamenti del criterio che gli Stati adottano nella pratica, anche alla luce del

In tale senso, forte potere attrattivo stanno assumendo i molti Paesi dell'Est che hanno adottato regimi di tassazione con una *flat tax*, ovvero con un'aliquota unica sul reddito, che prescinde sia dal livello di reddito che da qualsiasi altra variabile che può contraddistinguere i contribuenti. In merito D'ALFONSO, *Il dibattito sulla flat tax*, 2005, p. 4172 e FERRERA, *L'aliquota unica sveglierà la vecchia Europa*, in *Dir. e prat. trib.*, 2005, p. 766.

(4) La dimensione che sta assumendo il «fenomeno Cina» è a riguardo emblematica.

(5) Ai fini del presente lavoro, chiariamo che con la nozione di sede sociale (legale o statutaria), si deve intendere quella risultante dall'atto costitutivo, o primo statuto, della società, costituita secondo uno dei tipi previsti dalla legislazione civile dello Stato cui è iscritta. È la sede che ha prevalenza rispetto alle altre, per i requisiti di pubblicità nei confronti dei terzi. Per sede effettiva, si dovrebbe intendere quella dalla quale provengono gli impulsi volitivi decisionali inerenti all'attività svolta. È la sede dell'amministrazione della società, e può non coincidere con la sede amministrativa. La sede dell'attività principale è il luogo ove è svolta la concreta attività imprenditoriale per il raggiungimento dell'oggetto sociale.

regime adottato nello Stato di arrivo, ed ecco perché si parla di possibili conflitti tra gli ordinamenti ⁽⁶⁾.

Se nello Stato di arrivo vige il principio dell'incorporazione, il trasferimento potrebbe essere ammesso, mentre se vige il principio della sede effettiva, potrebbe non esserlo.

Ma oltre che con riferimento all'accennata normativa interna degli Stati interessati, compresa quella di diritto internazionale privato, la fattibilità del trasferimento della sede, deve poi essere indagata anche alla luce dell'esistenza di eventuali Convenzioni internazionali e, in ambito intracomunitario, dei principi e del diritto dell'Unione europea.

Pertanto, qualora si volessero delineare dei principi di diritto generale che regolano la fattispecie del trasferimento delle società in ambito internazionale, cosa che cercheremo di fare nel successivo paragrafo, non potrebbe che trarsi un quadro puramente teorico e, con ogni probabilità, avulso dalle reali situazioni rinvenibili all'interno dei vari Paesi, anche perché, come accennato, sono molti gli Stati che temperano il principio di collegamento adottato, introducendo dei correttivi che rendono il sistema ibrido, contemperando il principio della sede con quello dell'incorporazione, o viceversa.

Anche il riscontro con le molte indagini dottrinali che hanno affrontato la problematica, e che si muovono in ambito teorico, finiscono per indicare soluzioni tra loro non univoche e che non trovano corrispondenza poi con la reale situazione vigente nei vari Paesi. Pertanto, stante l'inquadramento generale della problematica che può essere presentato a livello teorico, l'indagine sulla possibilità o meno di effettuare il trasferimento della sede di una società, non può prescindere dall'indagine della reale normativa vigente nei Paesi interessati.

Per quanto riguarda l'ambito europeo, invece, se fino a qualche anno fa risulta difficile teorizzare una disciplina unitaria del trasferimento della sede che, in forza dei principi generali sanciti dal Trattato (libertà di stabilimento), superasse le problematiche civilistiche accennate e rendesse

⁽⁶⁾ A ciò va aggiunta l'incertezza (ed il potenziale conflitto) derivante dalle molteplici definizioni del concetto di sede che ciascun ordinamento giuridico nazionale potrebbe adottare. Si pensi al caso di una società avente due sedi (statutaria ed amministrativa) localizzate in due differenti Paesi che, pur adottando quale criterio territoriale quello della sede, utilizzano differenti definizioni della stessa. L'effetto potrebbe essere quello che entrambi i Paesi (o viceversa nessuno dei due) potrebbero rivendicare la soggezione della società alla disciplina prevista del proprio ordinamento giuridico. CAVALLARO, *Il trasferimento della sede sociale all'estero tra norma civilistica e disciplina fiscale*, in *Dir. fall.*, 2005, 5, p. 952 con richiamo a FIMMANÒ, *Trasferimento della sede all'estero e principio di incorporazione*, nota a d. Trib. Verona, 5 dicembre 1996, in *Società*, 1997, p. 574 ss.

quindi inapplicabili quei sistemi nazionali che in qualche modo potessero ostacolare il trasferimento della sede delle società, oggi si dovrebbe poter giungere ad una nuova posizione.

Le recenti sentenze della Corte giust. Ce, che hanno ribadito, in differenti contesti, la preminenza del principio della libertà di stabilimento in ambito europeo, ma soprattutto la nuova normativa sulla Società europea (SE), che disciplina esplicitamente il trasferimento della SE all'interno dell'Unione europea in continuità giuridica, nonché la recente adozione della normativa sulle fusioni transfrontaliere, dovrebbero infatti indurre a ritenere che il diritto europeo, nella sua evoluzione sia irreversibilmente orientato a garantire la mobilità delle società. Pertanto, nel contesto europeo, non dovrebbero sussistere ostacoli al riconoscimento della continuità giuridica delle società in sede di trasferimento da un Paese membro ad un altro.

Nell'esposizione che segue, per inquadrare la problematica del trasferimento della sede sociale in ambito internazionale, saranno esaminati preliminarmente i principi di diritto internazionale privato e la loro possibile applicazione teorica, seguirà poi un'analisi dello stato attuale del diritto comunitario, per valutare se in tale ambito possono ritenersi superati gli eventuali conflitti tra gli ordinamenti che, di fatto, ostacolano il trasferimento transnazionale delle società, individuando una possibile, e forse l'unica plausibile, soluzione «europea», per concludere poi con la situazione del nostro Paese, avendo riguardo alla disciplina di diritto positivo ed alla sua coerente interpretazione con i principi di diritto internazionale e comunitario esaminati.

2. - In linea di principio la possibilità, o meno, che un ordinamento ammetta il trasferimento della sede delle sue società, è subordinata al principio di collegamento territoriale che quello Stato adotta.

Da questo collegamento dipende sia il riconoscimento stesso delle società nell'ambito di quell'ordinamento, che la relativa legge applicabile (cd. *lex societatis*).

Nei diversi ordinamenti internazionali, la materia è caratterizzata da una profonda divisione tra la c.d. teoria della sede effettiva (*Sitztheorie*) e la cd. teoria della costituzione o incorporazione (*Gründungstheorie*) (7).

Secondo la cd. teoria dell'*incorporazione o costituzione*, le società sono

(7) Diversi sono i contesti storici e le esigenze politiche che hanno dato origine a tali regole di diritto internazionaleprivatistico. La *Gründungstheorie*, nasce in Inghilterra, dove i giudici inglesi del XIX secolo mossi da intenti di natura puramente imperialistica, si preoccupano di estendere l'applicazione del diritto inglese dell'impresa anche ai Paesi lontani ove operavano le società incorporate in patria. Con la *Gründungstheorie* si consentiva infat-

collegate esclusivamente all'ordinamento nel quale sono costituite. Da ciò discende che nei Paesi che adottano tale principio, le società assumono la nazionalità in modo permanente, risultando irrilevante qualunque eventuale vicenda territoriale successiva. In questi sistemi, la legge regolatrice delle società sarà quindi sempre quella dello Stato di costituzione. Conseguentemente in questi Paesi, i soggetti giuridici stranieri dovrebbero essere riconosciuti secondo le norme dello Stato di origine ⁽⁸⁾.

Secondo la teoria della *sede reale o effettiva* le società sono invece collegate al luogo in cui è situata la loro sede effettiva. Questi ordinamenti si fondano sull'idea che le società debbano avere un legame reale con lo Stato del cui sistema giuridico pretendono l'applicazione. Se tale legame viene meno, perché le società trasferiscono la loro sede effettiva, o non esiste *ab origine* (società straniera), alle società non è più permesso « qualificarsi » secondo il diritto dell'ordinamento di origine ma è necessario un procedimento di riqualificazione nello Stato in cui collocano la sede effettiva.

I Paesi che adottano questo criterio, non riconoscono quindi gli enti privi di collegamenti territoriali nello Stato e pertanto negano il riconoscimento delle società che appartengono a giurisdizioni diverse rispetto a quella in cui è stabilita la sede reale ⁽⁹⁾.

Dagli accenni fatti discende che dall'adozione di uno o dell'altro principio, deriva il diverso approccio che gli Stati riservano alla fattispecie del trasferimento all'estero delle società.

Negli ordinamenti che aderiscono alla *teoria della incorporazione*, il trasferimento della sede della società non rappresenta un problema dal punto di vista giuridico. Le società costituite in questi ordinamenti sono libere di trasferire la sede in un altro ordinamento senza incorrere nello

ti la penetrazione in sempre nuovi territori del diritto e delle imprese inglesi, indipendentemente dal fatto che il territorio di operatività appartenesse alla corona. La *Sitztheorie*, nasce invece in Francia, verso la metà del XIX secolo, con scopi difensivi, ed in particolare per impedire la fuga delle società francesi verso l'Inghilterra o il Belgio. MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, 6, p. 557. Per una panoramica dei sistemi adottati nei vari Stati europei, si v. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, III, tomi II e III, 2003 e WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. soc.*, 2003, 4, p. 729 ss.

In generale, in Europa, adotta il criterio del luogo dell'incorporazione l'ordinamento britannico, irlandese, danese, finlandese, svedese. Ricorre invece a quello della sede effettiva, l'ordinamento austriaco, francese, belga, lussemburghese, tedesco e greco. Altri ordinamenti, come quello italiano, portoghese, spagnolo e olandese adottano un criterio misto.

⁽⁸⁾ In tale senso tra i tanti v. BENEDETTELLI, *"Mercato" comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano*, in *Riv. soc.*, 2003, 4, p. 724.

⁽⁹⁾ BENEDETTELLI, cit. alla nota prec.

scioglimento. Di conseguenza in questi Paesi il fenomeno del trasferimento deve essere considerato una mera modifica statutaria.

In generale, in forza della teoria dell'incorporazione, una società non può sottrarsi alla giurisdizione dell'ordinamento nel quale è stata costituita.

Pertanto la società «emigrante» rimane sempre assoggettata alla legge dello Stato di incorporazione, e così, qualsiasi avvenimento accada nel tempo, la società potrà agire sempre secondo il proprio originario sistema giuridico.

Le norme dell'ordinamento domestico operano anche quando la società svolge la sua attività esclusivamente in un Paese straniero.

Viceversa una società «immigrante» in un ordinamento che adotti la teoria della incorporazione, non dovrebbe essere influenzata dal diritto societario ivi vigente, in quanto i Paesi che adottano tale teoria sopportano indirettamente anche il rischio dell'«importazione» del diritto di altri Stati ⁽¹⁰⁾.

Negli ordinamenti che aderiscono invece alla teoria della *sede reale o effettiva*, la fattispecie del trasferimento dovrebbe ritenersi anche estintiva, perché lo Stato, come accennato, non riconosce più un ente senza collegamento con il suo territorio ⁽¹¹⁾.

