

GIANPIERO SAMORÌ\*

*Questioni sostanziali e processuali connesse al trasferimento della sede sociale di società di capitali all'estero*

ABSTRACT

- ✓ Il generale e perdurante scenario di congiuntura economica ha reso quanto più attuale il tema della delocalizzazione delle imprese, quale approccio strategico per la sopravvivenza delle stesse ed il miglioramento della loro *performance* nei mercati globalizzati; correlativamente si è accresciuta l'importanza delle operazioni di trasferimento transnazionale della sede sociale.  
Il presente studio – muovendo dall'analisi dei meccanismi di coordinamento dei sistemi giuridici in materia societaria – si pone principalmente lo scopo di verificare se ed in quali limiti le vicende in esame siano connotate dalla continuità giuridica soggettiva oppure dall'estinzione della società trasferitasi all'estero.  
È stato così analizzato il criterio di collegamento di cui all'art. 25, l. n. 218/1995, evidenziando la limitata ricostruzione operata dalla prima giurisprudenza di merito, per giungere poi all'assunto della unicità soggettiva dell'ente societario coinvolto, confermato anche dalla giurisprudenza sovranazionale della CGCE in punto di libertà di stabilimento.  
Tale preferibile lettura ermeneutica rende necessario lo studio dei riflessi processuali concernenti la legittimazione sostanziale e processuale in capo alla compagine trasferitasi e la validità di un'eventuale citazione dalla stessa proposta. Ciò anche in confutazione della posizione assunta dalla Corte di Appello di Bologna con sent. n. 308 del 22 marzo 2010, la quale pur asserendo di condividere l'assunto della continuità ne ha disatteso la pratica applicazione.  
In conclusione, una riflessione empirica circa la complessità del sistema, la sua insuperabilità a livello *extraeuropeo*, e l'auspicio – nella prospettiva di riforma – di una chiarificazione normativa dei trasferimenti *intraeuropei*.
- ✓ The general and persistent economic scenario has made the issue of company

\* Professore Aggregato (IUS/15 Diritto processuale civile) presso l'Università di Urbino.

relocations more topical, as a strategic approach that will ensure the survival of businesses and the improvement of their performance in globalized markets; likewise the relevance of cross-border transfer operations of the registered office has increased.

This essay – moving from the analysis of connection mechanisms between legal systems on corporate subject – primarily seeks to verify whether and to what extent the subject matters under consideration are characterized by subjective legal continuity or by the extinction of the company moving abroad.

The linkage criterion set out in article 25, l. n. 218/1995 is analyzed, highlighting the criticizable reconstruction carried out by the first jurisprudence of merit, to arrive at the assertion of the subjective unit of the company involved, as confirmed by the supranational jurisprudence of the ECJ on freedom of establishment.

This preferred hermeneutic reading makes it necessary to study the procedural reflections concerning the substantive and procedural legitimacy of the transferable entity and the validity of its writ of summons. This should be considered in rebuttal to the judgment of the Court of Bologna, March 22, 2010, n. 308, which, in spite of sharing the principle of continuity, has disregarded its practical application.

To conclude, an empirical observation on the complexity of the system, its insurmountability at an extra-European level, and the hope – in the perspective of reform – for a clarification of the rules on intra-European transfers.

GIANPIERO SAMORÌ

QUESTIONI SOSTANZIALI E PROCESSUALI  
CONNESSE AL TRASFERIMENTO DELLA SEDE SOCIALE  
DI SOCIETÀ DI CAPITALI ALL'ESTERO\*

SOMMARIO: 1. Delimitazione del tema e piano dell'indagine. – 2. Collegamento territoriale tra compagini societarie e riflessi in ordine al trasferimento transnazionale della sede sociale. Le diverse teorie dottrinali tra incorporazione e sede. – 3. La disciplina internazionaleprivatistica italiana. Le prime interpretazioni del criterio di collegamento *ex art. 25 L. n. 218/1995* da parte della giurisprudenza di merito. – 4. Le Sezioni Unite della Cassazione e l'assunto della continuità soggettiva della società trasferitasi all'estero. – 5. Riflessi processuali sulla legittimazione ad agire e sulla validità di un eventuale atto di citazione proposto dalla società trasferitasi all'estero. – 6. Deviazioni della giurisprudenza di merito: disamina di un caso di specie. – 7. (*segue*): la contraddittorietà dell'ordito motivazionale sviluppato dai Giudici di secondo grado per sostenere l'inesistenza della società *ab origine* costituita in Italia. – 8. Il fondamentale apporto della giurisprudenza sovranazionale in materia di libertà di stabilimento. – 9. Rilievi conclusivi.

## 1. Delimitazione del tema e piano dell'indagine.

Tra le operazioni di ingegneria giuridico-societaria *cross-border*, il trasferimento della sede sociale all'estero occupa indubbiamente un posto di preminente rilievo. Nel suo momento fisiologico la delocalizzazione delle imprese rappresenta una delle principali leve strategiche per fronteggiare l'ormai perdurante congiuntura economica e per cercare di vincere le sempre nuove sfide poste dai mercati globalizzati, ove la concorrenza con le economie c.d. emergenti è viepiù forte ed impetuosa<sup>1</sup>.

---

\* Con la collaborazione di Luca Orciani. Una espressione di particolare stima e gratitudine va al dott. Orciani, cultore della materia per l'insegnamento di Elementi di diritto processuale civile del lavoro presso l'Università di Urbino, che ha collaborato in maniera determinante al completamento del presente lavoro, curando in particolare l'organizzazione dell'ampio materiale bibliografico riportato nelle note.

<sup>1</sup> *Amplius* P. VALENTE, R. RIZZARDI, *Delocalizzazione, migrazione societaria e trasferimento della sede*, Milano, IPSOA, pp. VII-XII; nonché, in ordine specificamente all'operazione di trasferimento transnazionale della sede, A. RIGHINI, *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, in *Contratto e Impresa*, 2006, pp. 755-758. Sulle notevoli implicazioni connesse

Ecco dunque la centralità del trasferimento delle attività aziendali in mercati caratterizzati da ordinamenti fiscali più favorevoli<sup>2</sup>, ovvero da una più spiccata competitività in punto di approvvigionamento di materie prime e di manodopera<sup>3</sup>.

Il trasferimento transnazionale della sede è operazione connotata da una molteplicità di profili che la rendono particolarmente complessa, giacché non si sostanzia esclusivamente nella mera modificazione della sede sociale<sup>4</sup>, ma impatta altresì sull'assetto delle regole organizzative della società.

Il presente lavoro si articolerà nella disamina critico-valutativa delle de-

---

al fenomeno della globalizzazione ed al c.d. *shopping* giuridico delle legislazioni, anche societarie, che esso ha determinato, si rinvia al pregevole studio condotto da F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, il Mulino, 2005, *passim*.

<sup>2</sup> Per un'analisi, di ampio respiro, sull'interazione e la connessione corrente tra operazioni di delocalizzazione e concorrenza tra ordinamenti si vedano A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, Laterza, 2004, *passim*; M. GNES, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggio, diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 2004, *passim*. La centralità della (de)localizzazione delle imprese nella definizione del *tax planning* è ben evidenziata da M. CAPPELLINI, *Concorrenza in Europa a colpi di corporate tax*, in *Il Sole 24 Ore*, 4 aprile 2016.

<sup>3</sup> Più in generale esistono anche ulteriori motivazioni che animano un'operazione di riorganizzazione e tra queste devono annoverarsi la massimizzazione di sinergie e di economie di scala, la razionalizzazione della gestione delle linee di *business*, l'innalzamento del livello di efficienza della catena del valore, la penetrazione in mercati strategici e l'ottimizzazione del carico fiscale. Sul punto cfr. P. VALENTE, R. RIZZARDI, *op. loc. ult. cit.* Un'ulteriore e differente ragione alla base di queste operazioni, come rilevato in dottrina agli albori della riforma del diritto societario, potrebbe essere quella di sottrarre società di diritto italiano dall'applicazione di disposizioni ritenute di incerta interpretazione e dunque critiche (così M. BENEDETTELLI, «Mercato» *comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano*, in *Riv. soc.*, 2003, 4, p. 721).

<sup>4</sup> Il concetto di "sede sociale" è un concetto riconducibile ad una molteplicità di significati: infatti esso è anzitutto richiamato dalle disposizioni che individuano l'ufficio del registro delle imprese territorialmente competente ad iscrivere la società, ossia quelle in base alle quali viene individuata la competenza dell'ufficio nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale (cfr. il combinato disposto dell'art. 1, co. 2, L. n. 580/1993 ed art. 2330, co. 1, c.c. previsto per le s.p.a. ed operante anche per le s.r.l., giusto il richiamo effettuato dall'art. 2463, co. 3, c.c.); inoltre detto concetto risponde sovente ad una funzione di tipo processuale, ossia atta ad individuare il Tribunale od il Giudice competente in materia societaria; da ultimo, esiste un insieme di disposizioni che impiegano il concetto di "sede sociale" e che concernono la deliberazione dei soci. In linea generale, dunque, con il concetto di "sede sociale" si fa riferimento alla sede legale o statutaria, quale risultante dall'atto costitutivo, mentre per "sede effettiva" si intende la sede dell'amministrazione dell'ente societario, vale a dire quella dove vengono assunte le decisioni. Ancora differente è il concetto di "sede dell'attività principale", talvolta pure richiamato, il quale identifica il luogo in cui viene effettivamente svolta l'attività imprenditoriale teleologicamente diretta al conseguimento dell'oggetto sociale prescelto.

licate e stimolanti problematiche di matrice sostanziale e processuale che le operazioni *de quibus* coinvolgono, nonché – preso atto dei potenziali ed ineliminabili conflitti intercorrenti tra i differenti *corpora* normativi dei Paesi coinvolti – in un attento studio dei meccanismi di coordinamento dei sistemi giuridici in materia societaria, tenendo conto da un lato dell'ampia varietà di soluzioni e dall'altro del rilievo per cui, pur essendo differenti le modalità ed i risultati con cui i vari ordinamenti risolvono le diverse questioni, esse sono in ogni modo le medesime in riferimento ad ogni ordinamento<sup>5</sup>.

Lo scopo di questa analisi sarà infatti quello di verificare se ed in quali limiti tali vicende siano caratterizzate dalla continuità giuridica soggettiva della società trasferita, se operi o meno il riconoscimento dell'esistenza di società od enti costituiti e regolati secondo l'apparato normativo di un diverso Stato e quale sia inoltre la c.d. *lex societatis*, vale a dire la normativa applicabile alla compagine societaria oggetto di trasferimento.

Non può certo sottacersi che un dato di ulteriore complessità risiede nell'assenza, a livello di ogni ordinamento singolarmente considerato, di una disciplina segnatamente dedicata alle operazioni di trasferimento della sede sociale all'estero; tale problematica permane insuperabile, salvo un intervento normativo di matrice sovranazionale.

Un corretto approccio alle contrastate questioni sopra prospettate non può prescindere dall'osservazione dell'ordinamento giuridico vigente tanto nello Stato "di partenza", quanto in quello "di arrivo", muovendo anzitutto dalla verifica delle norme di diritto internazionale privato che disciplinano il conflitto tra i differenti ordinamenti coinvolti e successivamente procedendo alla disamina della normativa sostanziale in ordine al funzionamento di società ed altri enti<sup>6</sup>: risulta pertanto ineludibile determinare la disciplina normativa che lo Stato della nuova sede pone, congiuntamente al coordinamento della stessa con quella dettata dallo Stato

---

<sup>5</sup> Così F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 44-48; M. BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 64.

<sup>6</sup> Approfondisce tale imprescindibile duplicità di prospettive G. RESCIO, *I trasferimenti di società*, in *L'attività negoziale dello straniero comunitario: casi e materiali. Atti del Seminario di studio tenutosi a Verona 26 settembre 2009 (Supplemento telematico al n. 1/2010, I quaderni della Fondazione Nazionale del Notariato)*, consultabile su <http://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=24/2403&mn=3>, il quale rileva che l'incertezza risultante dall'interazione tra gli ordinamenti giuridici degli Stati coinvolti finisce sovente per esanimare la realizzazione concreta di tali operazioni di ingegneria finanziaria.

di costituzione, risolvendo inoltre potenziali conflitti ed antinomie tra i due sistemi normativi coinvolti.

A seguito dell'enucleazione dei criteri e dei principi generali in materia ed appurato come dagli stessi – ancorché proficui al fine di impostare correttamente un'analisi dogmatica della questione – non possa che trarsi un quadro avulso dal contesto fenomenologico di riferimento<sup>7</sup>, il perimetro del piano dell'indagine sarà delimitato dall'ordinamento italiano e dalla disciplina internazionalprivatistica da questo dettata, vagliandosi la configurabilità giuridica e gli effetti del trasferimento della sede sociale dall'Italia all'estero (e viceversa), prestando particolare attenzione ai riflessi processuali dell'operazione in ordine alla legittimazione ad agire della società trasferita ed alla validità di un'eventuale citazione dalla stessa effettuata impiegando la denominazione *ex ante* trasformazione, sempreché di trasformazione possa discettarsi.

Occorrerà inoltre, nel caso in cui la fattispecie in esame trovi realizzazione all'interno dell'Unione Europea, tenere sempre presente il contesto sovranazionale, valutando la compatibilità delle varie normative interne con il noto principio della libertà di stabilimento<sup>8</sup>, così come ricostruito all'esito della cospicua giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea, principio questo proteso ad incentivare la mobilità europea delle compagini societarie in regime di continuità dei rapporti giuridici.

## **2. Collegamento territoriale tra compagini societarie e riflessi in ordine al trasferimento transnazionale della sede sociale. Le diverse teorie dottrinali tra incorporazione e sede.**

Prima di procedere all'illustrazione della disciplina sostanziale e internazionalprivatistica italiana, risulta logicamente e sistematicamente necessario focalizzare la lente d'indagine sui vari meccanismi di coordinamento tra ordinamenti in materia societaria, vale a dire sui principi di collegamento territoriale che lo Stato di riferimento adotta.

---

<sup>7</sup> Cionondimeno se si considera che, come si dirà *infra* § 2, nessun ordinamento adotta le teorie ed i criteri di collegamento in versione “pura”, ma procede sempre a “temperare” tali criteri, creando soluzioni *sui generis* di cui è impraticabile una *reductio ad unum*.

<sup>8</sup> Principio questo contenuto agli artt. 49 e 54 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), per un approfondimento dei quali si veda *infra* § 8.

Sulla base della tipologia di collegamento-coordinamento adottata varieranno le soluzioni alle questioni che preliminarmente ci siamo posti; in altre parole da ciò dipenderà il riconoscimento dell'esistenza di società od enti costituiti (ed in taluni casi regolati) secondo la legge di altro Stato, nonché la sua continuità giuridica soggettiva – il che significa configurare l'operazione mediante la quale la società muti lo statuto personale senza dover passare per il procedimento di liquidazione – ed infine la c.d. *lex societatis*.

Le soluzioni approntate dai diversi ordinamenti risultano molteplici e peculiarmente articolate, tuttavia è possibile, in linea con le fondamentali elaborazioni dogmatiche, suddividerle in due teorie “pure”, le quali – seppure non trovino riscontri in concreto nella loro formulazione estrema<sup>9</sup> – sono comunque essenziali per impostare correttamente l'approccio risolutivo delle problematiche coinvolte.

Si tratta della dicotomia tra teoria della sede reale, nota anche con l'espressione tedesca *Sitztheorie* e teoria dell'incorporazione o costituzione, denominata anche *Gründungstheorie*<sup>10, 11</sup>.

---

<sup>9</sup> Si evidenzia chiaramente la maggiore complessità dei sistemi concreti e l'incapacità della richiamata distinzione teorica di rappresentare efficacemente la realtà del diritto societario internazionale, indubbiamente più complessa e multiforme: cfr. M. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, p. 570, nt. 4; J. WOUTERS, *Private international law and freedom of establishment*, in *EBOR*, 2001, p. 103 ss.

<sup>10</sup> Si precisa, per chiarezza concettuale e completezza espositiva, che queste teorie costituiscono ad oggi i due principali criteri di collegamento atti alla determinazione della legge applicabile agli enti societari od alla scelta dell'ordinamento competente; deve però escludersi che esauriscano i possibili ulteriori criteri. Infatti, la legge applicabile alle società, almeno in via teorica, potrebbe essere individuata alla stregua della nazionalità dell'ente o della localizzazione del gruppo di controllo dello stesso. Per una oltremodo accurata disamina di detti criteri si veda, per tutti, T. BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 9, t. 1, Torino, Utet, 1994, p. 10 ss.

<sup>11</sup> Si ricorda, in estrema sintesi, che la teoria dell'incorporazione nasce in Inghilterra e già a partire dal XVIII° sec. risulta seguita dagli stessi giudici inglesi che, perseguendo un disegno geopolitico di tipo imperialistico, intendevano farsi “esportatori” di diritto mediante le colonie, così elaborando ed adottando un sistema estensivo dell'applicazione del diritto inglese d'impresa anche ai Paesi colonizzati e lontani dalla madrepatria. Attraverso questo approccio si rendeva possibile l'estensione, vieppiù massiccia, del diritto e delle *companies* inglesi, indipendentemente dal fatto che i territori fossero riconducibili alla “corona”.

Attualizzando le considerazioni è anche necessario collegare direttamente tale teoria al rilievo per cui la disciplina inglese delle *private companies* è per ampi tratti derogabile: ciò fa sì che l'ordinamento inglese non valuti negativamente l'ingresso sul proprio territorio di società “estere” e l'adozione di norme e valori giuridici stranieri. Così S. RAMELOO, *Corporation in private international law*, Oxford, 2001, p. 11 ss.

Orbene, restano ora da puntualizzare le macroscopiche differenze che corrono tra le due ricostruzioni: la distinzione tra esse risiede in ciò che la teoria dell'incorporazione riconnette una società esclusivamente all'ordinamento nel quale è stata costituita, accordandole in tal modo la possibilità di svolgere attività anche in Stati terzi senza tuttavia che ciò determini la perdita dello *status* originario. I soci fondatori risultano pertanto liberi di determinare non soltanto il luogo di costituzione, ma altresì la legge che ritengono più opportuna, tantoché lo spazio viene concepito da detta ricostruzione alla stregua di un mero presupposto applicativo della normativa rientrante nella totale disponibilità delle parti<sup>12</sup>.

---

Diversamente, la teoria della sede reale, nasce in Francia intorno al XIX° sec. – quando le società, alla ricerca di un trattamento fiscale meno oppressivo, si spostavano in Belgio – ed è poi fatta propria dai Paesi dell'Europa continentale; è connotata da scopi prettamente difensivi, volti appunto a precludere la penetrazione di valori giuridici stranieri nei propri territori. Cfr. R.M. BUXBAUM, K.J. HOPT, *Legal Harmonization and the Business Enterprise*, De Gruyter, 1988, p. 174 ss.

Per approfondimenti sulla genesi e sull'evoluzione delle teorie *de quibus* si rimanda a F.M. MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2006, 6, p. 557 ss. Sulle modalità di collegamento tra i vari diritti d'impresa nel XIX° sec. si veda D. CHARNY, *Competition among jurisdictions in formulating Corporate Law Rules: an American Perspective on the Race to the Bottom in the European Communities*, in *Harvard Journal of International Law*, 32, 1999, p. 423. Una ricostruzione generale dei sistemi di collegamento impiegati dai vari Stati europei è effettuata, *ex multis*, da E. WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. soc.*, 2003, 4, p. 729 ss. Dall'analisi comparatistica emerge che l'ordinamento italiano, al pari di quello olandese, spagnolo e portoghese, adotta un criterio intermedio tra le due teorie estreme, laddove il criterio del *siège réel* è fatto proprio dall'ordinamento austriaco, francese, belga, lussemburghese, greco e tedesco; quello dell'incorporazione o costituzione, risulta invece essere proprio dell'ordinamento britannico, irlandese, finlandese e svedese.

