CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
M. POIARES MADURO
presentate il 22 maggio 2008 [1]

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale trova la sua origine in un appello contro una decisione del Bács-Kiskun Megyei Bíróság (corte regionale del Bács-Kiskun) (Ungheria), in veste di Tribunale commerciale (cégbíróság). Essa riguarda una società in accomandita semplice che cerca di trasferire la sua sede operativa dall'Ungheria in Italia, ma intende rimanere registrata in Ungheria, di modo che il suo status giuridico possa continuare ad essere disciplinato dalla legge ungherese. Tuttavia il Tribunale commerciale, nell'esercizio del suo compito di tenuta del registro delle imprese, ha rifiutato di iscrivere il nuovo indirizzo nel locale registro per il motivo che il trasferimento non era possibile a norma della legge ungherese. Esso ha ritenuto che un'impresa che intende trasferire la sua sede operativa in un altro Stato membro debba prima essere sciolta in Ungheria e poi essere ricostituita a norma della legge di tale Stato membro. Nel contesto del giudizio di appello lo Szegedi Ítélőtábla (Corte di appello di Seghedino) ha chiesto a codesta Corte indicazioni al fine di stabilire se la normativa ungherese in materia sia compatibile con il diritto alla libertà di stabilimento. Per giunta, il giudice del rinvio solleva numerose questioni concernenti l'applicazione dell'art. 234 CE.

I — Fatti e domanda di pronuncia pregiudiziale

2. La Cartesio è una «betéti társaság» (società in accomandita semplice) costituita a norma della legge ungherese e registrata a Baja (Ungheria). Essa ha due soci che risiedono in Ungheria e sono cittadini ungheresi: l'accomandante, che è tenuto a versare una quota di capitale convenuta — e risponde solo per tale quota —, e il socio accomandatario, che risponde per tutte le obbligazioni della società in accomandita semplice [2].

3. L'11 novembre 2005 la Cartesio presentava al Tribunale commerciale una domanda di modifica della sua iscrizione nel locale registro delle imprese così da far registrare, come sua nuova sede operativa, il seguente indirizzo: «21013 Gallarate (Italia), via Roma n. 16». Tuttavia il Tribunale commerciale respingeva la domanda della Cartesio. Esso dichiarava che la legge ungherese non offre alle società la possibilità di trasferire la loro

1 — Lingua originale: l'inglese.

2 — Malgrado lo status giuridico della Cartesio come società priva di personalità giuridica, le questioni proposte riguardano sia le società prive sia quelle munite di personalità giuridica a norma della legge ungherese. Pertanto, si farà riferimento alle questioni interpretative sollevate e alla Cartesio stessa con il termine ampio di «società». Allo stesso modo i riferimenti alla «registrazione», se appropriati, debbono essere intesi nel senso che comprendono riferimenti all'iscrizione nel registro o alla costituzione di una società priva di personalità giuridica.

sede operativa in un altro Stato membro mantenendo il loro status giuridico di società di diritto ungherese. Pertanto, per cambiare la sua sede operativa, la Cartesio avrebbe dovuto prima essere sciolta in Ungheria e poi ricostituita a norma della legge italiana.

4. La Cartesio proponeva appello contro tale decisione del Tribunale commerciale dinanzi allo Szegedi Ítélőtábla (Corte d'appello di Seghedino). Tale giudice ha proposto alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se un giudice di secondo grado, chiamato a decidere un appello proposto avverso una decisione emessa dal [Bács-Kiskun Megyei Bíróság, in veste di cégbíróság] in un procedimento di modifica dell'iscrizione nel registro delle imprese possa sollevare una domanda di pronuncia pregiudiziale conformemente all'art. 234 [CE], qualora né il procedimento per l'adozione della decisione del tribunale [di primo grado] né il procedimento di appello abbiano carattere contraddittorio.

2) Qualora il giudice di secondo grado rientri nel concetto di organo giurisdizionale competente a sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 [CE], se detto giudice debba essere considerato come un giudice di ultima istanza che, conformemente all'art. 234 [CE], è obbligato a sottoporre alla Corte le questioni relative all'interpretazione del diritto comunitario.

3) Se limiti o possa limitare la competenza dei giudici ungheresi a sollevare questioni pregiudiziali — competenza che deriva loro direttamente dall'art. 234 [CE] — una norma nazionale che consente di impugnare ai sensi delle norme di diritto nazionale un'ordinanza di rinvio pregiudiziale qualora, in caso di gravame, l'organo giurisdizionale nazionale di grado superiore possa riformare detta ordinanza, rendere privo di effetti il rinvio pregiudiziale e ordinare al giudice che ha emesso l'ordinanza di riprendere la trattazione del procedimento nazionale sospeso.

4) a) Qualora una società costituita in Ungheria ai sensi del diritto societario ungherese sia iscritta nel registro delle imprese ungherese e intenda trasferire la propria sede in un altro Stato membro dell'Unione [europea], se la regolamentazione di tale fattispecie ricada nella sfera del diritto comunitario o, in mancanza di armonizzazione delle normative nazionali, sia applicabile esclusivamente il diritto nazionale.

b) Se una società ungherese possa chiedere il trasferimento della sua sede in un altro Stato membro dell'Unione

invocando direttamente il diritto comunitario (artt. 43 [CE] e 48 [CE]). In caso di soluzione affermativa, se un siffatto trasferimento possa essere assoggettato ad una qualche condizione o autorizzazione da parte dello Stato membro di origine o dello Stato membro ospitante.

c) Se gli artt. 43 [CE] e 48 [CE] debbano interpretarsi nel senso che è incompatibile con il diritto comunitario una normativa o una prassi nazionale che effettua una distinzione, in materia di esercizio dei diritti relativi a società commerciali, tra tali società in funzione dello Stato membro in cui è stabilita la sede.

Se gli artt. 43 [CE] e 48 [CE] debbano interpretarsi nel senso che è incompatibile con il diritto comunitario una normativa o una prassi nazionale che impedisce ad una società ungherese di trasferire la propria sede in un altro Stato membro dell'Unione europea».

II — Valutazione

A — *La prima questione*

5. Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede se una domanda di pronuncia pregiudiziale sia ammissibile in un giudizio di appello contro una decisione di un giudice di primo grado qualora né il procedimento dinanzi al giudice di primo grado né il procedimento di appello si svolgano in contraddittorio. Così, in un certo senso, il giudice del rinvio inizia chiedendo se esso può porre la questione a codesta Corte [3]. La risposta discende chiaramente dalla giurisprudenza. Nel contesto della causa in esame, il Tribunale commerciale ha semplicemente adempiuto ad una funzione di registrazione: esso ha svolto «funzioni di autorità amministrativa senza dovere, al tempo stesso, dirimere una controversia» [4]. Ai fini dell'art. 234 CE, questa dev'essere qualificata come una funzione non giurisdizionale, nell'ambito della quale il Tribunale commerciale non è legittimato a proporre una domanda di pronuncia pregiudiziale [5]. Per contro, il giudizio di appello contro la decisione del Tribunale commerciale è, sotto il profilo dell'art. 234 CE, un procedimento giurisdizionale, malgrado il fatto che esso si

3 — V. altresì, ad es., sentenza 23 marzo 1982, causa 102/81, Nordsee/Reederei Mond (Racc. pag 1095).