Per cui in questi Paesi, l'«emigrazione» delle società ne comporta uno scioglimento ed una successiva ricostituzione nello Stato di arrivo ⁽¹²⁾, mentre l'«immigrazione», e quindi il riconoscimento delle Società stra-

⁽¹⁰⁾ MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra gli ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, 6, p. 559.

⁽¹¹⁾ Tra i Paesi europei che adottano il principio della sede in maniera molto rigida, e che quindi non permettono alcun trasferimento delle società, segnaliamo la Germania, dove l'emigrazione delle società comporta anche il loro scioglimento. Viceversa la società di capitali estera immigrante, secondo l'interpretazione «tradizionale» della giurisprudenza tedesca, non è riconosciuta, mentre secondo un'interpretazione più moderna, è riqualficata come società di fatto (e quindi se ne nega sempre il riconoscimento della personalità giuridica). MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra gli ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, 6, nota 20, p. 564. Nel corso degli ultimi anni, a seguito delle sentenze *Centros*, *Überseering* ed *Inspire Art* anche la Suprema Corte tedesca (BGH) pare ridimensionare la *Sitztheorie* a favore della *Gründungstheori*, non solo a favore delle società europee. In tale senso si collocano le sentenze della BGH del 14 marzo 2004 e del 5 luglio 2004, rispettivamente commentate in notizie della *Riv. soc.*, 2005, p. 953 e p. 1593.

⁽¹²⁾ Si è giustamente osservato che se l'ordinamento di provenienza impone la dissoluzione dell'ente, la fattispecie traslativa è anche estintiva e la dissoluzione dell'ente estero comporta la ricostituzione nella giurisdizione d'arrivo. Così LICINI, *Persone giuridiche*, in *La condizione di reciprocità, La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, Aspetti di interesse notarile*, a cura di Ieva, *Quaderni del notariato*, collana diretta da Rescigno, Galgano, Ieva, X, 2001, p. 161.

niere, potrebbe essere sia negato, con la necessità quindi di ricostituire *ex novo* le società ivi trasferite, che consentito, previo il rispetto di determinati obblighi informativi e dell'adattamento dell'atto costitutivo alle norme vigenti nel territorio⁽¹³⁾. In altri termini, in questi ordinamenti l'intera disciplina del soggetto è rimessa all'ordinamento del foro, e poiché la costituzione della società non è avvenuta secondo tale disciplina, bensì secondo il diritto del paese d'incorporazione, l'ordinamento non la considera come validamente costituita e pertanto o non la riconosce, oppure la riconosce, ma la riqualifica come società di persone di fatto⁽¹⁴⁾; in entrambi i casi non vi sarebbe soluzione di continuità.

Ora, se questi sistemi (incorporazione e sede effettiva) venissero adottati dagli Stati in maniera «pura», ovvero senza alcun correttivo, l'effetto che si determinerebbe in sede di trasferimento, in capo alla società immigrante/emigrante nei rispettivi Paesi coinvolti (di arrivo e di partenza), dipende proprio dalla combinazione, o incontro, di questi sistemi.

In linea di principio, se il trasferimento avviene:

- da un Paese che adotta il principio dell'*incorporazione*, ad un Paese che adotta un analogo principio (*dell'incorporazione*), non dovrebbero sussistere problemi per la fattibilità del trasferimento. La continuità giuridica garantita dal sistema dell'*incorporazione* del Paese di partenza, consente alla società trasferita di continuare ad essere regolata in entrambi i Paesi (partenza e arrivo), secondo il diritto dello Stato originario di costituzione. Nel Paese di arrivo, infatti, la vigenza del principio di incorporazione non fa sorgere la necessità di una ricostituzione della società, poiché, in linea di massima, sarà riconosciuto lo statuto originario e sarà applicata la disciplina del luogo nel quale si è perfezionato il procedimento di incorporazione⁽¹⁵⁾;

- da Paese che adotta il principio dell'*incorporazione*, ad un Paese che adotta invece il principio della *sede effettiva*, si avrà che per lo Stato di partenza, la società continuerà ad esistere secondo il proprio diritto originario, mentre per lo Stato di arrivo, sarà necessario per il riconoscimento

⁽¹³⁾ WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. soc.*, 2003, 4, p. 734.

⁽¹⁴⁾ Così MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra gli ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, 6, nota 20, p. 564.

⁽¹⁵⁾ In tale senso anche la giurisprudenza italiana (Trib. Verona, 5 dicembre 1996), la quale afferma che «il principio cd. dell'incorporazione, vigente nei Paesi anglosassoni, non comporta, in linea di principio, la perdita automatica della nazionalità di provenienza in capo alla società incorporata, che viene accolta nell'ordinamento senza imporre quegli oneri e formalità di tipo civilistico, che caratterizzano invece l'ordinamento italiano, continuando la società a vivere secondo la legge dello Stato di provenienza».

della società, una sua ricostituzione. La società ivi ricostituita sarà poi regolata dalle norme vigenti in tale Paese. In via teorica, in seguito al trasferimento, si potrebbe quindi avere una società con doppia nazionalità e soggetta ad entrambi gli ordinamenti (cd. società bipolide) ⁽¹⁶⁾;

- da Paese che adotta il principio della *sede effettiva* a Paese che adotta analogo principio (*sede effettiva*), il trasferimento della sede dovrebbe determinare uno scioglimento nel primo Stato (di partenza) ed una necessaria ricostituzione nel secondo (Stato di arrivo) secondo le norme ivi applicabili. Si avrebbe in tale ipotesi una discontinuità assoluta nella vita della società ⁽¹⁷⁾;

- da Paese che adotta il principio della *sede effettiva* a Paese che segue il sistema *dell'incorporazione*, in quest'ultimo caso il trasferimento della sede porterebbe nel primo Stato (di partenza) allo scioglimento della società, mentre nello Stato di arrivo si dovrebbe avere, almeno in via teorica, il riconoscimento secondo la legislazione dello Stato di costituzione. Ma avendo lo Stato di costituzione determinato di fatto lo scioglimento della società, si dovrebbe a questo punto accettare la necessaria ricostituzione della società nello Stato di arrivo, in quanto diversamente si avrebbe una società apolide ⁽¹⁸⁾.

In realtà, come già accennato e come vedremo meglio in seguito analizzando la disciplina del nostro Paese, si deve ribadire che gli Stati, anche se adottano uno dei due sistemi indicati (incorporazione o sede), nella pratica lo temperano con eccezioni e particolarismi che finiscono per inquinare il meccanismo teorico di funzionamento e rendono di fatto poco plausibile la casistica proposta ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ Potrà verificarsi che una società operante a livello internazionale che decide di trasferire la sede in uno Stato membro diverso da quello di origine, venga assoggettata all'applicazione concorrente della propria legge personale e di un'altra legge. Così MARGIOTTA, *Il trasferimento della sede all'estero*, in *Riv. not.*, 2004, 3, p. 654, che richiama in nota 6; BALLARINO, *La società per azione nella disciplina internazionalprivatistica*, Padova, 1999, pp. 62 e 99, che prende atto di una possibile condizione di doppia nazionalità per le società.

⁽¹⁷⁾ Il trasferimento del centro dell'amministrazione può dare luogo allo scioglimento della società quando il trasferimento avviene verso un Paese che a sua volta adotta il criterio della sede, nel qual caso è pacifico che ha luogo un mutamento dello statuto della società. Così BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, 4, p. 691.

⁽¹⁸⁾ WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 730.

⁽¹⁹⁾ Occorre precisare ancora che la situazione vigente nei vari Paesi può presentarsi ulteriormente complicata se gli ordinamenti accolgono anche il cd. principio del rinvio. Per cui uno Stato che adotta teoricamente il principio dell'incorporazione, potrebbe, di fatto, applicare il principio della sede a seguito del rinvio internazionalprivatistico imposto dall'ordinamento. Sul punto si v. PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, III, 1, 2003, p. 121.

Pertanto in sede di trasferimento della sede all'estero, si dovrà sempre indagare la disciplina realmente vigente nei Paesi coinvolti.

3. - Per quanto riguarda la situazione all'interno dell'Unione europea, si deve osservare che in assenza di norme di diritto comunitario positivo ⁽²⁰⁾, per lungo tempo è apparso dubbio se il diritto di stabilimento sancito dal Trattato ⁽²¹⁾, potesse essere limitato dalle norme dei singoli Stati membri, per cui il trasferimento delle società fosse di fatto ostacolato ⁽²²⁾.

In dottrina, il dibattito sulla compatibilità delle regole internazional-privatistiche dei singoli Stati membri, in materia di riconoscimento delle società, con la libertà di stabilimento *ex artt.* 43 e 48, Trattato Ce, è stato infatti molto vivo, anche in corrispondenza delle posizioni sostanzialmente non univoche che la Corte giust. Ce ha assunto in merito nel tempo

⁽²⁰⁾ Si ricorda che la proposta di XIV direttiva (progetto della Commissione, doc. n. XV/6002/97, è stato approvato il 22 aprile 1997) avente ad oggetto i trasferimenti di sede all'interno dell'Unione, non è stata ancora approvata, anche se spunti importanti sono offerti dalla disciplina della Società europea.

⁽²¹⁾ La libertà di stabilimento disciplinata dagli artt. da 43 a 48 del Trattato Ce (previgenti 52 e 58) consiste nel diritto di stabilirsi in uno Stato membro diverso da quello di origine, per svolgervi in modo stabile un'attività economica di natura non subordinata, alle stesse condizioni poste dalla legislazione dello Stato di stabilimento nei confronti dei propri cittadini (cd. principio del trattamento nazionale).

Lo stabilimento comporta «l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio nonché, la costituzione e la gestione di imprese ed in particolare di società e l'apertura di agenzie, succursali, filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro» (art. 43 Trattato Ce).

L'art. 48, ai fini della libertà di stabilimento, equipara alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri, «le Società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro ed aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro dell'attività principale all'interno della comunità».

La libertà di stabilimento è incondizionatamente assicurata dal Trattato, compresa la facoltà di aprire succursali (cd. libertà di stabilimento secondario), salvo le deroghe di cui all'art. 46, tramite le quali si può limitare con disposizioni legislative, regolamentari, amministrative, la libertà per gli stranieri, per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica. La tutela dei creditori, la garanzia dei controlli fiscali e la correttezza del commercio non rientrano, invece, tra le ipotesi che possono giustificare una restrizione della libertà di stabilimento, né possono essere comprese nella nozione di ordine pubblico e di pubblica sicurezza. MARGIOTTA, *Il trasferimento delle sedi all'estero*, in *Riv. not.*, 2004, 3, p. 653.

⁽²²⁾ Rinviamo all'ultimo capoverso della nota 7 per le diverse norme di conflitto nazionale, adottate dai diversi Paesi europei, la cui convivenza all'interno dell'Ue ha determinato non pochi ostacoli al trasferimento delle società in ambito europeo.

(23). In uno dei suoi primi interventi – caso *Daily Mail* (24) – la Corte, invertendo in un certo senso il filone interpretativo fino da allora espresso

(23) Per più estese disamine del percorso giurisprudenziale di interpretazione del principio della libertà di stabilimento in ambito comunitario, si rinvia a PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Riv. not.*, 2004, p. 352 s.; BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, 4, p. 669 ss. e LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il “caso Überseering Bv”: tra armonizzazione e concorrenza fra gli ordinamenti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, 4, p. 456 ss.