<sup>12</sup> Le società assumono la nazionalità in modo permanente, di talché risulterà privo di effetti qualsiasi mutamento territoriale successivo. Così, più in generale, l'accurata analisi di N. IRTI, *Norma e luoghi*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 23 ss.

Diversamente la contrapposta teoria dell'incorporazione accorda ai soci fondatori la più ampia libertà di scelta del sistema giuridico, sistema che potrà permanere immutato per l'intera vita della compagine societaria; è dunque perfettamente possibile scegliere il sistema normativo di riferimento della società indipendentemente dallo Stato nel quale l'attività societaria ha il concreto svolgimento. Capovolgendo il piano di analisi dalla parte degli Stati terzi deve notarsi che, secondo la ricostruzione dell'incorporazione, tali Stati sarebbero invero tenuti ad accettare un elemento "estraneo" rispetto al proprio *corpus* normativo e sociale. Questa lettura non ha tuttavia mancato di sollevare veementi critiche e *querelles* dottrinali, in quanto – a detta di certa parte degli interpreti – finirebbe per favorire il diffondersi delle c.d. *letter box companies*, vale a dire società fittizie sovente localizzate in paradisi fiscali; dette operazioni sarebbero infatti precluse agli ordinamenti che adottano il *siège réel* mediante procedimenti di *disqualification* o, in presenza di elementi di collegamento con il proprio ter-

La teoria della sede reale pone invece quale presupposto il collegamento oggettivo tra sistema normativo e realtà socio-economica di riferimento, così che si applicheranno le norme dettate dall'ordinamento che presenta il collegamento "più stretto" con l'attività della compagine societaria, con il diretto e necessario corollario del rifiuto di riconoscere società appartenenti a giurisdizioni terze rispetto a quella in cui è stabilita la sede effettiva e precludendo, o meglio limitando, in tal modo la possibilità per i soci di optare per la legge del Paese che desiderano al caso in cui sussista almeno un parametro oggettivo di collegamento<sup>13</sup>.

Declinando tali teorie in riferimento all'operazione di trasferimento della sede sociale all'estero, si perviene alle seguenti considerazioni: deve anzitutto affermarsi la piena possibilità di trasferimento della sede, evitando di incorrere in ipotesi di scioglimento per tutti quegli ordinamenti che fanno proprio il criterio dell'incorporazione, in quanto negli stessi il trasferimento rileverà come mera modificazione statutaria<sup>14</sup>.

Specificamente secondo questa ricostruzione, in ipotesi di "emigrazione" permarrà l'assoggettamento dell'ente societario alla disciplina dettata dallo Stato di costituzione-incorporazione, di talché qualsivoglia vicenda si verifichi la società ne resterà, da questo punto di vista, insensibile, potendo pur sempre agire sulla base dell'iniziale sistema giuridico.

Viceversa, nel caso di "immigrazione" societaria verso uno Stato di destinazione connotato da detto criterio della costituzione-incorporazione non si registreranno effetti sul sistema normativo applicabile che rimarrà quello originariamente determinato<sup>15</sup>.

Deve invece propendersi per l'impossibilità di realizzare un trasferimento della sede inteso come mutamento dello statuto personale della so-

---

ritorio, attraverso l'assoggettamento alla propria giurisdizione interna. Cfr. E. WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, cit., pp. 724-725.

<sup>13</sup> Sul punto, *amplius*, F. CAPOTORTI, *Considerazioni sul conflitto di leggi in materia di società*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1965, p. 634.

<sup>14</sup> In linea generale, nel caso di "migrazione" permarrà lo statuto normativo dello Stato di incorporazione e la società, malgrado le variazioni territoriali, potrà mantenere immutato il proprio ordinamento giuridico *ab initio* determinato e ciò ancorché la società operi totalmente in un territorio estero. Distingue tra società emigrante e società immigrante, analizzando inoltre la disciplina dei vari Paesi, E. WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, cit., p. 732 ss.

<sup>15</sup> Giunge a tale considerazione anche F.M. MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra gli ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, 6, p. 559, posto che i Paesi che adottano tale teoria sopportano pure il rischio della "importazione" dei corpi normativi di differenti Stati.

cietà senza passare dallo scioglimento con riferimento agli ordinamenti che accolgono la teoria della sede effettiva, senza che il trasferimento determini invero l'estinzione dello stesso ente societario, sulla base del rilievo per cui lo Stato di destinazione non può riconoscere compagini sociali prive di un elemento concreto di collegamento con il territorio.

Orbene, una società emigrante verso tali ordinamenti andrà incontro allo scioglimento e si renderà necessario procedere nello Stato di destinazione ad una vera e propria ricostituzione<sup>16</sup>.

Anche le fattispecie di immigrazione potrebbero talvolta condurre ad analoghi effetti, alla luce della scelta effettuata da certi Stati di rifiutare il riconoscimento dell'ente straniero; tuttavia sarà altresì possibile per tali ordinamenti scegliere di consentire lo stabilimento previa verifica del rispetto di determinati obblighi informativi e solo a seguito dell'adattamento dell'atto costitutivo al substrato normativo vigente in quel dato territorio<sup>17</sup>.

Posto che l'utilità di una teoria giuridica – data la natura di scienza concreta del diritto – si “misura” esclusivamente sulla capacità di risolvere problemi concreti, le due ricostruzioni estreme, come si è già anticipato, riescono difficilmente a descrivere in maniera appagante il funzionamento reale dei meccanismi di coordinamento tra ordinamenti, in quanto si tratta di “società”, ossia di soggetti creati dagli ordinamenti giuridici e quindi esistenti ed operanti esclusivamente secondo le regole e con i limiti posti da ogni legislatore nazionale<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Certi interpreti hanno ravvisato anche l'estinzione dell'ente a seguito di tale operazione, qualora l'ordinamento di provenienza ne imponga la dissoluzione, il tutto con la ricostituzione nella giurisdizione di arrivo: cfr. B. LICINI, *Persone giuridiche*, in *La condizione di reciprocità, La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, Aspetti di interesse normativo*, a cura di Ieva, *Quaderni del notariato*, collana diretta da Rescigno, Galgano, Ieva, X, 2001, p. 161.

<sup>17</sup> Si orienta in questa direzione E. WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, cit., pp. 734-735, il quale richiama anche la posizione estrema – tra gli Stati che adottano il criterio della sede – della Germania, ove precluso il trasferimento delle società, ciò comporterà lo scioglimento della stessa. Nel caso opposto di una società immigrante nel territorio di tale Stato, quest'ultima, secondo un'interpretazione più attuale, viene riqualficata come società di fatto, laddove le interpretazioni più conservatrici propendevano per il mancato riconoscimento della stessa. La Germania, infatti, a seguito di ormai datate decisioni quali *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* ed altre (per un approfondimento ed un richiamo specifico delle quali si veda *infra* § 8), pare depotenziare la *Sitztheorie* a tutto favore della *Gründungstheorie* e ciò non esclusivamente nel contesto europeistico.

<sup>18</sup> Questo fondamentale principio è stato limpidamente enucleato dalla Corte di Giustizia Europea nella pronuncia nota come *Daily Mail* del 27 settembre 1988 (causa C-81/87), in cui, evidenziando le peculiarità rispetto alle persone fisiche, si afferma che: «le società sono

Ecco allora che l'individuazione della legge applicabile o dell'ordinamento competente potrebbe essere basata su meccanismi diversi dalle tradizionali norme di conflitto bilaterali<sup>19</sup>, di talché al fine di determinare l'applicazione della legge di uno Stato, piuttosto che quella di un altro, si dovrà effettuare un'analisi in concreto relativamente all'ordinamento che ha regolato la costituzione della compagine societaria e che si ritenga competente a regolarla, tenendo in considerazione che la scelta della legge applicabile potrebbe riconnettersi a criteri unilaterali, oppure all'applicazione necessaria di certe norme od ancora a criteri di collegamento peculiari, come ad esempio il rinvio all'ordinamento competente ovvero l'applicazione estensiva e generalizzata della *lex fori*<sup>20, 21</sup>.

Delineato tale generale quadro di riferimento, è necessario precisare che al fine di circoscrivere e specificare queste considerazioni non si può allora prescindere dal delineare la disciplina approntata dal nostro Paese, andando in più larga istanza ad analizzare la disciplina effettivamente dettata in punto di trasferimento da ambedue i Paesi coinvolti, mantenendo pur sempre chiari e sullo sfondo i quesiti che un'analisi circa gli effetti del trasferimento della sede sociale sottende e richiede di risolvere: in primo

---

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 che ne disciplinano costituzione e funzionamento».

<sup>19</sup> Tali norme individuano la legge applicabile basandosi su un criterio di collegamento collocato spazialmente e determinato unilateralmente *lege fori*, v. M. BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche*, cit., p. 64, nonché ID., *Criteri di giurisdizione in materia societaria e diritto comunitario*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 887.

<sup>20</sup> Così, F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., pp. 46-47. Per approfondire i criteri di coordinamento tra ordinamenti diversi dai tradizionali meccanismi di conflitto si vedano, come parimenti richiamati dal cit. Autore, rispettivamente, P. PICONE, *Il rinvio all'ordinamento competente nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, p. 325 ss. e ID., *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé: Cours général de droit international privé*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, CCLXXVI, 1999, p. 9 ss.

<sup>21</sup> Nel delineare un quadro quanto più aderente al contesto fenomenologico di riferimento deve menzionarsi l'esistenza di un ulteriore fattore che potrebbe concorrere a determinare l'applicazione di un certo ordinamento: si tratta del rinvio che potrebbe condurre uno Stato connotato dal principio dell'incorporazione ad applicare quello della sede effettiva. Per operare una distinzione tra le diverse concezioni del rinvio e con specifico riferimento all'approccio inglese secondo il quale il Giudice ipotizza come avrebbe deciso il Giudice del Paese la cui legge viene richiamata dalla norma di conflitto domestica, si vedano A.V. DICEY, J.H.C. MORRIS, L. COLLINS, *On the conflict of laws*, 14th ed., vol. 1, London, 2006, p. 65 ss., nonché A. BRIGGS, *The conflict of laws*, 2nd ed., Oxford, 2008, p. 14 ss.

luogo si tratta di vagliare la possibilità per una società di trasferire la sede all'estero e di mutare il proprio statuto personale, comprendendo se ed in che modo tale mutamento sia possibile senza che ciò determini tuttavia conseguenze quali l'invalidità della delibera dell'assemblea straordinaria oppure lo scioglimento con successiva ricostituzione della società nello Stato di destinazione.

In linea teorica i due profili problematici delineati trovano risposte in luoghi normativi differenti: la legittimità o meno del mutamento di *lex societatis* dovrà essere indagata studiando l'applicazione delle norme di conflitto "a doppio senso", ossia tanto nello Stato originario, quanto in quello di destinazione, così da determinare la legge applicabile; i quesiti in ordine alla determinazione degli effetti sostanziali del trasferimento della sede sociale od amministrativa troveranno invece soluzione nelle disposizioni di diritto sostanziale<sup>22</sup>.

### **3. La disciplina internazionalprivatistica italiana. Le prime interpretazioni del criterio di collegamento ex art. 25 L. n. 218/1995 da parte della giurisprudenza di merito.**

Risulta ai nostri fini necessario, per inquadrare correttamente quanto si dirà, fare un cenno alle regole generali di diritto internazionale privato delle società e delle persone giuridiche in genere, ricordando come il legislatore italiano – seguendo il percorso già tracciato dalla normativa previgente – abbia deciso di adottare anche in sede di riforma del diritto internazionale privato una soluzione imperniata principalmente sul criterio di collegamento del luogo di costituzione<sup>23</sup>, aderendo così alla teoria dell'incorporazione

---

<sup>22</sup> Si colloca in questa direzione la puntuale analisi, ancorché piuttosto datata, condotta da LEFEBVRE D'OVIDIO, *La nazionalità delle società commerciali*, Milano, 1939, p. 127.

Quanto alla necessità di ricercare a livello di disciplina interna sostanziale una soluzione in punto di effetti dell'operazione *de qua* v. F. CAPOTORTI, *Sulla continuità delle società di persone che trasferiscono la sede in altro Stato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1958, II, p. 607 ss.; P. SMART, *Corporate domicile and multiple incorporation in English private international law*, in *Journal of Business Law*, p. 134.

<sup>23</sup> Circa la non novità di tale principio non si dubita, tenendosi in considerazione che trova il suo originario fondamento nelle disposizioni legislative del Regno d'Italia, poi culminate nel codice di commercio del 1882 (ancora prima presente pure in talune leggi dell'ordinamento degli Stati Sardi), in tal senso v. A. SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, 2a. ed., Milano, Giuffrè, 1973, p. 17 ss. Anche lo stesso codice civile del 1942 aveva accolto tale criterio all'art. 2509 c.c. pur "mitigandolo" con quello tripartito della sede am-

seppure “temperata” da due fattori di contatto alternativi con il territorio italiano, quali la sede dell’amministrazione o l’oggetto principale degli enti societari (c.d. sede effettiva)<sup>24</sup>.

Deve aggiungersi che, sempre a livello generale di diritto internazionale privato, le società costituite e con sede amministrativa oppure oggetto principale all’estero sono tenute ad ottemperare le norme di applicazione necessaria previste dall’ordinamento italiano ed in particolare gli artt. dal 2507 a 2510 c.c., in relazione alla pubblicità degli atti sociali, alle regole riguardanti l’esercizio dell’impresa in Italia ed il rispetto delle condizioni previste, con la pesante conseguenza della responsabilità solidale e illimitata di coloro che agiscono in spregio di questa disciplina<sup>25</sup>.

---

ministrativa, dell’oggetto principale dell’impresa o della sede legale dettato dal previgente art. 2505 c.c., disposizioni queste inserite topograficamente nell’allora Capo IX° *Delle società costituite all’estero o operanti all’estero*, ora Capo XI° *Delle società costituite all’estero*. La ratio di tale ultima disposizione era da ravvisarsi nell’esistenza di un collegamento piuttosto “stretto” intercorrente tra l’ente ed il luogo ove concretamente l’ente societario svolge la propria attività. Deve rivelarsi che ad un vaglio empirico questo criterio non andava tuttavia esente da problemi legati al rilievo per cui se da un lato l’individuazione della sede legale risultava priva di complicazioni, altrettanto non poteva dirsi con riferimento a quella amministrativa, ciò con notevoli incertezze in relazione alla legge applicabile. Inoltre, un altro problema di non breve momento si materializzava nel caso in cui lo Stato di destinazione prevedesse un modello di collegamento per individuare la legge applicabile differente rispetto a quello italiano.

Dette disposizioni furono oggetto di svariate ricostruzioni interpretative che tuttavia, in linea con questa sede, non risultano dirimenti ai fini della nostra trattazione e che pertanto omettiamo di sviluppare, limitandoci a richiamarle succintamente: A. SANTA MARIA, *op. ult. cit.*, p. 107 ss.; G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napoli, 1986, p. 92 ss.; nonché R. LUZZATTO, voce *Persona giuridica-Diritto internazionale privato*, in *Enc. Giur.*, vol. 33, Milano, 1983, p. 284; F. CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, Milano, 1973, p. 113 ss.; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, vol. 45, Milano, 1974, p. 153; P. PICONE, *Diritto internazionale privato delle società il riconoscimento delle “Anstalten” e “Trenunternehmen” nell’ordinamento italiano*, in *Comunicazioni e studi dell’Istituto di diritto internazionale straniero dell’Università di Milano*, vol. 25, Milano, 1978, p. 88 ss.; F. CARUSO, *Le società nella comunità economica europea*, Napoli, Jovene, 1969, p. 66 ss., unitamente a U. LEANZA, voce *Società straniera*, in *Noviss. Dig. It.*, XVII, Torino, 1974, p. 697.

<sup>24</sup> Vagliando il testo degli artt. 2505 (*Società costituite all’estero con sede nel territorio dello Stato*) e 2509 (*Società costituite nel territorio dello Stato con attività all’estero*) c.c., abrogati dall’art. 73 della legge di riforma del diritto internazionale privato italiano si può notare un sostanziale richiamo dei criteri, con tuttavia una maggiore estensione dello spettro applicativo soggettivo, in quanto l’art. 25 L. n. 218/1995 si riferisce più ampiamente oltre che alle società, altresì a «le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa».

<sup>25</sup> Per un attento studio intorno alle problematiche di coordinamento tra tali norme

Per ciò che concerne il trasferimento transnazionale della sede sociale l'art. 25, co. 3, L. n. 218/1995<sup>26</sup> ha introdotto una disciplina specifica, disponendo che: «I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato [...] hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi degli Stati interessati»<sup>27</sup>.

---

civilistiche e quelle di diritto internazionale privato, ovvero per una riflessione sul mancato intervento da parte del legislatore societario del 2003 (D.Lgs. n. 6/2003) su questi profili, si da modificare e chiarificare la disciplina transnazionale delle società, v. A. 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 e F. MUNARI, *Riforma del diritto societario italiano, diritto internazionale privato e diritto comunitario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 29.

<sup>26</sup> Tale disposizione si è conformata all'impostazione prevalente in dottrina ed in giurisprudenza. Tra le più significative posizioni giurisprudenziali anteriori alla citata riforma del diritto internazionale privato, si vedano App. Milano, 7 maggio 1974, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 832, ove è stata stabilita la legittimità del trasferimento della sede legale di una società in Liechtenstein, argomentando consequenzialmente a favore dell'applicazione della *lex societatis* italiana anche a seguito dell'operazione transfrontaliera; Trib. Torino, 16 dicembre 1991, in *Il fall.*, 1992, p. 728 ss. ed in *Giust. civ.*, 1992, p. 811 ss., il quale, nel caso di fallimento di una società torinese che aveva trasferito la propria sede in Canada, individuava la sussistenza della propria competenza in relazione alla dichiarazione di fallimento di detta società, così schierandosi a favore della fallibilità in Italia della stessa società, malgrado il trasferimento della sede legale all'estero ed enucleando il principio per cui in questi casi permane la giurisdizione del Giudice italiano. Per quanto concerne invece le analoghe posizioni dottrinali, il rinvio si indirizza, *ex plurimis*, a E. SIMONETTO, *Delle società. Trasformazione e fusione delle società. Società costituite all'estero ed operanti all'estero. (Artt. 2498-2510)*, in *Commentario al codice civile*, a cura di V. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1976, p. 363; F. CAPOTORTI, *Sulla continuità delle società di persone che trasferiscono la sede in un altro Stato*, cit., p. 607 ss.; ID., *Il trasferimento di sede di una società da uno Stato all'altro*, in *Foro It.*, 1958, p. 209 ss.; P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, p. 499 ss.; R. FRANCESCHELLI, *Fusione con trasferimento della società all'estero e diritto di recesso*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 142 ss.; T. BALLARINO, *Le codificazioni recenti di diritto internazionale privato in Europa*, in G. BROGGINI (a cura di), *Il nuovo diritto internazionale privato in Svizzera*, Milano, 1990, p. 106 ss. In senso difforme v. R. MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, Utet, 1954, p. 116. Per l'ancora diversa posizione che individuava nello scioglimento della società trasferita all'estero l'effetto imprescindibile del trasferimento nel caso in cui questo avesse ad oggetto anche l'attività principale, v. F. CARUSO, *op. ult. cit.*, p. 298 ss.