4 — Sentenza 15 gennaio 2002, causa C-182/00, Lutz e a. (Racc. pag. I-547, punto 14).

5 — Sentenza Lutz e a., cit. alla nota 4, punto 13. V. anche: sentenza 14 giugno 2001, causa C-178/99, Salzmann (Racc. pag. I-4421, punto 15); sentenza 19 ottobre 1995, causa C-111/94, Job Centre (Racc. pag. I-3361, punto 11); ordinanza 22 gennaio 2002, causa C-447/00, Holto (Racc. pag. I-735, punti 17 e 18); sentenza 30 giugno 2005, causa C-165/03, Längst (Racc. pag. I-5637, punto 25); e sentenza 27 aprile 2006, causa C-96/04, Standesamt Stadt Niebüll (Racc. pag. I-3561, punto 14).

svolge inaudita altera parte [6]. Un giudice adito nell'ambito di un procedimento del genere è pertanto legittimato a proporre una domanda di pronuncia pregiudiziale da parte della Corte di giustizia [7]. La conclusione è pertanto che la prima questione proposta dal giudice nazionale è ricevibile e, inoltre, che ad essa va data una risposta in senso affermativo.

B — *La seconda questione*

6. In secondo luogo, il giudice del rinvio chiede se esso debba essere considerato come una giurisdizione avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno e che è soggetta all'obbligo di cui all'art. 234 CE, terzo comma. Potrebbe sostenersi che tale questione è irricevibile, in quanto la risposta ad essa non è necessaria per risolvere la controversia oggetto della causa principale — dopo tutto, il giudice del rinvio ha deciso di proporre le sue altre questioni pregiudiziali senza considerare tale problema. Tuttavia quando una questione è chiaramente di importanza pratica più ampia ai fini dell'uniforme interpretazione e applicazione del diritto comunitario e non è artificiosamente connessa ai fatti [8], le regole di ricevibilità non dovrebbero essere applicate in maniera tale da renderle virtualmente insormontabili. Così, ove la sola scelta realistica per un giudice nazionale sia quella di proporre tale questione nell'ambito di un giudizio in cui la risposta a quest'ultima potrebbe non essere strettamente necessaria a risolvere la controversia in esame dinanzi ad esso, la soglia di ricevibilità non dovrebbe a mio parere essere posta troppo in alto [9].

7. Per quanto riguarda la questione attualmente in esame è difficile vedere mezzi alternativi con cui essa potrebbe realisticamente essere sottoposta alla Corte, malgrado la sua ovvia rilevanza per il funzionamento del procedimento di rinvio pregiudiziale e dato che la sua connessione con i fatti di causa non può essere qualificata come artificiosa. Sarebbe eccessivamente gravoso richiedere ad un giudice nazionale, come primo passo, di proporre una domanda di pronuncia pregiudiziale solo per chiedere se esso sia soggetto all'obbligo di cui all'art. 234 CE e poi, come secondo passo, se la risposta risulta positiva, di proporre le sue effettive questioni pregiudiziali [10]. Pertanto, propongo che la Corte fornisca aiuto in questa materia, così come essa ha fatto in un contesto analogo nella sentenza 4 giugno 2002, causa C-99/00, Lyckeskog [11].

6 — Sentenza Job Centre, cit. alla nota 5, punto 11; ordinanza Holdo, cit. alla nota 5, punto 19.

7 — V. altresì, implicitamente, sentenza 13 dicembre 2005, causa C-411/03, SEVIC Systems (Racc. pag. I-10805).

8 — V. sentenza 30 novembre 2000, causa C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund (Racc. pag. I-10497) in cui la Corte ammette questioni di «importanza generale» che siano solo astrattamente connesse ad una serie di fatti. V. anche l'esame svolto nelle conclusioni presentate in tale causa dall'avvocato generale Jacobs, che sostiene un'interpretazione restrittiva del concetto di questioni ipotetiche.

9 — La giurisprudenza della Corte conferma chiaramente che le regole di ricevibilità devono essere interpretate tenendo presente la mancanza di realistiche alternative alla proposizione di tali questioni dinanzi alla Corte, alla luce delle norme procedurali nazionali, delle spese di causa e delle preoccupazioni di economia processuale. V., ad es., sentenza 15 dicembre 1995, causa C-415/93, Bosman (Racc. pag. I-4921) in particolare le questioni riguardanti le clausole di cittadinanza. Questo punto verrà trattato in prosieguo in maniera più dettagliata relativamente alla terza questione.

10 — Vie alternative con le quali la questione potrebbe essere sottoposta alla Corte risulterebbero ancora più gravose: v., ad es. sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler (Racc. pag. I-10239).

11 — Racc. pag. I-4839.

8. Secondo l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, in cause come quella attualmente in esame la parte interessata può impugnare la decisione dell'Ítélőtábla dinanzi al Legfelsőbb Bíróság (Corte suprema). Il giudice del rinvio rileva tuttavia che un ricorso dinanzi al Legfelsőbb Bíróság è limitato alle questioni di diritto. Sotto questo profilo, il giudice del rinvio cita l'art. 270, n. 2, del Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény (legge III del 1952 sulla procedura civile), che dispone: «Avverso le sentenze passate in giudicato o le ordinanze definitive che riguardano il merito della causa può essere interposto ricorso per cassazione dinanzi al Legfelsőbb Bíróság, per violazione di legge, dalle parti, dagli intervenienti nonché dai soggetti interessati dalla decisione avverso la parte di tale decisione che li riguarda». Per giunta, il giudice del rinvio rileva che il ricorso in cassazione non ha effetti sospensivi automatici. L'art. 273, n. 3, prima frase, della stessa legge prevede: «La presentazione del ricorso per cassazione non ha effetti sospensivi sull'esecuzione della decisione. Tuttavia, su istanza di parte, il Legfelsőbb Bíróság può eccezionalmente sospendere l'esecuzione della sentenza».

9. Tuttavia, tali limitazioni non giustificano la conclusione che l'Ítélőtábla debba essere considerato come «una giurisdizione avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno». Presumibilmente, ogni problema connesso con la validità o l'interpretazione del diritto comunitario costituisce una questione di diritto e potrebbe quindi essere oggetto di ricorso in cassazione. Inoltre, norme procedurali nazionali in base alle quali un ricorso del genere ha efficacia sospensiva solo in casi eccezionali sono in linea di principio compatibili con il diritto comunitario, purché, in primo luogo, tali norme non siano applicate con modalità tali da trattare i ricorsi in materia di diritto comunitario in maniera meno favorevole rispetto a quelli basati su questioni di diritto nazionale (principio di equivalenza) e, in secondo luogo, esse non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto comunitario (principio di effettività) [12].