(24) Sentenza 27 settembre 1988, causa n. 81/87, in *Società*, 1990, p. 297, ed in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Comunità europee*, nn. 358-359. Nel caso in esame, una *holding* inglese, la *Daily Mail and Heneral Trust Plc*, voleva trasferire, per ragioni fiscali (realizzare una parte del suo portafoglio titoli, sottraendosi alla relativa imposta britannica che colpiva il plusvalore dei titoli), la propria sede amministrativa in Olanda, dove il sistema fiscale tassava solo le sopravvenienze realizzate dopo il trasferimento della sede nel proprio territorio. Secondo la normativa inglese, il trasferimento era subordinato all'autorizzazione dell'amministrazione tributaria inglese, che nel caso concreto era stata negata, perché nel diritto inglese la residenza fiscale coincide con la sede amministrativa, per cui spostando quest'ultima la Società sarebbe stata sottratta al fisco inglese.

La società ricorse allora alla *High Court of justice* inglese, la quale richiese in via pregiudiziale alla Corte giust. Ce di pronunciarsi sulla contrarietà, o meno, agli artt. 52 e 58 (ora artt. 43 e 48) del Trattato, delle norme interne inglesi che subordinano, ad una specifica autorizzazione, il trasferimento di una società commerciale avente l'amministrazione sul suo territorio, in un altro Stato membro.

Il diritto di cambiare domicilio è esplicitamente previsto solo favore delle persone fisiche, da una direttiva del consiglio (n. 73/148 del 21 maggio 1973): nel caso concreto occorre stabilire se fosse operante l'equiparazione delle società alle persone fisiche riconosciuta, ai fini del diritto di stabilimento, dall'art. 58 del Trattato. Suscitando numerose critiche, la Corte europea, con la sentenza 27 settembre 1988, ha dato ragione all'amministrazione fiscale inglese, dichiarando che il requisito dell'autorizzazione non veniva meno a causa delle norme comunitarie sullo stabilimento ed insistendo sulla «dipendenza» delle società, per quanto riguarda creazione ed esistenza, dal diritto degli Stati.

«Diversamente dalle persone fisiche – osserva la Corte – le società sono enti creati da un ordinamento giuridico e, allo stato attuale del diritto comunitario, da un ordinamento giuridico nazionale. Esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento». Queste continua la Corte, «presentano notevoli differenze relative sia al criterio di collegamento con il territorio nazionale richiesto per la costituzione di una società, sia alla facoltà di una società costituita secondo tale legislazione di modificare in seguito detto criterio di collegamento. Talune legislazioni esigono che non solo la sede legale ma anche la sede reale, cioè l'amministrazione centrale della società, siano ubicate sul loro territorio, ragion per cui lo spostamento dell'amministrazione centrale da tale territorio presuppone lo scioglimento della società con tutte le conseguenze che ne discendono sotto il profilo del diritto delle società e del diritto fiscale. Altre legislazioni riconoscono alle società il diritto di trasferire all'estero la loro amministrazione centrale, ma alcune come il Regno Unito, sottopongono detto diritto ad alcuni limiti e gli

(caso *Commissione c/Francia* ⁽²⁵⁾ e caso *Segers* ⁽²⁶⁾), decise che dalla norma disciplinante la libertà di stabilimento « non può evincersi l'attribuzione alle società di diritto nazionale, di un diritto a trasferire la direzione e l'amministrazione centrale in un altro Stato membro pur conservando la qualità di società dello Stato membro secondo la cui legislazione sono state costituite », e quindi le suddette norme sulla libertà di stabilimento

effetti giuridici del trasferimento variano da uno Stato membro all'altro, in special modo sul piano fiscale ».

« Secondo il Trattato – osserva ancora la Corte – la diversità delle legislazioni nazionali sul criterio di collegamento previsto per le loro società nonché sulla facoltà, ed eventualmente modalità, di un trasferimento della sede, legale o reale, di una società di diritto nazionale da uno Stato membro ad un altro costituisce un problema, la cui soluzione non si trova nelle norme sul diritto di stabilimento, dovendo essere invece affidata ad iniziative legislative o pattizie, tuttavia non ancora realizzatesi ».

« Pertanto gli artt. 52 e 58 del Trattato debbono essere interpretati nel senso che allo stato attuale del diritto comunitario non conferiscono ad una società, costituita secondo la legislazione di uno stato membro e con sede legale in detto Stato, il diritto di trasferire la sede della direzione in altro Stato membro ».

In conclusione quindi « Allo stato attuale del diritto comunitario le condizioni alle quali una società può trasferire la propria sede da uno Stato membro all'altro sono ancora di competenza del diritto nazionale dello Stato ove essa è stata costituita e di quello dell'ospitante ».

⁽²⁵⁾ Sentenza del 28 gennaio 1986, causa n. 279/83, in *Raccolta delle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità Europee*, 1986, p. 273. Nel caso, si decise su un ricorso presentato dalla Commissione contro la Repubblica francese, perché questa non aveva esteso alle succursali ed alle agenzie costituite in Francia dalle società assicuratrici di altri Stati membri, il credito d'imposta di cui godevano le corrispondenti società francesi. La Corte, con la sentenza del 28 gennaio 1986, stabilì che alle società costituite secondo la legge di uno Stato membro, con sede o centro dell'attività principale nella Comunità, deve essere riconosciuto il diritto di svolgere la propria attività in altro Stato membro per mezzo di agenzie, succursali o filiali, godendo degli stessi diritti riconosciuti alla società nazionali.

⁽²⁶⁾ Sentenza 4 dicembre 1986, causa n. 205/84, in *Raccolta delle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*, 1986, p. 2375, ed in *Foro it.*, 1987, IV, c. 313. Il caso *Segres*, riguardava un cittadino olandese, dirigente di una società di diritto olandese, con sede nei Paesi Bassi, al quale a seguito della trasformazione della società in un'affiliata di una *private company limited by share* inglese, venne comunicato che non poteva più continuare ad usufruire delle prestazioni di malattia contemplate dalla normativa olandese sull'assicurazione obbligatoria, perché non poteva più considerarsi un lavoratore dipendente della impresa olandese. La Corte europea adita in merito alla contestazione sorta, stabilì nella sentenza 4 dicembre 1986, che la società, costituita secondo il diritto di un altro Stato membro, a norma del (previgente) art. 52 del Trattato, ha il diritto di svolgere la propria attività commerciale nei Paesi Bassi, allo stesso modo delle società di diritto olandese, e che questa equiparazione comprende il diritto d'isciversi ad un determinato regime previdenziale.

«allo stato attuale del diritto comunitario non conferiscono ad una società, costituita secondo la legislazione di uno Stato membro e con sede legale in detto Stato membro, il diritto di trasferire la sede della direzione in un altro Stato membro». Da questo orientamento, la dottrina ⁽²⁷⁾ ha tratto che, in tema di trasferimento della sede sociale, le norme di conflitto nazionali, conserverebbero piena vigenza, per cui il trasferimento delle società in ambito comunitario, potrebbe risultare ostacolato dai singoli ordinamenti nazionali.

In realtà nella *Daily Mail*, dopo un'apodittica determinazione, secondo la quale il diritto di stabilimento sarebbe esercitabile per il tramite di una succursale o di una sede secondaria, vi è stato il riconoscimento del diritto di uno Stato membro di limitare il trasferimento all'estero della sede di una società, facendo ricorso a motivazioni di ordine pubblico (nel caso di specie fiscali).

Ma ciò che è ancora più utile osservare, è che la sentenza fa riferimento esplicitamente allo «stato attuale del diritto comunitario», pertanto per ritenere ancora valido l'orientamento giurisprudenziale espresso nella *Daily mail*, ci si deve chiedere, dopo quasi 20 anni dall'emissione della sentenza, se lo stato del diritto comunitario è rimasto immutato.

Ciò che è sicuramente mutato è l'evoluzione dell'indirizzo giurisprudenziale stesso della Corte sull'interpretazione del principio della libertà di stabilimento.

Nei più recenti casi *Überseering*, *Centros*, *Inspire Art Ltd*, la Corte argomentando sulla base della libertà di stabilimento, ha sostanzialmente affermato che:

- le società validamente costituite secondo il diritto di uno Stato membro debbono essere automaticamente riconosciute da parte di ogni altro Stato membro in cui le stesse intendono trasferire la propria sede effettiva, indipendentemente dal fatto che svolgono o meno un'attività eco-

(27) BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 359 e MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 573. Contro tale interpretazione PETRELLI, *Lo Stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Riv. not.*, 2004, p. 354 il quale afferma che «la sentenza non sancisce – contrariamente a quanto frettolosamente ritenuto da alcuni interpreti – la legittimità di restrizioni alla libertà di stabilimento da parte dello Stato di origine della società, ma riconosce semplicemente (come chiarito anche dalla successiva sentenza *Überseering*, *infra* citata) la possibilità che detto Stato di origine non mantenga ulteriormente la personalità giuridica di diritto interno dell'ente a seguito del trasferimento di sede all'estero (impregiudicato, invece, l'obbligo di riconoscimento, da parte del medesimo Stato di origine, della nuova personalità giuridica di diritto straniero che l'ente eventualmente acquisisca come conseguenza del medesimo trasferimento di sede)».

nomica nello Stato di costituzione. Pertanto è legittimo che una società si costituisca in uno Stato membro, ed eserciti la propria attività esclusivamente in un altro Stato (*Centros*)⁽²⁸⁾;

- le società validamente costituite all'estero, devono essere riconosciute dagli altri Paesi, i quali non possono né imporre una riqualificazione delle società straniere tale per cui alle stesse non sia riconosciuta la personalità giuridica e processuale (*Überseering*)⁽²⁹⁾, né pos-

(28) Sentenza 9 marzo 1999, causa C-212/97, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 553. Il cd. caso *Centros* riguardava due coniugi danesi che avevano costituito una società a responsabilità limitata nel Regno Unito, con un ridottissimo (e non versato) capitale sociale, al solo scopo di aprire successivamente una succursale in Danimarca, con la quale la società avrebbe effettivamente svolto la propria attività di *import - export* in vini, evitando così la soggezione alla severa disciplina danese sul capitale sociale minimo. A fronte del rifiuto alla registrazione, opposto dalla competente autorità danese e della conseguente vicenda giudiziale, la Corte Suprema della Danimarca aveva sollevato questione pregiudiziale alla Corte giust. Ce, in ordine alla compatibilità del rifiuto di registrazione, con la libertà di stabilimento. Con la sentenza 9 marzo 1999, la Corte ha reputato che: 1) l'apertura di una succursale in uno Stato membro (nella fattispecie in Danimarca) da parte di una società avente la sede sociale in un altro Stato membro (Regno Unito), rientra nell'ambito della libertà di stabilimento *ex artt.* 43 e 48 del Trattato; 2) la scelta di localizzarsi in Stati con norme societarie meno severe, non costituisce abuso del diritto di stabilimento; 3) nel caso di specie il rifiuto di registrazione non può essere giustificato da motivi di ordine pubblico *ex art.* 46 del Trattato; 4) pur rimanendo aperta la possibilità che i singoli Stati assumano misure idonee per contrastare eventuali frodi, la lotta alle stesse non può giustificare una prassi di diniego della registrazione di una succursale di società che ha sede in un altro Stato membro. PERONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul «caso Centros»*, in *Riv. soc.*, 2001, 5, p. 1292.

