

GLI EFFETTI DELLA CANCELLAZIONE DELLA SOCIETÀ DAL REGISTRO DELLE IMPRESE SULLA RESPONSABILITÀ “DA REATO” DELL'ENTE

Gaspare Jucan Sicignano

ABSTRACT

La riforma del diritto societario del 2003 ha modificato gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese, attribuendo a questi ultimi natura costitutiva. Secondo i primi arresti giurisprudenziali, si tratterebbe di un istituto equiparabile alla morte della persona fisica, sicché la cancellazione di società imputata per un reato previsto dal d.lgs. 231/2001 darebbe luogo a una causa estintiva della responsabilità. Ad un attento esame della materia, tuttavia, tale conclusione appare irragionevole, in quanto sprovvista di un sicuro ancoraggio normativo e dogmatico. Pertanto, pur suggerendosi la necessità di un intervento legislativo, l'autore propone una interpretazione correttiva, in modo da evitare che la cancellazione sia impiegata per eludere il regime punitivo delineato dal d.lgs. 231/2001.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. La cancellazione della società dal registro delle imprese. – 3. Gli effetti della cancellazione della società sulla responsabilità “da reato” dell'ente: la tesi che equipara la cancellazione della società alla morte del reo. – 3.1. La tesi “organico-sistematica” ed il riferimento alle vicende modificative dell'ente. – 4. Critica alla parificazione dell'estinzione dell'ente alla morte della persona fisica. – 4.1. Critica alla tesi “organico-sistematica”. – 5. Le soluzioni eventualmente percorribili.

1.

Introduzione.

Con il d.lgs. 6/2003¹ la riforma del diritto societario ha modificato radicalmente la disciplina degli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese e ha involontariamente posto le basi per l'elaborazione di uno strumento elusivo alla disciplina della responsabilità "da reato" degli enti, di cui al d. Lgs. 8 giugno 2001 n. 231.

E infatti, a seguito di tale riforma, si ritiene che la cancellazione della società dal registro delle imprese non ha più natura meramente dichiarativa, bensì tendenzialmente costitutiva² e tale da comportare, al suo verificarsi, l'estinzione irreversibile dell'ente, anche qualora, successivamente, emergessero rapporti giuridici ancora pendenti³.

Sotto il profilo processual-civilistico, si tratterebbe di un fenomeno di natura prettamente estintiva, equiparabile, quanto agli effetti, alla morte della persona fisica⁴, "talché – si aggiunge – i giudizi pendenti devono essere interrotti, nei modi e nei termini previsti dall'art. 299 e ss. c.p.c., ed essere proseguiti e riassunti da, o nei confronti, degli ex soci ai sensi dell'art. 110 c.p.c."⁵.

Sul versante della responsabilità da reato degli enti, secondo la giurisprudenza⁶ e la dottrina⁷ maggioritaria, ne conseguirebbe l'emergere di una vera e propria "causa di estinzione del reato", tale da determinare "l'estinzione dell'illecito e la conseguente improcedibilità dell'azione penale, analogamente a quanto avviene nel caso di morte della persona fisica cui sia imputato un reato"⁸.

Rebus sic stantibus, risulta evidente come, allo stato, basta cancellare la società dal registro delle imprese per sfuggire alla responsabilità da reato degli enti e per trasformare la grande "rivoluzione" inaugurata nel 2001 in un qualcosa di simile – per usare un paragone storico – alla "rivoluzione napoletana" del 1799, che, proprio come la responsabilità da reato degli enti, nacque ad opera di intellettuali imbevuti di suggestioni culturali "europee", salvo poi conoscere una repentina fine, a causa della sua natura troppo elitaria e poco attenta al concreto⁹.

2.

La cancellazione della società dal registro delle imprese.

Nell'ambito della disciplina della responsabilità da reato degli enti, il legislatore del 2001

¹ Il supplemento ordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 8/L del 22 gennaio 2003 contiene i decreti legislativi numeri 5 e 6 del 17 gennaio 2003 di attuazione della legge delega n. 366/2001 che introduce modifiche al codice civile e di procedura civile. In realtà, mentre il d.lgs. n. 5/2003 riguarda i procedimenti in materia di diritto societario e d'intermediazione finanziaria, bancaria e creditizia, il d.lgs. n. 6/2003 ha ad oggetto la riforma delle società di capitali e delle cooperative. L'entrata in vigore di entrambi i decreti è avvenuta il 1° gennaio 2004.

² Per un esame più approfondito dell'istituto, volendo, G.J. SICIGNANO, *Gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese*, in *Il Merito di Lex24* – la banca dati giuridica di Diritto del Sole 24 ore – Focus 20 giugno 2012.

³ In questi termini C. GOBBI, *Il processo tributario*, Milano, 2011, p. 483 e ss.; secondo Cassazione civile, Sez. I, 28 agosto 2006, n. 18618 "in relazione alle società di capitali e cooperative, la cancellazione dal registro delle imprese produce l'effetto costitutivo della estinzione irreversibile della società, anche in presenza di crediti insoddisfatti e di rapporti di altro tipo non definiti". Assunto confermato da Cassazione civile, Sez. Un., 22 febbraio 2010, n. 4062.

⁴ In questo senso M. PORZIO, *La cancellazione*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber Amicorum*, GF Campobasso, Torino, 2007, p. 82; G. POSITANO, *L'estinzione della società per azione fra tutela del capitale e tutela del credito*, Milano, 2012, p. 113 e ss.; Cassazione civile, Sez. II, 15 ottobre 2008, n. 25192, che ha ritenuto inammissibile per difetto di legittimazione attiva il ricorso per cassazione proposto da una società (in nome collettivo) dopo la cancellazione dal registro delle imprese; si veda, in termini generali, anche App. Roma Sez. II, 2/2/06, n. 583, secondo cui "la fusione della società mediante incorporazione, ex art. 2051 ss c.c., determina automaticamente l'estinzione della società assoggettata a fusione ed il subingresso della società incorporata nei rapporti ad essa relativi, verificandosi una situazione giuridica che corrisponde a quella della successione a titolo universale e che, agli effetti processuali, va assimilata alla morte della persona fisica, sì da trovare la propria disciplina nell'art. 300 c.p.c. e da provocare l'interruzione del processo ove il procuratore della società incorporata abbia fatto la prescritta comunicazione dell'evento realizzatosi nel corso del giudizio".

⁵ G. POSITANO, *L'estinzione della società per azione*, cit., 113 e ss.

⁶ Tribunale di Milano, Sez. X pen., sent. 20 ottobre 2011, Pres. Gandus, Giud. Interlandi e Formentin, in *Dir. pen. cont.*, 26 ottobre 2011, secondo cui: "L'estinzione di una s.r.l. a seguito della sua liquidazione volontaria e della sua cancellazione dal registro delle imprese determina l'estinzione dell'illecito ex D.lgs. 2001, n. 231, per il quale la s.r.l. sia stata rinviata a giudizio prima della sua cancellazione dal registro delle imprese, analogamente a quanto avviene per il reato imputato alla persona fisica nel caso di morte di quest'ultima".

⁷ Per una panoramica più esauriente V. NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell'ente*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Milano 2010, 283 e ss.; P. SFAMENI, *Responsabilità patrimoniale dell'ente in Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di Giarda, Mancuso, Spangher, Varraso, Milano, 2007, 250; L.D. CERQUA, *Diritto penale delle società*, tomo primo, Padova, 2009, 1467, secondo cui: "la cancellazione della società dal registro delle imprese" è "metaforicamente paragonabile alla morte del reo (art. 69, co. 1, c.p.p.)".

⁸ Tribunale di Milano, sent. 20 ottobre 2011, cit.; P. SFAMENI, *Responsabilità patrimoniale dell'ente*, cit., 250.

⁹ Secondo la classica ricostruzione di V. CUOCO, *Saggio storico sulla rivoluzione napoletana del 1799*, ed. Napoli, Tip. di M. Lambardi 1861.

è stato accusato¹⁰ di aver dimenticato di affrontare due fattispecie “tutt’altro che peregrine o isolate”¹¹: si tratta della cancellazione della società dal registro delle imprese, con conseguente messa in liquidazione e successivo scioglimento¹², e del fallimento.