10. Pertanto, il fatto che un gravame contro una decisione di un giudice nazionale sia limitato alle questioni di diritto e non abbia efficacia sospensiva automatica non implica che tale giudice sia soggetto all'obbligo di cui all'art. 234 CE, terzo comma.

C — *La terza questione*

11. La terza questione pregiudiziale proposta si riferisce alla possibilità, esistente a norma

12 — V., per analogia, sentenze 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe (Racc. pag. 1989); 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, Van Schijndel e van Veen, (Racc. pag. I-4705, punto 17), 7 giugno 2007, cause riunite da C-222/05 a C-225/05, Van der Weerd e a. (Racc. pag. I-4233, punto 28).

del codice di procedura civile ungherese, di interporre un separato gravame contro una decisione di rinvio pregiudiziale. Ai sensi dell'art. 155/A della legge III del 1952 sulla procedura civile: «(…) Contro l'ordinanza di rinvio pregiudiziale può essere interposto appello. Non è appellabile l'ordinanza con la quale viene respinta la domanda di rinvio pregiudiziale» [13]. Risulterebbe chiaramente che, in tale contesto, trovano applicazione le disposizioni generali relative all'efficacia sospensiva di un gravame [14]. Il giudice del rinvio precisa nella sua ordinanza di rinvio che se contro un'ordinanza di rinvio pregiudiziale viene proposto gravame, il giudice che conosce del gravame può modificare l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, rendere inoperante la domanda di pronuncia pregiudiziale e ordinare al giudice che ha adottato l'ordinanza di rinvio di riprendere la trattazione del procedimento nazionale sospeso. Con la sua terza questione, il giudice del rinvio chiede di stabilire se tali disposizioni processuali nazionali siano compatibili con il procedimento di rinvio pregiudiziale istituito a norma del Trattato.

12. Ancora, si può sostenere che tale questione è irricevibile dato che, nella causa in esame, non sembra che sia stato interposto alcun gravame contro l'ordinanza di rinvio pregiudiziale [15]. Tuttavia, la possibilità di un gravame è una questione di diritto nazionale la cui soluzione spetta al giudice nazionale. Inoltre ritengo che nella causa in esame la Corte dovrebbe essere particolarmente rispettosa dei desideri del giudice nazionale e dovrebbe avvalersi dell'opportunità di fornire orientamenti in materia. I motivi al riguardo sono gli stessi per i quali riterrei ricevibile la seconda questione.

13. In primo luogo, tale questione non è meramente ipotetica. Essa è strettamente connessa ai fatti di causa (la realtà dei quali è pacifica) e la risposta da fornire al giudice nazionale potrebbe certamente essere rilevante sulla decisione di quest'ultimo se vi dovesse essere un gravame — un fatto che il giudice nazionale ha ritenuto fosse rilevante quando ha formulato l'ordinanza. A mio parere si configura una questione ipotetica, che giustifica una declaratoria di irricevibilità, solo se i fatti sono in sé stessi artificiosi o se è artificioso il rapporto della questione con i fatti. Solo in questi casi vengono in rilievo i motivi che giustificano l'irricevibilità di questioni ipotetiche (travisamento dei fatti, giudizio prematuro e rischio di abuso) [16]. Nella causa in esame però la Corte non fornirebbe un responso giuridico sulla base di un contesto di fatto ipotetico che, eludendo il contesto reale che circonda l'interpretazione e l'applicazione di una norma giuridica, pregiudichi la qualità e la legittimità della pronuncia giurisdizionale. L'unico cosiddetto aspetto ipotetico nella presente controversia è, in

13 — Per giunta, l'art. 249/A prevede che un separato appello «può altresì essere interposto (…) avverso la decisione emessa in *secondo* grado con la quale *viene respinta* la domanda di rinvio pregiudiziale» (il corsivo è mio).

14 — Ai sensi della disposizione che disciplina i rinvii pregiudiziali all'art. 259 della legge III del 1952 sulla procedura civile.

15 — La Commissione ha sollevato la questione dell'ordinanza di rinvio divenuta definitiva. Tuttavia tale aspetto non fa parte dell'ordinanza di rinvio e, a mio parere, non dovrebbe essere determinante per decidere in ordine alla ricevibilità della questione.

16 — V. conclusioni dell'avvocato generale Jacobs per la sentenza Österreichischer Gewerkschaftbund, cit. alla nota 8, paragrafi 53-55.

realtà, meglio qualificato come un elemento eventuale: il fatto che la risposta che la Corte deve fornire potrebbe alla fine non essere determinante ai fini della risoluzione della controversia nella causa principale se, di fatto, non dovesse essere proposto alcun gravame contro l'ordinanza di rinvio pregiudiziale. Tuttavia, tale elemento eventuale non è assente da altre questioni giuridiche a cui la Corte dà abitualmente risposta. La Corte non può mai essere assolutamente certa che la risposta che essa fornisce sarà, di fatto, rilevante per l'esito della controversia oggetto della causa principale. Il giudice nazionale può, ad esempio, finire per decidere la controversia sulla base di una questione di diritto procedurale nazionale senza mai applicare la risposta di diritto comunitario fornita dalla Corte di giustizia. Ciò non significa che la Corte abbia risposto ad una questione ipotetica, purché la questione sia sorta da fatti autentici il cui nesso con il diritto comunitario non fosse artificioso. Si deve distinguere tra una questione basata su fatti artificiosi o non connessa ai fatti di causa (che, a mio parere, è ipotetica e irricevibile) e una questione che è connessa ai fatti di causa ma potrebbe rivelarsi non determinante nel suo esito finale (questione che, a mio parere, non è ipotetica e dovrebbe essere ricevibile).

14. In secondo luogo, malgrado la sua ovvia rilevanza per il funzionamento del procedimento di rinvio pregiudiziale, è difficile vedere come il problema potrebbe essere altrimenti sottoposto alla Corte. Naturalmente, è teoricamente concepibile che una parte in un giudizio nazionale dinanzi ad un organo giurisdizionale di grado inferiore possa interporre un gravame contro un'ordinanza di rinvio pregiudiziale dinanzi ad un organo giurisdizionale di grado superiore e che, malgrado le norme processuali nazionali ai sensi delle quali il gravame ha efficacia sospensiva, l'organo giurisdizionale di grado inferiore possa mantenere in essere la sua ordinanza di rinvio pregiudiziale. In tali casi, il problema degli effetti del gravame sarebbe certamente di rilevanza immediata. Tuttavia tale scenario presupporrebbe altresì che l'organo giurisdizionale di grado inferiore disapplichi le sue norme processuali nazionali senza sapere se il diritto comunitario gli dia il potere di farlo. Chiaramente, ciò porrebbe l'organo giurisdizionale di grado inferiore in una situazione molto scomoda [17]. Ciò spiega probabilmente perché tale questione non è mai stata sollevata dinanzi alla Corte anche se alcuni casi precedenti e alcune ben note leggi e prassi nazionali potrebbero indicare che essa è effettivamente di notevole rilevanza nell'applicazione quotidiana del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali [18]. La mia proposta nei confronti della Corte sarebbe pertanto quella di rimettersi alla valutazione del giudice nazionale sulla rilevanza di tale questione per il giudizio nazionale nel rispon-