(29) Sentenza 5 novembre 2002, n. C-208/00. Il caso *Überseering Bv* portato di fronte alla Corte di giustizia, coinvolgeva, come ricorrente, la società a responsabilità limitata *Überseering Bv*, costituita nei Paesi Bassi ed iscritta dal 1990 nel registro delle imprese olandese, la quale a seguito del suo trasferimento della sede effettiva in Germania (avvenuto in forza del diritto tedesco in corrispondenza dell'acquisizione, nel 1995, della società da parte di due soggetti tedeschi), si era vista negare in sede di un contenzioso civile innanzi alle Corti tedesche (tribunale e corte d'appello), la capacità processuale in Germania. Secondo il codice di procedura civile tedesco, infatti, hanno capacità processuale le persone in possesso della capacità giuridica, la quale, nel caso delle società, si determina secondo il loro statuto personale disciplinato dal diritto dello Stato in cui si trova la sede amministrativa principale. Di conseguenza, la *Überseering Bv*, non essendosi iscritta nel registro delle società tedesco, non aveva acquistato per lo Stato tedesco la capacità processuale, ed allo stesso tempo, essendosi stabilita in Germania, aveva perso la capacità «olandese». La questione, giunta innanzi alla Corte Suprema di Cassazione, era da questa stata rinviata alla Corte europea affinché la stessa si esprimesse in via pregiudiziale su due questioni: (1) «se gli artt. 43 e 48 del Trattato debbano essere interpretati nel senso che si pone in contrasto con la libertà di stabilimento delle società, il fatto che la capacità giuridica e la capacità processuale di una

sono imporre l'applicazione di una normativa speciale (*Inspire Art Ltd*)⁽³⁰⁾.

società, validamente costituita secondo il diritto di uno Stato membro, vengano valutate sulla base del diritto dello Stato dove detta società ha trasferito la propria sede amministrativa effettiva, e che il diritto di quest'ultimo Stato, comporta che la società di cui trattasi non può più far valere in giudizio in tale Stato i propri diritti *ex contractu*».

Ed in caso di soluzione affermativa della prima questione: (2) «se la libertà di stabilimento delle società (artt. 43 e 48 Ce) implichi che la capacità giuridica e la capacità processuale debbano essere valutate sulla base del diritto dello Stato dove la detta società è stata costituita». La Corte in merito statuisce che a *Überseering*, come società costituita secondo il diritto dei Paesi Bassi, deriva tutela, in forza di questa sua costituzione originaria, secondo il combinato disposto degli artt. 43 e 48 Trattato Ce. Soprattutto, *Überseering*, deve essere trattata dall'ordinamento tedesco come società di diritto olandese, e deve poter fruire come tale, della libertà di stabilimento. In questo contesto, dunque, il requisito della ricostruzione in Germania equivarrebbe, pertanto, alla negazione stessa del diritto di stabilimento.

La Corte precisa ancora che in talune circostanze, se pur si possono giustificare restrizioni alla libertà di stabilimento, in ogni caso gli obiettivi perseguiti non possono, comunque giustificare la negazione della capacità giuridica, ossia dello *status* di società validamente costituita in un altro Stato membro: tale negazione equivarrebbe alla negazione stessa della libertà di stabilimento. Quindi la Corte ritiene che lo Stato d'arrivo non ha il potere di negare capacità giuridica e la capacità processuale alle società.

Circa la seconda questione pregiudiziale, la Corte afferma che lo Stato membro di stabilimento deve rispettare la capacità processuale che la società possiede in forza del diritto dello Stato membro di costituzione. Sulla base di questa decisione della Corte di giustizia, la Suprema corte tedesca ha infine riconosciuto *Überseering* secondo lo statuto personale originario di diritto olandese. LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il "caso Überseering Bv": tra armonizzazione e concorrenza fra gli ordinamenti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, 4, p. 456; BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norma imperativa, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, 4, p. 690 ss.

⁽³⁰⁾ Sentenza 30 settembre 2003, causa C-167/01. Il caso vede contrapporsi la società di diritto inglese *Inspire Art Ltd*, operante esclusivamente tramite succursale nei Paesi Bassi, e la *Kaamer van Koophandel* di Amsterdam, circa la compatibilità degli obblighi imposti in Olanda alle «società formalmente straniere», ovvero quelle società costituite conformemente ad un diritto diverso da quello olandese, ma prive di legami effettivi con questo diverso Stato poiché operanti esclusivamente (o quasi) in Olanda, con il principio della libertà di stabilimento vigente in ambito europeo ex artt. 43-48 del Trattato.

In breve, sulle questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di giustizia (compatibilità della normativa olandese sulle «società formalmente straniere», agli artt. 43 e 48 del Trattato, ed eventuale rilevanza di motivi di interesse generale ex art. 46 del Trattato a giustificazione della normativa olandese) la stessa si esprimeva con la sentenza 30 settembre 2003, dove rifacendosi esplicitamente al caso *Centros*, afferma che «con l'eccezione dei casi di frode, i motivi per i quali una società sceglie di formarsi in uno Stato membro piuttosto che in un'altro sono irrilevanti ai fini dell'applicazione delle norme sulla libertà di stabilimento: non costituisce, pertanto abuso, la scelta di costituirsi in uno Stato membro al solo scopo di

Dalla sostanziale affermazione del principio della libertà di stabilimento che emerge in queste sentenze, e dal conseguente diritto di scegliere in quale ordinamento incardinare giuridicamente una società in ambito europeo, la dottrina ha tratto una deroga alle norme nazionali di conflitto, nella misura in cui queste ultime facciano ricorso alla teoria della sede effettiva della società (*Sitztheorie*) ⁽³¹⁾. A nostro avviso appare in-

godere di una legge più favorevole, anche se l'attività economica venga svolta interamente o prevalentemente in altro Stato». In conclusione per la Corte la circostanza che una società non conduca nessuna attività nello Stato membro in cui ha la sua sede legale, e sia attiva interamente o principalmente nello Stato dove ha stabilito la sua sede secondaria, non è sufficiente ad integrare i presupposti necessari al fine di imporre ad essa misure giuridiche restrittive, negandole i benefici delle previsioni comunitarie in tema di diritto di stabilimento. *I problemi del caso Centros in una recentissima sentenza della Corte di Giustizia: il caso Inspire Art*, in notizie, in *Riv. soc.*, 2003, 5, p. 1157.

⁽³¹⁾ In merito la dottrina ha parlato, sia pure con varie sfumature, di superamento in ambito comunitario della teoria della sede, e quindi indirettamente di affermazione della teoria dell'incorporazione. Sul punto PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Riv. not.*, 2004, p. 361, con richiami a C.N.N. (estensore Calò), *Trasferimento all'estero della sede sociale (2 maggio 2001)*, in *Studi e materiali*, 2002, 1, p. 69; C.N.N. (estensore Barone), *Diritto comunitario e disciplina applicabile alle sedi secondarie di società estere (7 settembre 2001)*, *ivi*, 2002, 1, p. 301; MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2003, p. 29; COLANGELO, *Überseering e lo shopping giuridico dopo Centros*, in *Corriere giur.*, 2003, p. 307; GNES, *Il diritto di stabilimento delle società nell'Unione europea: un nuovo «caso Delaware»?*, in *Giornale dir. amm.*, 2003, p. 137; WYMEERSCH, *The transfer of the company's seat in European company law*, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 661; BARRA CARACCILO, *Libertà di stabilimento e rilevanza della personalità giuridica riconosciuta presso altro Stato-membro: prime aperture della Corte di giustizia europea*, in *Foro amm.*, 2002, p. 2754; CARBONE, *La corporate governance della società europea nel reg. n. 2157/2001: tra norme materiali uniformi e tecniche di diritto internazionale privato*, in *Dir. comm. internaz.*, 2002, p. 133; PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione fra gli ordinamenti? Riflessioni sul «caso Centros»*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 1292; CARRARO, *Il caso Centros Ltd. e il criterio di collegamento internazionale-privatistico della sede effettiva*, in *Dir. fall.*, 2001, p. 851; BENEDETTI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2001, p. 569; MUNARI-TERRILE, *The Centros Case and the Rise of an EC Market for Corporate Law*, in *Dir. Unione europea*, 2001, p. 1; MECHELLI, *Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'Unione europea*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, p. 83; MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 571 ss.; GESTRI, *Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge: il caso Centros*, in *Riv. dir. internaz.*, 2000, p. 71; DELLA CHÀ, *Companies, right of establishment and the Centros judgment of the european Court of Justice*, in *Dir. comm. internaz.*, 2000, p. 4. Ed ancora LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il caso U tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, p. 463 e BALLARINO, *Sulla mobilità del-*

negabile l'impatto che queste sentenze possono avere sulla mobilità della società all'interno dell'Europa, anche perché ricordiamo che le posizioni della Corte giust. Ce, ai fini dell'interpretazione delle norme comunitarie, seppur non vincolanti al di là del caso concreto sul quale intervengono in via pregiudiziale, influiscono in maniera determinante sulla concreta applicazione delle norme chiamate ad interpretare⁽³²⁾.

Alcuna dottrina appare invece più dubitativa in merito⁽³³⁾, sostenendo che tali sentenze, pur innovative⁽³⁴⁾ non arriverebbero a riconoscere alle società un pieno diritto di stabilimento primario⁽³⁵⁾.

le società nella Comunità europea. Da Daily Mail e Überseering: norme interpretative, norme di conflitto e libertà comunitarie, in *Riv. soc.*, 2003, p. 694, il quale osserva che se pur «il principio della sede è la prima vittima di questa giurisprudenza della Corte, tuttavia, non si tratta di un accantonamento ma di un ridimensionamento e che le sentenze citate non hanno dato luogo ad un nuovo d.i.pr. di derivazione europea».

⁽³²⁾ Si v., ad es., come l'orientamento della giurisprudenza comunitaria in tema di libertà di stabilimento, abbia influenzato e modificato anche la giurisprudenza tedesca. V. nota 11 ed in particolare la sentenza del BGH del 14 marzo 2004.

⁽³³⁾ AMBROSINI, *Modernizzazione del diritto societario e Società europea*, in *Dir. comm. internazionale*, 2003, 4, p. 692. Nel senso di una non risoluzione del problema del diritto effettivo di stabilimento primario per le società nella Comunità europea, si esprime anche GIULIANI THOMPSON, *Il conflitto nell'applicazione del diritto di stabilimento primario e secondario delle società europee*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2000, p. 229.

⁽³⁴⁾ In quanto superano l'assunto della sentenza *Daily Mail*, secondo il quale le società di capitali sono soggetti completamente dipendenti dalle legislazioni nazionali, in quanto esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento.