Si è parlato, addirittura, di un “contrasto curioso”¹³ emergente dalla disciplina di cui al d.lgs. 231/2001, che, da una parte, regola puntigliosamente le varie vicende modificative dell’ente e, dall’altra, rimane silente in merito a quelle vicende dell’ente che si concludono in un fatto estintivo¹⁴.

In realtà, fino alla riforma del diritto societario, la *quaestio iuris* della cancellazione della società dal registro delle imprese non presentava aspetti problematici, assumendo natura indiscussa, in giurisprudenza¹⁵, l’assunto secondo cui “l’effettiva estinzione della società non consegue all’esito meramente formale e contabile del procedimento di liquidazione, bensì alla completa definizione dei rapporti giuridici pendenti e soprattutto di tutte le passività sociali”¹⁶.

È solo nel 2003 che i termini del dibattito mutano. In tale occasione, come già anticipato, viene modificato¹⁷ l’art. 2945, comma 2, c.c., affermandosi che “ferma restando l’estinzione della società, dopo la cancellazione i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è di peso da colpa di questi”.

Secondo i primi commentatori, il legislatore, con l’inciso “ferma restando la estinzione della società”, avrebbe preso posizione in favore di quell’orientamento che affermava la definitiva estinzione della società di capitali, al momento della cancellazione dal registro delle imprese, ancorché emergessero sopravvenienze attive o passive¹⁸.

Tale principio veniva subito esteso anche alle società di persone, ritenendosi che “l’espressa

¹⁰ In questo senso V. NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell’ente*, cit., 416; A. GIARDA, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative* cit., 243.

¹¹ In questo senso V. NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell’ente*, cit., 416; A. GIARDA, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative*, cit., 243.

¹² Secondo A. GIARDA, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative*, cit., 229 e ss, tale evenienza sarebbe il risultato di una scarsa considerazione operata dal legislatore del 2001 circa gli “effetti mediatici, spesso irreversibili”, che l’apertura di un procedimento penale ai danni di una società, produce sulla fiducia dei consociati.

¹³ V. NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell’ente*, cit., 416.

¹⁴ V. NAPOLEONI, *ibidem*.

¹⁵ Cassazione civile, Sez. III, 20 ottobre 1998, n. 10380; Cassazione civile, Sez. II, 4 ottobre 1999, n. 11021; Cassazione civile, Sez. I, 5 settembre 1996, n. 8099 e, Sez. II, 27 maggio 1996, n. 4884; Cassazione civile, Sez. lav. 2 maggio 1994, n. 4214; Cassazione civile, Sez. I, 28 dicembre 1989, n. 5803; Cassazione civile, Sez. III, 11 febbraio 1988, n. 1473; Cassazione civile, Sez. I, 6 gennaio 1981, n. 52. Tale orientamento, tuttavia, era stato oggetto di critica da parte della Corte Costituzionale, che, con la sentenza n. 319 del 21 luglio 2000, aveva rilevato come “la lettura delle norme sugli effetti della pubblicità della cancellazione delle società espressione dell’allora diritto vivente comportasse una chiara disparità di trattamento tra imprese individuali e imprese collettive ai fini della dichiarazione di fallimento, in quanto per l’imprenditore persona fisica la stessa era consentita entro un anno dalla cancellazione mentre per le imprese collettive, rimaneva sempre incerto il momento della loro fine o estinzione, da cui far decorrere il termine di un anno entro cui, ai sensi dell’art. 10 previgente della Legge Fallimentare poteva essere dichiarato il loro stato di insolvenza”. Pertanto, proprio il permanere dell’interpretazione prevalente di cui sopra aveva determinato la Corte Costituzionale a dichiarare illegittimo, perché in contrasto con l’art. 3 della carta fondamentale e con il principio della certezza dei rapporti giuridici, l’art. 10 sopra citato, “nella parte in cui prevede(va) che il termine di un anno dalla cessazione dell’impresa, entro il quale può intervenire la dichiarazione di fallimento, decorra, per l’impresa collettiva, dalla liquidazione effettiva dei rapporti facenti capo alla società invece che dalla cancellazione della società stessa dal registro delle imprese”.

¹⁶ Secondo tale orientamento, la cancellazione della società non determina l’estinzione dell’ente, ove non fossero esauriti tutti i rapporti giuridici ad essa facenti capo a seguito della procedura di liquidazione, ovvero non fossero definite tutte le controversie giudiziarie in corso con i terzi. Ciò in considerazione del fatto che si attribuisce alla medesima cancellazione natura di mera pubblicità dichiarativa, che non produce l’estinzione della società stessa in difetto dell’esaurimento di tutti i rapporti giuridici pendenti facenti capo alla stessa. Ovvio conseguenza è la riscontrata permanenza della legittimazione processuale della società, sicché il processo già iniziato proseguiva nei confronti o su iniziativa delle persone che già la rappresentavano in giudizio o dei soci, anche con riferimento alle fasi di impugnazione ovvero negli eventuali procedimenti di esecuzione, relativi ai medesimi rapporti accertati con sentenza costituente titolo esecutivo a base dei crediti da esigere (Cassazione civile, Sez. III, 15 gennaio 2007, n. 646; Cassazione civile, Sez. III, 23 maggio 2006, n. 12114; Cassazione civile, Sez. III, 02 marzo 2006, n. 4652). Al contrario, la dottrina prevalente riteneva che la cancellazione, disciplinata dall’art. 2456 c.c., avesse effetto costitutivo dell’estinzione della società ed in tal senso G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, 2, Diritto delle società*, Torino, 1999, 533; F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1987, 575; M. DELL’OLIO, *Società, scioglimento e liquidazione*, in *Dir. lav.*, 1987, I, 572; F. D’ALESSANDRO, *Le Società: scioglimento e liquidazione*, in *Giur. merito*, 1988, 437; G. MILLOZZA, *La liquidazione del patrimonio sociale*, in *Società*, 1983, 459; G. FERRI, *Le Società*, in *Trattato di diritto civile* (fondato da Vassalli), 1985, 904 ss.; G. FRÉ, *Le Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, 1982, 835 e ss.; R. COSTI, *Le sopravvenienze passive dopo la liquidazione delle società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 280.

¹⁷ La riforma trova fondamento in “considerazioni equitative” per V. SANGIOVANNI, *Cancellazione delle società di capitali e responsabilità di soci e liquidatori*, in www.academia.edu.

¹⁸ L. PARRELLA, *sub art. 2495*, in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 3, 305; F. FIMMANÒ, *La fase dell’estinzione*, in F. Fimmanò-C. Esposito-L. Traversa, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, Milano, 2005, 356; A. SANTUS - G. DE MARCHI, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali nella riforma del diritto societario*, in *Riv. not.*, 2003, 3, 631.

disciplina della responsabilità dei soci subentrati alla società verso i creditori sociali per effetto della cancellazione ha come presupposto il venir meno della soggettività e della capacità giuridica limitata di esse; ciò, in parallelo con il disposto di cui all'art. 2495 c.c., che prevede l'effetto estintivo-costitutivo delle società di capitali¹⁹.

Si è aggiunto, in particolare, che la modifica apportata all'art. 2495 c.c. evidenzerebbe la vigenza del principio generale secondo cui la cancellazione dal registro delle imprese comporta la generale estinzione definitiva della società²⁰, sia essa di persone o di capitali. Ciò soprattutto in considerazione del fatto che, ragionando diversamente, si sarebbe introdotta una disparità di trattamento tra società di capitali, in grado di giovare dell'effetto estintivo della cancellazione, e società di persone, inspiegabilmente ad esso sottratte.

L'orientamento in esame è stato avallato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione del 2010, che con tre sentenze "gemelle" (sentenze nr. 4060, 4061 e 4062 del 2010) hanno cercato di fare chiarezza in argomento.

È stato così affermato che, a seguito della modifica apportata all'art. 2945, comma 2, c.c., la cancellazione dal registro delle imprese produce l'effetto costitutivo dell'estinzione irreversibile della società anche in presenza di rapporti non definiti e anche se intervenuta in epoca anteriore all'entrata in vigore della nuova disciplina, con conseguente perdita della capacità processuale della società²¹.