17 — Si potrebbe anche considerare l'alternativa inversa: il caso in cui l'organo giurisdizionale di grado superiore, investito di un gravame contro l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, possa innanzi tutto sospendere il giudizio per sottoporre alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale sulla compatibilità di un gravame del genere con il diritto comunitario. Tuttavia, anche la verosimiglianza di un'ipotesi del genere sembra dubbia. Inoltre, se l'organo giurisdizionale nazionale di grado superiore dovesse veramente sottoporre una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia, è ragionevole presumere che, semplicemente per motivi di economia processuale, esso proporrebbe tale domanda sulle questioni sostanziali di diritto comunitario inizialmente sollevate dall'organo giurisdizionale nazionale di grado inferiore [così com'è avvenuto nella sentenza 9 luglio 1985, causa 19/84, Pharmon/Hoechst (Racc. pag. 2281), che era in origine una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da un organo giurisdizionale di grado inferiore sulla quale era stato interposto appello e che era stata successivamente cancellata dal ruolo] o, quanto meno, includendo queste ultime (con la conseguenza che la questione procedurale iniziale potrebbe, di per sé, essere contestata in quanto ipotetica alla luce della proposizione delle questioni sostanziali). Ciò equivarrebbe in pratica a porre i giudici nazionali in una situazione impossibile e potrebbe, ancora, spiegare perché tale questione non è mai stata espressamente sollevata dinanzi alla Corte [v. O'Keeffe, D., «Appeals against an Order to Refer under Article 177 of the EEC Treaty», 9 *European Law Review* (1984) pag. 87, in particolare pag. 101].

18 — Nelle sue conclusioni presentate nelle cause 146/73 e 166/73, Rheinmühlen (Racc. 1974, pag. 40), l'avvocato generale Warner rileva, a pag. 44, che tale diritto di impugnazione, da lui considerato in contrasto con il diritto comunitario, era in vigore almeno in parecchi Stati membri in forza di norme processuali nazionali.

dere alla terza questione dello Szegedi Ítélőtábla, utilizzando questa occasione per risolvere questo problema di notevole importanza pratica per il diritto comunitario. In questo modo la Corte può essere in grado di prevenire gli ostacoli che possono sorgere in futuro per quanto riguarda la cooperazione tra se stessa e i giudici nazionali le cui decisioni di rinvio pregiudiziale siano impugnabili.

15. L'art. 234 CE prevede che qualsiasi giudice nazionale ha la facoltà di rivolgersi alla Corte ogniqualvolta reputi necessaria, per emanare la propria sentenza, una pronuncia pregiudiziale su questioni d'interpretazione o di validità relative al diritto comunitario [19]. Pertanto, i giudici nazionali derivano dal Trattato stesso il potere di proporre una domanda di pronuncia pregiudiziale. Inoltre, essi godono della «più ampia discrezionalità» nel sottoporre questioni alla Corte di giustizia [20].

16. Naturalmente, una decisione di un organo giurisdizionale di grado inferiore che contenga una domanda di pronuncia pregiudiziale non è esente dai normali mezzi d'impugnazione previsti dal diritto nazionale [21]. Tuttavia, qualora una decisione contenente una domanda di pronuncia pregiudiziale sia stata impugnata, la Corte di giustizia si atterrà in linea di principio alla domanda di pronuncia pregiudiziale fino a quando il giudice del rinvio non abbia ritirato le sue questioni [22]. La Corte di giustizia può sospendere il procedimento pregiudiziale in pendenza dell'esito del gravame nazionale se il gravame ha efficacia sospensiva e se esso sia stato notificato alla Corte di giustizia dal giudice del rinvio: la notifica è considerata come una domanda implicita di sospensione del procedimento pregiudiziale [23]. Tuttavia, la Corte di giustizia continuerà semplicemente il procedimento pregiudiziale, malgrado gli effetti che un gravame potrebbe avere in base al diritto nazionale, se il giudice del rinvio abbia espressamente chiesto alla Corte di procedere in tale senso [24].

17. La questione cruciale è quella di sapere se le norme processuali nazionali possano obbligare gli organi giurisdizionali di grado inferiore a sospendere o addirittura a ritirare una domanda di pronuncia pregiudiziale nei casi in cui una decisione di rinvio pregiudiziale sia stata impugnata. Tale questione è stata in realtà trattata dall'avvocato generale Warner nelle sue conclusioni nelle cause 146/73 e 166/73, Rheinmühlen [25], e sarei quasi tentato di rinviare semplicemente a tali conclusioni, nelle quali l'avvocato generale ha sostenuto che il diritto nazionale non può porre alcun impedimento al potere, da parte di un organo giurisdizionale di grado inferiore, di proporre questioni pregiudiziali a codesta Corte. Non tenterò neppure di imitare l'efficacia e la

19 — V. anche sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal (Racc. pag. 629, punto 19).

20 — Sentenza 16 gennaio 1974, causa 166/73, Rheinmühlen I (Racc. pag. 33, punto 4).

21 — Sentenza 12 febbraio 1974, causa 146/73, Rheinmühlen II (Racc. pag. 139, punto 3).

22 — Sentenza Rheinmühlen II, cit. alla nota 21, punto 3; sentenza 6 aprile 1962, causa 13/61, De Geus (Racc. pag. 89, punto 50), e sentenza 6 ottobre 1983, cause riunite 2/82 – 4/82, Delhaize (Racc. pag. 2973, punto 9).

23 — V., ad es., ordinanza 3 giugno 1969, causa 31/68, Chanel (Racc. 1970, pag. 403), e ordinanza 14 luglio 1992, causa C-269/92, Bosman.

24 — Sentenza 30 gennaio 1974, causa 127/73, BRT/SABAM (Racc. pag. 51, punto 3). V. anche O'Keeffe, D., «Appeals against an Order to Refer under Article 177 of the EEC Treaty», 9 *European Law Review* (1984) pag. 87.

25 — Conclusioni del 12 dicembre 1973 nelle cause 146/73 e 166/73 (Racc. 1974, pag. 40).

chiarezza con cui egli ha esposto gli argomenti che hanno portato a tale conclusione. Mi limiterò invece ad esprimere il mio consenso nei confronti delle sue conclusioni e ad aggiungere poche osservazioni.