⁽³⁵⁾ La distinzione tradizionale tra libertà di stabilimento primaria e secondaria, precedente a *Centros* e *Überseering*, interpretava la prima come manifestazione giuridica ed economica, nel senso di costituzione di una società e svolgimento dell'attività economica principale in un primo Stato membro; la seconda, come manifestazione giuridica di un'attività economica secondaria, connessa e sussidiaria, oppure come la creazione di una società figlia in un altro Stato membro. Tale concezione viene superata e modificata, in termini di qualificazione e rilevanza sul piano giuridico, in seguito a *Centros* e *Überseering*, acquisendo dei contorni diversi, fondati su un nuovo sistema di conflitto di leggi di derivazione europea. Questo sistema trova il suo fondamento giuridico nelle norme primarie degli artt. 43 e 48 del Trattato. In tale sistema, lo stabilimento primario si può ricondurre fino al caso limite di una mera costituzione formale della società (*mail box company*), accompagnata da uno stabilimento secondario (ma in realtà primario per quanto concerne il reale svolgimento dell'attività economica), dove viene svolta tutta l'attività economica (*Centros*), oppure non accompagnata del tutto da uno stabilimento secondario «registrato», ma direttamente agente nello Stato ospitante, in forza della validità della costituzione primaria d'origine (*Überseering*). LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il «caso Überseering»: tra armonizzazione e concorrenza fra gli ordinamenti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, 4, p. 467.

Altra dottrina ancora ⁽³⁶⁾ ritiene invece che la Corte superi con queste posizioni anche la tradizionale teoria dell'incorporazione, e ne individua una nuova.

Nella libertà di stabilimento, si sarebbe introdotto infatti un nuovo orientamento definibile come teoria della costituzione comunitaria. Seguendo quest'ultima, quando una società si costituisce secondo l'ordinamento di uno Stato membro, tutti gli Stati membri devono ammetterla nel loro territorio, anche se la società non è più qualificabile come società domestica per l'ordinamento di originaria costituzione. Il mutuo riconoscimento non può essere negato per il fatto che la società abbia trasferito l'amministrazione centrale o il centro di attività principale in un altro Stato membro, anche se in forza della legge applicabile degli ordinamenti coinvolti questo trasferimento comporterebbe una *disqualification* della società. Il diritto societario nazionale, incluse le regole sulle norme di conflitto, deve arrestarsi di fronte ai superiori principi di libertà del Trattato.

Di conseguenza, l'ordinamento nazionale di origine non ha più alcun potere di riconoscimento né di accesso, una volta che la società abbia trasferito l'amministrazione centrale o il centro di attività principale oltre i confini dello Stato di incorporazione. Né alcun altro ordinamento ha il diritto di contestare la valida esistenza della società attraverso il ricorso ai propri criteri sulle norme di conflitto, o a quelli dello Stato di origine. Questa formulazione si discosta molto dalla tradizionale dottrina dell'incorporazione e postula un approccio guidato dal diritto comunitario che permette di integrare – se non trascendere – dai tre criteri di collegamento dell'art. 48 ⁽³⁷⁾.

Anche per quanto riguarda poi il diritto positivo europeo deve ritenersi che lo scenario di riferimento sia molto mutato rispetto ai tempi della sentenza *Daily Mail*.

Importanti progressi nella direzione della risoluzione dei problemi legati al trasferimento di sede, sono infatti stati fatti con la creazione del nuovo modello della Società europea ⁽³⁸⁾, nonché con l'adozione della direttiva sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali ⁽³⁹⁾, la quale

⁽³⁶⁾ WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede delle società nel diritto societario europeo*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 748. Sul punto v. anche PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Riv. not.*, 2004, p. 361 s. dove in nota 34, si riportano altre considerazioni, *pro e contro*, della dottrina, in merito.

⁽³⁷⁾ *Contro* la configurazione di tale autonoma teoria, sembrerebbe anche BALLARINO, *Sulla mobilità delle società*, *op. cit.*, p. 694, nota 31.

⁽³⁸⁾ Reg. Ce n. 2157 dell'8 ottobre 2001.

⁽³⁹⁾ Dir. Ce 2005/56 del 26 ottobre 2005, pubblicata nella *G.U. Ce* il 25 novembre 2005. La direttiva, in base all'art. 19, deve essere recepita obbligatoriamente in ogni Stato membro entro il 15 dicembre 2007.

contribuisce ad agevolare i trasferimenti all'estero, in quanto è ben noto che attraverso la fusione di due società con sede in differenti Stati, si realizza di fatto anche il trasferimento di sede della società incorporata nello Stato dell'incorporante ⁽⁴⁰⁾.

Per quanto riguarda la SE, ricordiamo brevemente, che la possibilità di trasferirne la sede sociale in uno altro Stato membro, senza che questo comporti lo scioglimento della società, è esplicitamente previsto nell'art. 8 del Regolamento n. 2157 del 2001, in base al quale il trasferimento della sede sociale di una SE in un altro Stato membro *non dà luogo a scioglimento né alla costituzione di una nuova persona giuridica*. Il Regolamento prescrive poi che al trasferimento di sede della SE, deve necessariamente corrispondere anche il trasferimento della sua amministrazione centrale, in quanto l'art. 7 del Regolamento prevede che «la sede sociale della SE deve essere situata all'interno della Comunità, nello stesso Stato membro dell'amministrazione centrale» ⁽⁴¹⁾.

Per quanto riguarda la procedura prevista per dare seguito al trasferimento, il Regolamento prevede che all'iscrizione della SE nel registro delle imprese dello Stato di destinazione, segua la successiva cancellazione da quello dello Stato di partenza ⁽⁴²⁾, facendo legittimamente ritenere che la società perda la nazionalità originaria e l'unica disciplina applicabile sia quella vigente nello Stato di destinazione ⁽⁴³⁾.

⁽⁴⁰⁾ Su come il ricorso ad entrambe le normative (trasferimento SE e fusione transfrontaliera) permetta di realizzare civilisticamente il *trasferimento della sede sociale all'estero* all'interno dei vari Paesi della Ue, eliminando le possibili problematiche civilistiche in caso di conflitto tra gli ordinamenti interni dei Paesi interessati, e quindi nell'ipotesi in cui tali conflitti non si ritengano superati nell'ambito comunitario in forza del principio della libertà di stabilimento, si permette di rinviare a RIGHINI, *La società europea e la fusione transfrontaliera, strumenti per il trasferimento all'estero della sede sociale*, in *Il fisco*, 2005, p. 5627.

⁽⁴¹⁾ È da segnalare come alcuni autori hanno messo in evidenza come con la disciplina della Società europea, il principio della sede, apparentemente «sbattuto fuori dalla porta» dalle citate sentenze, sia rientrato dalla finestra, proprio per il tramite della normativa della SE, che prevede l'obbligo della coincidenza tra sede legale e sede effettiva e l'applicazione alla SE della normativa del Paese della sede. BALLARINO, *op. cit.*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 695 ove richiama Roth, che si esprime in termini di *compromesso tra il principio della sede e quello dell'incorporazione*.

⁽⁴²⁾ Reg. n. 2157 del 2001, art. 11: «dopo la nuova iscrizione di una SE, il registro presso il quale essa è stata effettuata, notifica tale iscrizione al registro in cui la SE era precedentemente iscritta. La precedente iscrizione è cancellata all'atto di ricezione della notifica, ma non prima».

⁽⁴³⁾ Ricordiamo che la SE è disciplinata ai sensi dell'art. 9 del regolamento, oltre che dallo stesso e dalle disposizioni dello Statuto della SE, anche «dalle disposizioni di legge degli Stati membri, che si applicherebbero ad una società per azioni costituita in conformità della legge dello Stato membro in cui la SE ha la sede sociale».

La norma, che rappresenta la prima forma comunitaria «legalmente vincolante» sul trasferimento di sede di una società azionaria ⁽⁴⁴⁾ all'interno del territorio della Comunità, evidenzia come la scelta del legislatore europeo vada sicuramente inquadrata nel senso di un pieno riconoscimento della continuità giuridica del soggetto trasferito, prescindendo da altre possibili interpretazioni estensive di tale disciplina ⁽⁴⁵⁾.

Da questo mutato quadro si dovrebbe quindi poter ritenere che lo

È stato osservato che la disposizione, che consente di adottare un ordinamento differente per la SE attraverso il trasferimento della sua sede, legittima, di fatto, la concorrenza tra gli ordinamenti nazionali. In tale senso v. PORTALE, Prefazione a *Armonie e disarmonie nel diritto comunitario delle società di capitali*, 2003, p. XVIII, ove si richiama anche Lutter.

⁽⁴⁴⁾ Peraltro, evidenziamo che l'*Action Plan* della Commissione europea (è il «piano» per le future iniziative che la Commissione stessa intende intraprendere nell'ambito della modernizzazione del diritto societario nel corso dei prossimi anni – ed è allegato alla Comunicazione della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo, *Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A plane to Move Forward*), COM (2003) 284 del 21 maggio 2003) prendendo atto che il modello della SE è adatto più che altro a grandi imprese, propone l'approvazione nel medio periodo di un nuovo modello societario uniforme del tipo di società a responsabilità limitata (cd. *European private Company*). Tale modello societario dovrebbe essere adatto allo sviluppo di piccole e medie imprese e pertanto fondato su una larga autonomia contrattuale dei soci. AMBROSINI, *Modernizzazione del diritto societario e società europea*, in *Riv. dir. int.*, 17 aprile 2003, p. 689.

⁽⁴⁵⁾ A nostro avviso, infatti, se si volesse ritenere applicabile *tout cour* la disciplina del trasferimento della sede della SE anche alle altre società di capitali, si finirebbe con l'ostacolare la libera circolazione delle società.

Il meccanismo previsto nel trasferimento della SE (legge applicabile del luogo della sede) può ben funzionare solo con questa, in quanto la normativa della SE è sostanzialmente contenuta nel regolamento comunitario, per cui la normativa della società nel Paese di partenza e in quello di arrivo finiscono per coincidere.

Non altrettanto può dirsi nell'ipotesi di trasferimento della sede di società di capitali (non SE) poiché la loro disciplina nei vari Paesi europei, pur parzialmente armonizzata dalle direttive comunitarie, almeno per quanto riguarda le società azionarie, si presenta sostanzialmente non uniforme.

Per cui affermare che alla società di capitali trasferita in ambito europeo, analogamente a quanto avviene per le SE, si possa applicare la legge del Paese di destinazione, è poco plausibile proprio per la disomogeneità delle normative interne che potrebbero richiedere una sostanziale riqualificazione della società trasferita nel Paese di destinazione, facendo così venire meno il principio della continuità.

Evidenziamo ancora sul punto che l'art. 69 del Regolamento della SE prevede che, entro cinque anni dalla sua entrata in vigore, la Commissione presenti oltre ad una relazione sull'applicabilità del Regolamento, anche eventuali proposte di modifica prendendo in esame, fra l'altro, l'opportunità di «consentire l'ubicazione dell'amministrazione centrale e della sede sociale della SE in stati membri diversi».

«stato attuale del diritto comunitario» sia profondamente cambiato rispetto ai tempi della sentenza *Daily Mail*.