<sup>27</sup> Questa fattispecie non è peraltro ignota al codice civile e non lo era neppure antecedentemente alla già citata legge di riforma del diritto internazionale privato, posto che risulta contemplata *expressis verbis* dalla disciplina del recesso di cui all'art. 2437, co. 1, lett. c), c.c. e dall'art. 2473 c.c., nonché dalla disposizione relativa ai *quorum* assembleari (art. 2369, co. 5, c.c.). In particolare, il codice civile, prevedendo la possibilità di realizzare detto trasferimento, si è preoccupato – data la rilevanza dell'operazione – di accordare ai soci dissenzienti il diritto di recesso. Questo diritto – come rilevato dai numerosi contributi dottrinali sul punto – ha la funzione di tutelare il socio in relazione a quelle decisioni assunte in ossequio

Dalla disposizione si evince la piena legittimità del trasferimento della società italiana all'estero, tuttavia deve espletarsi un vaglio bilaterale e quindi valutarsi l'ammissibilità anche in relazione al Paese di arrivo. Ciò significa che nell'ordinamento italiano l'operazione in oggetto non determina automaticamente l'estinzione della società e la contestuale costituzione di una nuova compagine nello Stato di destinazione<sup>28</sup>, così come parimenti non genera un automatico riconoscimento della continuità giuridica soggettiva della società, posto che questo risultato viene subordinato ad una previa verifica della compatibilità della disciplina italiana con quella dettata dallo Stato di arrivo<sup>29</sup>.

Tuttavia, le prime sentenze di merito emanate dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina di diritto internazionale privato tendevano a svilirne

---

al principio maggioritario e che impattano in maniera precipua sui profili organizzativi della società, nonché sull'investimento effettuato dallo stesso socio. Così D. GALLETTI, *Il recesso nelle società di capitali*, Milano, 2000, p. 258; G. GRIPPO, *Il recesso del socio*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 6, t. 1, Torino, Utet, 2000, p. 133 ss.; più recentemente V. CALANDRA BUONAURA, *Il recesso del socio di società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2005, I, pp. 291-316; P. REVIGLIONE, *Il recesso nelle società a responsabilità limitata*, Milano, 2008, p. 60 ss.

Se si volesse individuare la *ratio* della disposizione *de qua* questa dovrebbe invero rinvenirsi nello scongiurare che la modifica di statuto personale pregiudichi le minoranze dissidenti, in relazione poi al mutamento della stessa legge applicabile. Per approfondire questo profilo si rinvia ad A. PACIELLO, *Art. 2437, in Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 112; M. VENTORUZZO, *I criteri di valutazione delle azioni in caso di recesso del socio*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 231; V. DI CATALDO, *Il recesso del socio di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società per azioni*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. 3, Torino, 2007, p. 227.

Anticipiamo come da queste disposizioni si evinca la legittimità del trasferimento della sede sociale all'estero con contestuale mutamento della legge applicabile alla società, mantenendo la continuità dei rapporti giuridici ed evitando quindi di doversi procedere allo scioglimento, alla liquidazione dell'ente ed alla sua successiva ricostituzione secondo il diritto dello Stato di destinazione, evitando in tal modo il superfluo dispendio di risorse economiche. L'operazione così congegnata si configura quale "trasformazione" internazionale, operazione caratterizzata appunto dalla continuità dei rapporti giuridici della società che ha registrato una modificazione sia della nazionalità che della *lex societatis*: in questo senso, nella manualistica si vedano, *ex multis*, R. SANTAGATA, *Le società estere. La "trasformazione" internazionale*, in *Diritto commerciale*, a cura di M. Cian, Torino, Giappichelli, 2015, vol. II, p. 783.

<sup>28</sup> Cfr. F. CAVALLARO, *Il trasferimento di sede sociale all'estero tra norma civilistica e disciplina fiscale*, in *Dir. fall.*, 2005, 5, p. 954.

<sup>29</sup> Cfr. A. PISCHETOLA, *Il trasferimento della sede sociale da e per l'estero*, in *Vita not.*, 2001, II, p. 586, nonché, come si dirà *infra*, Cass. sez. un., 23 gennaio 2004, n. 1244, in *Giur. it.*, 2004, p. 2103, con commento della redazione, *Nota in tema di trasferimento all'estero della sede di una società per azioni*.

la portata e a nullificare il riconoscimento legislativo della legittimità ed efficacia di tale vicenda modificativa.

Si affermava, infatti, che il trasferimento della sede sociale all'estero, in ossequio al già richiamato principio dell'incorporazione (dettato nei primi due commi dell'art. 25 L. n. 218/1995), non avrebbe potuto determinare la perdita della nazionalità italiana ed il venir meno degli obblighi e dei controlli previsti dall'ordinamento italiano sulla vita delle società di capitali, tantoché la società trasferita deve rimanere iscritta nel competente registro delle imprese italiano e rimane soggetta, anche *de futuro*, all'iscrizione, al deposito ed alla pubblicità degli atti prevista dalla legge italiana<sup>30</sup>; anche perché se il trasferimento all'estero della sede avesse comportato la perdita della nazionalità italiana, ne sarebbe derivata la creazione di un'inammissibile ipotesi di estinzione della società al fuori dei casi previsti in via tassativa dall'art. 2448 c.c.<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Cfr. Trib. Verona, 5 dicembre 1996 (decreto), in *Società*, 1997, 5, p. 574, con nota di F. FIMMANÒ; nello stesso senso Trib. Lecco, 6 febbraio 2003, in *Massimario delle sentenze dei giudici del registro della Lombardia 1996-2007*, consultabile su <http://www.mi.camcom.it/29.show.jsp?-page=733397>. Queste pronunce, percorrendo la strada già battuta da altri giudici italiani *ex ante* la riforma del diritto internazionale privato, seguono la ricostruzione ermeneutica per la quale il principio dell'incorporazione non determina *ex se* la perdita della nazionalità di provenienza. Questo significa che la società entra in un diverso ordinamento, senza tuttavia dover ottemperare oneri e formalità civilistici dello Stato di destinazione, poiché essa continua giuridicamente ad operare sulla base della *lex societatis* dello Stato iniziale. Da ciò discende che tale operazione, malgrado conduca al venir meno di una sede di riferimento in Italia, non comporterà la disapplicazione della legge italiana. Il principio che si può desumere è che una società costituita in Italia continuerà sino al proprio scioglimento ad essere regolata dall'ordinamento di costituzione, cosicché il trasferimento *de quo* realizzerà soltanto una mera modificazione del luogo di esercizio dell'attività, evitando in tal modo fenomeni estintivi dell'ente, eventi modificativi della legge applicabile, nonché la cancellazione dal registro delle imprese del Paese di costituzione dell'ente societario. In dottrina, per tutti, M. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 1267.

<sup>31</sup> Così App. Trieste, 9 ottobre 1999 (ordinanza), in *Riv. not.*, 2000, p. 167, ove si riproduce il reclamo del notaio rogante a seguito del respingimento del ricorso per omologazione del verbale di assemblea straordinaria in cui, unitamente al trasferimento transnazionale della sede sociale, venivano adottate una serie di ulteriori delibere che determinavano la perdita della nazionalità italiana e dunque l'estinzione della compagine societaria quale soggetto giuridico nell'ordinamento italiano. La Corte specifica di non condividere la lettura interpretativa diretta a «svincolare» la disciplina dei trasferimenti della sede statutaria in altro Stato dal disposto dell'art. 25 L. n. 218/1995 e segnatamente dai primi due commi che comportano inevitabilmente «l'assoggettamento della società 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

Inoltre, nell'ipotesi in cui una società si trasformi contestualmente in un tipo societario non contemplato dal nostro ordinamento, la relativa delibera assembleare può considerarsi valida ed omologabile parzialmente, solo nella parte relativa al trasferimento della sede e non anche all'assunzione di una nuova veste giuridica<sup>32</sup>.

Dalle richiamate pronunce si può conclusivamente trarre il principio per cui nel caso di trasferimento transnazionale di una società italiana questa continuerà ad essere regolata dalla legge italiana e, ancorché l'ente risulti privo di una sede nel territorio italiano, esso continuerà ad esistere altrove

---

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 della legge dello Stato di origine: l'efficacia del trasferimento, infatti, non implica automaticamente il venir meno della applicabilità della legge nazionale di origine, giacché lo stesso tenore letterale di tale disposizione esclude una sua valenza derogatoria del principio fissato nel co. 1 [...]». Ecco che, a detta della Corte, «non è condivisibile soprattutto 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, per l'effetto sottraendola alla disciplina ed ai controlli dell'ordinamento di provenienza [...]». In conclusione, la conseguenza giuridica della perdita di nazionalità sarebbe l'estinzione della società, «perché – dal punto di vista dell'ordinamento giuridico italiano, da cui la società stessa ha ricevuto legittimazione costitutiva e che è deputato a disciplinarne il funzionamento – tale denazionalizzazione avrebbe implicazioni ancor più drastiche e trancianti rispetto alle ordinarie ipotesi di scioglimento e di liquidazione considerate negli artt. 2448 e segg. c.c., sol che si consideri (ad esempio) come la conseguente cancellazione della società – siccome non preceduta dalla procedura di liquidazione – renderebbe inoperante, tra l'altro, la garanzia a favore dei creditori prevista dall'art. 2456, comma 2, c.c.».

<sup>32</sup> Si veda App. Torino, 1 dicembre 1995 (ordinanza), unitamente a Trib. Alessandria, 19 agosto 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 415, nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, p. 855, con nota di A. SANTUS. In tali pronunce si statua a favore dell'illegittimità e della non omologabilità giudiziaria della deliberazione dell'assemblea straordinaria atta a trasferire la sede sociale all'estero. Nel caso di specie si trattava di una società italiana che intendeva trasferire la sede sociale in Svizzera e re-iscriversi nel precedente registro delle imprese.

Sull'illegittimità della trasformazione della società in un tipo societario non contemplato dal nostro ordinamento una prima lettura basata in allora sugli artt. 2509 e 2505 c.c. riteneva non rientranti nella norma (concernente, come detto, l'individuazione dello statuto personale della società) le società che avessero trasferito la sede all'estero (v. S. NERI, *Lo stabilimento in Italia di società commerciali con particolare riguardo alla continuità economica europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 929). A questa ricostruzione si giustapponeva quella che muoveva dall'assunto per il quale «la vita della società viene ormai ad essere governata dalla legge del Paese dove si è stabilita», tantoché essa dovrà compiere gli atti adeguandosi all'ordinamento normativo del Paese di destinazione nel quale si è stabilita (così T. BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, cit., p. 106).

senza che detto trasferimento dia luogo all'estinzione dell'ente o ad una variazione della legge applicabile allo stesso<sup>33</sup>.

In altra pronuncia la giurisprudenza ha ritenuto di interpretare il co. 1 del citato art. 25 nel senso per cui la nuova sede statutaria determinata a seguito del trasferimento rappresenterebbe invero un nuovo luogo di costituzione della società, così determinando un mutamento della legge applicabile all'ente. Inoltre, a detta del medesimo Tribunale, il trasferimento di cui trattasi, se conforme alle leggi italiane ed a quelle dello Stato di arrivo, sempre che sia effettivo e non fittizio, determina il difetto di giurisdizione del Giudice italiano<sup>34</sup>.

#### **4. Le Sezioni Unite della Cassazione e l'assunto della continuità soggettiva della società trasferitasi all'estero. Interpretazioni successive e correttive.**

L'approccio alla problematica del trasferimento della sede sociale all'estero muta radicalmente nell'anno 2004 con l'emanazione di un'ordinanza da parte delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, di estrema importanza perchè affronta due profili connessi, ossia l'ammissibilità del mutamento di *lex societatis* in relazione all'ordinamento italiano, unitamente all'esegesi del co. 3 dell'art. 25 L. n. 218/1995<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Di questo avviso, in dottrina, sono D. DAMASCELLI, *I conflitti di legge in materia di società*, Bari, Cacucci, 2004, p. 131; ID., *Profili internazionalprivatistici delle società*, in *Il notaio tra regole nazionali ed europee, Atti del XL Congresso Nazionale del Notariato*, Milano, 2003, p. 59; antecedentemente P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, Giappichelli, 1959, p. 500.

<sup>34</sup> Si veda Trib. Monza, 5 aprile 2002, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 558, con nota di P. DAL SOGLIO, *Trasferimento della sede all'estero e procedimento ex art. 2409 c.c.*

<sup>35</sup> Si tratta di Cass. sez. un., 23 gennaio 2004, n. 1244, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 2005, p. 1381 ss.; nonché in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, p. 549, con nota di C. PATRIARCA, *Effetti del trasferimento della sede sociale all'estero sullo statuto personale della società e fallimento*. La fattispecie concreta riguardava la problematica del mutamento della giurisdizione fallimentare italiana in caso di trasferimento della sede sociale all'estero: nello specifico la società convenuta aveva trasferito la relativa sede legale nel Granducato del Lussemburgo anteriormente al ricorso di fallimento, sollevando nel corso dell'istruttoria prefallimentare l'eccezione di difetto di giurisdizione. Per risolvere tale questione è preliminarmente necessario, come correttamente precisato dal Supremo Collegio a Sezioni Unite, «verificare se nella specie, il trasferimento della sede (tenuto anche conto che esso è avvenuto nell'UE) abbia comportato, secondo l'ordinamento italiano, l'estinzione della società già costituita in Italia».

Secondo i Giudici della Suprema Corte, a fronte del trasferimento della società all'estero, si profilerebbe un'alternativa giuridica radicale: l'estinzione della società già costituita in Italia, con contestuale creazione di un "nuovo" soggetto giuridico del tutto distinto nello Stato di destinazione; ovvero la continuazione della società già costituita in Italia, che mantiene la propria soggettività e resta titolare di tutti i rapporti giuridici facenti capo all'ente originario.

La ricorrenza di un'ipotesi di continuità soggettiva ovvero di estinzione della società deve essere verificata non soltanto alla luce dell'ordinamento italiano, ma anche dell'ordinamento di destinazione, a seconda che questo consenta o meno alla società trasferita di mantenere il suo statuto giuridico originario.

Ai fini della continuità del soggetto giuridico si richiede dunque – e questo è il passo maggiormente controvertibile di tale pronuncia – non solo che l'operazione, alla luce del dettato della legge di diritto internazionale privato, sia posta in essere conformemente alle legislazioni degli Stati interessati, ma altresì che «questi concordino sugli effetti da attribuire alla vicenda societaria».

È necessario inoltre specificare, come già in relazione ad altre pronunce sopra richiamate, che l'efficacia quale continuità del soggetto giuridico non si consegue qualora dall'operazione venga meno lo statuto personale italiano e quindi si determini la perdita della nazionalità italiana e l'assunzione di quella del Paese di destinazione: si assisterà così alla costituzione all'estero di una nuova società regolata integralmente dalla "nuova" *lex societatis* e, per converso, all'estinzione della società italiana.

Nessun dubbio, affermano i Giudici, può sussistere sul fatto che il nostro ordinamento accolga la tesi della continuità della società trasferitasi all'estero, come risulta dal combinato disposto degli artt. dall'art. 2369, co. 4, c.c., 2437, co. 1, c.c. e dell'art. 25, co. 3, L. n. 218/2005.

Tuttavia, nel caso di specie doveva concludersi per la tesi dell'estinzione alla luce dell'ordinamento giuridico di destinazione: «Come risulta dal diretto esame degli atti, al trasferimento della sede statutaria e amministrativa della società Beta da Roma in Lussemburgo è conseguita, previa cancellazione della società dal registro dalle imprese in Italia, la costituzione *ex novo* (con l'adeguamento dello statuto alla legislazione lussemburghese) nel Granducato di Lussemburgo di una "société à responsabilité limitée unipersonnelle" con la denominazione Beta s.a.r.l. Occorre, poi, considerare che, come rileva la stessa ricorrente, all'estero è stato trasferito anche l'oggetto principale dell'impresa e che la società ha assunto, a seguito del trasferimento, la nazionalità di diritto lussemburghese».

In altri termini, secondo questa lettura interpretativa, si potrebbe riconoscere continuità giuridica soggettiva alla società trasferitasi all'estero, soltanto nell'ipotesi in cui lo Stato di destinazione si disinteressi della sua disciplina, rimettendone ogni profilo regolamentare alla legge di origine; vale a dire, soltanto nell'ipotesi in cui le norme di diritto internazionale privato societario dettate dallo Stato di destinazione risultino esclusivamente fondate sul criterio dell'incorporazione, con conseguente rinuncia a disciplinare società che, pur costituite altrove, abbiano la loro sede statutaria ed effettiva nel territorio di tale Stato.

Il *ché*, nel caso di trasferimento in Lussemburgo, dovrebbe sempre condurre alla tesi dell'estinzione. Difatti, l'art. 159 della «Loi du 10 aout 1915 concernant les sociétés commerciales» adotta il principio della sede effettiva, imponendo che tutte le società aventi sede in Lussemburgo siano disciplinate dal diritto lussemburghese, a prescindere dal luogo di costituzione: «Toute société dont l'administration est située au Grand-Duché, est soumise à la loi luxembourgeoise, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étrangers. Lorsque un société a son domicile au Grand-Duché de Luxembourg, elle est de nationalité luxembourgeoise et la loi luxembourgeoise lui est pleinement appliquée»<sup>36</sup>.

Infine, la sentenza aveva cura di precisare che la prospettata soluzione dell'estinzione «non è validamente contrastata dai riferimenti della ricorrente agli artt. 43 e 48 del Trattato di Roma. Nell'ipotesi esaminata non viene in rilievo il diritto di stabilimento consacrato nel Trattato Istitutivo della Comunità Europea, ma la vicenda relativa all'estinzione di un ente, che è regolata dal diritto nazionale»; presupposto che, come meglio si dirà dopo, è da ritenersi sicuramente superato alla luce dei più recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea.

Orbene, come l'originaria interpretazione accolta dalla giurisprudenza di merito sviliva e di fatto abrogava il dettato dell'art. 25, co. 3, L. n. 218/1995, specularmente la lettura prospettata dalla citata ordinanza della Suprema Corte può travalicarne il dettato, introducendo una condizione di

---

<sup>36</sup> I due ordinamenti, Italia e Lussemburgo, hanno normative incompatibili in relazione alle conseguenze del trasferimento, alla stregua del rilievo in base al quale – nell'interpretazione fornita dal Supremo Collegio, peraltro criticabile – in ordine al co. 1 dell'art. 25 L. n. 218/1995 non sarebbe consentito mutare lo statuto personale, ciò in ossequio al già più volte menzionato principio dell'incorporazione. Per una lettura critica il rinvio si indirizza a F.M. MUCCIARELLI, *The transfer of the registred office and forum shopping in international insolvency cases: an important decision from Italy*, in *ECFR*, 2005, p. 512 ss.

efficacia né esplicitamente né implicitamente contemplata dal legislatore, in quanto dall'interpretazione della richiamata disposizione la Corte finisce per individuare – lasciando intravedere, seppure “in filigrana”, i tratti di una ricostruzione già proposta in dottrina taluni anni prima<sup>37</sup> – un elemento giuridico ulteriore, così desumendo il principio per cui il trasferimento posto in spregio della legge di uno degli Stati coinvolti nell'operazione risulta “inefficace”, un'inefficacia che travolge la continuità giuridica dell'ente societario e conduce al suo scioglimento.