3. Gli effetti della cancellazione della società sulla responsabilità "da reato" dell'ente: la tesi che equipara la cancellazione della società alla morte del reo.

Alla luce di tutto ciò, pertanto, non essendo più revocabile in dubbio che la cancellazione della società dal registro delle imprese assume efficacia costitutiva, si pone l'ulteriore problema di esaminare gli effetti che una tale vicenda produce sulla disciplina della responsabilità "da reato" degli enti.

Sul punto, si suole distinguere l'ipotesi in cui l'accertamento processuale dell'illecito e l'irrogazione delle sanzioni si verifichi prima della cancellazione da quella in cui l'accertamento dell'illecito si realizzi in un momento successivo all'estinzione dell'ente²².

Nel primo caso, si sostiene che se la fattispecie estintiva si integra dopo la sentenza, le misure interdittive andrebbero disapplicate, mentre quelle pecuniarie, ai sensi degli artt. 2312 co. 2 e 2495 co. 2 cc., sarebbero da imputare direttamente ai soci, ancorché nei limiti di quanto percepito a titolo di ripartizione dell'attivo residuo²³.

Non si tratterebbe, pertanto, di una atipica ipotesi di "responsabilità per fatto altrui" – schema di imputazione non ammissibile nell'ambito del sistema della responsabilità da reato degli enti (art. 27 d.lgs. 231/2001)²⁴ – bensì di una peculiare conseguenza di tipo meramente esecutivo, tesa a "far valere la responsabilità consequenziale alla ripartizione del patrimonio dell'ente medesimo"²⁵.

Inoltre, la previsione di un generale limite alla ripetizione in favore esclusivamente di quelle somme percepite dai soci a titolo di ripartizione dell'attivo residuo varrebbe a salvaguardare

¹⁹ Così Cassazione civile, Sez. lav., 18 settembre 2007, n. 19347, relativa a società consorziate, e Cassazione civile, Sez. I, 12 dicembre 2008, n. 29242.

²⁰ Conforme: Cassazione civile, Sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4060; Cassazione civile, Sez. III, 07 febbraio 2012, n. 1677.

²¹ Cassazione civile, Sez. I, 28 agosto 2006, n. 18618; Cassazione civile, Sez. lav., 18 settembre 2007, n. 19347; Cassazione civile, Sez. trib., 20 ottobre 2008, n. 25472.

²² Così P. SFAMENI, *Responsabilità patrimoniale dell'ente*, cit., 243 e ss.

²³ In questo senso P. SFAMENI, *Responsabilità patrimoniale dell'ente*, cit., 243 e ss.; V. NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell'ente*, cit., 283 e ss.

²⁴ V. NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell'ente*, cit., 283 e ss.

²⁵ V. NAPOLEONI, *ibidem*.

la fattispecie dal rischio di una eccessiva dilatazione della responsabilità²⁶.

Più complesso, invece, il caso in cui l'accertamento processuale dell'illecito non è ancora avvenuto al momento della cancellazione della società dal registro delle imprese.

Sul punto, si sostiene che "l'estinzione della società a seguito della cancellazione dal registro delle imprese comporta, ai fini penali, l'estinzione dell'illecito e la conseguente improcedibilità dell'azione penale, analogamente a quanto avviene nel caso di morte della persona fisica cui sia imputato un reato"²⁷.

Ciò sulla base di una duplice argomentazione: la prima, che fa leva sulla asserita equiparazione tra morte del reo e cancellazione della società; la seconda, che poggia su un ragionamento "organico-sistematico" attualizzato mediante il riferimento alle vicende modificative dell'ente, così come previste nell'ambito del d. lgs. 231/2001.

Orbene, quanto al primo punto, si sostiene che l'estinzione dell'ente determina *de facto* l'inapplicabilità delle relative sanzioni²⁸, dal momento che risulterebbero inflitte inutilmente e, in ogni caso, non assolverebbero ad alcuna delle funzioni cui sono preordinate se applicate alla società cancellata dal registro delle imprese, e dunque inesistente sotto il profilo civilistico²⁹. Inoltre, se alla disciplina della responsabilità degli enti si riconoscesse natura penale, dovrebbe tenersi conto del dettato dell'art. 27, comma 3, Cost., ai sensi del quale le pene devono tendere alla rieducazione del condannato³⁰.

Di conseguenza, quanto alle sanzioni interdittive, si ritiene che esse – mirando allo "scopo di favorire l'emenda del condannato attraverso il suo adeguamento ai canoni dell'agire legittimo"³¹ – risulterebbero inutilmente date, nel caso di cancellazione della società, in quanto presuppongono "che l'ente sia ancora in essere e che possa proseguire nell'attività cui si riferisce l'illecito"³².

Allo stesso tempo, quanto alle sanzioni pecuniarie (oltre che alla confisca), si ritiene che esse, essendo indirizzate "allo scopo di colpire l'ente nella disponibilità economica necessaria per la sua operatività"³³, perderebbero ogni utilità, laddove non sussistesse più un patrimonio su cui fare valere tale onere³⁴.

Pertanto, si conclude che «l'eventuale "sopravvivenza" della società cancellata dal registro delle imprese ai limitati effetti penali condurrebbe all'applicazione di sanzioni che non sarebbero attuabili oppure finirebbero per gravare, in sede esecutiva, su soggetti "terzi" rispetto all'ente responsabile della violazione, con il rischio, per di più, di una duplicazione di sanzioni a carico di questi ultimi»³⁵.

Tale orientamento ha ben presto finito per assumere una portata sempre più estesa, puntando a equiparare alla morte del reo finanche la dichiarazione di fallimento della persona

²⁶ Secondo N. D'ANGELO, *Responsabilità penale di enti e persone giuridiche*, cit., 230 e ss., ricorrerebbe, in argomento, l'esistenza di un vero e proprio "atto di destinazione", "funzionale" ad una determinata attività e/o ad un determinato scopo, tale da dar vita ad un patrimonio autonomo isolato e distinto rispetto a quello dei singoli soci, che conserva la sua soggettività, anche a seguito dell'imputazione di cui al d.lgs. 231/2001, quasi come fosse un trust o un fondo patrimoniale. Inoltre, secondo V. SANGIOVANNI, *Cancellazione delle società*, cit., è dibattuto, in dottrina e in giurisprudenza, il titolo in forza del quale i soci succedono alla società cancellata, nella relativa posizione debitoria. Per un primo orientamento, si esclude che si tratti di acquisto a titolo originario, dipendente dal mero fatto della cancellazione della società, in quanto i modi di acquisto a titolo originario sono tutti tipici. Per altri, invece, opererebbe una successione a titolo universale, specie nel caso in cui i beni vengano assegnati come quota del patrimonio "a seguito del cosiddetto piano di riparto". Per altri, ancora, interverrebbe una successione a titolo particolare, in quanto si verificherebbe una attribuzione di singoli beni ad opera di una persona giuridica, con riferimento al quale non può certo operare il diritto successorio e la relativa disciplina dedicata agli atti *mortis causa*. Per un ulteriore orientamento, inoltre, la responsabilità del socio per i debiti sociali discenderebbe direttamente dal contratto di società, quale prosecuzione della responsabilità per le obbligazioni sociali assunte dai soci con la creazione della società. Da ciò ne discende, secondo autorevole dottrina, che non può invocarsi in materia il disposto di cui all'art. 7 legge 689 del 1981 – secondo cui "l'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione non si trasmette agli eredi" – visto che, secondo quanto previsto dalla più recente dottrina, la quota di riparto perviene ai soci per atto *inter vivos*, in seguito ad un atto di assegnazione da parte della società ancora esistente.

²⁷ Tribunale di Milano, Sez. X pen., sent. 20 ottobre 2011, Pres. Gandus, Giud. Interlandi e Formentin, cit. secondo cui: "L'estinzione di una s.r.l. a seguito della sua liquidazione volontaria e della sua cancellazione dal registro delle imprese determina l'estinzione dell'illecito ex d.lgs. 2001, n. 231, per il quale la s.r.l. sia stata rinviata a giudizio prima della sua cancellazione dal registro delle imprese, analogamente a quanto avviene per il reato imputato alla persona fisica nel caso di morte di quest'ultima".