18. Possono esservi inoltre motivi per i quali un organo giurisdizionale di grado inferiore potrebbe *voler* ritirare la sua domanda di pronuncia pregiudiziale dopo l'impugnazione della decisione di rinvio pregiudiziale. Ad esempio, le parti possono aver trovato una via alternativa per il componimento della loro controversia durante il giudizio di impugnazione [26]. Può anche avvenire che la sentenza sull'impugnazione abbia reso teoriche le questioni pregiudiziali proposte, in quanto sia risultato, ad esempio, che l'azione intentata dinanzi all'organo giurisdizionale di grado inferiore era irricevibile. Pertanto, il giudizio d'impugnazione e il suo esito possono perfettamente indurre un organo giurisdizionale di grado inferiore a chiedere la sospensione della sua domanda di pronuncia pregiudiziale o addirittura a ritirare tale domanda. Tuttavia, ciò non ci dovrebbe portare a concludere che vi siano casi in cui la sentenza di giudice dell'impugnazione può *obbligare* un organo giurisdizionale di grado inferiore a procedere in tal senso.

19. La possibilità, per un organo giurisdizionale di grado inferiore in ogni Stato membro, di interagire direttamente con la Corte di giustizia è essenziale ai fini dell'uniforme interpretazione e dell'effettiva applicazione del diritto comunitario. Essa è anche lo strumento che rende tutti i giudici nazionali giudici di diritto comunitario. Attraverso la domanda di pronuncia pregiudiziale, il giudice nazionale diventa parte di una discussione di diritto comunitario senza dipendere da altri poteri o da altre autorità giudiziarie nazionali [27]. Il Trattato non ha voluto che tale dialogo dovesse essere filtrato da altri giudici nazionali, indipendentemente da quale possa essere la gerarchia giudiziaria in un determinato Stato. Come dichiarato dalla Supreme Court irlandese (nel rifiutare di esaminare un gravame contro una decisione di rinvio pregiudiziale): «il potere è conferito dal Trattato [all'organo giurisdizionale di grado inferiore] senza alcuna limitazione, esplicita o implicita, nel senso che su di esso possa prevalere qualche altro giudice nazionale» [28].

20. Pertanto, il problema del carattere necessario di una pronuncia pregiudiziale è una questione che dev'essere decisa tra il giudice del rinvio e la Corte di giustizia. Infatti, questo è il motivo per cui, alla fine, la ricevibilità di una domanda di pronuncia pregiudiziale è stabilita dalla Corte di giustizia e non dagli organi giurisdizionali nazionali che, nel quadro processuale nazionale, sono di grado superiore rispetto al giudice del rinvio. Se fosse vero il contrario potrebbe avvenire che, in forza di disposizioni o prassi nazionali, le decisioni di rinvio pregiudiziale emanate da organi giurisdizionali di grado inferiore diverrebbero sistematicamente soggette a gravame,

26 — V., ad es., sentenza Chanel, cit. alla nota 23.

27 — Sarmiento, D., Poder Judicial e integración europea, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pag. 58.

28 — Sentenza della Supreme Court irlandese 17 giugno 1983, Campus Oil Ltd. e a./The Minister for Industry and Energy, Ireland, The Attorney General, e Irish National Petroleum Co. Ltd. (Racc. 1984, 1 C.M.L.R. pag. 479).

dando luogo ad una situazione in cui — quanto meno de facto — il diritto nazionale consenta solo agli organi giurisdizionali di ultimo grado di proporre domande di pronuncia pregiudiziale. Il rischio di trattare tale questione come una questione di diritto processuale nazionale e non di diritto comunitario è messo in rilievo dal caso in esame in cui il diritto nazionale permette un gravame con atto separato contro la decisione di proporre una domanda di pronuncia pregiudiziale. Ciò equivarrebbe a consentire al diritto nazionale di modificare le condizioni stabilite all'art. 234 CE per un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

21. In sintesi, il diritto comunitario attribuisce ad ogni giudice in ogni Stato membro il potere di proporre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia. Tale potere non può essere limitato dal diritto nazionale. Di conseguenza, concludo nel senso che l'art. 234 CE osta all'applicazione di norme nazionali ai sensi delle quali i giudici nazionali possano essere tenuti a sospendere o a ritirare una domanda di pronuncia pregiudiziale.

D — *La quarta questione*

22. La quarta questione riguarda il diritto di stabilimento. Ai sensi del diritto societario ungherese, come esposto nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, la sede di una società costituita a norma della legge ungherese è il luogo in cui è situata la sua sede operativa («központi ügyintézés helye») [29]. In altri termini, si presume che il luogo in cui una società ha la sua sede operativa coincida con il suo luogo di registrazione. Un trasferimento della sede operativa di una società costituita secondo la legge ungherese sarà di norma iscritto nel registro delle imprese se il trasferimento avviene all'interno del territorio ungherese [30]. Risulta dai fatti quali esposti nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale che la Cartesio cerca di trasferire in Italia la sua sede operativa. Tuttavia, anziché ricostituirsi come società di diritto italiano, la Cartesio intende rimanere registrata in Ungheria e quindi soggetta al diritto societario ungherese.

23. Il diritto societario ungherese, come sembrerebbe, è fondato sulla teoria della «sede effettiva», secondo la quale una società deve pienamente soddisfare i requisiti di diritto societario applicabili nello Stato in cui essa ha la sua sede effettiva [31]. Infatti la teoria della sede effettiva «è inscindibilmente intrecciata con la nazionalità e la sede di una società» [32]. Prendendo questa teoria nella sua piena estensione, il diritto societario unghe-

29 — Art. 16, n. 1 della cégnyilvántartásról, a cégnyilvánosságról és a bírósági cégeljárásról szóló 1997. évi CXLV. törvény (legge CXLV del 1997 sul registro delle imprese, sulla pubblicità delle società e sui procedimenti giudiziari in materia commerciale). Ai sensi di tale disposizione: «la sede (…) è il luogo in cui si trova la sede direttiva ed è indicata per mezzo di una targa».

30 — L'art. 34, n. 1, della legge CXLV del 1997 recita: «[o]gni trasferimento della sede di una società in un luogo che rientra nella circoscrizione di un altro tribunale incaricato della tenuta del registro delle imprese dev'essere registrato, in quanto modifica, presso il tribunale nella cui circoscrizione rientra la sede precedente. Quest'ultimo giudice esamina le domande di modifica anteriori al cambiamento di sede e dispone il trasferimento».

31 — Edwards, V., *EC Company Law*, Oxford: Clarendon Press 1999, pag. 336.

32 — Ibidem.

rese — come interpretato e applicato dai giudici commerciali — vieta l'«esportazione» di una persona giuridica ungherese nel territorio di un altro Stato membro. Mentre è possibile per una società costituita a norma del diritto societario ungherese svolgere attività economiche in un altro Stato membro o fondarvi una consociata, la sede operativa deve rimanere in Ungheria. Con la sua quarta questione il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se gli artt. 43 CE e 48 CE ostino a disposizioni nazionali che rendano impossibile ad una società costituita a norma della legge nazionale trasferire la sua sede operativa in un altro Stato membro.