Il co. 3 dell'art. 25 si limita, infatti, a richiedere che i trasferimenti della sede statutaria all'estero siano «posti in essere conformemente alle leggi degli Stati interessati», senza imporre che questi Stati acconsentano anche al permanere della legislazione italiana e che pertanto adottino la teoria dell'incorporazione.

Di talché, al fine della continuità soggettiva dell'ente, è sufficiente il riconoscimento da parte dell'ordinamento dello Stato di destinazione della possibilità giuridica di operare un trasferimento di sede nel proprio territorio, cioè il fatto che tale ordinamento diventi legge regolatrice dell'ente<sup>38</sup>. Il ché, secondo la dottrina prevalente<sup>39</sup>, si verifica proprio nell'ipotesi opposta

---

<sup>37</sup> Cfr. R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, voce *Società (nazionalità e legge regolatrice)*, in *Dig. disc. priv. sez. commerciale*, vol. 14, Torino, 1997, p. 154.

<sup>38</sup> Infatti, occorre ben distinguere tra l'efficacia del trasferimento come continuità del soggetto giuridico e l'efficacia del trasferimento di sede *stricto sensu* considerato: si noti che il richiamato co. 3, art. 25, L. n. 218/1995 subordina esclusivamente l'efficacia del trasferimento in sé considerato all'applicazione delle legislazioni degli Stati coinvolti e non già anche la continuità giuridica della società, di talché il risultato della violazione della disciplina dettata dal Paese di destinazione dovrà circoscriversi, dalla prospettiva italiana, al mancato perfezionamento del trasferimento; non si comprende dunque la ragione per cui ciò dovrebbe impattare sulla società determinandone lo scioglimento-estinzione, in quanto, stante l'inefficacia del trasferimento, la società potrà ben proseguire quale soggetto giuridico di diritto italiano e con la sede *ab origine* individuata.

Non può poi non rilevarsi che, a livello sovranazionale, qualora si ritenesse di convenire in relazione al riconoscimento alle società di una libertà “in uscita” il sopracitato orientamento confliggerebbe con il diritto europeo: sul punto, *amplius*, A. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, 3a. ed., Milano, 2008, p. 112. Sarebbe solamente attraverso il meccanismo internazionalistico del “rinvio oltre” risultante dal combinato disposto degli artt. 13 e 25 della L. n. 218/1995 e con esclusivo riferimento ad un trasferimento verso un Paese extraeuropeo che potrebbe ipotizzarsi lo scioglimento-estinzione. È questo il caso in cui il Paese “di origine” sia dotato di norme di conflitto facenti rinvio all'ordinamento del Paese di destinazione e tale Paese si ritenga competente a regolare il fenomeno, con ciò accettando il rinvio e considerando la società sciolta-inesistente, allora e solo allora l'Italia inquadrerà la società come liquidata ed estinta.

<sup>39</sup> Cfr., *ex plurimis*, A. RIGHINI, *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, cit.,

a quella indicata dalla Cassazione civile: se il diritto internazionale privato del Paese di accoglienza adotta criteri di collegamento fondati sulla teoria della sede (come nel caso del Lussemburgo), 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, con la conseguenza che il Giudice italiano dovrà prendere atto di una nuova incorporazione, atteso che il sistema dell'art. 25 è improntato su questo criterio; se invece il paese di destinazione adotta un criterio di collegamento fondato sul luogo di incorporazione, allora non si avrà una nuova incorporazione e ci sarà mantenimento dello statuto personale delineato dall'ordinamento di origine, mentre lo Stato di accoglienza si interesserà dell'ente nelle sue relazioni dinamiche, riconoscendolo tuttavia come soggetto straniero.

Le più recenti pronunce in materia si muovono proprio nella prospettiva da ultimo indicata e cioè quella per cui il trasferimento della sede sociale all'estero comporta l'assoggettamento della società all'ordinamento giuridico straniero se trattasi di Paese di destinazione che adotta il principio della sede reale; tuttavia si esclude che il mutamento nella legge applicabile alla società abbia quale conseguenza lo scioglimento-estinzione della società italiana e la costituzione di un nuovo soggetto giuridico regolato dal diritto straniero. La giurisprudenza di legittimità, superando la lettura delle Sezioni Unite del 2004, ha statuito inequivocabilmente che: «secondo quanto si desume dagli artt. 2437 c.c. e 25, comma terzo, della legge 31 maggio 1995, n. 218, il trasferimento della sede sociale all'estero non fa venir meno la "continuità" giuridica della società trasferita, specie quando la legge applicabile nella nuova sede concordi con il determinarsi di tale effetto: né, tanto meno, un mutamento di identità potrebbe essere ricollegato al contemporaneo cambiamento della denominazione sociale o alla eventuale invalidità degli atti cui tali vicende sono collegate»<sup>40</sup>.

In particolare, nell'esaminare il caso di una società italiana che aveva trasferito la propria sede statutaria in Lussemburgo, trasformandosi in *société anonyme* e cancellandosi contestualmente dal registro delle imprese

---

pp. 777-778; F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., pp. 162-176.

<sup>40</sup> Cass., 28 settembre 2005, n. 18944, in *Giust. civ. mass.*, 2005, p. 9. Tale soluzione risulta essere stata accolta pure dalla prassi notarile (cfr. D. BOGGIALI, A. RUOTOLO, *Il trasferimento della sede sociale all'estero e la trasformazione internazionale*, in *Studio n. 283-2015/I*, Consiglio Nazionale del Notariato).

italiano, i Giudici di legittimità hanno avuto modo di statuire che: «la soggettività giuridica della società è rimasta invariata, pur dopo il mutamento di denominazione ed il trasferimento della sede all'estero. Tale conclusione investe anche il profilo concernente l'asserita impossibilità di riapertura del fallimento dopo più di un anno dalla cancellazione della società dal registro delle imprese italiano, posto appunto che la cancellazione è avvenuta a seguito di un mero trasferimento di sede all'estero e non ha in alcun modo inciso sulla permanenza in vita dell'ente»<sup>41</sup>.

Sempre con riferimento al caso di una società italiana che aveva trasferito la propria sede statutaria in Lussemburgo, il Collegio giudicante ha affermato: «si deve certamente escludere l'estinzione della società italiana e la costituzione di un nuovo ente di diritto estero in conseguenza della cancellazione dal Registro delle imprese [...], posto che nella certificazione notarile lussemburghese prodotta dalla stessa IC S.A. si evince che il trasferimento all'estero e la trasformazione in società di diritto lussemburghese sono avvenuti in conformità all'ordinamento del Lussemburgo, senza soluzione di continuità con il soggetto prima operante in Italia, e senza che ciò abbia comportato un mutamento sostanziale dell'identità giuridica dell'ente societario»<sup>42</sup>.

Assai meditata ed approfondita è altresì la motivazione resa dal Tribunale di Torino con riferimento al caso di una società italiana che aveva trasferito la propria sede statutaria in Belgio (Paese che ha un regolamento di diritto internazionale privato equivalente a quello del Lussemburgo). Scrive al riguardo il Tribunale<sup>43</sup>:

La soluzione adottata sul punto tende preliminarmente a verificare se, in esito al trasferimento (ovviamente, non nominale ma effettivo) della sede all'estero, la società italiana sia da reputare estinta (e, per converso, costituita *ex novo* quella – seppure apparentemente identica – ubicata oltre i confini territoriali), oppure sia ravvisabile una “continuità giuridica” della società trasferita. Nel primo caso, l'ente societario è da considerarsi estinto *ipso iure* per effetto del trasferimento [...]. Il secondo caso viene per contro ravvisato

---

<sup>41</sup> Cass., 2 novembre 2007, n. 23032 (ordinanza), in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, 3, p. 772 ss.

<sup>42</sup> Trib. Milano, 11 maggio 2006 (sentenza), Presidente del Collegio Dott. Bartolomeo Quatraro.

<sup>43</sup> Trib. Torino, 10 gennaio 2007 (sentenza), in *Giur. it.*, 2007, 7, p. 1697, con nota di M. SPOTTA, *Trasferimento della sede sociale all'estero: brevi note tra vecchio e nuovo diritto fallimentare*.

qualora sussistano i presupposti individuati al comma terzo dell'art. 25 l. n. 218/95, il quale riconosce efficacia al trasferimento all'estero della sede solo se conforme alle norme dei due stati interessati e, dunque, alla condizione che i rispettivi ordinamenti concordino nel ravvisare il mutamento della sede medesima come mera modificazione, senza interferenze sull'identità e la persistenza della vita dell'ente».

Il Tribunale annota, quindi, che la continuità soggettiva della società trasferita doveva essere affermata:

- sia in base al diritto italiano «stante la previsione dell'art. 2437 c.c., che espressamente accorda ai soci dissenzienti il diritto di recesso verificandosi una siffatta vicenda societaria, la quale, a sua volta, presuppone, quantomeno per implicito, la permanenza della personalità dell'ente coinvolto nel trasferimento»;
- sia in base al diritto belga ed in particolare all'art. 112, co. 1, del *Code de droit international privé*, che dispone: «Une société dont la siége réel est en Belgique est soumise à la loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger»<sup>44</sup>.

## 5. Riflessi processuali sulla legittimazione ad agire e sulla validità di un eventuale atto di citazione proposto dalla società trasferitasi all'estero.

Secondo quanto abbiamo argomentato, al ricorrere dei presupposti sopra evidenziati, il trasferimento transnazionale non determina lo scioglimento dell'ente societario e la sua ricostituzione nel Paese di destinazione, bensì si connota per la continuità giuridica soggettiva; diretta implicazione di questo fondamentale rilievo è che, nell'ipotesi in cui all'operazione si accompagni l'assoggettamento della società trasferita all'ordinamento del Paese di destinazione potrà effettivamente discettarsi di “trasformazione” internazionale o transfrontaliera<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Si tratta ancora una volta della teoria basata sul principio della sede effettiva.

<sup>45</sup> Una fattispecie concreta può essere evocata citando il caso di una *limited liability company* che operi un trasferimento dal Regno Unito all'Italia, sottoponendosi alla normativa del tipo sociale a responsabilità limitata italiano. Dall'analisi della prassi statunitense emerge un'ulteriore e più complessa modalità volta a modificare la *lex societatis*, il cui effetto può essere parimenti conseguito realizzando una più agile trasformazione internazionale: si tratta della fusione transfrontaliera, operazione mediante la quale si costituisce una società “di mera utilità” in un diverso Stato, procedendo poi alla fusione della stessa con la società statunitense originaria, facendo sì che quest'ultima, una volta incorporata nella controllata

In tal senso viene in rilievo quel consolidato orientamento giurisprudenziale, a mente del quale «la trasformazione di una società da uno ad altro dei tipi previsti dalla legge, ancorché dotato di personalità giuridica, non si traduce nell'estinzione di un soggetto e correlativa creazione di uno nuovo, in luogo di quello precedente, ma configura una vicenda meramente evolutiva e modificativa del medesimo soggetto; essa comporta in particolare soltanto una variazione di assetto e di struttura organizzativa, la quale non incide sui rapporti sostanziali e processuali facenti capo alla originaria organizzazione societaria. Questo principio comporta che tale modifica non ha segnato l'estinzione del soggetto legittimato a stare in giudizio per l'esercizio del credito in discussione»<sup>46</sup>.

Quanto detto ha almeno due importanti riflessi sul piano puramente processuale, il cui esame risulta ai nostri fini interessante.

In primo luogo, vi sarà la permanenza della legittimazione sostanziale e processuale in capo alla società trasferita, la quale potrà legittimamente esperire azioni o resistere a quelle da altri proposte.

E diversamente non si potrebbe argomentare, in quanto si finirebbe invero per contraddire globalmente la ricostruzione effettuata sulla base della quale, al ricorrere delle condizioni viste, non è possibile configurare alcuna dicotomia o cesura soggettiva tra la società *ab origine* costituita e la società trasferitasi all'estero, con il conseguenziale ed ineludibile corollario della piena legittimazione ad agire ed a resistere in giudizio. Senonché – come *supra* evidenziato – la corretta interpretazione delle norme di diritto internazionale privato conduce al riconoscimento di una perfetta coincidenza

---

straniera, perda la qualità di autonoma persona giuridica dell'ordinamento che *ab initio* ne ha regolato la costituzione, con la conseguenza che la partecipazione dei soci dell'incorporata diviene una partecipazione al capitale dell'incorporante sulla quale si concentrano anche la totalità dei rapporti giuridici dell'incorporata. Per approfondimenti sul punto, unitamente ad un primo apparato bibliografico, si veda F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., pp. 99-102.

<sup>46</sup> Cass., 14 dicembre 2006, n. 26826, in *Mass. Giur. It.*, 2006 ed in *Diritto e Giustizia online*, 2007, la quale precisa inoltre, al fine di risolvere la questione specifica che aveva originato la controversia di cui è causa, che il rilievo per cui «nell'atto introduttivo dell'impugnazione sia stata indicata come parte istante la società anteriore alla trasformazione è influente, purché non induca incertezza sull'identificazione della parte impugnante e l'impugnazione sia stata proposta da procuratore dotato di "ius postulandi" per averne avuto il relativo potere dal legale rappresentante all'epoca abilitato a rilasciare la procura in nome e per conto della società»; tra le pronunce maggiormente recenti, si vedano, Cass., 23 aprile 2007, n. 9569, in *Mass. Giur. It.*, 2007; Cass., 20 giugno 2011, n. 13467, in *CED Cassazione*, 2011; Cass., 29 agosto 2011, n. 17690, in *CED Cassazione*, 2011; Cass., 4 novembre 2015, n. 22560, in *CED Cassazione*, 2015.

soggettiva tra la società *ex ante* ed *ex post* trasferimento (ancorché, come ben può accadere, con denominazioni sociali differenti).

In secondo luogo, sempre in virtù dell'accertata unicità soggettiva della società trasformata secondo le condizioni sopra esplicitate e parimenti con continuità giuridica soggettiva, l'indicazione in atto di citazione della sua originaria denominazione anziché di quella differente e successivamente assunta nello Stato di destinazione resta irrilevante ai fini della validità dell'atto *ex artt.* 163 e 164 c.p.c., proprio perché, per fare riferimento sempre al medesimo soggetto di diritto, non dà luogo ad alcuna incertezza assoluta e nemmeno relativa in ordine alla sua corretta identificazione. Dovranno dunque considerarsi automaticamente caducate tutte quelle eccezioni di nullità di un eventuale atto di citazione proposto dalla società trasferita con la sua "nuova" denominazione sociale, eccezioni che potrebbero invero fondarsi proprio sulla pretesa estinzione e sulla correlata perdita di legittimazione processuale in capo a detta società.

La Cassazione è, infatti, ferma nel duplice insegnamento per cui «l'erroneità di talune delle indicazioni richieste dall'art. 163, co. 3, n. 2, c.p.c. riguardo alle persone dell'attore e del convenuto può determinare la nullità della *vocatio in ius* soltanto quando, in conseguenza di essa, si verifichi una situazione di incertezza assoluta sull'identità della parte, sicché risulti impossibile individuare quali siano i soggetti del processo». Escludendo che detta impossibilità consegua dalla «erronea indicazione nella citazione della ragione sociale della società che non abbia comportato alcuna incertezza nell'effettiva identità soggettiva di detta società e non si sia risolta in una qualche menomazione del diritto di difesa del convenuto»<sup>47</sup>.

L'esattezza della conclusione esposta è a maggior ragione confermata proprio dal richiamato orientamento giurisprudenziale in tema di trasformazione delle società di capitali. Riconosciuto, infatti, che la trasformazione di una società non si traduce nell'estinzione di un soggetto e nella

---

<sup>47</sup> Così, *ex multis*, Cass., 14 gennaio 1998, n. 272, in *Giur. it.*, 1998, 2045, con commento di A. FORCHINO, *Nota sul mutamento della ragione sociale*. Dello stesso avviso sono Cass. sez. lav., 26 giugno 1984, n. 3745, in *Mass. Giur. It.*, 1984; Cass., 5 novembre 1981, n. 5814, in *Mass. Giur. It.*, 1981, ove era già stato chiarito il principio per cui «nella citazione in giudizio di una persona giuridica, tanto l'inesatta ed incompleta indicazione della denominazione dell'ente, quanto l'errata o l'omessa indicazione del legale rappresentante di essa incide sulla validità dell'atto soltanto ove si traduca in assoluta incertezza nell'individuazione dell'ente convenuto».

correlativa creazione di uno nuovo, ma configura un semplice fenomeno modificativo ed evolutivo, ne deriva che l'indicazione dell'originaria denominazione della società trasferitasi all'estero non influisce sulla validità dell'atto introduttivo del giudizio, tanto più nel caso in cui il convenuto abbia comunque dimostrato di essere edotto di tali vicende evolutive: «La circostanza che il ricorso per Cassazione, posteriore al cambiamento della denominazione sociale o comunque alla dedotta trasformazione [...] faccia ancora riferimento alla precedente (denominazione della) società, potrebbe astrattamente implicare solo una situazione di incertezza sull'identificazione della parte ricorrente (ai sensi ed agli effetti degli artt. 163 e 164 c.p.c.) e, quindi, non è in concreto influente», posto che la controparte «nel contestare la validità e l'ammissibilità dell'iniziativa avversaria, ha richiamato la trasformazione, mostrando di averne piena contezza»<sup>48</sup>.

Negli stessi termini il Supremo Collegio si è più recentemente espresso con una sentenza in riferimento all'ipotesi di eccepita nullità di una cartella di pagamento in cui la società debitrice era stata indicata con la denominazione sociale precedente alla sua trasformazione: «La trasformazione di una società da uno ad altro dei tipi previsti dalla legge non si traduce nell'estinzione di un soggetto e nella correlativa creazione di un altro, in luogo di quello precedente, ma configura una vicenda meramente evolutiva e modificativa del medesimo soggetto, la quale non incide sui rapporti sostanziali e processuali che ad esso fanno capo. Pertanto, la circostanza che una cartella di pagamento sia indirizzata alla società con la denominazione anteriore alla trasformazione non è influente allorché questo fatto non implichi una situazione di incertezza sull'identificazione della parte stessa»<sup>49</sup>.

Un rilievo conclusivo relativo a questo primo riflesso processuale in ordine alla validità degli atti introduttivi compiuti da una società trasferita riguarda l'analisi della posizione per la quale certa giurisprudenza di merito<sup>50</sup> ha ritenuto di subordinare la possibilità di sanatoria dell'even-

<sup>48</sup> Cass., 14 dicembre 2006, n. 26826, cit.

<sup>49</sup> Si tratta di Cass., 10 febbraio 2009, n. 3269, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 2, p. 209; conformemente v. anche Cass. sez. un., 31 ottobre 2007, n. 23019, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 10.

<sup>50</sup> App. Bologna, sentenza n. 308 emanata in data 22 gennaio 2010 e depositata il successivo 22 marzo 2010, tuttavia più diffusamente e per ogni ulteriore riferimento alla disamina di un oltremodo esplicativo caso di specie si rinvia *infra* § 6.

tuale nullità della citazione alla continuazione dello svolgimento dell'attività quale sede secondaria della società trasferita all'estero. In altre parole, secondo siffatta lettura, del tutto non condivisibile, sussisterebbe invero l'impossibilità di provvedere alla sanatoria dell'eventuale nullità dell'atto di citazione effettuato dalla società trasferita mediante la semplice costituzione in causa della stessa, nel caso in cui una simile iniziativa non fosse stata accompagnata dalla prova che la società avesse continuato a svolgere una qualche attività sul territorio italiano pur dopo il suo trasferimento all'estero<sup>51</sup>.