²⁸ Conforme P. SFAMENI, *Responsabilità patrimoniale dell'ente* cit., 243 e ss.; V. NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell'ente*, cit., 283 e ss.

²⁹ Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, in www.rivista231.it.

³⁰ Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, *ivi*.

³¹ Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, *ivi*.

³² Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, *ivi*.

³³ Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, *ivi*.

³⁴ Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, *ivi*.

³⁵ Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, *ivi*.

giuridica³⁶.

Si è sostenuto, infatti, che, anche al di fuori della specifica ipotesi della cancellazione della società dal registro delle imprese, in caso di sopravvenuto fallimento dell'ente imputato ex d. lgs. 231/2001, "la persona giuridica va prosciolta con la formula dell'estinzione dell'illecito amministrativo, risultando superfluo l'accertamento della responsabilità da reato dell'ente"³⁷.

Ciò in considerazione del fatto che, "a seguito del fallimento, la società versa in una situazione di inattività necessitata, tanto che la legittimazione attiva e passiva riguardante i rapporti facenti capo alla società fallita spettano al curatore" e, pertanto, "non avrebbe ragion d'essere l'applicazione, nei confronti di quest'ultimo soggetto estraneo all'illecito di impresa, di una sanzione di natura pecuniaria o interdittiva ovvero ablatoria"³⁸.

In virtù di ciò si è aggiunto inoltre che "le sanzioni previste dalla normativa ex d.lgs. 231 del 2001 hanno funzioni retributive e special-preventive, le quali rendono del tutto irragionevole una loro irrogazione ad un soggetto non coinvolto nella vicenda dell'illecito"³⁹.

Di conseguenza, anche nei medesimi ambiti, si è ritenuto "prevalere" il principio della personalità della responsabilità⁴⁰, essendo "uno dei punti cardine del sistema penale, quello secondo cui la morte del reo, ove si verifichi prima della condanna, estingue il reato (punibilità in astratto) ed ove intervenga successivamente alla condanna, estingue la pena (cd. punibilità in concreto)"⁴¹.

3.1. *La tesi "organico-sistemica" ed il riferimento alle vicende modificative dell'ente.*

La seconda argomentazione, utilizzata a fondamento dell'asserito effetto estintivo della cancellazione, fa leva su un ragionamento di natura "organico-sistemica", attualizzato mediante il riferimento alle vicende modificative dell'ente, così come previste nell'ambito del d.lgs. 231/2001⁴².

Si sostiene, in particolare, che la liquidazione e la successiva cancellazione della società dal registro delle imprese, pur costituendo una vicenda estintiva che presenta degli importanti punti di contatto con le vicende modificative dell'ente, sarebbero state totalmente "ignorate" dalla disciplina di cui agli articoli 28-32 del d.lgs. 231/2001^{43 44}.

Di conseguenza, mediante un ragionamento *a contrario* ("ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit"), si aggiunge che, non figurando le ipotesi della cancellazione dell'ente nell'ambito di quelle vicende modificative che consentono un fenomeno successorio della responsabilità, non ci sarebbe alcun dubbio circa l'estinzione della responsabilità dell'ente⁴⁵.

Si sostiene, pertanto, che le norme relative alle vicende modificative dell'ente sarebbero di stretta applicazione, sicché una loro estensione al di fuori dei casi espressamente disciplinati si

³⁶ Contra Cass. pen. Sez. V, sent 26 settembre 2012 (ud.), 15 settembre 2012 (dep.), nr. 44824, che si commenterà nelle pagine seguenti

³⁷ Tribunale di Roma – GUP, 7 febbraio 2012, est. Arioli in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 1664 e ss.

³⁸ Tribunale di Roma – GUP, 7 febbraio 2012, *ivi*.

³⁹ Tribunale di Roma – GUP, 7 febbraio 2012, *ivi*.

⁴⁰ Tribunale di Roma – GUP, 7 febbraio 2012, *ivi*.

⁴¹ Tribunale di Roma – GUP, 7 febbraio 2012, *ivi*.

⁴² In tal senso V. NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell'ente*, cit., pag 416.

⁴³ Sul punto E. ARABIA, *L'accertamento della responsabilità da illecito penale della società fallita* in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 1664 e ss; V. NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell'ente*, cit., 283 e ss.

⁴⁴ Nell'ambito degli articoli 28-32 è previsto che in caso di fusione, scissione e cessione dell'azienda la responsabilità si trasferisce dall'ente originario a quello risultante dalle vicende in parola; ciò con la previsione di alcuni correttivi, che intervengono soprattutto in tema di sanzioni interdittive, le quali conservano un collegamento necessario ed esclusivo con il "ramo di attività" nell'ambito del quale il reato è stato commesso e possono essere sostituite con sanzioni pecuniarie ogniqualvolta sono state rimosse le cause che hanno reso possibile la commissione dell'illecito. Chiara la "ratio" di tale disciplina, che trova il proprio fondamento in una duplice esigenza: evitare che, nel silenzio della legge, si configurino evidenti ipotesi di elusione del sistema repressivo in commento e, al contempo, favorire l'emergere una generale istanza di garanzia, ispirata ad una strategia di "equo compromesso" con le relative istanze di effettività. Ciò che rileva in questi ambiti, pertanto, è la scelta del legislatore di abbandonare "il modello penalistico previsto per le persone fisiche, in cui la morte del reo estingue il reato" in favore di un sistema di imputazione della responsabilità di chiara impronta "patrimonial-civile". Se si guarda, infatti, proprio alla "sostanza" del fenomeno modificatorio appare evidente che qualunque vicenda modificativa dell'ente non può essere assimilata alla morte della persona fisica: in tal senso N. D'ANGELO, *Responsabilità penale di enti e persone giuridiche*, cit., 230 e ss.

⁴⁵ In termini più generali si veda Tribunale di Palermo, G.U.P. dott. Mazzeo, 22 gennaio 2007, Imp. G.M.C. S.p.A., in www.reatisocietari.it.

tradurrebbe in una inammissibile analogia *in malam partem*, non consentita nel diritto penale⁴⁶.

A ciò osterebbe, soprattutto, il principio consacrato all'art. 27, co. 1, del d.lgs. 2001 n. 231, il quale sancisce che "dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o fondo comune": di conseguenza andrebbe respinto ogni tentativo di estendere la responsabilità a soggetti terzi, fuori dai limiti consentiti.

4. Critica alla parificazione dell'estinzione dell'ente alla morte della persona fisica.

La soluzione in esame⁴⁷, fondata sulla asserita equiparazione tra la cancellazione della società dal registro delle imprese e la morte della persona fisica, sembra prestare il fianco ad alcune obiezioni.

Innanzitutto, vale la pena evidenziare che, secondo la giurisprudenza più recente, l'estinzione della società⁴⁸ non sempre ha un effetto irreversibile, ben potendo il Giudice del registro ordinare, laddove ricorrano i presupposti di cui all'art. 2191 c.c., la «cancellazione della cancellazione» della società⁴⁹.

In quest'ottica, si sostiene che «la legge non dice in alcun modo che la cancellazione ha un effetto irreversibile, ma semplicemente che la società cancellata dal registro è estinta e che l'estinzione resta ferma anche se al momento dell'estinzione vi sono creditori insoddisfatti»⁵⁰. Di conseguenza, ben potrebbe il Giudice del Registro⁵¹ favorire la riviviscenza della società mediante la cancellazione dal Registro delle imprese dell'iscrizione di cancellazione di un ente successivamente risultato titolare di rapporti processuali ancora pendenti⁵².

Ciò sull'assunto che «la cancellazione e quindi l'estinzione della società presuppone che, ai sensi dell'art. 2492, co. 1, c.c., sia stata "compiuta la liquidazione"» e, pertanto, «qualora si scopra l'insussistenza di tale presupposto sostanziale» emerge *ictu oculi* come «la cancellazione è stata effettuata non validamente ed è consentito porre riparo a tale situazione non altrimenti

⁴⁶ Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, cit.