24. Il governo ungherese sostiene che il caso in esame non rientra nell'ambito di applicazione degli artt. 43 CE e 48 CE. L'Irlanda e i governi della Polonia, della Slovenia e del Regno Unito condividono lo stesso punto di vista. D'altra parte, la Cartesio, la Commissione e il governo dei Paesi Bassi sostengono che si è verificata una restrizione del diritto di stabilimento e che di conseguenza si applicano gli artt. 43 CE e 48 CE.

25. La tesi secondo cui il caso in esame non rientra nell'ambito di applicazione delle norme del Trattato sul diritto di stabilimento è, a mio parere, scorretta. Norme nazionali che consentano ad una società di trasferire la sua sede operativa solo all'interno del territorio nazionale trattano chiaramente le situazioni transfrontaliere in maniera meno favorevole delle situazioni puramente nazionali [33]. Infatti, norme del genere si risolvono in una discriminazione nei confronti dell'esercizio della libertà di circolazione [34]. La Cartesio cerca di trasferire la sua sede operativa in Italia. È evidente, pertanto, che ciò che la Cartesio si propone è l'«esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata, mercé l'insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro» [35]. Di conseguenza si applicano chiaramente le norme del Trattato sul diritto di stabilimento [36].

26. È vero che, nella sentenza *Daily Mail and General Trust*, la Corte ha dichiarato che una società non può basarsi sulla libertà di stabilimento per trasferire la sua direzione e la sua amministrazione centrale in un altro Stato membro (i Paesi Bassi) al fine di vendere una quota importante del suo attivo non permanente e di utilizzare il ricavato di tale vendita per comprare le sue stesse azioni senza dover pagare le imposte normalmente dovute su tali operazioni nello Stato membro d'origine (il Regno Unito) [37]. In base al diritto societario del Regno Unito, era consentito alle società, con l'autorizzazione delle autorità fiscali, di trasferire la loro direzione e la loro

33 — V. con lo stesso risultato: sentenze 18 novembre 1999, causa 200/98, X e Y (Racc. pag. I-8261, punti 26-28); 11 marzo 2004, causa 9/02, Hughes de Lasteyrie du Saillant (Racc. pag. I-2409, punti 42 e 46); SEVIC Systems, cit. alla nota 7, punti 14, 22 e 23, e sentenza 18 luglio 2007, causa C-231/05, Oy (Racc. pag. I-6373, punti 31-43).

34 — V. anche le mie conclusioni per la sentenza 14 settembre 2006, cause riunite C-158/04 e C-159/04, Alfa Vita Vassilopoulos e Carrefour-Marinopoulos (Racc. pag. I-8135, paragrafi 41 e 46).

35 — Sentenza 25 luglio 1991, causa C-221/89, Factortame e a. (Racc. pag. I-3905, punto 20). V. anche sentenze 4 ottobre 1991, causa C-246/89, Commissione/Regno Unito (Racc. pag. I-4585, punto 21), e 12 settembre 2006, causa C-196/04, Cadbury Schweppes (Racc. pag. I-7995, punti 54 e 66).

36 — V., ad esempio, sentenza 5 ottobre 2004, causa C-442/02, CaixaBank France (Racc. pag. I-8961, punto 11 e giurisprudenza ivi citata).

37 — Sentenza 27 settembre 1988, causa 81/87 (Racc. pag. 5483, punto 7).

amministrazione centrale in un altro Stato membro senza perdere la loro personalità giuridica e la loro qualità di società di diritto britannico [38]. Tuttavia, nel caso allora in esame, le autorità fiscali si opponevano al trasferimento e sostenevano che la società avrebbe dovuto vendere almeno una parte del suo attivo prima di trasferire la sua sede a fini fiscali fuori dal Regno Unito [39]. La Corte ha respinto la tesi della società secondo la quale le autorità fiscali avevano violato il diritto di stabilimento. Preoccupata delle differenze tra le norme in materia di diritto societario degli Stati membri, la Corte ha dichiarato che le società esistono solo in forza della legge nazionale e che dal «Trattato non può evincersi l'attribuzione alle società di diritto nazionale di un diritto a trasferire la direzione e l'amministrazione centrale in un altro Stato membro pur conservando la qualità di società dello Stato membro secondo la cui legislazione sono state costituite» [40]. Si lascia intendere quindi che le condizioni della «vita e morte» di una società sono determinate soltanto dallo Stato a norma della cui legislazione tale società è stata costituita [41]. Lo Stato ha dato e così dobbiamo acconsentire quando lo Stato ha tolto.

27. Tuttavia, la giurisprudenza sul diritto di stabilimento delle società è evoluta dopo la pronuncia della sentenza Daily Mail and General Trust e l'orientamento della Corte si è ulteriormente affinato [42]. Certo, tale evoluzione è stata accompagnata da un certo numero di segnali contraddittori nella giurisprudenza. In particolare a seguito delle sentenze Centros [43], Überseering [44] e Inspire Art [45], la giurisprudenza è sembrata muoversi proprio nella direzione opposta a quella seguita della Corte nella sentenza Daily Mail and General Trust. In altri termini, la Corte ha costantemente respinto l'argomento secondo cui le norme del diritto societario nazionale dovrebbero esulare dall'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato sul diritto di stabilimento. Ad esempio, nella sentenza Inspire Art, la Corte ha affermato: «Il fatto che l'Inspire Art sia stata costituita nel Regno Unito al fine di sottrarsi alla legislazione olandese sul diritto societario — che prescrive condizioni più severe per quanto riguarda, in particolare, il capitale minimo ed il versamento delle azioni — non esclude che la costituzione di una succursale da parte di tale società nei Paesi Bassi benefici della libertà di stabilimento prevista dagli artt. 43 CE e 48 CE» [46]. Tale affermazione è fondamentalmente in contrasto con l'idea che la costituzione e il funzionamento delle società siano determinati esclusivamente dalle differenti legislazioni nazionali degli Stati membri.