Questa diverge con il disposto dell'art. 25, co. 3, L. n. 218/1995 e con l'interpretazione che ne offre il più recente ed unanime "diritto vivente". La norma, al fine di riconoscere efficacia al trasferimento all'estero della sede legale, si limita a richiedere che questo sia posto in essere «conformemente alle leggi degli Stati interessati», vale a dire che lo Stato di origine consenta il trasferimento all'estero della sede e che contestualmente lo Stato di destinazione riconosca la possibilità giuridica di operare un trasferimento di sede nel proprio territorio. In alcun modo, né implicitamente né esplicitamente, condiziona il riconoscimento di efficacia al mantenimento di un qualche legame con il territorio italiano e, in particolare, allo svolgimento di una attività di impresa *in loco*, il ché contraddirebbe, anzi, la decisione di trasferimento all'estero.

Tant'è vero che, allorché venga in rilievo un problema di giurisdizione fallimentare, alla condizione fissata in via generale dalla L. n. 218/1995 si aggiunge l'ulteriore requisito che il trasferimento della sede sia effettivo e che ad esso corrisponda la cessazione dell'attività di impresa in Italia, ciò all'evidente fine di prevenire manovre elusive per sottrarsi alla dichiarazione di fallimento.

---

<sup>51</sup> Come si dirà esaminando il caso di specie (*infra* § 6) «la S.A. [società anonima lussemburghese (*N.d.R.*)], per sanare l'attività posta [da parte attrice (*N.d.R.*)] nel primo grado, quale rappresentante di una s.r.l. cancellata dal registro imprese in Italia, avrebbe dovuto quanto meno dimostrare la legittimazione della s.r.l. in oggetto quale sede secondaria esistente sul territorio italiano. È per contro evincibile dagli atti processuali che la [...] s.r.l. ha cessato in Italia ogni attività fin dal 1995». Ancora prima la Corte aveva precisato che «altro è il discorso della successione nei rapporti, qualora il primo soggetto si sia realmente estinto, con il trasferimento della sede e di tutte le attività all'estero (valido anche in caso di fusione per incorporazione)». La formulazione letterale di questo passaggio della motivazione non è chiara, ma sembrerebbe di dover intendere che la Corte ritenga necessario il mantenimento di un qualche legame con il territorio italiano al fine di escludere l'estinzione della società trasferitasi all'estero

Per quanto infine concerne l'operatività dell'efficacia di detta sanatoria dell'eventuale nullità dell'atto di citazione proposto dalla società trasferita si noti che, stante l'inequivoco tenore letterale dell'art. 164 c.p.c., così come riformato con L. n. 353/1990, i vizi della citazione attinenti alla *vocatio in ius* (i.e. l'errata od insufficiente indicazione delle parti di causa) sono sanabili con effetto *ex tunc*<sup>52</sup>.

## 6. Deviazioni della giurisprudenza di merito: disamina di un caso di specie.

Il Tribunale di Parma<sup>53</sup> chiamato ad occuparsi delle problematiche sottese al tema oggetto di questo studio, propendeva per la tesi dell'inesistenza della società originaria a seguito del trasferimento della stessa all'estero. In particolare, si trattava di un giudizio in cui una società che aveva trasferito la propria sede in Lussemburgo, cessando contestualmente l'attività in Italia ed assumendo la veste formale di *société anonyme*<sup>54</sup>, conveniva in giudizio – con atto di citazione ritualmente notificato e sotto una nuova denominazione sociale – un'altra società, allo scopo di ottenere la condanna di quest'ultima al pagamento di un'importante somma a vario titolo dovuta ed alla rifusione dei danni.

Il Tribunale, sulla scorta della ritenuta inesistenza del soggetto giuridico attore (si trattava di una s.r.l.), respingeva la domanda attorea, accogliendo per converso l'eccezione di nullità dell'atto di citazione e

---

<sup>52</sup> Il co. 2 dell'art. 164 c.p.c. dispone infatti che: «Se il convenuto non si costituisce in giudizio, il Giudice, rilevata la nullità della citazione ai sensi del primo comma, ne dispone d'ufficio la rinnovazione entro un termine perentorio. Questa sana i vizi e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono sin dal momento della prima notificazione». Tale principio della sanabilità *ex tunc* dei vizi attinenti alla *vocatio in ius* è stato esteso e ripetutamente ribadito dai Giudici di legittimità anche con riferimento all'atto di citazione introduttivo del giudizio di appello. Valga in tal senso, per tutte, Cass. 1 luglio 2008, n. 17951, in *Mass. Giur. It.*, 2008 ed in *Corriere Giur.*, 2012, 12, p. 1430, con nota di V. CARBONE, *Nullità della notificazione*, ove si commenta la positiva risposta della Cassazione al quesito attinente la legittimità di una diversa decorrenza della sanatoria, nel senso che i vizi della *vocatio in ius* sono sanabili *ex tunc*, mentre quelli dell'*editio actionis* sono sanabili *ex nunc*, rinvenendo la *ratio* di ciò nella duplicità di funzioni assolute dall'atto di citazione, vale a dire convenire in giudizio la controparte e rivolgere al Giudice la domanda di tutela giurisdizionale.

<sup>53</sup> Trib. Parma, sentenza n. 923 emanata il 2 agosto 2001 e pubblicata il successivo 30 agosto 2001.

<sup>54</sup> D'ora in poi, *breviter*, anche s.a.

della procura alle liti, in ciò probabilmente condizionato dal fatto che a quel momento la riflessione dottrinale e giurisprudenziale sull'art. 25 della L. n. 218/1995 era ancora segnata da profonde incertezze e solo negli anni più recenti sarebbe pervenuta a completa maturazione. Il passaggio centrale della motivazione, che di seguito si ritrascrive, è appunto incentrato sulla tesi della sopravvenuta estinzione della Società a seguito del trasferimento della sede sociale all'estero e della conseguente impossibilità per la stessa di continuare ad agire nell'ordinamento giuridico italiano:

Con il trasferimento in Lussemburgo della sede, la P.M. s.r.l. ha trasferito all'estero ogni attività, nulla essendo rimasto in Italia, ed a sua domanda si è cancellata dal registro delle imprese [...] per cessazione dell'attività. In tal modo essa si è svincolata da ogni forma di controllo di ordine pubblico da parte dell'ordinamento italiano per cui non è concepibile che possa continuare ad operare secondo la legge italiana (App. Trieste, 9 ottobre 1999, in *Riv. notar.*, 2000, II, p. 167).

Le norme sul controllo delle società sono di ordine pubblico e la società, se intende agire ed operare nell'ordinamento italiano e secondo le sue leggi, deve sottoporvisi. La possibilità per una società italiana di trasferire all'estero la sede sociale restando sottoposta alla legislazione italiana, deve ritenersi esistente a condizione che possa essere concretamente soggetta ai controlli di ogni tipo di ordine pubblico disposti dall'ordinamento.

La P.M. s.r.l. pretenderebbe invece di potere continuare ad agire in Italia senza essere iscritta nel registro e senza essere soggetta a nessun tipo di controllo e ciò non può essere consentito. La possibilità di trasferire all'estero la sede sociale, prevista dall'art. 25 L. n. 218/1995 va coordinata con altre disposizioni di ordine pubblico che impongono tutti quei controlli che non possono essere elusi. Il fatto che essa possa essere ritenuta ancora soggetta alla legge italiana non implica che essa possa continuare ad agire senza nessuna forma di controllo; del resto è il caso di ricordare che la cancellazione della società dal registro è avvenuta a domanda della stessa.

La citazione deve essere dichiarata nulla per inesistenza del soggetto giuridico agente.

È inoltre significativo notare che parte convenuta rilevava come la procura *ad litem* non fosse stata rilasciata da soggetto investito del potere di rappresentanza della Società attrice. Al fine di superare ogni possibile incertezza sulla validità tanto dell'atto di citazione quanto della procura alle liti, con successiva deliberazione autenticata da Notaio rogante la Società attrice trasferita provvedeva ad attribuire all'amministratore delegato della stessa (già tale antecedentemente al trasferimento) una delega generale, formale e sostanziale, a rappresentare la Società, ratificandone così l'operato

svolto fino a quella data, ivi espressamente compreso il promovimento del giudizio risarcitorio<sup>55</sup>.

Contro questa sentenza veniva presentato appello dalla Società trasferita, che riproponeva nei confronti dei convenuti in primo grado tutte le proprie istanze di merito ed istruttorie. In particolare, evidenziava l'erroneità della decisione appellata sotto i profili giuridici che qui si esaminano.

Anzitutto, in base a quanto si è nella trattazione generale argomentato, la corretta interpretazione delle norme di diritto internazionale dettate dall'art. 25 L. n. 218/1995 portava a ritenere che il trasferimento della sede sociale all'estero, con cancellazione dal registro italiano delle imprese ed assunzione di una nuova veste e denominazione sociale, laddove attuato (come nel caso di specie) in conformità agli ordinamenti dei due Stati interessati, non determinasse l'estinzione della società italiana e la costituzione di una nuova società di diritto estero, bensì una vicenda di mera trasformazione societaria tale da lasciare invariata l'identità giuridica dell'ente. Coerentemente con tali principi, la Società attrice, pur dopo il trasferimento della propria sede legale in Lussemburgo e l'assunzione della veste di *société anonyme*, aveva mantenuto inalterata la propria soggettività e conservato la titolarità di tutti i diritti precedentemente acquisiti in veste di s.r.l., con piena legittimazione sostanziale e processuale a farli valere in giudizio.

Conseguenzialmente, l'esistenza di un sicuro vincolo di continuità soggettiva tra l'originaria s.r.l. e la *société anonyme* lussemburghese determinava l'automatica caducazione della eccezione di difetto di legittimazione attiva che poggiava proprio sulla pretesa estinzione della Società italiana.

Eguale infondata risultava l'eccezione di nullità dell'atto di citazione per essere stato promosso a nome di della s.r.l. anziché della s.a., posto che l'indicazione dell'originaria ragione sociale non aveva comportato alcuna incertezza assoluta circa l'effettiva identità giuridica del soggetto agente, rimasta unica ed immutata pur nel passaggio da s.r.l. ad s.a.<sup>56</sup>.

In ogni caso la difesa della Società attrice sottolineava che l'eventuale nullità della citazione doveva considerarsi pienamente sanata con efficacia *ex tunc* in forza della iniziativa assunta da parte della società trasferita (s.a.),

---

<sup>55</sup> Si precisa, per chiarezza esplicitiva, che con successivo atto la Società trasferita all'estero (ora, P.M. s.a., già P.M. s.r.l.) si costituiva nuovamente in giudizio, a mezzo del medesimo amministratore, facendone proprio ad ogni effetto il precedente operato.

<sup>56</sup> Tale conclusione viene *a fortiori* comprovata dal fatto che i convenuti nel costituirsi in giudizio avevano mostrato di avere piena contezza della vicenda evolutiva che aveva interessato la Società.

che aveva dapprima provveduto ad integrare i poteri dell'amministratore delegato e a ratificarne l'operato processuale tramite apposita delibera consiliare, quindi a costituirsi in causa nella sua veste di ente societario continuatore della soggettività giuridica della s.r.l. originariamente costituita in Italia.

L'integrazione dei poteri del rappresentante e la ratifica del suo operato tramite apposita comparsa di costituzione valevano altresì a superare, sempre con effetto sanante *ex tunc*, ogni possibile difetto della procura originariamente conferita ed ogni possibile difetto di legittimazione processuale ad essa collegato.

Coerentemente con le descritte vicende societarie e processuali, l'atto di citazione in appello, al pari della procura rilasciata in calce, veniva proposto dall'amministratore delegato specificando espressamente la propria autorizzazione in forza di delibera consiliare, così dandosi atto puntualmente tanto della trasformazione che aveva interessato la Società attrice, quanto della fonte dei poteri rappresentativi dell'amministratore delegato.

Nonostante ciò, la Società convenuta nel costituirsi in giudizio riproponeva le esposte eccezioni di nullità anche con riferimento all'atto di citazione in appello<sup>57</sup>.

L'indispensabile premessa giuridica per un'analisi delle eccezioni pregiudiziali di nullità e difetto di legittimazione processuale sollevate dai convenuti ed accolte dalla Corte di Appello di Bologna è costituita dalla corretta interpretazione dell'art. 25 L. n. 218/1995, il quale, come ampiamente enfatizzato nella prima parte di questo lavoro, implica il riconoscimento di un preciso vincolo di continuità soggettiva tra la società originaria e quella all'esito dell'operazione di trasferimento delle sede sociale.

Tutte le eccezioni pregiudiziali sollevate si fondano sull'assunto che il trasferimento della sede sociale all'estero e l'assunzione di una nuova denominazione sociale abbiano determinato l'estinzione della originaria s.r.l. e, contestualmente, la creazione di una nuova *société anonyme* lussemburghese assolutamente distinta ed autonoma dalla prima; di qui l'eccezione di nullità dell'atto di citazione notificato a nome di detta s.r.l. per inesistenza del soggetto giuridico agente e, parallelamente, l'irrilevanza della successiva ratifi-

---

<sup>57</sup> La Società convenuta lamentava inoltre che la ragione sociale della Società attrice, comunque estinta nella sua veste originaria, era stata riportata solo per sigla ("s.r.l." e "s.a." anziché "società a responsabilità limitata" e "société anonyme") e che, al momento della iscrizione della causa a ruolo, l'amministratore delegato non aveva fornito la prova di possedere i poteri di rappresentanza della società attrice.

ca e costituzione in causa da parte della s.a. Viceversa, è altrettanto evidente che laddove nella vicenda fosse ravvisabile una continuità soggettiva della Società, l'indicazione della sua precedente denominazione sociale in atto di citazione ed in procura resterebbe del tutto irrilevante ai fini della validità dell'iniziativa giudiziaria assunta ed in ogni caso sanata per effetto della successiva ratifica e costituzione in causa della s.a.

Ora, il profilo peculiare – che permette di svolgere considerazioni e riflessioni ai nostri fini centrali – risiede in ciò che la Corte di Appello di Bologna<sup>58</sup> ha formalmente accolto il principio di continuità giuridica soggettiva e l'interpretazione offerta dalla migliore dottrina e dall'unanime giurisprudenza di merito e di legittimità; tuttavia, una volta affermato l'astratto principio di diritto, ne ha disatteso la pratica applicazione al caso di specie, tanto da giungere a risultati diametralmente opposti a quelli derivanti dal riconoscimento dell'identità soggettiva dell'ente societario trasferitosi all'estero, motivando che l'atto di citazione introduttivo del giudizio risarcitorio doveva in ogni caso ritenersi nullo per essere stato notificato dall'originaria s.r.l. ovvero da un «soggetto giuridico non più esistente». Conclusione che, proprio per presupporre l'estinzione della Società a seguito dell'operazione di trasferimento all'estero della sede legale, si pone in insanabile contrasto logico e giuridico con il principio della continuità soggettiva appena prima accolto.

Anche alla luce delle considerazioni dogmatiche svolte nella prima parte del presente studio, emerge la palese contraddittorietà della motivazione resa dai Giudici di secondo grado, rendendosi oramai sovrabbondanti ulteriori considerazioni sul punto.

L'ordito motivazionale sviluppato dai Giudici di appello – di cui intendiamo qui procedere ad un sintetico esame – muove proprio dalle considerazioni giuridiche che abbiamo precedentemente approfondito e, come anticipato, recepisce integralmente gli esiti della più recente giurisprudenza, di merito e di legittimità<sup>59</sup>, di cui riconosce tanto l'astratta esattezza quanto la concreta pertinenza ed applicabilità al caso di specie<sup>60</sup>:

---

<sup>58</sup> App. Bologna, sentenza n. 308 emanata in data 22 gennaio 2010 e depositata il successivo 22 marzo 2010.

<sup>59</sup> Anche la giurisprudenza comunitaria, come avremo modo di mostrare approfondendone il travagliato percorso (v. *infra* § 8), propende a livello di trasferimenti tra Stati membri dell'Unione Europea per i ricordati principi di continuità giuridica soggettiva.

<sup>60</sup> Sia consentito di ritrascrivere un significativo passaggio della sentenza nel senso indicato nel testo.

Le censure dell'appellante alla decisione del Tribunale di Parma sono basate sulle più recenti pronunce della Suprema Corte [...], delle Corti di merito [...], nonché della Corte di Giustizia Europea [...].

L'assunto principale è il seguente: la cancellazione di una società dal registro imprese per trasferimento della sede all'estero non incide in alcun modo sulla permanenza in vita, né sulla soggettività della stessa (così Cass. sez. un., sent. dep. il 2 novembre 2007, relativa ad una fattispecie di riapertura di fallimento).

Sul medesimo presupposto della continuità giuridica del soggetto/società che abbia trasferito la propria sede all'estero (il Belgio) si è espresso il Tribunale di Torino nella sentenza sopra citata, che ha ritenuto che il trasferimento della sede non involge di per sé l'interruzione della personalità giuridica, laddove il trasferimento sia conforme agli ordinamenti coinvolti, non sia meramente fittizio (in quest'ultimo caso, ai fini di evitare la dichiarazione di fallimento in Italia) e sia comunque mantenuta l'identità dell'ente<sup>61</sup>.

L'esito della premessa giuridica accolta dalla Corte di Appello sembrerebbe evidente e scontato: la società trasferita (s.a.) non si deve considerare quale nuovo ente societario, bensì quale continuazione della s.r.l., già operante in Italia, senza estinzione alcuna dell'originaria società e senza alcun mutamento sostanziale della sua identità giuridica, posto che il trasferimento della sede all'estero era avvenuto in conformità tanto alla normativa italiana quanto a quella lussemburghese e non presentava carattere fittizio od elusivo<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> La Corte prosegue osservando che «pur trattandosi di decisioni espresse con particolare riferimento alla materia del diritto fallimentare (e, nel senso, dell'irrelevanza del trasferimento della sede all'estero, per escludere la dichiarazione di fallimento in Italia, si ricorda l'ultimo comma dell'art. 9 L.F. novellato, nel caso in cui l'evento sia avvenuto dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 6 L.F.), resta comunque salvo il principio di diritto che è il seguente: la cancellazione di una società dal registro imprese in Italia, per trasferimento della sede all'estero, non implica di per sé la perdita di soggettività giuridica, purché sia dimostrato lo svolgimento di una qualche attività sul territorio e la scelta della sede sia conforme agli ordinamenti interessati».

<sup>62</sup> Ciò non risultava connotato dall'elemento fraudolento. Per un primo approfondimento dei rapporti tra il trasferimento della sede sociale e la dichiarazione di fallimento – tematica questa che abbisognerebbe di un'autonoma trattazione – si vedano talune delle recenti pronunce di legittimità ed i relativi commenti: Cass. sez. un., 3 ottobre 2011, n. 20144, in *Dir. fall.*, 2012, 2, p. 20142, con nota di A. CERRATO, *Il trasferimento «fittizio» all'estero della sede legale di una s.r.l. già costituita in Italia non comporta il venir meno della giurisdizione italiana ai fini della dichiarazione di fallimento*; Cass. sez. un., 17 febbraio 2016, n. 3059, in *Giur. it.*, 2016, 6, p. 1402 ss., con nota di N. MICHELI, *Appunti in tema di trasferimento "fraudolento" della sede legale all'estero*.