⁴⁷ P. SFAMENI, *Responsabilità patrimoniale dell'ente*, cit., pag. 243 e ss.; V. NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell'ente*, in *Reati e responsabilità degli enti*, cit., 283 e ss.; Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, cit.; Tribunale di Roma – GUP, 7 febbraio 2012, cit.

⁴⁸ M.S. SPOLIDORO, *Seppellimento prematuro. La cancellazione delle società di capitali dal registro delle imprese ed il problema delle sopravvenienze attive*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 823 ss.; N. BATTISTINI, *Cancellazione ed estinzione delle società alla luce delle tre sentenze gemelle del 2010: i morti possono ancora resuscitare (sia pure solo per correttamente morire)?*, in www.ilcaso.it.

⁴⁹ M.S. SPOLIDORO, *Seppellimento prematuro*, cit., p. 823 ss.; N. BATTISTINI, *Cancellazione ed estinzione delle società*, cit., secondo Trib. Padova 13.08.2004: "la cancellazione di una società dal Registro delle imprese è condizione necessaria ma non sufficiente per l'estinzione del soggetto giuridico. L'iscrizione effettuata in presenza di rapporti di debito o di credito facenti capo alla società deve essere cancellata ex art. 2191 c.c. in quanto avvenuta in difetto delle condizioni richieste dalla legge. Deve, pertanto, essere cancellata d'ufficio dal Registro delle imprese la cancellazione della società di persone avvenuta senza prima esaurire tutti i rapporti pendenti, non producendosi l'effetto estintivo dell'ente, in ragione dell'efficacia solo dichiarativa delle iscrizioni nel Registro"; secondo Trib. Padova 26.6.2003: "deve essere eliminata d'ufficio dal registro delle imprese la cancellazione della società di capitali che sia stata a sua volta cancellata senza completare la fase della liquidazione, così imponendosi l'effetto dell'estinzione dell'ente" (in R. APICELLA, *Le società di persone nel Registro delle imprese*, Giuffrè editore, Milano, 2012, 74); secondo Tribunale di Como 02.11.1990: "la cancellazione di un atto o di un fatto iscritto nel Registro delle Imprese è consentita, ai sensi dell'art. 2191 c.c., quando risulta che l'iscrizione è avvenuta senza che sussistessero le condizioni richieste dalla legge. Il giudice del Registro incontra, pertanto, in sede di riesame, gli stessi limiti dell'ufficio in fase di controllo anteriore all'iscrizione. Data la peculiare funzione affidata al Registro delle Imprese, in esso non possono trovare spazio iscrizioni di atti giuridicamente inesistenti, in grado di ingenerare assoluta ed irrimediabile confusione circa la composizione degli organi sociali di una società" (in V. MOLINARI, *L'attuazione del Registro delle Imprese*, Luigi Pellegrini Editore, 1996, 43, secondo cui: "la richiesta di cancellazione delle eseguite iscrizioni per carenza delle condizioni richieste all'uopo dalla legge va pertanto considerata come una mera segnalazione o denuncia idonea ad attivare il potere di cancellazione d'ufficio delle iscrizioni irregolari previsto dall'art. 2191 c.c." escludendo implicitamente il diritto del privato a chiedere la cancellazione d'ufficio).

⁵⁰ In tal senso M.S. SPOLIDORO, *Seppellimento prematuro*, cit., p. 823 ss. N. BATTISTINI, *Cancellazione ed estinzione delle società*, cit.

⁵¹ Per i riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a N. BATTISTINI, *Cancellazione ed estinzione delle società*, cit.

⁵² Sul punto, ad avviso di Cassazione civile, Sezioni Unite, 12 marzo 2013 sentenze n. 6070, 6071, 6072 "la situazione della società di persone si differenzia da quella delle società di capitali, a tal riguardo, solo in quanto l'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto che la cancella ha valore di pubblicità meramente dichiarativa, superabile con prova contraria. Ma è bene precisare che tale prova contraria non potrebbe vertere sul solo dato statistico della pendenza di rapporti non ancora definiti facenti capo alla società, perché ciò condurrebbe in sostanza ad un risultato corrispondente alla situazione preesistente alla riforma societaria. Per superare la presunzione di estinzione occorre, invece, la prova di un fatto dinamico: cioè che la società abbia continuato in realtà ad operare – e dunque ad esistere – pur dopo l'avvenuta cancellazione dal registro. Ed è questa soltanto la situazione alla quale la successiva sentenza n. 4826 del 2010 ha poi ricollegato anche la possibilità che, tanto per le società di persone quanto per le società di capitali, si addivenga anche d'ufficio alla cancellazione della pregressa cancellazione (cioè alla rimozione della cancellazione dal registro in precedenza intervenuta) in forza del disposto dell'art. 2191 c.c., con la conseguente presunzione che la società non abbia mai cessato *medio tempore* di operare e di esistere".

rimediale»⁵³.

È evidente pertanto che, se la cancellazione non ha natura “irreversibile”, non può essere paragonata alla “morte” della persona fisica, che, fino a prova contraria, si caratterizza per il suo essere un evento tragicamente “irreversibile”.

Del resto, se si sostiene che la cancellazione della società dal registro delle imprese è paragonabile alla “morte” della persona fisica, dovrebbe accettarsi l'inevitabile paradosso che, all'art. 2191, il nostro codice prevede addirittura, per via normativa, l'istituto della resurrezione!

D'altro canto, anche volendo ammettere la somiglianza tra la cancellazione della società e la morte della persona fisica, risulta evidente come assolutamente inammissibile si rivela l'ulteriore argomentazione prospettata, circa l'emergere in tali casi di una causa di estinzione del reato⁵⁴.

In realtà, un tale ragionamento si pone in evidente contrasto con il principio di legalità, ponendo in essere una vera ed propria interpretazione analogica di una causa estintiva del reato, quale è la morte della persona fisica⁵⁵.

Tale operazione non è assolutamente consentita nell'attuale ordinamento, come più volte sostenuto dalla Corte Costituzionale⁵⁶, la quale ha opposto all'interpretazione analogica delle cause di estinzione del reato “la seconda parte dell'art. 14 delle disposizioni preliminari sulla legge in generale”, che vieta l'analogia per le leggi che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi⁵⁷.

Ancor più criticabile è, inoltre, l'ulteriore argomentazione prospettata a sostegno della tesi dell'equiparazione della morte del reo alla cancellazione dell'ente.

Si desume in particolare una improcedibilità sostanziale dell'azione, che si poggia sull'inopportunità della prosecuzione dell'accertamento penale, non avendo alcuna ragion di essere l'applicazione della sanzione ad un ente oramai estinto.

⁵³ Tribunale di Como, decreto del 24 aprile 2007, (reperibile su N. BATTISTINI, *Cancellazione ed estinzione delle società*, cit.); secondo Tribunale di Napoli, 26 aprile 2010, cit., (reperibile in www.ilcaso.it) “la legittimazione ad agire in via esecutiva per il recupero di crediti sopravvenuti a favore della disciolta e cancellata società di persone non spetta ai soci in proprio, bensì ancora alla società (previa cancellazione ex art. 2391 c.c. dell'iscrizione della cancellazione dal Registro delle imprese)”. Ciò, in considerazione del fatto che “ben può dirsi che la liquidazione non sia completata (e che quindi non si possa cancellare legittimamente la società) fino a che vi siano sopravvivenze attive, note o ignote che esse siano. Quando vi siano tali sopravvivenze o sopravvenienze attive, la cancellazione della società potrebbe dunque essere cancellata d'ufficio, col meccanismo dell'art. 2391 cit., onde consentire il completamento delle operazioni di liquidazione [...]. Né va trascurato che, specie laddove vi siano soci limitatamente responsabili, l'ammissibilità di una cancellazione senza previa liquidazione dei beni sociali potrebbe compromettere l'efficacia della tutela dei creditori sociali”. Secondo il Tribunale, poi, il ragionamento varrebbe a maggior ragione per le società di persone, dal momento che “la pubblicità costitutiva è estranea alle società di persone, in quanto, come è noto, anche prima dell'iscrizione la società è irregolare, ma non inesistente”; inoltre secondo il Giudice del Registro delle imprese del Tribunale di Milano, cit., “laddove gli interessati dimostrino che la liquidazione non è nella realtà terminata, può provvedersi ex art. 2391 c.c. alla cancellazione della cancellazione della s.r.l. [...] e a tale ricostruzione non pare ostare la ormai consolidata interpretazione del novellato art. 2495 c.c. di cui da ultimo Cass. SU 22.2.2010 n. 4062, trattandosi di interpretazione la quale – nell'affermare che la nuova norma ricollega all'iscrizione presso il registro delle imprese della cancellazione della società l'effetto costitutivo dell'estinzione della società stessa – non comporta di per sé l'inapplicabilità dell'art. 2191 c.c. per i casi nei quali la cancellazione della società sia stata iscritta non sussistendone le condizioni di legge”; secondo Giudice del Registro delle imprese del Tribunale di Padova, cit., “tale conclusione non contrast[a] con l'interpretazione data all'art. 2495, nuovo testo, c.c. dalla ben nota sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 4062/10, dal momento che tale decisione, nell'affermare che l'iscrizione nel registro delle imprese della cancellazione della società comporti l'estinzione della società stessa, non preclude, ad avviso del giudicante, l'applicabilità dell'art. 2191 c.c. per i casi in cui, come quello in esame, la cancellazione sia avvenuta in mancanza dei necessari presupposti”.