28. Per distinguere sulla base dei fatti la giurisprudenza Daily Mail and General Trust dalla giurisprudenza Centros, Überseering e Inspire Art sono stati fatti — anche da parte

38 — Sentenza Daily Mail and General Trust, punti 3 e 5.
39 — Sentenza Daily Mail and General Trust, punto 8.
40 — Sentenza Daily Mail and General Trust, punto 24.
41 — Sentenza Daily Mail and General Trust, punto 19: «Al riguardo occorre ricordare che, diversamente dalle persone fisiche, le società sono enti creati da un ordinamento giuridico e, allo stato attuale del diritto comunitario, da un ordinamento giuridico nazionale. Esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento».
42 — Di fatto, l'orientamento della Corte è venuto ad assomigliare all'orientamento dell'avvocato generale Darmon nelle sue conclusioni per la sentenza Daily Mail and General Trust.
43 — Sentenza 9 marzo 1999, causa C-212/97 (Racc. pag. I-1459).
44 — Sentenza 5 novembre 2002, causa C-208/00 (Racc. pag. I-9919).
45 — Sentenza 30 settembre 2003, causa C-167/01 (Racc. pag. I-10155).
46 — Sentenza Inspire Art, cit. alla nota 45, punto 98.

della stessa Corte — molti sforzi, sforzi concentrati su aspetti come stabilimento primario in opposizione a stabilimento secondario e stabilimento verso l'interno contro stabilimento verso l'esterno. Non sorprende però che tali sforzi non siano mai stati pienamente convincenti [47]. In particolare, la distinzione tra situazioni in cui uno Stato membro ostacola o dissuade società costituite a norma del *proprio* diritto societario dal cercare di stabilirsi all'estero, e situazioni in cui lo Stato membro *ospitante* restringe la libertà di stabilimento, non si è mai adattata al generale quadro analitico della Corte per gli artt. 43 CE e 48 CE [48]. Inoltre, tale distinzione si scostava dalla stessa motivazione della Corte contenuta nella stessa sentenza Daily Mail and General Trust [49]. Come l'avvocato generale Tizzano ha giustamente osservato nelle sue conclusioni per la sentenza SEVIC Systems: «Emerge [dalla] giurisprudenza che l'art. 43 CE non si limita a vietare che uno Stato membro impedisca o restringa lo stabilimento di operatori stranieri nel proprio territorio, ma si oppone anche a che esso ostacoli lo stabilimento di operatori nazionali in un altro Stato membro. In altre parole, sono vietate sia le restrizioni "all'entrata" sia quelle "all'uscita" dal territorio nazionale» [50].

29. Il problema, a mio parere, è che le affermazioni sopra citate provenienti dalla sentenza Daily mail and General Trust e Inspire Art non rappresentano esattamente la giurisprudenza e la logica che ne è alla base. Da una parte, malgrado quanto lasciano intendere le pronunce di cui alle sentenze Inspire Art e Centros, non sempre può essere possibile far valere con successo il diritto di stabilimento per stabilire nominalmente una società in un altro Stato membro al solo scopo di eludere il proprio diritto societario nazionale. Nella sua recente sentenza Cadbury Schweppes, la Corte ha ribadito che «la circostanza che [una] società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce *per se stessa* un abuso [della libertà di stabilimento]» [51]. Tuttavia, essa ha anche sottolineato che gli Stati membri possono prendere misure per impedire «costruzioni puramente artificiose, prive di effettività economica» e finalizzate ad eludere la legislazione nazionale [52]. In particolare, il diritto di stabilimento non impedisce agli Stati membri di guardarsi da società «fantasma» o «schermo» [53]. A mio parere, ciò rappresenta una significativa restrizione delle pronunce di cui alle sentenze Centros e Inspire Art, nonché una riaffermazione di una giurispru-

47 — Per uno sguardo d'insieme e per una valutazione critica delle teorie che tentano di spiegare le differenze tra la giurisprudenza Daily Mail and General Trust, da un lato, e Centros e Überseering, dall'altro, v.: Ringe, W.-G., «No Freedom of Emigration for Companies?», European Business Law Review 2005, pag. 621.

48 — V. sentenze Centros, cit. alla nota 43; Überseering, cit. alla nota 44; Inspire Art, cit. alla nota 45; 13 aprile 2000, causa C-251/98, Baars (Racc. pag. I-2787, punto 28), e Hughes de Lasteyrie du Saillant, cit. alla nota 33, punto 42.

49 — Sentenza Daily Mail and General Trust, cit. alla nota 37, punto 16.

50 — Conclusioni dell'avvocato generale Tizzano per la sentenza SEVIC Systems, cit. alla nota 7, paragrafo 45. La tesi dell'avvocato generale è stata confermata dalla Corte ai punti 22 e 23 della sua sentenza.

51 — Sentenza Cadbury Schweppes, cit. alla nota 35, punto 37 (il corsivo è mio). Da notare che la Corte ha fatto riferimento al punto 96 della sentenza Inspire Art, ma ha scelto di usare una formulazione leggermente diversa («per fruire» anziché «unicamente per fruire»).

52 — Sentenza Cadbury Schweppes, cit. alla nota 35, punti da 51 a 55.

53 — Sentenza Cadbury Schweppes, cit. alla nota 35, punto 68.

denza consolidata sul principio dell'abuso del diritto comunitario [54], anche se la Corte continua — giustamente — ad utilizzare la nozione di abuso con notevole riserbo [55].

30. D'altra parte, malgrado quanto sembra lasciar intendere la pronuncia di cui alla sentenza Daily Mail and General Trust, la Corte non esclude a priori particolari settori delle legislazioni degli Stati membri dall'ambito di applicazione del diritto di stabilimento [56]. Anzi, la Corte si concentra sugli *effetti* che le norme o prassi nazionali possono avere sulla libertà di stabilimento e valuta la conformità di tali effetti con il diritto di stabilimento quale garantito dal Trattato. Per quanto riguarda le norme nazionali sulla costituzione di società, l'orientamento della Corte è ispirato da due preoccupazioni. In primo luogo, allo stato attuale del diritto comunitario, gli Stati membri sono liberi di scegliere se essi vogliono avere un sistema di norme fondate sulla teoria della sede effettiva o sulla teoria della costituzione, e in effetti vari Stati membri hanno optato per norme profondamente diverse sulla costituzione di società. In secondo luogo, l'effettivo esercizio della libertà di stabilimento richiede almeno in qualche misura un reciproco riconoscimento e coordinamento di questi diversi sistemi di norme. La conseguenza di questo orientamento è che la giurisprudenza rispetta tipicamente le norme nazionali relative alle società a prescindere dal fatto che esse siano basate sulla teoria della sede effettiva o sulla teoria della costituzione. Tuttavia, nel contempo, l'effettivo esercizio del diritto di stabilimento implica che né l'una né l'altra teoria possa essere applicata nella sua più piena estensione logica e il miglior esempio sino ad oggi è forse il caso della sentenza Überseering [57].

31. In definitiva, è impossibile, a mio parere, sostenere, allo stato attuale del diritto comunitario, che gli Stati membri godono di un'assoluta libertà di determinare la «vita e la morte» di società costituite a norma del loro diritto nazionale, indipendentemente dalle conseguenze per la libertà di stabilimento. Altrimenti, gli Stati membri avrebbero carta bianca per imporre una «sentenza capitale» su una società costituita a norma della loro legislazione per il fatto che essa abbia deciso di esercitare la libertà di stabilimento. Specialmente per società di piccole e medie dimen-

54 — V. paragrafo 9 delle conclusioni dell'avvocato generale Darmon per la sentenza Daily Mail and General Trust, cit. alla nota 37, e giurisprudenza ivi citata. Ho trattato dettagliatamente il principio che vieta l'abuso del diritto comunitario nelle mie conclusioni per la sentenza 21 febbraio 2006, causa C-255/02, Halifax e a. (Racc. pag. I-1609). V. anche R. de la Feria, «Prohibition of abuse of (Community) law: The creation of a new general principle of EC Law through tax», [2008] 45 C.M.L.R. pagg. 405-408.