Innanzitutto a sentenze che limitano il diritto dei singoli Stati membri ad ostacolare l'esercizio della libertà di stabilimento per il tramite di norme interne, e ad un diritto positivo europeo (Società europea e direttiva fusioni) che legittima i trasferimenti, diretti o indiretti, della sede delle società, sembra difficile poter negare, in ambito europeo, il diritto al trasferimento transnazionale delle società⁽⁴⁶⁾, sempre che naturalmente si tratti di società che rientrano nel campo di applicazione dell'art. 48, comma 1° del Trattato e che quindi siano costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro ed abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ D'altronde, oggi, i motivi di pubblico interesse (fiscali) adottati dallo Stato di origine (v. *Daily Mail*) per ostacolare il trasferimento della sede (pur amministrativa) non hanno più ragione di esistere. Nell'attuale contesto giuridico, i singoli Paesi hanno evoluto i loro sistemi fiscali con la previsione di vari meccanismi (ad es. *exit tax*, regimi di sospensione d'imposta) che sostanzialmente consentono il trasferimento (in uscita) delle società senza pregiudizio fiscale per il Paese di origine. Oggi, quindi, una nuova *Daily Mail* non avrebbe ragione di riproporsi.

Che poi anche il regime delle *exit tax*, possa violare i diritti comunitari, questo è un altro punto ancora (è opportuno segnalare che con la sentenza *de Lasteyrie du Saillant, C 9/2002* si afferma il contrasto con il diritto comunitario delle norme nazionali che prevedono, in caso di trasferimento della sede sociale all'estero, l'immediato assoggettamento a tassazione delle plusvalenze latenti dei beni dell'azienda trasferiti, in quanto tale previsione scoraggia l'effettivo esercizio della libertà di stabilimento).

Così come d'altra parte, le altre sentenze richiamate, che riguardano invece tutti ostacoli posti dai Paesi di arrivo, hanno «colpito» l'utilizzo del criterio della sede effettiva e quindi hanno conseguentemente eliminato i possibili ostacoli al trasferimento delle società posti dai Paesi di arrivo. Così anche dal punto di vista di quest'ultimi (Paesi d'arrivo), non dovrebbero più sussistere impedimenti al riconoscimento delle società straniere.

In questo scenario apparirebbe quindi ingiustificabile, nonché oltremodo discriminatorio, consentire il trasferimento di una SE, ma non di altre società di capitali.

⁽⁴⁷⁾ Sul punto PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Riv. not.*, 2004, p. 357, il quale pur nella sostanziale valutazione di illegittimità delle restrizioni - sostanziali o fiscali - che comprimono il diritto della società a stabilirsi in un altro Stato membro osserva che «ovviamente, la piena attuazione dei principi suesposti si scontra con l'imperfetta armonizzazione dei diritti nazionali, che talvolta (come è, ad esempio, il caso della Germania) non disciplinano, anzi disconoscono il fenomeno del trasferimento della sede sociale da o all'estero. Tale circostanza può, in concreto, impedire l'effettivo esercizio della libertà di stabilimento, quantomeno nella forma del trasferimento della sede in altro Stato membro, e proprio in funzione di tali ipotesi si giustifica la disposizione dell'art. 293 del Trattato, che rimanda a negoziati tra gli Stati membri l'effettivo riconoscimento delle società, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da uno Stato all'altro, e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse».

4. – Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, l'ammissibilità del trasferimento transfrontaliero delle società (da e per l'estero) deve tener conto, oltre che della disciplina di diritto positivo ⁽⁴⁸⁾ di cui all'art. 25 ⁽⁴⁹⁾ della l. 31 maggio 1995, n. 218 ⁽⁵⁰⁾ e agli artt. 2507 ss. c.c. ⁽⁵¹⁾, anche dei principi di diritto comunitario, naturalmente qualora il trasferimento coinvolga (quale Stato di arrivo o partenza) uno Stato membro dell'Ue.

In base al nostro diritto internazionalprivatistico (ex art. 25, comma 1°, l. n. 218 del 1995) le società sono regolate ⁽⁵²⁾ dalla legge dello Stato in cui

⁽⁴⁸⁾ La quale si completa con le norme contenute nelle Convenzioni internazionali che l'Italia ha ratificato.

⁽⁴⁹⁾ Art. 25, l. n. 218 del 1995: «1. Le società le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti.

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

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

⁽⁵⁰⁾ Legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato.

⁽⁵¹⁾ Le norme del codice, Capo X del titolo V del libro V, dall'art. 2507 all'art. 2510, si applicano alle società costituite all'estero che istituiscono in Italia una sede secondaria. Ipotesi questa differente dai trasferimenti di sede sociale la cui disciplina deve essere rinvenuta nella l. n. 218 del 1995. Per il coordinamento di queste disposizioni (codice civile e l. n. 218 del 1995) ed un'analisi critica della mancata occasione della riforma del diritto societario ex d. lgs. n. 6 del 2003 per intervenire sugli aspetti transnazionali delle società si rinvia a MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 29 e BERLINGUER, *Alla ricerca del diritto comunitario: appunti sul diritto di stabilimento delle società di capitali alla luce del d. lgs. n. 6 del 2003*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2003, p. 342.

⁽⁵²⁾ Circa l'ambito applicativo della *lex societatis*, così individuata, dispone a titolo meramente indicativo dell'art. 25, comma 2°. Sul punto FIMMANÒ, *op. cit.*, p. 575, afferma «il comma 2° dell'art. 25, risolve poi il problema dell'ambito operativo della *lex societatis* nel senso della sua applicazione non solo ai fini genetici dell'ente e della sua capacità generale ma anche ai profili funzionali e cioè alla capacità di agire ed alle vicende di tutta la vita sociale. La locuzione 'in particolare' posta all'inizio della norma, evidenzia che l'elencazione delle materie è indicativa e non tassativa e non esaurisce l'ambito di applicazione per materia, che come detto, riguarda il complessivo funzionamento dell'ente».

si è perfezionato il procedimento di costituzione, salvo l'applicazione necessaria della legge italiana, qualora le società localizzano in Italia la sede o l'attività principale dell'impresa ⁽⁵³⁾.

Il criterio adottato dal nostro legislatore, contempera così il criterio dell'incorporazione, in base al quale il luogo di costituzione è il criterio guida per accertare la soggezione, o meno, delle società alla legislazione domestica, con quello della sede, prevedendo l'applicazione della normativa nazionale a quelle società che pur costituite all'estero, abbiano in Italia la sede amministrativa, ovvero l'oggetto principale della loro attività.

Pertanto una società sarà soggetta alla legge italiana quando è costitui-

⁽⁵³⁾ La scelta operata dall'art. 25, l. n. 218 del 1995 di accogliere nella *lex fori* organismi societari e non, provenienti da Stati stranieri richiama le disposizioni della Convenzione di Bruxelles del 29 febbraio 1968, sul reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche fra Stati comunitari. La Convenzione, non entrata in vigore poiché non ratificata da tutti gli Stati membri (sei a quella epoca) della Comunità economica europea (i Paesi Bassi non la ratificarono per timore che l'adozione del regime della Convenzione potesse dare origine ad uno stato di cose incompatibile con i propri principi di diritto internazionale privato che in materia di società si rifanno al puro principio dell'incorporazione, perciò in Olanda si riconoscono tutte le società straniere ovunque, e legittimamente, costituite), prevedeva il principio di riconoscimento delle società sulla base della costituzione laddove disponeva che «sono riconosciute di diritto le società civili o commerciali, costituite in conformità della legge di uno degli Stati contraenti». Nello stesso tempo nell'art. 4, si introduceva una deroga a favore del principio della sede effettiva prevedendo che gli Stati contraenti potessero dichiarare che non avrebbero applicato la convenzione alle società aventi la sede reale fuori dal territorio convenzionale e prive di connessioni con l'economia degli Stati membri. Ed ancora riservava agli Stati contraenti la facoltà di applicare le proprie norme alle società degli altri membri aventi la sede sul proprio territorio.

BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, 4, p. 669.

Il disposto dell'art. 25 non pregiudica, comunque, l'applicazione delle Convenzioni internazionali in vigore per l'Italia che prevalgono sulla disciplina nazionale (art. 2, l. n. 218 del 1995).

In presenza di trattati internazionali che prevedono il mutuo riconoscimento delle società e degli enti appartenenti agli Stati contraenti, non occorre la verifica delle condizioni di reciprocità di cui all'art. 16 Preleggi; il Trattato, quale norma speciale, prevale infatti sulla norma generale rappresentata dal sistema degli artt. 2505 ss. c.c. con la conseguenza che una società straniera costituita in conformità alla legislazione di uno degli Stati contraenti potrà mantenere in Italia il proprio statuto personale, senza per questo doversi adeguare agli adempimenti derivanti dall'applicazione della legge italiana.

In materia di società si assiste infatti ad un rifiuto dei normali procedimenti del diritto internazionale privato a favore della tecnica del riconoscimento diretto, prendendosi così atto dell'esistenza della società da parte di un ordinamento straniero. MARGIOTTA, *Il trasferimento delle sedi all'estero*, in *Riv. not.*, 2004, III, p. 652.

ta in Italia, oppure quando, costituita all'estero, abbia in Italia la sede amministrativa o l'oggetto principale della sua attività. In tale seconda ipotesi, la scelta del nostro legislatore, pur senza comportare la nazionalizzazione del soggetto estero (avendo l'Italia optato per il criterio del luogo di costituzione), rende operanti quelle norme di applicazione necessaria che una società svolgente attività economica nel nostro Paese è tenuta ad osservare.

Per quanto riguarda poi la possibilità del trasferimento della sede sociale in altro Stato, l'art. 25, comma 3°, ne dispone l'ammissibilità solo se posto in essere conformemente alle leggi degli Stati interessati ⁽⁵⁴⁾.

Dalla disposizione, può quindi trarsi che il trasferimento di società italiana all'estero è di per se legittimo, ma deve essere valutato con riferimento all'ammissibilità nell'ordinamento del Paese coinvolto. Pertanto nel nostro Paese, il trasferimento della sede sociale, a differenza di ciò che accade negli ordinamenti che adottano il criterio della sede «puro», non comporta *ex se* estinzione della società, con contestuale costituzione di un nuovo soggetto nello Stato di destinazione ⁽⁵⁵⁾, né un automatico riconoscimento della continuità giuridica della società, poiché gli effetti dello stesso sono subordinati alla verifica di compatibilità delle disposizioni dell'ordinamento giuridico italiano con quello dello Stato di destinazione ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ Già prima dell'introduzione della legge di riforma del sistema di diritto internazionale privato (l. 31 maggio 1995, n. 218), nel nostro ordinamento, la legittimità del trasferimento della sede sociale all'estero, nonché la continuità giuridica dell'ente trasferito, potevano trarsi indirettamente dalle disposizioni del c.c. Il nostro codice, pur non prevedendo una norma espressa per il trasferimento della sede all'estero, ne faceva infatti, e ne fa tuttora, esplicito riferimento negli artt. 2369, comma 5°, 2437 e 2473 c.c., dove si richiedono determinati *quorum* per la delibera di trasferimento all'estero della sede sociale (art. 2369, comma 5°) e si prevede tra le cause che nelle s.p.a. e nelle s.r.l., determinano il recesso del socio, proprio il trasferimento della sede sociale all'estero (artt. 2437 e 2473). Da queste disposizioni non poteva che trarsi, oltre che la legittimità del trasferimento, perché esplicitamente richiamato, la continuità giuridica della società che trasferiva all'estero la sua sede sociale, perché non ammettendo altrimenti tale continuità sarebbe risultata svuotata di significato la norma relativa al recesso del socio.

⁽⁵⁵⁾ In caso contrario, rileva CAVALLARO, *op. cit.*, p. 954, non si capirebbe il senso della disposizione che prevede il rispetto delle disposizioni normative contenute negli ordinamenti degli Stati di provenienza e destinazione del soggetto trasferito.