⁵⁴ Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, cit.

⁵⁵ In tal senso L. SCOMPARIN, *Cause di non punibilità (immediata declaratoria delle)* in *Enciclopedia del diritto, annali dal 2007*, a cura di A. Falza, P. Grossi, E. Cheli, R. Costi, Milano, 2008, 226, secondo cui: “la morte dell'imputato corrisponde alla causa di estinzione del reato di cui all'art. 150 c.p. e dunque anche in assenza di una specifica previsione, l'obbligo di immediata declaratoria della morte dell'imputato sarebbe derivato al Giudice dalla regola generale contenuta nell'art. 129”.

⁵⁶ *Ex plurimis* Corte Costituzionale, 25 ottobre 1989, n. 487 e Corte Costituzionale, 07 luglio 1986, n. 179, che hanno esaminato la possibilità delle Regioni di regolamentare vari istituti in modo difforme dalla disciplina statale, incidendo direttamente sulla conformazione normativa di una fattispecie penalmente sanzionata. La Corte Costituzionale, sul punto, si è pronunciata in favore della illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative dell'assemblea regionale siciliana, poste rispettivamente con legge 2.4.1986 e con legge 15.5.1986 n. 26, con cui è stato previsto la possibilità di accedere al condono edilizio a condizioni più favorevoli di quelle prescritte dalla legge n. 47/1985 per il territorio nazionale. Si sostiene, in particolare, l'inammissibilità del ricorso ad una ipotetica funzione scriminante (in senso stretto) che la legge regionale siciliana avrebbe avuto. Secondo il Giudice delle Leggi, in particolare, l'impugnata disposizione della più volte citata legge siciliana non ha funzione scriminante in senso stretto, applicando essa alle ipotesi di cui al primo comma dell'art. 3 della stessa legge una vera e propria casula di estinzione del reato.

⁵⁷ In tal senso A. BUZZEGOLI, A. SCARCELLA, *La tutela penale del territorio e del passaggio*, Milano, 2009, 107; merita sul punto richiamo quanto stato affermato da A. SPENA, *Reati contro la famiglia*, Milano, 2012, 73, in merito al reato di bigamia, con riferimento al quale una parte della dottrina ha tentato di ricondurre, tra le cause di estinzione del medesimo reato, lo scioglimento del primo matrimonio. Orbene, pur ritenendo una medesima esclusione assolutamente “irragionevole”, gli interpreti della materia si sono dovuti arrendere dinanzi al rischio di caldeggiare una interpretazione analogica della disposizione, in palese contrasto con “l'idea, pressoché pacifica, che le cause di estinzione del reato siano norma aventi carattere eccezionale, e che come tali si sottraggono, ex art. 14 prel. ad ogni applicazione analogica, seppur in *bonam partem*”.

Si contesta, in particolare, la funzione rieducativa della sanzione, che verrebbe meno se indirizzata a un ente oramai non più operante.

In realtà, tali argomentazioni tradiscono una impostazione di fondo: ovvero non fanno altro che riproporre, ancorché da una angolazione diversa, il dibattito circa l'ammissibilità di una funzione rieducativa in capo alla sanzione tipica del d. lgs. 231/2001, ovvero la pena pecuniaria⁵⁸.

È da sempre discusso, infatti, se alla sanzione possa affiancarsi – oltre alla funzione general-preventiva, che si ritiene integrata in considerazione dell'“elevato valore che viene attribuito al denaro nell'attuale società capitalistica”⁵⁹ – una funzione “special-preventiva” e/o rieducativa, tanto che più di un operatore del diritto ha finanche invocato sul punto il contrasto con il terzo comma dell'art. 27 della Costituzione.

Tale contrasto è stato però escluso dalla Corte Costituzionale⁶⁰ “facendo leva sul carattere polifunzionale della pena e circoscrivendo il principio rieducativo tendenzialmente all'esecuzione della sola pena detentiva”⁶¹, pur sostenendo che “non è nemmeno da escludere che la pena pecuniaria possa, di per sé, per altro verso, adempiere a una funzione rieducativa”⁶².

È evidente, quindi, che discutere circa una presunta “inopportunità” rieducativa di una pena pecuniaria da destinare ad un ente cancellato dal registro delle imprese rappresenta un vero e proprio fuor d'opera, che non tiene conto della diversità strutturale e concettuale tra la pena detentiva e quella pecuniaria.

Senza dimenticare, inoltre, che “la mancata funzione rieducativa” della pena pecuniaria rappresenta uno dei limiti più discussi dell'istituto in sé, e non solo quando riguarda un ente estinto.

Anche in questo caso, pertanto – così come già avvenuto in merito alla *quaestio iuris* della morte della persona fisica – sembra che la tesi che propende per l'estinzione della responsabilità da reato dell'ente cancellato dal registro delle imprese incorra ancora una volta nello stesso errore: “tratta l'ente come una persona fisica”⁶³.

In realtà, una presa di distanze dall'equiparazione delle vicende della persona giuridica alla morte del reo è stata di recente operata dalla Suprema Corte di Cassazione⁶⁴ con riferimento al tema degli effetti del fallimento sulla responsabilità da reato degli enti.

Sul punto, il Giudice di Legittimità ha affermato che “il fallimento di una società non costituisce causa estintiva dell'illecito previsto dal d.lgs. 231/2001, né delle sanzioni irrogate a seguito dell'accertamento della sua responsabilità”. In proposito i giudici della quinta Sezione hanno sottolineato come, in assenza di una espressa previsione normativa in tal senso, non sia nemmeno possibile ritenere che tale effetto estintivo si produca ricorrendo all'applicazione analogica dell'art. 150 cod. pen., “non essendo equiparabile il fallimento della persona giuridica alla morte di quella fisica, atteso che l'apertura della procedura concorsuale non determina la cessazione dell'ente, ma semplicemente il suo assoggettamento alla medesima e alle sue regole”.

“Caratteristica della morte fisiologica di un soggetto fisico – ha spiegato ancora la Suprema Corte – è la cessazione definitiva ed irreversibile di tutte le funzioni vitali ad esso connesse; ciò rende comprensibili i motivi per cui in questo caso la legge prevede l'estinzione del reato. La pena non sarebbe eseguibile e non avrebbe comunque alcun senso sanzionare un soggetto che non esiste più; il processo verrebbe celebrato inutilmente, con un antieconomico dispendio di tempo e di energie”.

Pertanto, secondo il Giudice della legittimità, che comunque lascia irrisolto il problema della formale cancellazione dell'ente, “il fallimento dell'impresa collettiva può al più assimilarsi alla situazione di un malato; una società fortemente indebitata ed in stato di pesante dissesto può paragonarsi ad un malato grave, la cui morte è altamente probabile, ma non certa nel se e nel quando. E fino al momento della morte effettiva del soggetto non è possibile dichiarare

⁵⁸ L. GOISIS, *La pena pecuniaria, una indagine storica e comparata*, Bergamo, 2008, 33.