## 7. (segue): la contraddittorietà dell'ordito motivazionale sviluppato dai Giudici di secondo grado per sostenere l'inesistenza della società *ab origine* costituita in Italia.

I Giudici di secondo grado argomentano che l'esatta considerazione preliminare della continuazione della società originaria resterebbe del tutto irrilevante al fine della decisione del caso di specie, per una serie di ragioni che in parte contraddicono questa stessa premessa ed in parte travisano lo svolgimento del processo. In sintesi queste ragioni possono essere compendiate come segue.

In primo luogo, l'atto di citazione era stato notificato dalla s.r.l., soggetto giuridico non più esistente, anziché dalla s.a. lussemburghese, soggetto subentrato al primo, con conseguente nullità della citazione stessa. La contraddittorietà dell'asserzione è evidente: l'atto di citazione non poteva in alcun modo ritenersi proposto da un soggetto giuridico inesistente, né tantomeno da un soggetto diverso dal reale titolare dell'azione, proprio perché per effetto dell'affermato criterio di continuità soggettiva l'originaria s.r.l. non era mai venuta meno e coincideva soggettivamente con la *société anonyme*. Di talché, riconosciuta l'unicità soggettiva della Società, l'indicazione in atto di citazione della sua precedente ragione sociale poteva configurare (al più) mera irregolarità, certamente inidonea a pregiudicare la corretta individuazione del soggetto agente in giudizio e quindi inidonea a norma dell'art. 164 c.p.c. a determinare il vizio della nullità<sup>63</sup>.

In secondo luogo, i Giudici rilevano che neppure in seguito la s.a. attrice si era costituita nel giudizio promosso dall'originaria s.r.l., al fine di fare proprie le domande formulate e sanare in tal modo la dedotta nullità della citazione. L'asserzione è contraddetta dal rilievo per cui la s.a., dato atto delle vicende societarie che avevano comportato il trasferimento della sede legale in Lussemburgo e l'assunzione della veste di *société anonyme*, si era costituita in giudizio dichiarando di ratificare e fare propri tutti gli atti di causa già compiuti dall'amministratore delegato dell'iniziale s.r.l. in nome della s.a. e di integrarne ad ogni effetto i poteri anche ed innanzitutto con riferimento al rilascio della procura alle liti.

---

<sup>63</sup> Considerazione tanto più corretta nel caso di specie se si considera che i convenuti, costituendosi in giudizio ed eccependo la sopravvenuta estinzione della società per effetto del trasferimento della sede legale in Lussemburgo e dell'assunzione della veste di *société anonyme*, avevano dato atto di essere perfettamente edotti delle modificazioni che avevano interessato l'ente e quindi del diretto legame tra la s.r.l. e la s.a.

La Corte rileva inoltre che un'eventuale sanatoria sarebbe stata in concreto efficace solo nel caso in cui la società anonima lussemburghese avesse offerto prova che la originaria s.r.l., sebbene non più esistente come autonomo soggetto di diritto, poteva tuttavia qualificarsi come sua sede secondaria insediata nel territorio italiano. L'affermazione contraddice nuovamente la premessa iniziale del ragionamento, posto che il riconoscimento di identità ed unità soggettiva della società che abbia trasferito la propria sede all'estero è subordinato dall'art. 25 L. n. 218/1995 esclusivamente al rispetto della normativa dello Stato di origine e di quello di destinazione, senza che sia in alcun modo richiesto il mantenimento di un legame con il territorio italiano, quale la trasformazione della originaria società in sede secondaria e lo svolgimento da parte di questa di una qualche attività di impresa. Imporre una prova di "esistenza in vita" della s.r.l. è pretesa che per l'appunto contraddice l'affermato principio che tale società non si è mai estinta, bensì direttamente mutata nella *société anonyme*, senza soluzione alcuna di continuità<sup>64</sup>.

Infine, lo stesso atto di citazione in appello deve, in tesi dei Giudici di seconde cure, ritenersi nullo sia perché proposto dall'amministratore delegato della s.r.l. iniziale, che dopo la cancellazione dal registro delle imprese di quest'ultima aveva perduto ogni potere di rappresentanza legale, sia perché proposto dalla società anonima, ovvero da un soggetto diverso dall'originario attore. Anche in tal caso la motivazione resa dai Giudici di secondo grado risulta segnata da un'insanabile contraddittorietà, se solo si considera che – come da essi stessi rimarcato in motivazione – con deliberazione autenticata da Notaio la s.a. aveva provveduto ad attribuire all'amministratore delegato della s.r.l. il potere di rappresentare la Società nelle cause recuperatorie oggetto del giudizio *de quo* e che tale deliberazione risultava richiamata sia nell'instanzione dell'atto di citazione che nel testo della procura in calce a giustificazione della sua legittimazione processuale<sup>65</sup>.

Orbene, dopo aver dato atto dei più recenti sviluppi giurisprudenziali in punto di interpretazione della disciplina approntata dal diritto interna-

---

<sup>64</sup> Come già peraltro argomentato in termini più generali, *supra* § 5.

<sup>65</sup> A ben vedere, infatti, una volta allegata la fonte del potere di rappresentanza dell'amministratore delegato dell'allora s.r.l., giusto il disposto dell'art. 75 c.p.c., sarebbe semmai gravato su controparte l'onere di allegare che egli era in realtà privo di legittimazione processuale, ciò che in effetti non è stato e non avrebbe potuto essere. Quanto, poi, all'affermata carenza di legittimazione attiva di P.M. s.a., veniva nuovamente ripetuto l'errore di ravvisare un'inesistente dicotomia o cesura soggettiva tra questa e P.M. s.r.l.

zionale privato in relazione all'operazione di cui trattasi ed avere aderito ai risultati raggiunti, la Corte di Appello di Bologna ha affermato l'irrelevanza della questione sulla scorta della seguente motivazione:

Il ragionamento elaborato dall'appellante per avvalorare la propria tesi difensiva avrebbe una sua valenza laddove la citazione del primo giudizio fosse stata proposta direttamente dalla società nella nuova veste di diritto lussemburghese e le controparti avessero contestato o posto in dubbio la legittimazione della stessa ad agire e la continuità tra i due soggetti, il che non è avvenuto. Per contro, nel giudizio di primo grado, ha sempre agito il sig. P.N. [già amministratore delegato dell'originaria s.r.l. (N.d.R.)], per conto di un soggetto non più esistente, mentre il soggetto ad esso subentrato, ossia la società di diritto lussemburghese non si è mai costituita per fare proprie le domande formulate.

L'esistenza di un vincolo di continuità giuridica soggettiva tra l'originaria s.r.l. e la *société anonyme* era questione tutt'altro che irrilevante e, anzi, decisiva per la soluzione della vertenza. Questo, infatti, il corretto *iter* del ragionamento logico-giuridico del quale la decisione dei Giudici di merito avrebbe potuto giovare, mantenendo una coerenza sistematica con le corrette premesse svolte.

In forza della disciplina dettata dall'art. 25, co. 3, L. n. 218/1995, secondo l'interpretazione che ne è stata fornita dalla più avanzata giurisprudenza, l'originaria s.r.l. non si è mai estinta come soggetto di diritto, ma ha semplicemente modificato la propria veste societaria in quella di società anonima a seguito del trasferimento all'estero della sede legale, quindi ha conosciuto una pura vicenda evolutiva-modificativa che non ne ha intaccato l'identità giuridica e l'unicità soggettiva<sup>66</sup>.

A ciò avrebbe pertanto dovuto conseguire l'automatica caducazione dell'eccezione di nullità dell'atto di citazione che proprio su tale pretesa estinzione e sulla correlata perdita di legittimazione processuale si fondava.

Parimenti, sempre in virtù dell'accertata unicità soggettiva della Società attrice, la indicazione in atto di citazione della sua originaria denominazione anziché di quella successivamente assunta a seguito del trasferimento resta-va irrilevante ai fini della validità dell'atto *ex* artt. 163 e 164 c.p.c., proprio perché, per fare riferimento sempre al medesimo soggetto di diritto, non

---

<sup>66</sup> Come già esplicito *supra* (§ 5), l'operazione potrebbe ben essere inquadrata quale "trasformazione" internazionale o transfrontaliera.

creava alcuna incertezza assoluta e nemmeno relativa in ordine alla sua corretta identificazione<sup>67</sup>.

Affermata erroneamente l'esistenza di un vizio di nullità della citazione, la Corte di Appello ha escluso, altrettanto erroneamente, che tale vizio fosse stato sanato in corso di causa, così esattamente motivando:

La società di diritto lussemburghese non si è mai costituita per fare proprie le domande formulate (anche ammesso che potesse in tal modo sanare l'iniziale nullità). Si evince dagli atti di primo grado che, in fase istruttoria avanzata, dopo l'ammissione degli interrogatori formali, veniva ribadita dalla difesa di [parte convenuta (*N.d.R.*)] l'eccezione preliminare in oggetto, con particolare riferimento alla circostanza che, fin dal gennaio 1996, lo statuto della S.A. prevedeva che la società fosse governata da un Consiglio di Amministrazione e non già da un amministratore unico [...]. In risposta alle argomentazioni, l'attrice produceva in giudizio un verbale del C. di A. della S.A. con autenticazione notarile lussemburghese, a conferma della legittimazione ad agire del [già amministratore delegato dell'originaria s.r.l. (*N.d.R.*)] (che figurava semplice componente del C. di A.). Osserva questa Corte che tale atto, proveniente pur sempre da un soggetto che non è mai intervenuto nel primo giudizio, non vale a sanare la nullità verificatesi.

La delibera consiliare di conferimento all'allora amministratore delegato della originaria s.r.l. dei necessari poteri rappresentativi si ricollegava, direttamente e materialmente, all'atto di esercizio di tali poteri tramite la costituzione in causa della società anonima lussemburghese<sup>68</sup>, che in tal

---

<sup>67</sup> Su tale profilo nuovamente si rinvia *supra* alla prima parte del saggio (§ 5). Si tenga presente che nel caso di specie non vi è dubbio alcuno sull'assenza di incertezza circa il soggetto attivo e sulla correlata assenza di una qualsiasi menomazione del diritto di difesa, poiché la Società attrice ha ben chiarito di essere quella stessa società che ha svolto il ruolo di assuntore nella vicenda nota ai convenuti.

<sup>68</sup> Invero, la citata delibera consiliare, assunta dalla s.a. al fine di superare ogni possibile incertezza sulla legittimazione processuale dell'amministratore delegato dell'originaria s.r.l., risultava allegata e prodotta in causa congiuntamente ad un atto esattamente denominato "comparsa di costituzione" con cui il medesimo amministratore delegato, proprio in forza ed in esecuzione della procura speciale ricevuta, provvedeva a costituirsi in giudizio nella veste di «amministratore delegato della P.M. s.r.l., ora a seguito di trasformazione [...] P.M. s.a., espressamente autorizzato in forza di delibera consiliare [...]» e dichiarava in questa sua veste di «fare propri e di ratificare espressamente gli atti, le attività e le conclusioni compiute e svolte nel presente giudizio dalla Società qualora dovessero risultare viziati per difetto di legittimazione processuale in ragione dell'assenza di poteri in capo al medesimo all'atto del rilascio della precedente originaria procura. Con ciò confermando e ratificando, per quanto di necessità, la procura medesima».

modo intendeva sanare ogni possibile vizio od irregolarità derivata dall'indicazione in citazione dell'originaria denominazione (ossia quella della s.r.l. costituita originariamente in Italia)<sup>69</sup>.

La conclusione che la *société anonyme* non si sarebbe mai costituita per fare proprie le domande formulate non risulta quindi corretta<sup>70</sup>.

Il ragionamento sviluppato dalla Corte è parimenti segnato da intrinseca contraddittorietà e illogicità anche nel suo passaggio finale, laddove si afferma che in ogni caso un atto proveniente dalla s.a., soggetto diverso da quello che aveva promosso l'azione, vale a dire l'originaria s.r.l., non era idoneo a sanare eventuali vizi del giudizio dipendenti proprio dalla erronea indicazione della società attrice.

Orbene, volendo astrattamente aderire alla tesi secondo cui detta s.r.l. inizialmente costituita in Italia si era estinta a seguito del trasferimento all'estero della sede ed un'eventuale azione risarcitoria poteva essere promossa soltanto dalla società anonima lussemburghese, è allora giocoforza concludere che la nullità in tesi derivata dalla proposizione della citazione a nome della prima società poteva essere sanata soltanto per effetto della volontaria costituzione in giudizio della seconda. Viceversa, i Giudici di appello prima invocano la distinzione soggettiva tra i due enti societari per affermare la nullità della citazione, poi utilizzando quella stessa presunta distinzione soggettiva per negare efficacia sanante all'intervento della s.a.<sup>71.72</sup>.

La Corte di Appello di Bologna, pur escluso che P.M. s.a. avesse provveduto a costituirsi in causa per sanare la (presunta) nullità dell'atto di citazione, ha in ogni caso precisato che una simile iniziativa sarebbe stata

---

<sup>69</sup> In tal senso ed a tal fine la comparsa conteneva precisa esplicitazione dell'identità della società attrice, delle vicende societarie che l'avevano interessata, della fonte del potere di rappresentanza dell'amministratore delegato, della volontà di ratifica e sanatoria di tutta l'attività difensiva che era stata sino a quel momento espletata.

<sup>70</sup> Essa discende dall'omessa considerazione congiunta dei due citati atti e, in particolare, dall'omessa considerazione del valore della comparsa di costituzione, sul cui contenuto ed efficacia sanante i Giudici non svolgono alcuna considerazione.

<sup>71</sup> Tale Società non aveva altro mezzo per sanare eventuali nullità dell'originaria citazione se non quello di intervenire in giudizio tramite apposita comparsa di costituzione e risposta, atto indubbiamente idoneo allo scopo di rendere evidente che la domanda risarcitoria doveva intendersi proposta dalla s.a. (già s.r.l.).

<sup>72</sup> Quanto, infine, all'inciso «anche ammesso che potesse in tal modo sanare l'iniziale nullità», ancorché non sembri costituire autonoma *ratio decidendi*, esso si pone parimenti in aperta violazione degli artt. 164 c.p.c. e 156 c.p.c., che espressamente ammettono la possibilità di sanare la nullità tramite un atto idoneo a raggiungere lo scopo suo proprio; nel caso di specie appunto rappresentato dalla già richiamata comparsa di costituzione e risposta.

pienamente efficace solo se accompagnata dalla prova che la società aveva continuato a svolgere una qualche attività sul territorio italiano pur dopo il suo trasferimento all'estero<sup>73</sup>.

Dopo avere esaminato l'eccezione di nullità sollevata in relazione all'atto di citazione introduttivo del giudizio di primo grado, ribadendone erroneamente la fondatezza, la Corte di Appello di Bologna rimarca come anche quello introduttivo del giudizio di appello si presenterebbe altrettanto "ambiguo" nella identificazione della società attrice e risulterebbe altresì affetto da un difetto di rappresentanza processuale in capo all'amministratore delegato dell'iniziale s.r.l.

La Corte cita, quindi, una presunta giurisprudenza di legittimità che escluderebbe la possibilità di sanare con efficacia *ex tunc* i vizi di nullità che inficino l'atto di citazione per errata indicazione delle parti:

Giova, a questo punto, ricordare il consolidato orientamento della Corte di Cassazione in tema di nullità della citazione per errata identificazione del soggetto (passivo), che può valere anche nel caso di specie con riferimento al soggetto attivo; la Suprema Corte ha, invero, affermato che la nullità in oggetto è rilevabile d'ufficio, con possibilità di sanatoria solo *ex nunc* (v. la sentenza n. 18724 del 9 dicembre 2003, est. Finocchiaro, che valuta l'inesistenza della notificazione introduttiva del giudizio di primo grado, fatta a società posta in liquidazione coatta amministrativa e l'irrelevanza della mancata conoscenza dell'evento da parte del notificante, conseguendone la nullità del giudizio, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado).

Non risulta parimenti corretto il capo della sentenza che ha ravvisato il difetto di legittimazione processuale dell'amministratore dell'allora s.r.l. italiana a proporre l'atto di citazione in appello.

Pur dopo attenta e ripetuta lettura della sintetica motivazione resa sul punto, riesce impossibile comprendere quale sia l'*iter* logico-giuridico che ha condotto i Giudici di secondo grado a ritenere che la mancanza in capo al detto amministratore delegato del potere di rappresentare in giudizio la

---

<sup>73</sup> I Giudici di merito specificavano che, a nostro avviso erroneamente, «nel caso di specie la S.A., per sanare l'attività posta dal[l'allora amministratore delegato della s.r.l.] nel primo grado, quale rappresentante di una s.r.l. cancellata dal registro imprese in Italia, avrebbe quanto meno dovuto dimostrare la legittimazione della s.r.l. in oggetto quale sede secondaria esistente sul territorio italiano [...]». Questo profilo è stato dogmaticamente esaminato in termini generali nella disamina dei riflessi processuali determinati dalle operazioni *de quibus* (*supra* § 5).

società anonima e di introdurre nel suo interesse il giudizio di appello avverso la citata sentenza del Tribunale di Parma.

Essi danno atto correttamente che l'atto di appello risultava proposto dall'amministratore delegato dell'originaria s.r.l. (ora a seguito di trasformazione divenuta società anonima), precisando che egli era espressamente autorizzato in forza di delibera consiliare e rilevando però che, dopo la cancellazione della s.r.l. dal registro delle imprese italiano, detto amministratore delegato avesse perduto i poteri indicati nell'intestazione dell'atto<sup>74</sup>.

I Giudici di appello avrebbero allora dovuto precisare le ragioni per cui tale procura speciale non poteva considerarsi idonea ad investire il richiamato soggetto dei necessari poteri di rappresentanza in giudizio. Anzi, tale onere probatorio avrebbe potuto essere assolto esclusivamente dai convenuti, fermo il consolidato insegnamento giurisprudenziale in virtù del quale chi agisce in giudizio è soltanto tenuto ad allegare la fonte del proprio potere di rappresentanza, mentre grava su chi è convenuto l'onere di dimostrare l'inesistenza, l'invalidità o l'inefficacia dell'indicata procura<sup>75</sup>.

L'affermato difetto di legittimazione processuale, si pone dunque in diretta violazione dell'art. 75 c.p.c., e risulta una statuizione apodittica.

Alla luce delle considerazioni generali di matrice processuale effettuate in precedenza<sup>76</sup> non risulta infine necessario soffermarci sul capo della sentenza ove i Giudici di seconde cure hanno negato la possibilità di sanare la nullità dell'atto di citazione con efficacia *ex tunc*.

Risulterebbe parimenti superfluo approfondire la statuizione che ha affermato la carenza della legittimazione della società attrice ad appellare una sentenza emessa all'esito di un giudizio promosso dall'originaria s.r.l., giacché è stato già precisato che uno dei principali corollari di tipo processuale che discendono dall'accoglimento del c.d. principio di continuità giuridica

---

<sup>74</sup> Il ché è un'evidente contraddizione in termini, posto che proprio nella richiamata intestazione dell'atto di citazione in appello si dava atto che l'amministratore delegato dell'originaria s.r.l. italiana risultava autorizzato ad agire in giudizio in rappresentanza della società anonima in forza di apposita procura consacrata nella delibera consiliare della medesima s.a.