⁽⁵⁶⁾ PISCHETOLA, *Il trasferimento della sede sociale da e per l'estero*, in *Vita not.*, 2001, II, p. 586. In tale senso si è recentemente espressa la Cass., sez. un., 23 gennaio 2004, n. 1244, in *Giur. it.*, 2004, c. 2103, la quale, nel ribadire la legittimità del trasferimento all'estero della sede sociale, con riferimento alla l. n. 218 del 1995, art. 25, comma 3° ha affermato che «... il trasferimento della sede all'estero, in tanto ha efficacia come continuità del soggetto giuridico, in quanto, essendo stato il trasferimento medesimo posto in essere conforme-

È evidente che non potrà aversi continuità della società nel caso in cui, ad esempio, la società italiana deliberi il trasferimento della sede legale in uno Stato che esclude la legittimità di una tale operazione, prescrivendo in ogni caso la costituzione di un nuovo soggetto in conformità alle proprie leggi dettate per le società straniere. In tale caso la delibera di trasferimento dovrà ritenersi inefficace per l'ordinamento italiano ⁽⁵⁷⁾.

Qualora invece le discipline normative degli Stati coinvolti siano compatibili, il trasferimento della sede si realizzerà mediante la modifica, nel rispetto delle prescrizioni imposte dal codice civile, dello statuto da parte della società italiana ⁽⁵⁸⁾.

Diverso è il discorso, in ambito europeo, dove come già evidenziato, il principio della libertà di stabilimento, così come evolutosi nella giurisprudenza comunitaria, dovrebbe permettere il trasferimento della sede sociale, con sue peculiarità.

In particolare, dal punto di vista del diritto italiano, le società comunitarie costituite in un altro Stato membro, anche se trasferiscono in Italia la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale della loro attività saranno sempre regolate dalla legge del Paese di costituzione, in deroga all'art. 25, comma 1° seconda parte, che quindi, come evidenziato da attenta dottrina ⁽⁵⁹⁾ si deve ritenere implicitamente abrogato, così come le disposizioni contenute nell'art. 25, comma 3°, poiché in ambito europeo il trasferimento della sede non può ritenersi condizionato.

Per quanto riguarda la posizione della giurisprudenza italiana in mate-

mente alle leggi degli Stati interessati, questi concordino sugli effetti da attribuire alla vicenda societaria...».

⁽⁵⁷⁾ DAL SOGLIO, *Il trasferimento della sede all'estero e procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 560, con rinvio a BENEDETTELLI, *Art. 25*, in l. 31 maggio 1995, n. 218. *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Nuove leggi civ.*, a cura di S. Biriatti, 1996, p. 1108 ss.

⁽⁵⁸⁾ CAVALLARO, *op. cit.*, p. 956.

⁽⁵⁹⁾ Si esprimono per l'implicita abrogazione della seconda parte del comma 1° dell'art. 25, l. n. 218 del 1995, MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. inter. proc. civ.*, 2003, p. 39, con rinvio a BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. inter. proc. civ.*, 2001, p. 619; PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corriere giur.*, 2003, p. 148; AMBROSINI, *Modernizzazione del diritto societario e società europea*, in *Dir. comm. internazionale*, 2003, p. 700 con richiamo a CARBONE, *La riforma societaria tra conflitti di legge e principi di diritto comunitario*, in *Dir. comm. internazionale*, p. 89 s. ed in particolare p. 94 nonché PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, 2004, p. 361 che rileva coerentemente anche l'implicita abrogazione del comma 3° dell'art. 25.

ria, anche successivamente all'entrata in vigore della l. n. 218 ⁽⁶⁰⁾, occorre osservare che si registrano posizioni divergenti nei riguardi del *trasferimento di una società italiana all'estero*.

Dai brevi richiami ad alcune sentenze emesse, si comprende come lo stato dell'interpretazione giurisprudenziale abbia contribuito ad ingenerare incertezze circa il reale trattamento di queste operazioni.

Per il *Tribunale di Alessandria* ⁽⁶¹⁾, «è illegittima la deliberazione che, a seguito del trasferimento della sede legale all'estero, stabilisce di convertire la società in un tipo societario diverso da quelli regolati dalle leggi italiane. Qualora un atto sociale abbia contenuto complesso e si presenti soltanto in parte contrastante con disposizioni di legge, non è possibile disporre l'omologazione parziale con riferimento ai punti ritenuti legittimi».

Per la *Corte d'appello Torino* ⁽⁶²⁾, «è illegittimo che a seguito del trasferimento all'estero della sede sociale, la società italiana si trasformi in un tipo non contemplato dall'ordinamento nazionale. Nulla osta all'omologazione parziale di un verbale di assemblea straordinaria ove le deliberazioni contrarie a legge o allo statuto sociale non siano indissolubilmente collegate alle altre».

Nella specie è stata omologata la delibera di una società a responsabilità limitata italiana quanto al trasferimento della sede sociale in Svizzera, e non quanto alla trasformazione di detta società in una società anonima di diritto svizzero.

Per il *Tribunale di Verona* ⁽⁶³⁾, «il trasferimento della sede sociale all'estero (nel caso di specie, in Inghilterra) pure legittimo, non può determinare la perdita della nazionalità italiana e quindi il venire meno degli obblighi e dei controlli previsti dall'ordinamento italiano sulla vita delle società di capitali. La società deve pertanto rimanere iscritta nel competente registro delle imprese italiano e rimanere assoggettata, anche per il futuro, alla iscrizione, al deposito e alla pubblicità degli atti previsti dalla legge italiana».

La scelta del Tribunale di Verona si pone sulla scia di decisioni di altri Tribunali italiani precedenti alla legge di riforma del diritto internazionale

⁽⁶⁰⁾ Per un'elencazione della giurisprudenziale anteriore, CAPOTORTI-STARACE, *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato - Aspetti di interesse notarile*, a cura Ieva, vol. X, 2001, p. 161.

⁽⁶¹⁾ D. 19 agosto 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 415; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, parte I, p. 855 che conferma successivo d. di Torino 1° dicembre 1995.

⁽⁶²⁾ D. 1° dicembre 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 415; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, p. 855, con nota di Santus.

⁽⁶³⁾ D. 5 dicembre 1996, in *Società*, 1997, p. 574.

privato, per i quali, il principio dell'incorporazione vigente nei Paesi di tradizione anglosassone, non comporta la perdita automatica della nazionalità di provenienza. La società viene accolta così nell'ordinamento di destinazione, senza che le siano imposti quegli oneri e formalità di tipo civilistico, che caratterizzano invece l'ordinamento italiano, continuando a vivere secondo la legge dello Stato di provenienza ⁽⁶⁴⁾.

Per il Tribunale di Udine ⁽⁶⁵⁾, «è ammissibile il trasferimento all'estero della sede di una società costituita in Italia ai sensi dell'art. 25, comma 3°, l. n. 218 (la società trasferita all'estero continua ad essere regolata dalla legge italiana)».

Per la Corte di appello di Trieste ⁽⁶⁶⁾, che respinge il ricorso per l'omologazione di una delibera di assemblea in cui unitamente al trasferimento all'estero della sede sociale, si adottavano una serie di ulteriori delibere finalizzate alla perdita della nazionalità italiana e quindi, in definitiva, alla sua estinzione quale soggetto giuridico nell'ordinamento italiano, la disciplina dei trasferimenti della sede statutaria in altro Stato *ex art. 25, l. n. 218 del 1995* implica «l'assoggettamento alla legge nazionale del Paese in cui si è perfezionato il procedimento di sua costituzione, nel senso che tutte le vicende societarie restano necessariamente regolate dalla legge nazionale (nel caso in esame, dunque, da quella italiana), principio questo rispetto al quale il trasferimento della sede sociale all'estero previsto dal comma 3° non può implicare una deroga al mantenimento dello statuto personale alla società dalla legge dello Stato di origine» ... pertanto osserva la Corte «non è condivisibile l'assunto secondo cui i soci possano liberamente decidere di sottoporre ad una diversa legge regolatrice i rapporti derivanti dal contratto di società, facendo acquisire alla società stessa una nuova nazionalità e così recidendo ogni collegamento con l'ordinamento giuridico nel quale essa era stata originariamente incorporata...» così conclude la Corte, «in tale ordine di idee non può certo dubitarsi che la delibera di trasferimento della sede sociale all'estero, comportante la perdita della nazionalità italiana, si configuri a tutti gli effetti, ed in particolare rispetto alla previsione dell'articolo 25, comma 2°, lett. c), quale vera e propria estinzione della società, proprio perché, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico italiano, da cui la società stessa ha avuto legittimazione costitutiva e che è deputato a disciplinarne il funzionamento, tale 'denazionalizzazione' avrebbe implicazioni ancor più drastiche e trascinanti ... ».

⁽⁶⁴⁾ FIMMANÒ, *op. cit.*, p. 578.

⁽⁶⁵⁾ D. 8 dicembre 1997, in BELLAGAMBA, CARITI, *Il sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Rass. giur.*, Milano, 2000, p. 145.

⁽⁶⁶⁾ D. 9 ottobre 1999, in *Riv. not.*, 2000, p. 167.

Per il Tribunale di Monza ⁽⁶⁷⁾ «il trasferimento della sede legale di una società dall'Italia ad uno Stato estero, se conforme alle leggi italiane e alle leggi dello Stato di destinazione e se effettivo, vale a dire accompagnato dal trasferimento dell'oggetto principale dell'attività e del centro decisionale delle scelte riguardanti l'impresa sociale, determina il difetto di giurisdizione del giudice italiano» e nella specie del tribunale investito della denuncia *ex art. 2409 c.c.*

Lo scenario variegato dell'interpretazione giurisprudenziale appare proprio in queste ultime e più recenti sentenze, dove è evidente il contrasto tra la posizione del Tribunale di Verona (che propende per una sostanziale continuità della società) e quello di Monza (che invece fa discendere da un trasferimento «efficace», il venir meno della giurisdizione italiana).

Mentre per quel che riguarda il *trasferimento in Italia della sede di società estere*, segnaliamo ancora le posizioni del Tribunale di Roma ⁽⁶⁸⁾, per il quale «la società costituita all'estero che stabilisca la propria sede nel territorio dello Stato deve sottoporre l'atto costitutivo e lo statuto al controllo del tribunale in sede di omologazione», e il Tribunale di Pordenone ⁽⁶⁹⁾, che stabilisce che «la delibera di una società anonima, con sede legale in Lussemburgo e sede amministrativa in Italia, di trasferire la propria sede legale in Italia, può essere omologata quando lo statuto sia conforme alla normativa italiana». In quest'ultimo caso il Tribunale omologava la deliberazione con la quale una società costituita in Lussemburgo decideva di trasferire la sede sociale ed amministrativa in Pordenone, passando dal tipo società anonima a quello (italiano) della società per azioni. Nel caso in esame, il Tribunale esentava i soci dal versamento dei tre decimi, in quanto la fattispecie veniva qualificata come un trasferimento con trasformazione, anziché come una costituzione *ex novo* di società ⁽⁷⁰⁾.