⁵⁹ L. GOISIS, *La pena pecuniaria*, cit., 33.

⁶⁰ Cort. Cost. sentenza n. 12 del 1966.

⁶¹ F. BRICOLA, *Pene pecuniarie, pene fisse e finalità rieducative*, in AA.VV., *Problema della rieducazione del condannato, Atti del II Convegno di diritto penale*, Cedam, Bressanone, 1963, 201.

⁶² Corte Costituzionale, sentenza n. 12 del 1966.

⁶³ E. ARABIA, *L'accertamento della responsabilità da illecito penale della società fallita*, cit.

⁶⁴ Cass. 15.11.2012 nr. 44824, in *Dir. pen. cont.*, 11 dicembre 2012, con nota di P. CHIARAVIGLIO, *Responsabilità da reato della persona giuridica e fallimento della società: un rapporto problematico*.

l'estinzione del reato solo perché il decesso è, in futuro non lontano, altamente probabile. Solo la morte effettiva della persona fisica comporta l'estinzione del reato e dunque solo l'estinzione definitiva dell'ente può eventualmente determinare gli stessi effetti sulla sanzione per cui è giudizio".

"Né, d'altronde – continua il Supremo Consesso – si può affermare che una eventuale difficoltà od anche impossibilità concreta di recupero del credito [...] possa legittimare la declaratoria di estinzione del reato, posto che il nostro sistema giuridico è slegato da principi di effettiva eseguibilità delle pronunce giurisdizionali, al contrario vigendo il principio di obbligatorietà dell'azione penale. In caso contrario si dovrebbe dichiarare l'estinzione dei reati commessi da soggetti irreperibili o dimoranti in paesi con cui non esistono accordi di estradizione, solo per la verosimile impossibilità di eseguire la pena".

4.1. *Critica alla tesi "organico-sistemica".*

Ancor più criticabile è la tesi "organico-sistemica" che, al fine di affermare l'emergere di una causa estintiva della responsabilità da reato degli enti, fa riferimento agli artt. 28-32 d.lgs. 231/2001, sostenendo che l'omesso riferimento alla cancellazione dell'ente nell'ambito delle citate vicende modificative porterebbe a concludere nel senso della sua efficacia estintiva.

In realtà, tale argomentazione tradisce un equivoco di fondo: omette di considerare che, al momento dell'introduzione della responsabilità da reato degli enti collettivi, l'orientamento unanime in materia societaria riteneva che la cancellazione della società⁶⁵ aveva mera natura dichiarativa e non comportava la sua completa estinzione⁶⁶.

In conseguenza di ciò, sul versante della responsabilità da reato dell'ente, si riteneva unanimemente che la società, qualora formalmente imputata di un illecito di cui al d.lgs. 231/2001, non potesse considerarsi estinta sol perché cancellata dal registro delle imprese⁶⁷.

È solo nel 2003 che i termini del dibattito mutano ed è solo da questa data che la cancellazione inizia ad assumere natura costitutiva ed estintiva, e non più dichiarativa.

È evidente, quindi, che il legislatore del 2001, nel momento in cui ha elaborato la disciplina di cui agli artt. 28-32 del d.lgs. 231/2001, non aveva motivo di operare alcun riferimento "organico-sistemico" ad una disciplina – quella degli effetti costitutivi ed estintivi della cancellazione della società dal registro delle imprese – che, al momento della compilazione, non era ancora stata concepita nel panorama giuridico.

Di conseguenza, non può attribuirsi alcun significato ad una presunta lacuna legislativa, che, ancorché per implicito o in negativo, poteva, al più, riferirsi ad un istituto diverso da quello attuale.

A ciò si aggiunga, inoltre, quanto ulteriormente evidenziato dalla già citata sentenza della Suprema Corte di Cassazione del 15.11.2012, che, in tema di fallimento dell'ente, ha giudicato come errato il riferimento all'"argomentazione sistemica".

Ciò, in quanto – secondo la Suprema Corte – gli artt. 28-32 del d.lgs. 231/2001 "non contemplano il fallimento, non perché ritengono di differenziarlo dalle altre cause modificative che non estinguono il reato, bensì per il fatto che la procedura concorsuale non comporta una modificazione soggettiva dell'ente".

5. *Le soluzioni eventualmente percorribili.*

Il percorso interpretativo sostenuto da dottrina e giurisprudenza maggioritaria, in assenza di indicazioni legislative certe, comporta numerosi problemi pratici e teorici.

⁶⁵ Per le società di persone, il meccanismo di cancellazione è disciplinato dall'art. 2312 c.c. e si sostanzia in un comando rivolto ai liquidatori, affinché, una volta approvato il bilancio finale di liquidazione, chiedano la cancellazione della società dal registro delle imprese. Secondo la norma, inoltre, dal momento della cancellazione della società i creditori sociali che non sono stati soddisfatti possano far valere i loro crediti nei confronti dei soci e, se il mancato pagamento è dipeso da colpa dei liquidatori, anche nei confronti di questi.

⁶⁶ In tal senso M. SARALE - G. WEIGMANN, *Società di persone e consorzi, Trattato di diritto commerciale* a cura di G. Cottino, Padova, 2004, III, 339.

⁶⁷ Trib. Milano, Sez. X, 20 ottobre 2011, cit.

I tempi, pertanto, sono oramai maturi per un intervento del legislatore, tale da coordinare il d.lgs. 231/2001 con la riforma del diritto societario del 2003 e salvare la disciplina da un pericoloso *vulnus* di effettività. Scelta – sia ben chiaro – comunque non delle più semplici, considerato che lo stesso d.lgs. 231/2001 presenta, al suo interno, alcune contraddizioni: si pensi all'art. 27, che dispone che *“dell'obbligazione risponde ... solo l'ente con il suo patrimonio”* e, agli articoli 28-32, che – in contraddizione con la norma precedente – introducono un articolato meccanismo di trasferimento della responsabilità in favore di enti “terzi”, laddove si verificano alcune vicende modificative.

In realtà, una soluzione condivisibile, senza stravolgere il sistema del d.lgs. 231/2001, potrebbe essere adottata, guardando all'esperienza europea ed in particolare alla Ley Orgànica 5/2010 con cui è stata introdotta nell'ordinamento spagnolo la responsabilità “penale” delle persone giuridiche.

All'art. 130 co. 2 del Còdigo Penal Español è infatti previsto espressamente che “non estingue la responsabilità penale lo scioglimento occulto o meramente apparente della persona giuridica” (*“no extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos”*).

Il legislatore iberico si è orientato verso un modello di conservazione della responsabilità, a metà strada tra il modello penalistico e quello civilistico, laddove ha previsto che lo scioglimento dell'ente non estingue la responsabilità della persona giuridica, quando l'estinzione dell'ente sia il risultato di un evento meramente “occulto o apparente”.

Chiara la *ratio* della norma, che, con una disposizione inequivoca, intende evitare che si possa fuggire dalla disciplina della responsabilità “penale” degli enti mediante il ricorso ad uno “scioglimento” meramente di facciata.

Una scelta repressiva del genere, pertanto, potrebbe essere ripetuta anche nel sistema del d.lgs. 231/2001, magari introducendo un comma allo stesso art. 27, dedicato ad un ipotesi eventualmente derogatoria del più generale principio della responsabilità “personale” degli enti, previsto al comma 1.

Ciò premesso, ci si chiede, tuttavia, se – anche prescindendo da un eventuale e necessario intervento normativo – sia possibile, mediante un percorso interpretativo, salvaguardare la materia da quelle cancellazioni “occulte e apparenti” che si sostanziano in vere e proprie ipotesi elusive della disciplina in commento.

Ogni tentativo di interpretare la materia non potrebbe che partire da quell'istituto di prevalente elaborazione giurisprudenziale⁶⁸, che si caratterizza per il suo essere un “elemento dinamico di tutto il processo evolutivo del diritto”⁶⁹, che oramai ha finto per rappresentare uno degli strumenti di correzione più frequenti dell'esperienza pretoria⁷⁰: l'abuso del diritto⁷¹.