<sup>75</sup> Così, *ex multis*, Cass., 3 ottobre 2003, n. 14813, in *Arch. civ.*, 2004, p. 959 ed in *Mass. Giur. it.*, 2003. Si consideri inoltre che nel caso di specie tanto l'intestazione quanto la procura apposta in calce all'atto di citazione in appello indicavano correttamente come l'amministratore delegato della s.r.l. avesse la qualità di legale rappresentante della s.a. ed il relativo atto abilitativo.

<sup>76</sup> Si veda *supra* § 5, con particolare riferimento alla trattazione circa la piena sanabilità della nullità dell'atto di citazione con le dovute distinzioni ivi operate.

soggettiva è la permanenza della legittimazione in capo alla società inizialmente costituita in Italia e solo successivamente trasferitasi all'estero<sup>77</sup>.

## 8. Il fondamentale apporto della giurisprudenza sovranazionale in materia di libertà di stabilimento.

Il più recente orientamento espresso dai giudici italiani ha, infine, trovato riscontro nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea (oggi Corte di Giustizia della Unione Europea) riguardante i confini applicativi del principio della libertà di stabilimento, riferibile agli artt. 49 e 54 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea<sup>78</sup>. Occorre tuttavia precisare che questa "adesione" è il frutto di un percorso evolutivo progressivo ed affatto incontrastato<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> Nuovamente si rinvia, *supra*, al § 5 del presente lavoro.

<sup>78</sup> Specificamente detto art. 49 preclude le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di un altro Stato membro, estendendo altresì tale divieto alle limitazioni concernenti l'apertura di agenzie, succursali o filiali e comprendendo nel contenuto della libertà di stabilimento anche la costituzione e la gestione di imprese e, specificamente, di imprese societarie. L'art. 54 stabilisce, invece, che le società costituite in ossequio alla legislazione di uno Stato membro ed aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale od il centro di attività principale all'interno dell'Unione debbono equipararsi – relativamente all'applicazione delle disposizioni del citato Trattato – alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri. Ne risulta dunque, in estrema sintesi, il diritto di stabilirsi in uno Stato europeo diverso da quello di origine, al fine di svolgere in modo stabile un'attività economica non subordinata, vedendosi applicare le medesime condizioni dettate dal *corpus* normativo dello Stato di stabilimento nei confronti dei propri cittadini

<sup>79</sup> Le principali e più significative pronunce della Corte di Giustizia sono *Daily Mail and General Trust*, 27 settembre 1988, causa 81/87, in *Società*, 1990, p. 297 ed in *Rep. Foro. it.*, 1990, voce *Comunità europee*, coll. 358-359; *Centros*, 9 marzo 1999, causa C-212/97, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 553; *Überseering*, 5 novembre 2002, causa C-208/00; *Inspire Art*, 30 settembre 2003, causa C-167/01; *Cartesio*, 16 dicembre 2008, causa C-210/06, in *Società*, 2009, 2, p. 253 ss., con nota di S. OLIVIERI, *La Corte di Giustizia riconosce ad uno Stato membro la facoltà di impedire ad una società costituita in forza del suo diritto nazionale di trasferire la sede in un altro Stato membro conservando lo status di società soggetta al diritto nazionale dello Stato membro d'origine*; *Vale*, 12 luglio 2012, causa C-378/10. Per un'analisi dettagliata dell'itinerario del "diritto vivente" europeo in materia di affermazione del principio di libertà di stabilimento, si veda T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella comunità europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2003, 4, p. 669 ss., unitamente alla disamina di S. 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.; per l'impatto dei profili tri-

Appurata – “al netto” della disciplina regolante la c.d. “società europea”<sup>80</sup> – la mancanza di una normativa sovranazionale e quindi uniforme in materia dei c.d. *European cross-border transfers*<sup>81</sup>, si è lungamente dissertato se fosse o meno possibile per gli Stati membri circoscrivere normativamente, a livello interno, detto diritto di stabilimento, finendo così per inibire oppure vietare tali operazioni di trasferimento.

Questo percorso di effettiva affermazione del principio – che qui intendiamo succintamente ripercorrere per approdare alla conclusione che conferma l’assunto sopra enucleato – prende le mosse da un vero e proprio *leading case* in materia, ovvero il caso *Daily Mail*<sup>82</sup>, nel quale la Corte di Giustizia precisò che dalle norme sovranazionali sulla libertà di stabilimento non poteva evincersi «l’attribuzione alle società di diritto nazionale di un diritto a trasferire la direzione e l’amministrazione centrale in altro Stato membro pur conservando la qualità di società dello Stato membro secondo la cui legislazione sono state costituite»<sup>83</sup>.

Undici anni dopo la Corte di Giustizia della Comunità Europea, nel

---

butari, v. F. FERRARI, *E.U. Corporate tax law ed i progetti di direttiva sul trasferimento di sede di società da un Paese membro ad un altro*, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 410 ss.

<sup>80</sup> La Società Europea è disciplinata dal Regolamento comunitario n. 2157/2001 e dalla Direttiva comunitaria 2001/86/CE, in relazione ai quali il trasferimento della sede sociale di una Società Europea in un altro Stato membro non dà luogo né allo scioglimento, né alla costituzione di una nuova persona giuridica.

<sup>81</sup> In questo senso è rimasta “lettera morta” la proposta di XIV direttiva del 1997 avente ad oggetto le operazioni *de quibus* (cfr. progetto Commissione, doc. n. XV/6002/97 approvato il 22 aprile 1997).

<sup>82</sup> La fattispecie concreta verteva specificamente sul trasferimento in Olanda della sede amministrativa e del domicilio fiscale di una Società inglese (la *Daily Mail and General Trust PLC*), operazione questa animata da ragioni di tipo fiscale. Posto che il diritto inglese prevedeva quale *condicio sine qua non* del mutamento del domicilio fiscale l’autorizzazione del Ministero del Tesoro, in questo caso fu negata e la Società fece ricorso alla Corte di Giustizia inglese, che domandò pregiudizialmente alla Corte di Giustizia della Comunità Europea di pronunciarsi sull’antinomia tra le norme interne inglesi e la normativa europea sul diritto di stabilimento: i Giudici si schierarono a favore dell’amministrazione tributaria, asserendo – in maniera peraltro assai discutibile – che la condizione dell’autorizzazione permaneva immutata, malgrado le norme comunitarie. Per riferimenti bibliografici sulla pronuncia si veda, *supra*, nt. 79 ricognitiva del percorso giurisprudenziale sul punto; per ulteriori approfondimenti si segnalano le trattazioni in lingua inglese di F.M. MUCCIARELLI, *Company emigration and EC freedom of establishment, Daily Mail revisited*, in *European business organization law review*, 2008, p. 267; S. RAMMELHO, *Cross-border company mobility and the Proposal for a 14th EC Company Law Directive: “Daily Mail” surmounted*, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 1999, p. 105.

<sup>83</sup> Questa presa di posizione venne argomentata sulla base del noto rilievo circa la natura ontologica delle compagini societarie, per la quale si rinvia, *supra*, alla nt. 18. Deve tuttavia

caso *Centros*<sup>84</sup>, decise di adottare un approccio maggiormente “aperto” al problema in esame, ancorché non ancora connotato da una presa di posizione che possa dirsi *in toto* favorevole alla libertà di stabilimento. Segnatamente, venne consentita alle società comunitarie l’istituzione di sedi secondarie (nonché di succursali) in uno degli Stati membri, pur mantenendo in ogni caso la sede principale nello Stato originario. La Corte argomentava infatti che, sulla base delle disposizioni europee, le società «hanno il diritto di svolgere la loro attività in un altro Stato membro, mediante un’agenzia, succursale o filiale. [...] Ora, la prassi consistente nel diniego, in determinate circostanze, da parte di uno Stato membro, di registrazione di una succursale di una società che ha la sede in un altro Stato membro, conduce a impedire a società costituite in conformità alla normativa di quest’ultimo Stato membro l’esercizio del diritto di stabilimento loro conferito dagli artt. 52 e 58 del Trattato [oggi artt. 49 e 54 TFUE, già artt. 43 e 48 TCE (*N.d.R.*)]. Di conseguenza, una tale prassi costituisce un ostacolo all’esercizio delle libertà garantite da queste disposizioni»<sup>85</sup>.

Si deve però precisare che questo orientamento potrebbe invero dar luogo ad eventuali comportamenti fraudolenti atti a delocalizzare l’intera attività sociale nello Stato di arrivo con il reale scopo, però, di sottrarsi all’applicazione della legislazione di quest’ultimo, tanto è vero che tale pronuncia accorda agli Stati membri la possibilità di assumere eventuali misure atte ad evitare ovvero sanzionare simili condotte<sup>86</sup>.

---

precisarsi che la sentenza *de qua* contiene anche passaggi di segno contrario, tuttavia essi assurgono a livello di meri *obiter dicta*.

<sup>84</sup> Nel caso di specie veniva sottoposta pregiudizialmente alla Corte di Giustizia una questione circa la compatibilità con la libertà di stabilimento sancita a livello sovranazionale del divieto imposto dal registro delle imprese di uno Stato membro di iscrivere la succursale di una società costituita in un diverso Stato membro, ma caratterizzata dall’effettivo svolgimento della propria attività integralmente nel territorio della sede secondaria. Per i riferimenti bibliografici si fa nuovamente rinvio alla nt. 79; quanto ad un ulteriore approfondimento specifico su questo caso v. A. PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento la competizione tra due ordinamenti? Riflessioni sul «caso Centros»*, in *Riv. soc.*, 2001, 5, p. 1292.

<sup>85</sup> Si tratta dei p.ti 19, 20, 21 della sentenza *Centros*, cit.

<sup>86</sup> Così, testualmente, «[...] questa interpretazione non esclude che le autorità dello Stato membro interessato possano adottare tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi, sia nei confronti della stessa società, eventualmente in cooperazione con lo Stato membro nel quale essa è costituita, sia nei confronti dei soci rispetto ai quali sia dimostrato che essi intendono in realtà, mediante la costituzione di una società, eludere le loro obbligazioni nei confronti dei creditori privati o pubblici stabiliti nel territorio dello Stato membro interessato».

Se la pronuncia appena esaminata concerneva le limitazioni poste dal Paese di destinazione ad una società che intendeva trasferirsi integralmente, ancorché formalmente solo per il tramite di una sede secondaria e pur mantenendo il diritto del Paese di origine, le successive e note pronunce sul caso *Überseering*<sup>87</sup> e sul caso *Inspire Art*<sup>88</sup> fanno riferimento invece al differente problema connesso al trasferimento *intracomunitario* della sede amministrativa<sup>89</sup>.

La prima sentenza riguarda la questione pregiudiziale circa la legittimità, in relazione alla predetta libertà di stabilimento, del diniego di capacità

---

<sup>87</sup> Il caso di specie riguardava una società olandese (la *Überseering*) il cui pacchetto azionario totalitario era passato in mano a cittadini tedeschi e che, a detta dell'autorità giudiziaria tedesca, mediante questo artificio aveva indirettamente realizzato un trasferimento della propria sede effettiva in Germania, pur senza una delibera all'uopo assunta dalla quale emergesse la volontà della società di procedere ad una modificazione della sede statutaria ed alla quale si accompagnasse un mutamento dello statuto personale della società. Richiamando le teorie dogmatiche già esplicate (*supra* § 2), notiamo come i giudici tedeschi, facendo propria la teoria della sede effettiva, hanno inquadrato tale società come un ente irregolare, con ciò non riconoscendola sulla base dell'assunto per cui essa non era stata incorporata, ossia costituita, in ossequio alla legge tedesca.

<sup>88</sup> Il fulcro di tale decisione risiedeva in una legge dei Paesi Bassi relativa alle società solo formalmente straniere, vale a dire quelle società costituite «conformemente ad un diritto diverso da quello olandese» e che esercitano la loro attività «del tutto o quasi del tutto nei Paesi Bassi senza avere alcun legame effettivo con lo Stato in cui vige il diritto conformemente al quale essa è stata costituita». A tali società venivano imposti particolari obblighi in punto di onere di pubblicità e di requisiti di capitale, sanzionati con la responsabilità solidale degli amministratori della società per le obbligazioni sociali. *Amplius*, S. NOCELLA, *Il caso Inspire Art: l'armonizzazione al banco di prova*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 5 ss.

<sup>89</sup> Tra i plurimi commenti su tali pronunce si vedano: E. WYMEERSCH, *The transfer of the Company's seat in European Law*, in *40 CML Rev.*, 2003, p. 661 ss.; P. LAGARDE, *Nota alla sentenza Überseering*, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 2003, p. 529; S. LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il "caso Überseering": tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, cit., p. 470; W.F. EBKE, *The European Conflict of Corporate Laws Revolutions: Überseering, Inspire Art and Beyond*, in *European business law review*, 2005, p. 9 ss. Estremamente interessante l'analisi in relazione alla nuova interpretazione del principio del c.d. "vincolo necessario" tra ordinamento di costituzione ed ente giuridico di P. MANZINI, F.M. MUCCIARELLI, *Rivoluzione cartesiana? La fine del "vincolo necessario" tra società e legislazione nazionale*, in *Giur. comm.*, 2009, p. 614 ss., i quali rilevano come la sua declinazione risulti fortemente nebulosa nella cit. pronuncia *Überseering*, giacché «[...] se l'esistenza di una società è necessariamente consustanziale ad un ordinamento giuridico, ogni Stato, sia quelli di origine che quelli di successivo stabilimento, dovrebbe avere la facoltà di applicare una propria *lex societatis*. Dunque, rimane abbastanza oscuro su che base la Corte [...] distingue tra ostacoli allo stabilimento posti dal Paese di costituzione che sarebbero leciti ai sensi dell'art. 48 ed ostacoli posti dal Paese di successivo stabilimento che invece sarebbero illeciti. Ci pare invece che la soluzione che si ammette per l'uno caso deve valere anche per l'altro».

giuridica da parte del Paese di arrivo nei confronti di una società di diverso Paese comunitario che aveva trasferito la sede amministrativa sul territorio del primo: viene affermato il principio per cui le società validamente costituite in uno Stato membro debbono essere riconosciute dagli altri Stati membri ai quali viene preclusa l'imposizione di una riqualificazione delle società straniere per cui ad esse non sia riconosciuta la personalità giuridica e processuale. La seconda sentenza, conferma questa presa di posizione, precludendo inoltre l'applicazione di una normativa speciale che imponga determinati requisiti.

Le pronunce sopracitate enunciano il fondamentale principio del riconoscimento delle società costituite all'estero, tuttavia si tratta di casistica relativa alla sede amministrativa e non già espressamente all'ipotesi di trasferimento della sede statutaria, che sarà affrontata soltanto con la sentenza *Cartesio*, di assoluta centralità per comprovare e rafforzare l'orientamento della giurisprudenza italiana in ordine agli effetti delle operazioni di trasferimento, seppure limitatamente alle fattispecie *intraeuropee*.

Il caso sottoposto all'attenzione dei Giudici comunitari, per possibile contrasto con gli allora artt. 43 e 48 TCE in tema di libertà di stabilimento, era quello di una società costituita in Ungheria che aveva presentato al competente Tribunale nazionale domanda di autorizzazione al trasferimento della propria sede statutaria in Italia, continuando al contempo ad essere assoggetta alla normativa ungherese quale sua legge regolatrice.

La Corte di Giustizia della Comunità Europea ha escluso che si configurasse un simile contrasto, rientrando nel diritto di ciascuno Stato membro «di non consentire a una società soggetta al suo diritto nazionale di conservare tale *status* qualora intenda riorganizzarsi in un altro Stato membro trasferendo la sede nel territorio di quest'ultimo».

Tuttavia, ha inteso precisare che questa ipotesi «deve essere distinta da quella relativa al trasferimento di una società appartenente a uno Stato membro verso un altro Stato membro con cambiamento del diritto nazionale applicabile, ove la società si converte in una forma societaria soggetta al diritto nazionale dello Stato membro in cui si è trasferita». In questo secondo caso le norme sulla libertà di stabilimento impongono al legislatore nazionale di riconoscere continuità giuridica alle società che intendano trasferire la loro sede statutaria in un altro Stato membro, senza dover procedere attraverso la fase di liquidazione ed estinzione<sup>90</sup>:

---

<sup>90</sup> *Cartesio*, cit., p.to 113.

La facoltà, richiamata al punto 110 della presente sentenza, lungi dall'implicare una qualsiasi immunità della legislazione nazionale in materia di costituzione e di scioglimento delle società rispetto alle norme del Trattato CE relative alla libertà di stabilimento, non può segnatamente giustificare che lo Stato membro di costituzione, imponendo lo scioglimento e la liquidazione di tale società, impedisca a quest'ultima di trasformarsi in una società di diritto nazionale dell'altro Stato membro nei limiti in cui detto diritto lo consenta. Un siffatto ostacolo all'effettiva trasformazione di una società di questo tipo, senza previo scioglimento e previa liquidazione, in una società costituita a norma della legge nazionale dello Stato membro in cui intende trasferirsi costituirebbe una restrizione alla libertà di stabilimento della società interessata [...] vietata in forza dell'art. 43 CE.

Da questa decisione emerge in primo luogo che secondo i Giudici comunitari sussiste in capo ad ogni Stato membro la facoltà di individuare la tipologia di criterio di collegamento affinché una società si consideri costituita ai sensi del proprio diritto nazionale, questo significa che viene riconosciuta ad ogni Stato membro la libertà di decidere che tutte le società aventi sede nel proprio territorio siano assoggettate alla propria *lex societatis* e che dunque mutino il proprio statuto personale.

In secondo luogo, viene accordata agli Stati membri la possibilità di vietare ad una società soggetta al suo diritto nazionale di mantenere il proprio *status* anche a seguito di un'operazione che veda il trasferimento della sede principale dello stesso ente in un diverso Stato membro, senza che ciò sia antinomico rispetto al principio della libertà di stabilimento<sup>91</sup>. Il diritto europeo infatti pare non offrire protezione qualora la società non intenda mutare il proprio statuto personale.

Infine, la Corte precisa che cionondimeno detto principio di libertà di stabilimento non permette agli Stati membri di impedire il trasferimento di una società di altro Stato europeo a seguito della modifica del diritto nazionale applicabile, in altre parole nel caso in cui la società trasferita adotti una "veste" societaria utilizzata dal diritto nazionale del Paese membro di destinazione<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> È necessario dunque tenere ben distinta la questione concernente i limiti al trasferimento all'estero senza mutare la legge applicabile rientranti nel caso specifico qui oggetto del rinvio pregiudiziale dal ben differente caso in cui una società intenda mutare *lex societatis* e desideri quindi "trasformarsi" in un tipo societario soggetto al diritto di altro Stato membro di arrivo.

<sup>92</sup> Inoltre, questo secondo principio in tema di legittimità delle trasformazioni inter-

Ecco che, a ben vedere, il *discrimen* tra l'area tutelata dalla libertà di stabilimento e quella a tale principio estranea non è dato dal trasferimento della sede sociale o della sede amministrativa<sup>93</sup>, ma deve essere invero ricercato nella configurazione dell'operazione quale *cross-border conversion*<sup>94</sup>, ossia nella volontà societaria di trasformarsi in un tipo societario contemplato da un altro Stato membro<sup>95</sup>. A ciò si aggiunga che la Corte chiarisce che la libertà di mutare la *lex societatis* sussiste in tanto in quanto il Paese di destinazione sia dotato di una normativa con ciò non discordante.