5. - Dal delineato quadro normativo ed interpretativo, con riferimento al trasferimento all'estero della sede sociale di società italiana, e viceversa di trasferimento in Italia di società estera, discendono varie possibili situazioni, a seconda che il trasferimento coinvolga Paesi europei o meno.

Se il trasferimento avviene nell'ambito dell'*Europa*, a fronte delle considerazioni fatte circa l'evoluzione normativa ed interpretativa del diritto europeo, si dovrebbe poter dire che i trasferimenti di società di capitali europee in Italia, e viceversa di società italiane in Paesi aderenti all'Unione europea, debbano avvenire in continuità e, salvi gli obblighi di regi-

⁽⁶⁷⁾ D. 5 aprile 2002, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 558.

⁽⁶⁸⁾ D. 10 luglio 1987, in *Foro it.*, 1987, c. 2592.

⁽⁶⁹⁾ D. 28 settembre 1990, in *Foro pad.*, 1991, p. 67.

⁽⁷⁰⁾ BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, 1999, p. 67.

strazione esistenti ⁽⁷¹⁾, le società dovrebbero essere regolate secondo le norme del paese di costituzione ⁽⁷²⁾.

Conseguentemente non sarà necessario, né consentito, adeguare, all'atto del trasferimento, lo statuto sociale alle disposizioni imperative della legge italiana, come invece è necessario laddove a trasferire la sede in Italia sia una società extracomunitaria ⁽⁷³⁾.

Per cui alle società Ue che si trasferiscono nel nostro Paese, sarà riconosciuta la continuità giuridica e le stesse saranno regolate dall'ordinamento del Paese di costituzione.

Alle società italiane che trasferiscono la loro sede sociale in un altro Paese comunitario, dovrà essere riconosciuta la continuità giuridica e saranno sempre regolate dalla normativa interna (italiana).

Se invece il trasferimento coinvolge un *Paese extraeuropeo*, per valutare l'ammissibilità del trasferimento nel (o dal) nostro Paese, si deve indagare il regime vigente nel paese di origine (o destinazione).

Nell'ipotesi del *trasferimento di una società estera nel nostro Paese*, avremo che, se il Paese di origine applica il sistema dell'*incorporazione*, stante la continuità riconosciuta da entrambi i Paesi alla società, si avrebbe l'applicabilità dell'ultimo periodo del comma 1° dell'art. 25 che comporterebbe, oltre alla necessaria iscrizione nel registro delle imprese italiano, anche l'adeguamento dello statuto sociale alle disposizioni inderogabili della legge italiana ⁽⁷⁴⁾, ferma restando la regolare costituzione all'estero della società ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷¹⁾ Evidenziamo che in presenza di un atto di trasferimento rogato da notaio estero, la registrazione in Italia può essere assolta direttamente dagli interessati, senza l'intervento del notaio italiano, tramite il deposito presso l'archivio notarile ai sensi dell'art. 106, l. n. 89 del 1913.

⁽⁷²⁾ Questa è la soluzione indicata anche dalla giurisprudenza italiana (Trib. Verona, 5 dicembre 1996) nel caso di trasferimento della sede dall'Italia, all'Inghilterra. Ma qui la continuità è stata riconosciuta non perché il trasferimento è avvenuto all'interno dell'Unione europea, ma perché il Paese di destinazione essendo di tradizione anglosassone adotta il principio dell'incorporazione.

⁽⁷³⁾ Così PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Riv. not.*, 2004, p. 378 con rinvii a C.N.N. (estensore Barone), *Diritto comunitario e disciplina applicabile alle sedi secondarie di società estere* (7 settembre 2001), in *Studi e materiali*, I, Milano, 2002, p. 301; PISCHETOLA, *Il trasferimento della sede sociale da e per l'estero, ed il ministero notarile*, in *Vita not.*, 2002, p. 586; CAPOTORTI, *Il trasferimento di sede di una società da uno Stato all'altro*, in *Foro it.*, 1958, IV, c. 209; PETRELLI, *Formulario notarile commentato*, III, 1, cit., p. 150 ss.

⁽⁷⁴⁾ Tale compito dovrà far capo al notaio italiano, e l'occasione è data dal deposito degli atti per suo tramite. Così la commissione del notariato, studio n. 3310, 2 maggio 2001, *Trasferimento all'estero della sede sociale*.

Qualora l'atto sia rogato da notaio all'estero, si potrà procedere al deposito tramite archivio notarile ex art. 106 l. not.

⁽⁷⁵⁾ Se la società straniera dovesse considerarsi nulla per i nostri parametri, tale sanzio-

L'adeguamento necessario ⁽⁷⁶⁾ della società «straniera» alla disciplina italiana è ammissibile in quanto non pregiudica l'identità e la continuità delle società ⁽⁷⁷⁾.

Se il Paese di origine applica, invece, il sistema della *sede effettiva*, lo stesso imporrebbe lo scioglimento della società e quindi in Italia dovrebbe avvenire la sua ricostituzione. Il fatto che lo Stato di provenienza segue il principio della sede effettiva, fa sì che non si consegua quanto richiesto dalla normativa italiana per l'ammissibilità del trasferimento, vale a dire l'ammissibilità per entrambi gli Stati coinvolti, pertanto il trasferimento di fatto non si realizza.

È stato osservato ⁽⁷⁸⁾ che nel caso in cui l'ordinamento di provenienza imponga l'estinzione e la dissoluzione della società nello Stato di arrivo, la fattispecie traslativa sarà anche estintiva e la dissoluzione dell'ente estero sarà anche ricostituzione, e di conseguenza la società sarà assoggettata esclusivamente alla legge dello Stato di stabilimento, senza possibilità di incorrere nell'acquisizione di una doppia nazionalità.

Anche per quanto riguarda *il trasferimento di società italiana in un Paese extraeuropeo*, dal momento che lo Stato italiano riconosce continuità alla società che ha trasferito la propria sede all'estero, occorrerà vedere il trattamento riservato dallo Stato di destinazione.

Se quest'ultimo applica il sistema dell'*incorporazione*, la società continuerà ad essere regolata per entrambi i Paesi secondo il diritto dello Stato italiano, con il mantenimento quindi dello statuto italiano e l'applicazione della disciplina italiana poiché quella del luogo nel quale si è perfezionato il procedimento di costituzione.

Quindi se il Paese di destinazione adotta come l'Italia un criterio di collegamento fondato sul luogo di incorporazione, l'ente italiano che si trasferisce non acquista uno statuto personale straniero. All'opposto, poiché le leggi (di diritto internazionale privato) degli Stati di provenienza e

ne riguarderebbe la sua configurazione quale società, per così dire, nazionalizzata, ma non la sua giuridica esistenza, in quanto la società resterebbe in vita quale società straniera, con l'unica sanzione della responsabilità illimitata sia della società straniera sia di chi ha agito in suo nome *ex* (previgente) art. 2508 c.c. Commissione del notariato, studio n. 3310, 2 maggio 2001, *Trasferimento all'estero della sede sociale*.

⁽⁷⁶⁾ Necessario, poiché le società italiane non possono appartenere a più tipi societari a seconda dello Stato di costituzione, ma debbono afferire agli schemi e tipologie previsti dalla legge italiana. Commissione del notariato, studio n. 3310, cit.

⁽⁷⁷⁾ Dottrina che si ritiene ancora valida: ANGELICI, *Società costituite o operanti ancora all'estero*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, 1988, p. 7 ss.

⁽⁷⁸⁾ MARGIOTTA, *op. cit.*

di destinazione sono sul punto concordi, all'ente sarà riconosciuto lo statuto personale del luogo di creazione e non si avrà una nuova incorporazione, mentre lo Stato di accoglienza si interesserà dell'ente nelle sue relazioni dinamiche attuali, riconoscendolo tuttavia come soggetto straniero ⁽⁷⁹⁾.

Se invece il Paese di destinazione applica il sistema della *sede effettiva* si potrebbe obiettare l'inefficacia per l'ordinamento italiano del trasferimento, sulla base dell'art. 25, comma 3°, che ammette il trasferimento solo se riconosciuto da entrambi gli Stati. Così poiché il sistema della sede effettiva, non riconosce il trasferimento in quanto richiede la ricostituzione dell'ente nello Stato di arrivo, per la normativa italiana, il dettato dell'art. 25, comma 3°, non sarebbe soddisfatto e quindi il trasferimento non sarebbe possibile.

Il caso teorizzato nell'ambito dei principi generali, di una ipotetica doppia nazionalità delle società nel caso di trasferimento da un Paese che adotta il principio dell'incorporazione ad un Paese che adotta invece quello della sede (perché si mantiene quella del Paese di origine che adotta il principio di costituzione, e si acquisterebbe anche quella del Paese di arrivo che adotta il principio della sede), non troverebbe quindi mai realizzazione in Italia, poiché la delibera di trasferimento sarebbe inefficace ⁽⁸⁰⁾ in quanto non conforme al comma 3° dell'art. 25.

Altra dottrina ⁽⁸¹⁾ parla invece in questa ipotesi di un trasferimento con mutamento della legislazione applicabile e della nazionalità e non di scioglimento dell'originaria società e costituzione di una nuova, così come sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca.

Conformemente viene sostenuto ⁽⁸²⁾ che qualora una società italiana

⁽⁷⁹⁾ DAL SOGLIO, *op. cit.*

⁽⁸⁰⁾ DAL SOGLIO, *Trasferimento della sede all'estero e procedimento 2409 c.c.*, in *Giur. comm.*, 2003, II parte, p. 560.

⁽⁸¹⁾ FIMMANÒ, *Trasferimento della sede sociale all'estero e principio di incorporazione*, in *Società*, 1997, p. 577. Evidenziamo che le riflessioni fatte dall'a. sono riferite però al trasferimento all'estero di società italiane in Paesi europei che adottano il principio della sede.

L'a. infatti distingue i Paesi europei tra quelli che adottano il principio della sede e quelli che adottano il principio dell'incorporazione con una impostazione differente rispetto a quella supportata nel presente articolo, in cui i Paesi europei sono visti nel loro insieme come un unico ordinamento in cui è riconosciuta la continuità giuridica delle società in sede di trasferimento. Di parere conforme DAL SOGLIO, *op. cit.*, che afferma che se il Paese di destinazione adotta criteri di collegamento fondati sulla *sitztheorie*, allora l'effettivo trasferimento della sede statutaria all'estero determina la soggezione dell'ente al diritto dello Stato di destinazione e l'assunzione di un nuovo statuto personale.

⁽⁸²⁾ CAVALLARO, *Il trasferimento della sede sociale all'estero tra normativa civilistica e disciplina fiscale*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 956.

si trasferisca in un Paese che adotta il criterio della sede, pur essendo riconosciuta la continuità del soggetto giuridico, al trasferimento si accompagnerà un mutamento della legislazione applicabile alla società ⁽⁸³⁾, cioè le vicende societarie saranno regolate dalle normative vigenti nel paese di destinazione.

⁽⁸³⁾ Sostanzialmente concorde SANTA MARIA, voce *Società, diritto internazionale privato*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, 1998, p. 4, dove si afferma «in sede di trasferimento all'estero della sede statutaria di una società costituita in Italia ... e sempre che la legge del luogo ne diventi la legge regolatrice, all'atto del trasferimento della sede statutaria all'estero di tale società, cessa l'applicazione nei suoi confronti della legge italiana».