55 — Il principio dell'abuso del diritto è stato descritto come «una droga che all'inizio sembra essere innocua, ma che può essere seguita da effetti secondari molto spiacevoli» (Gutteridge, H. C., «Abuse of Rights», 5 Cambridge Law Journal, pagg. 22, 44, 1933-1935). Sembrerebbe saggio quindi applicarlo con grande cautela.

56 — «Non vi è alcun nucleo di sovranità che gli Stati membri possano invocare come tali contro la Comunità» (Lenaerts, K., «Constitutionalism and the many faces of federalism», 38 American Journal of Comparative law [1990], pag. 205 e segg., pag. 220). V., ad es.: sentenza 13 dicembre 2005, causa C-446/03, Marks & Spencer (Racc. pag. I-10837, punto 29), e 13 marzo 2007, causa C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group litigation [Racc. pag. I-2107, punto 25 (nel settore fiscale)], 14 gennaio 1997, causa C-124/95, Centro-Com [Racc. pag. I-81, punto 25 (nel settore della politica estera e di sicurezza)] e sentenza 11 dicembre 2007, causa C-438/05, Viking Line [Racc. pag. I-10779, punto 40 (nel settore della politica sociale)]. Nella misura in cui tali aree rientrano nella loro competenza, gli Stati membri devono cionondimeno esercitare tale competenza in maniera conforme al diritto comunitario.

57 — Cit. alla nota 44. Tale causa riguardava disposizioni tedesche a norma delle quali solo le parti aventi capacità giuridica possono intentare un'azione legale, mentre — in rigorosa conformità alla «Sitztheorie» [teoria della sede] — si riteneva che le società avessero capacità giuridica solo se avevano il centro effettivo della loro amministrazione in Germania. In base al punto 93 della pronuncia della Corte negare la capacità processuale ad una società regolarmente costituita in un altro Stato membro in cui essa ha la sua sede sociale «equivale alla negazione stessa della libertà di stabilimento» che non può essere giustificata per motivi connessi all'interesse pubblico.

sioni, un trasferimento intracomunitario di sede operativa può essere una forma semplice ed efficace di avvio di autentiche attività economiche in un altro Stato membro senza dover far fronte ai costi e agli oneri amministrativi inerenti al fatto di dover prima sciogliere la società nel suo paese d'origine e poi di doverla ricostituire completamente nello Stato membro di destinazione. Inoltre, come la Commissione ha giustamente sottolineato, il processo di scioglimento di una società in uno Stato membro e di sua successiva ricostituzione a norma della legge di un altro Stato membro può richiedere parecchio tempo, durante il quale alla società in questione può essere del tutto impedito operare.

32. Di conseguenza, anche se la restrizione al diritto alla libertà di stabilimento oggetto della causa in esame sorge direttamente da norme nazionali sulla costituzione e sul funzionamento delle società, ci si deve porre la questione se esse possano essere giustificate in base a motivi di interesse pubblico [58], come la prevenzione di abusi o comportamenti fraudolenti [59], o la tutela degli interessi, ad esempio, dei creditori, degli azionisti di minoranza, dei dipendenti o delle autorità fiscali [60].

33. Alla luce di questi interessi, può essere accettabile per uno Stato membro porre talune condizioni prima che una società costituita a norma della propria legge nazionale in materia societaria possa trasferire la sua sede operativa all'estero [61]. Ad esempio, potrebbe avvenire che lo Stato membro ritenga che esso non sarà più in grado di esercitare un controllo effettivo sulla società e, pertanto, chieda che la società modifichi la sua costituzione e cessi di essere disciplinata integralmente dal diritto societario a norma del quale essa era stata costituita [62].

34. Tuttavia non è questa la situazione nel caso di specie. Le norme attualmente in esame negano completamente la possibilità, per una società costituita a norma della legge ungherese, di trasferire la sua sede operativa in un altro Stato membro. La legge ungherese, come applicata dal giudice commerciale, non pone semplicemente condizioni per un trasferimento del genere ma impone invece che la società venga sciolta. Specialmente dopo che il governo ungherese non ha addotto motivi giustificativi di sorta, è difficile vedere come tale «negazione stessa della libertà di stabilimento» [63] potrebbe essere necessaria per motivi di interesse pubblico [64].

58 — Sentenze 30 novembre 1995, causa C-55/94, Gebhard (Racc. pag. I-4165, punto 37); CaixaBank France, cit. alla nota 36, punto 11; 28 febbraio 2008, causa C-293/06, Deutsche Shell (Racc. pag. I-1129), punto 28.

59 — Sentenza Cadbury Schweppes, cit. alla nota 35, punti 51-55.

60 — Sentenze Überseering, cit. alla nota 44, punto 92; SEVIC Systems, cit. alla nota 7, punto 28.

61 — V., per analogia, l'art. 8 del regolamento (CE) del Consiglio 8 ottobre 2001, n. 2157, relativo allo statuto della Società europea (SE) (GU L 294, pag. 1).

62 — Come avviene, ad es., in base al regime stabilito dal regolamento n. 2157/2001.

63 — Sentenza Überseering, cit. alla nota 44, punto 93.

64 — V. anche sentenza SEVIC Systems, cit. alla nota 7, punti 29 e 30.

35. Pertanto, propongo che la Corte dia la seguente risposta alla quarta questione proposta dal giudice nazionale: «Gli artt. 43 CE e 48 CE ostano a norme nazionali che rendano impossibile per una società costituita a norma della legge nazionale trasferire la sua sede operativa in un altro Stato membro».

III — Conclusione

36. Alla luce delle osservazioni che precedono propongo che la Corte risponda nei seguenti termini alle questioni proposte dallo Szegedi Ítélőtábla:

1) In una situazione come quella in esame nella presente causa, un giudice d'appello può sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia in un giudizio d'appello contro una decisione di un organo giurisdizionale di grado inferiore, malgrado il fatto che né il giudizio dinanzi all'organo giurisdizionale di grado inferiore né il giudizio d'appello si svolga in contraddittorio.

2) Il fatto che un gravame contro una decisione di un giudice nazionale sia limitato alle questioni di diritto e non abbia un'efficacia sospensiva automatica non implica che tale giudice sia soggetto all'obbligo di cui all'art. 234 CE terzo comma.

3) L'art. 234 CE osta all'applicazione di norme nazionali ai sensi delle quali i giudici nazionali possono essere tenuti a sospendere o a ritirare una domanda di pronuncia pregiudiziale.

4) Gli artt. 43 CE e 48 CE ostano a norme nazionali che rendano impossibile, per una società costituita a norma della legge nazionale, trasferire la sua sede operativa in un altro Stato membro.