I principi espressi nella sentenza *Cartesio* sono infine stati avallati dalla sentenza *Vale*<sup>96</sup>, la quale atteneva ad una controversia sorta sulla base di una trasformazione "transfrontaliera" di una società di diritto italiano in una società di diritto ungherese: la Corte di Giustizia ha ribadito come la libertà di stabilimento europea imponga alle singole legislazioni nazionali

---

nazionali genera un problema di non breve momento, poiché non essendo indispensabile e funzionale alla risoluzione della specifica questione oggetto del rinvio pregiudiziale potrebbe costituire un mero *obiter dictum*.

<sup>93</sup> Tali operazioni in sé considerate, qualora non risultino caratterizzate anche dalla volontà della società di mutare il proprio statuto personale, non risultano affatto tutelate dalla pronuncia in esame.

<sup>94</sup> Si fa riferimento alle operazioni attraverso le quali, contestualmente al trasferimento della sede di una società, si verifica altresì un assoggettamento della stessa alla disciplina dettata dallo Stato di stabilimento.

<sup>95</sup> Risultano quindi errate tutte quelle ricostruzioni dottrinali che delimitano il perimetro applicativo di tale pronuncia all'ipotesi in cui la società provenga da uno Stato membro che adotti la teoria dell'incorporazione. Si trascrive l'estratto di una di queste ricostruzioni (C. GERNER-BEUERLE, M. SCHILLING, *The mysteries of freedom of establishment after Cartesio*, working paper 2009, [www.ssrn.com](http://www.ssrn.com), p. 317): «[...] the scenario referred to in paragraph 110 of the judgment cannot be one of a company transferring its real seat out of a real seat theory State [...]. Rather, it must be one of a company transferring its real seat out of an incorporation theory State [...]». Ai fini dell'applicabilità di questi principi, ciò che rileva è esclusivamente la trasformazione in una forma societaria prevista da un altro Stato membro e non già il fatto che la società deliberi il trasferimento della sede sociale od amministrativa e la considerazione in base alla quale si daranno soluzioni divergenti a seconda della teoria di collegamento adottata. Il rilievo critico è di F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., pp. 105-108.

<sup>96</sup> Si trattava di una fattispecie di limite "all'entrata", in ciò differente dal caso *Cartesio*, ancorché i principi che se ne ricavano siano i medesimi. In particolare, la VALE costruzioni S.r.l., costituita in Italia ed iscritta nel medesimo registro delle imprese, chiedeva di essere cancellata dallo stesso registro, volendo trasferire la propria sede in Ungheria, tuttavia l'iscrizione nel registro delle imprese ungherese veniva negata. Tra le prime note di commento si vedano T. BIERMEYER, *Shaping the space of cross-border conversions in the EU. Between right and autonomy: VALE*, in *CML Rev.*, 2013, p. 584; F. OCCELLI, *In tema di trasformazioni societarie transfrontaliere*, in *Giur. it.*, 2013, p. 855 ss.; L. AMBRUNO, *Il caso Vale Epitési: ossia della circolazione societaria*, in *Dir. comm. int.*, 2014, p. 1133 ss.

il riconoscimento della trasformazione “internazionale”<sup>97</sup>, diversamente si creerebbe una palmare antinomia tra le disposizioni comunitarie in materia e quelle nazionali, qualora queste ultime esigano l’estinzione dal proprio ordinamento – ossia quello originario – dell’ente societario che voglia trasferire la propria sede in altro Paese comunitario, ciò con la correlativa necessità di ricostituirsi nuovamente nello Stato di arrivo e finendo in tal modo per disconoscere il già richiamato principio di continuità giuridica soggettiva.

## 9. Rilievi conclusivi.

All’esito di questo percorso evolutivo sull’interpretazione del principio della libertà di stabilimento, risulta imprescindibile – al fine di sistematizzare tutti i rilievi svolti e giungere a mature conclusioni – porre la disciplina di diritto internazionale privato di cui all’art. 25 L. n. 218/1995<sup>98</sup> in relazione con l’approdo giurisprudenziale europeo, dandosi atto delle principali fattispecie che potrebbero in concreto determinarsi ed avendo altresì cura di distinguere quelle in cui l’operazione coinvolga Paesi comunitari rispetto a quelle caratterizzate dalla presenza di un Paese *extraeuropeo*.

Nell’ipotesi di trasferimenti *intraeuropei*, sulla base delle considerazioni che si sono svolte e quindi del diritto di scelta circa l’ordinamento in cui incardinare giuridicamente una società, si registrerà una deroga al criterio di collegamento dettato dalla normativa internazionalprivatistica italiana nei casi in cui detto criterio conduca all’applicazione di una legge straniera che per il trasferimento della sede sociale all’estero imponga alla società di estinguersi nel Paese d’origine e di costituirsi *ex novo* nello Stato di destinazione sulla base della *lex societatis* da quest’ultimo dettata.

---

<sup>97</sup> Offre l’occasione per rilievi maggiormente meditati sul delicato tema del riconoscimento della trasformazione “internazionale” la recente pronuncia del Trib. Milano, 7 gennaio 2013, annotata da D. GAROFALO, *Trasferimento della sede all’estero, mutamento della lex societatis e continuità dei rapporti giuridici*, in *Riv. dir. soc.*, 2014, p. 55 ss. e da L. BOGGIO, *Trasferimenti fittizi, incompleti o “ultrannuali” della sede legale all’estero e fallimento della società cancellata dal registro delle imprese italiano*, in *Giur. it.*, 2014, 3, p. 615 ss. (l’Autore procede al commento in relazione anche a due pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione sul tema: Cass. sez. un., 11 marzo 2013, n. 5945; Cass. sez. un., 18 aprile 2013, n. 9414).

<sup>98</sup> Disposizione che, come visto (*supra* § 2), opta per un criterio di collegamento basato principalmente sulla teoria dell’incorporazione-costituzione, seppur temperata da quella della sede reale.

Questa lettura è particolarmente importante se si considerano quelle operazioni di trasferimento della sede sociale verso ordinamenti giuridici europei che, essendo almeno tradizionalmente caratterizzati dalla *real seat doctrine*, impedivano l'iscrizione nei loro registri delle imprese di una società costituita in un altro e diverso Stato membro<sup>99</sup>, ma – e questo è il profilo maggiormente contrastabile – senza considerare il dato per cui vi fosse stata, parallelamente all'assunzione della delibera di trasferimento della sede, quella di mutamento dello statuto personale della società in linea con il sistema normativo del Paese di destinazione.

Una precisazione si rende tuttavia necessaria al fine di evitare di incorrere in inesattezze e fuorvianti esemplificazioni. Infatti, lo sviluppo di questa giurisprudenza europea è stato da taluni accolto ed interpretato come un'ampia apertura dell'Unione Europea ai trasferimenti societari e quindi alla competitività tra i vari ordinamenti; tuttavia l'ampiezza delle "aperture" effettuate dalla Corte deve essere tenuta nettamente distinta in relazione alla tipologia di "barriere" al trasferimento, cosicché un'attenta ricostruzione potrà in particolare giovare della distinzione a seconda che esse siano poste "in entrata" oppure "in uscita". Se è vero infatti che in relazione alle prime la giurisprudenza *de qua* ha compiuto notevoli avanzamenti<sup>100</sup>, altrettanto non può dirsi in relazione alle seconde<sup>101</sup>, in

---

<sup>99</sup> Si fa riferimento, in particolare, ai casi della Germania e dell'Ungheria, dandosi però atto che anche in tali Paesi è possibile ravvisare un progressivo adeguamento agli assunti espressi dalla giurisprudenza comunitaria, tanto è vero che a livello europeo vi è stato assestamento sui canoni della teoria dell'incorporazione ed anche la giurisprudenza della *Bundesgerichtshof* tedesca ha da tempo adottato questo nuovo orientamento. È stato infatti rilevato che dopo la pronuncia *Überseering* la teoria della sede reale non sia più applicabile alle società costituite in altri Stati membri dell'Unione Europea che trasferiscano sul territorio tedesco la sede amministrativa. In questo senso, *ex multis*, si vedano BGH, 3 marzo 2003, 154 BGHZ, p. 185 ss.; BGH, 5 luglio 2004, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1593 ss.; BGH 14 marzo 2005, in *Riv. soc.*, 2005, p. 953 con nota di P. BELTRAMI, *L'adeguamento della giurisprudenza del BGH ai principi comunitari della Gründungstheorie*; BGH, 19 settembre 2005, in *DSiR*, 2005, p. 1870 ss.; BGH, 7 maggio 2007, in *ZIP*, 2007, p. 1306. Sul punto in dottrina, per tutti, v. P. KINDLER, *Libertà di stabilimento e diritto internazionale privato delle società*, in *Liber Fausto Pocar*, vol. II, Milano, due 1009, p. 549.

Si ricordi inoltre che certa parte della dottrina ha intravisto nella teoria della sede effettiva «la prima vittima» delle pronunce *supra* richiamate, vale a dire una sorta di "declino" (*recitius*, "ridimensionamento") a livello europeo della stessa a favore di quella dell'incorporazione: *ex pluribus*, T. BALLARINO, *Sulla mobilità delle società nella Comunità europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, cit., p. 694.

<sup>100</sup> Si pensi alle citate pronunce *Centros*, *Inspire Art* e *Überseering*.

<sup>101</sup> Si vedano le citate *Daily Mail* e *Cartesio*.

quanto dalla disamina di detto “diritto vivente” risulta innegabile la legittimità delle legislazioni dettate dagli Stati di partenza e volte ad osteggiare o vietare il trasferimento della sede di società interne, seppure – si badi bene – limitatamente alle ipotesi nelle quali a ciò non si accompagni la modificazione dello statuto personale.

Si può pertanto giungere ad un primo approdo conclusivo per cui – assumendo come punto di vista prospettico il nostro ordinamento – i trasferimenti di società europee c.d. “in entrata”, ossia verso l’Italia, ed all’inverso quelli di società italiane c.d. “in uscita”, vale a dire quelli in direzione di un altro Stato membro, dovranno realizzarsi in ossequio al noto principio della continuità giuridica, il che non significa però che non si registri un mutamento dello statuto personale della società trasferita.

Un’ulteriore distinzione è pertanto d’obbligo, pur sempre in relazione alla fattispecie empirica che prenda quale riferimento l’ordinamento italiano: posto che, come detto, la continuità giuridica sarà il “denominatore comune” indipendente rispetto alla “direzione” dell’operazione, la “variabile” sarà data invece dalle diverse conseguenze sul mutamento di statuto personale della società in oggetto, giacché – in linea con il nostro criterio di collegamento basato essenzialmente sul principio dell’incorporazione di cui all’art. 25, co. 3, L. n. 218/1995 – le società europee oggetto di operazioni “in entrata” (*i.e.* trasferitesi nel nostro Stato) non dovrebbero – almeno in linea teorica – registrare alcun mutamento nella *lex societatis*, restando disciplinate dall’ordinamento del Paese di costituzione. Potrà tuttavia accadere che l’ordinamento giuridico straniero di partenza non permetta ad una società soggetta al proprio diritto nazionale di mantenere il medesimo *status* personale a seguito di un’operazione di trasferimento, e questo, allo stato attuale della giurisprudenza comunitaria, senza violazione alcuna della libertà di stabilimento<sup>102</sup>. Ove, per converso, le compagini societarie nostrane prendano parte ad operazioni “in uscita” (*i.e.* società italiane che trasferiscano la loro sede in altro Stato membro) saranno regolate dall’ordinamento giuridico italiano di incorporazione, qualora il sistema giuridico di destinazione non preveda diversamente, in ogni caso ferma la continuità giuridica soggettiva dell’ente societario e preclusa quindi l’estinzione dello stesso.

---

<sup>102</sup> Si veda *Cartesio*, cit. Una violazione della libertà di stabilimento si verificherebbe invece nell’ipotesi nella quale l’applicazione della legge straniera imponesse alla società di estinguersi nel Paese di origine e di costituirsi *ex novo* in base alle regole del Paese di destinazione, con ciò evidentemente frustrando il principio di continuità soggettiva.

Come si può notare, è necessario considerare partitamente gli effetti del trasferimento societario in ordine alla continuità od estinzione della società, rispetto ai potenziali mutamenti di *lex societatis*, profili questi che possono risultare anche indipendenti.

Ad un diverso approdo conclusivo deve invece giungersi con riferimento ai trasferimenti societari *extraeuropei*, per cui è sufficiente richiamare le considerazioni svolte nella prima parte di questo lavoro e ricordare il principio in base al quale l'efficacia del trasferimento della sede all'estero è subordinata all'osservanza "bilaterale" dei criteri di collegamento e delle norme di diritto sostanziale, vale a dire tanto nello Stato di partenza quanto in quello di destinazione. Si tratta di un procedimento che richiederà di volta in volta di accordare la norma di conflitto italiana di cui all'art. 25 L. n. 218/1995 con quella della sede di partenza o di destinazione.

Orbene, in caso di trasferimento dall'Italia all'estero, premesso che lo Stato italiano riconosce continuità alla società che ha trasferito la propria sede all'estero, risulterà necessario analizzare le disposizioni dettate sul punto dallo Stato di destinazione: nel caso in cui l'ordinamento giuridico di destinazione sia configurato sul principio dell'incorporazione vi sarà non solo la predetta continuità giuridica, ma altresì permarrà immutato anche lo statuto personale della società italiana, continuandosi ad applicare la legge italiana alla luce del criterio dell'incorporazione sancito dal nostro diritto internazionale privato<sup>103</sup>.

Nell'opposto caso di trasferimento di una società estera in Italia si applicherà il nostro criterio di collegamento basato sulla costituzione, con la conseguenza della continuità giuridica soggettiva dell'ente societario, soltanto nel caso in cui anche lo Stato di partenza adotti il sistema dell'incorporazione<sup>104</sup>, cui seguirà anche il mutamento di *lex societatis* «se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti»<sup>105</sup>.

Alla medesima conclusione non può giungersi invece nel caso in cui lo Stato di partenza adotti il criterio della sede reale, in quanto secondo certe ricostruzioni interpretative potrà determinarsi l'inefficacia per l'ordinamento italiano del trasferimento, poiché questo contrasto violerebbe la normati-

---

<sup>103</sup> Cfr. art. 25, co.1, L. n. 218/1995.

<sup>104</sup> Specifichiamo che occorrerà procedere all'iscrizione nel registro delle imprese italiane ed anche al necessario adeguamento dello statuto sociale alle nostrane disposizioni inderogabili, posta comunque la regolarità della costituzione della società nel Paese di partenza.

<sup>105</sup> Così, testualmente, l'ultima parte del co. 1 dell'art. 25, L. n. 218/1995.

va internazionalprivatistica italiana, la quale ammette il trasferimento esclusivamente se realizzato «conformemente» alla normativa tanto dell'uno Stato, quanto dell'altro: le conseguenze di detta inefficacia sarebbero date dalla continuazione della società come soggetto giuridico di diritto italiano e con la precedente sede<sup>106</sup>.

Taluni autorevoli interpreti<sup>107</sup>, facendo eco alla dottrina ed alla giurisprudenza tedesca, hanno invece parlato di un'ipotesi di trasferimento con modificazione della *lex societatis* e della nazionalità, la quale non darebbe luogo a scioglimento dell'originaria società e alla costituzione di una nuova società; in altre parole il trasferimento di una società italiana in uno Stato che fa propria la teoria della sede reale sarà comunque caratterizzato dal riconoscimento della continuità del soggetto giuridico e ciò determinerà il mutamento della legislazione applicabile alla società.

Altre letture propendono invece nell'individuare nel fenomeno una nuova incorporazione realizzata nello Stato di destinazione con la conseguenza che la società trasferita dovrà essere inquadrata come un nuovo soggetto giuridico, in quanto costituita sulla base di un differente sistema normativo, tuttavia senza che ciò determini il venir meno della continuità<sup>108</sup>.

Queste esemplificazioni non esauriscono ancora il quadro delle possibili fattispecie concrete, poiché potrà verificarsi il caso in cui il Paese di arrivo permetta legislativamente il trasferimento di società straniere (nella nostra esemplificazione, di società italiane) in regime di continuità dei rapporti giuridici, tuttavia imponendo a tali società di adottare il suo proprio sistema

---

<sup>106</sup> Abbiamo qui correttamente utilizzato il lemma *inefficacia*, in quanto – come si è mostrato nella disamina già effettuata in relazione a Cass. sez. un., 23 gennaio 2004, n. 1244, cit. (*supra*, § 4, al quale si fa rinvio) e differentemente da quanto dalla stessa Corte ritenuto – non potrà da ciò farsi discendere lo scioglimento-estinzione della società, giacché trattasi di effetto che illegittimamente travalica il chiaro dettato normativo di cui all'art. 25, co. 3, L. n. 218/1995. Cfr. F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit., p. 170.

<sup>107</sup> *Ex pluribus*, T. BALLARINO, voce *Società, diritto internazionale privato*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, 1998, p. 4.

<sup>108</sup> Queste ricostruzioni (cfr. L. BOGGIO, *Trasferimenti fittizi, incompleti o "ultrannuali" della sede legale all'estero e fallimento della società cancellata dal registro delle imprese italiano, op. ult. loc. cit.*) richiamano il concetto di continuità con riferimento non già alla prosecuzione dei soggetti giuridici, bensì in relazione alla pluralità di rapporti giuridici riconducibili agli stessi, ritenendo di poter evitare la liquidazione *ex artt.* 2484 ss. c.c., posto che «l'estinzione della società se accompagnata da una vicenda circolatoria quale [...] la delocalizzazione della sede» può comportare la continuità dei rapporti giuridici. Questa soluzione viene fondata richiamando il concetto di «continuità aziendale» dettato dalla legge fallimentare, intesa specificamente come continuità dell'impresa e non già dell'imprenditore.

normativo, cioè quello di destinazione. In quest'ultimo caso si assisterà ad una vera e propria "trasformazione internazionale".

Appurata dunque – stante l'assenza di un "legislatore internazionale"<sup>109</sup> – l'insuperabile complessità delle operazioni *extraeuropee* di trasferimento societario<sup>110</sup> connessa alla necessaria "duplicità normativa" da considerare e coordinare, lo scenario risulta invece differente con riferimento all'ambito europeo.

Se è infatti corretto affermare che l'evoluzione giurisprudenziale europea si è in linea generale articolata contrappesando le esigenze di tutela degli enti societari europei dal punto di vista dello "stabilimento" con un margine di manovra degli Stati membri, tenendo conto dei molteplici riflessi del settore (*in primis* del *forum shopping* fiscale), permangono tuttora delle aree d'ombra intorno ai confini applicativi dell'art. 49 TFUE, che impediscono di definire con chiarezza quali siano le operazioni societarie coperte dalla libertà di stabilimento<sup>111</sup>. Si rende quindi necessario, in una prospettiva *de lege ferenda*, auspicare un intervento normativo sovranazionale di riforma di tali profili del diritto societario europeo che superi queste ambiguità, realizzando una totale e trasparente competitività tra i molteplici ordinamenti societari.

---

<sup>109</sup> A tale rilievo si aggiunga l'impossibilità di prevedere delle norme interne in materia di trasferimento complete ed autosufficienti, poiché siffatte operazioni transnazionali coinvolgono imprescindibilmente due Stati.

<sup>110</sup> Cfr. G. RESCIO, *I trasferimenti di società*, *op. ult. loc. cit.*

<sup>111</sup> È infatti la giurisprudenza che progressivamente ha delimitato il perimetro della richiamata disposizione. Si pensi, in relazione alle fusioni transfrontaliere, alla sentenza *Sevic*, 13 dicembre 2005, causa C-411/03, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 417 ss., con nota di F.M. MUCCIARELLI, *Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea: il caso "Sevic"*.