Da questa prospettiva, si sostiene che nel nostro ordinamento esiste “un principio generale”⁷² che sanziona l'esercizio di un diritto che, in astratto, spetta effettivamente a chi lo esercita ma che, in concreto, è esercitato al di fuori dei limiti e degli scopi stabiliti dalla legge⁷³.

Trattasi, in ogni modo, di un istituto che ha conosciuto i suoi momenti applicativi più evidenti proprio nell'ambito del diritto societario⁷⁴, in cui gli studiosi della materia hanno dovuto fare i conti con “l'abuso della personalità giuridica”⁷⁵, ogniqualevolta un soggetto abusi “dei diritti riconducibili al concetto di persona giuridica”⁷⁶.

Tipico è il caso in cui “una o più persone utilizzano lo schermo societario per esercitare una attività imprenditoriale a carattere individuale”⁷⁷, oppure per non “fare apparire l'effettivo

⁶⁸ In tal senso C. TODINI, *L'abuso delle forme societarie nell'imposizione sul reddito in Elusione ed abuso del diritto tributario. Orientamenti attuali in materia di elusione e abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, a cura di G. Maisto, Milano, 2009, 115 e ss.; G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Milano, 2010, 107 e ss.

⁶⁹ C. TRAPUZZANO, *L'abuso del diritto: elemento dinamico di tutto il processo evolutivo del diritto*, in www.neldiritto.it.

⁷⁰ G. CHINÉ, M. FRATTINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto Civile*, terza edizione, Roma, 2012, 688 e ss.

⁷¹ Per un approfondimento dell'istituto S. PAGLIANTINI, *L'abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010.

⁷² G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, cit., 25 ss.

⁷³ G. CHINÉ, M. FRATTINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto Civile*, cit., 688 e ss.

⁷⁴ C. GAMBÀ, *Diritto societario e ruolo del giudice*, Padova, 2008.

⁷⁵ N. ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica: tecniche sanzionatorie a confronto*, Padova, 2002.

⁷⁶ G. CHINÉ, M. FRATTINI, A. ZOPPINI, *ibidem*.

⁷⁷ G. CHINÉ, M. FRATTINI, A. ZOPPINI, *ibidem*.

titolare o il suo effettivo gestore, fruendo così del beneficio della responsabilità limitata⁷⁸.

In tali casi, pertanto, si ammette il “superamento dello schermo della personalità giuridica e della *factio iuris* della dissociazione tra persona giuridica e persone fisiche che ne rappresentano la compagine umana”⁷⁹, consentendo “la disapplicazione delle norme societarie attributive dei benefici”⁸⁰.

Ne consegue, quindi, l'emergere di una insuperabile responsabilità illimitata dei soci, oltre che di una personale soggezione dei singoli appartenenti alla persona giuridica anche al fallimento⁸¹.

Rebus sic stantibus, ci si chiede se possa configurare un abuso del diritto il comportamento dei soci che operano una cancellazione meramente “occulta o apparente” della società, al solo scopo di eludere la disciplina di cui al d.lgs. 231/2001.

Una risposta positiva al medesimo quesito sembra, pertanto, prospettabile in ossequio al principio generale, finalizzato ad evitare un utilizzo arbitrario, e fuori dai limiti consentiti, dei diritti inerenti la personalità giuridica.

Se ciò fosse condivisibile, ci si potrebbe ulteriormente interrogare sugli effetti di una tale evenienza nell'ambito della responsabilità “da reato” degli enti: in particolare, se il giudice penale possa o meno “sindacare” il provvedimento di cancellazione della società, ogni qualvolta emerga “un abuso” dello stesso.

Orbene, la soluzione non può che passare attraverso la qualificazione giuridica da attribuire al provvedimento di cancellazione della società dal registro delle imprese, sia esso frutto di una attività dell'ufficio del registro e/o del giudice del registro.

Secondo parte della dottrina, dunque, non emergerebbe alcun dubbio circa il fatto che “sia i provvedimenti emanati dal giudice del registro, che quelli emessi dall'ufficio e dal tribunale, hanno carattere amministrativo, data la natura essenzialmente amministrativa del fine che tali provvedimenti perseguono”⁸². Tanto che, si è aggiunto, lo stesso provvedimento di cancellazione d'ufficio “sembra essere ulteriormente suscettibile di collocazione nella *species* degli atti di ritiro, per ragioni di legittimità originaria, emessi in sede di autotutela”⁸³.

Ciò in considerazione del fatto che tale attività sarebbe “finalizzata a tutelare l'interesse generale alla continua rispondenza tra risultanze del registro e realtà oggettiva, costituendo strumento per rimediare ad iscrizioni irregolari predisposto per contemperare l'interesse del soggetto obbligato all'iscrizione e quello dell'ufficio a rimediare ad errori commessi in sede di controllo”⁸⁴.

Pertanto, se si considera la cancellazione come un vero e proprio provvedimento amministrativo, al fine di rispondere al medesimo interrogativo, giova richiamare il dibattito, di prevalente elaborazione giurisprudenziale, circa l'esistenza, in capo al giudice penale, di un generale potere di disapplicazione degli atti amministrativi, di cui all'art. 5 della legge 2248/1865 all. E.

Sul punto, la giurisprudenza suole distinguere due ipotesi: quella in cui “l'atto amministrativo operi direttamente e dall'esterno sulla fattispecie criminosa, dispiegando i suoi effetti tipici sul sistema penale”⁸⁵, e quella in cui lo stesso operi “solo indirettamente nel sistema penale, dall'interno della fattispecie, quale suo presupposto o elemento costitutivo”⁸⁶.

⁷⁸ G. CHINÉ, M. FRATTINI, A. ZOPPINI, *ibidem*.

⁷⁹ G. CHINÉ, M. FRATTINI, A. ZOPPINI, *ibidem*.

⁸⁰ G. CHINÉ, M. FRATTINI, A. ZOPPINI, *ibidem*.

⁸¹ G. CHINÉ, M. FRATTINI, A. ZOPPINI, *ibidem*.

⁸² A. PAVONE LA ROSA, *Il Registro delle Imprese. Contributo alla Teoria della Pubblicità*, Milano, 1954, 549; C. IBBA *La cancellazione di ufficio*, in G. Marasca e C. Ibba *Il registro delle imprese*, Torino, 1997, 197, il quale evidenzia come l'istituto sia espressione della volontà del legislatore di apprestare tutela all'interesse generale che dal registro vengano eliminate le eventuali iscrizioni avvenute indebitamente”. A. CASANOVA voce *Registro delle imprese (diritto italiano vigente)*, in *Noviss. Digesto It.*, vol. XV, Torino, 1968, 197; V. DONATIVI, *I poteri di controllo dell'Ufficio del Registro delle Imprese*, Napoli, 1999, 64; F. FERRARA JR e F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 10^a ed. Milano 1996, 99, che distinguono l'attività svolta dall'Ufficio (che avrebbe natura amministrativa) da quella del Giudice e del Tribunale (che rientrerebbe nella volontaria giurisdizione); M. GHIDINI, *Il registro delle Imprese*, Milano, 1943; A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, 2 ed. Napoli, 1959, 115 e ss; A. JANNUZZI, *Manuale di volontaria giurisdizione*, 7^a ed., Milano, 12; L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, Milano, 1942, 296; C. SANTAGATA, *La sospensione della deliberazione nella ricostruzione dei mezzi di tutela nei casi di invalidità della fusione o irregolarità dell'iscrizione* (nota a Trib. Catania, 18.6.1994, Ciaramella ed altri) in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 1996, II, 137 e 140 sub nota n. 125 e, seppur implicitamente, A. GENOVESE, *L'invalidità dell'atto di fusione*, Torino, 1997, 171; F. TROVATO, *Note in tema di cancellazione di ufficio dal registro delle imprese*, in “*Iscrizione e cancellazione di ufficio, aspetti teorici e pratici*”, a cura della Fondazione-Istituto Guglielmo Tagliacarne, in www.cidel.tagliacarne.it, 17 e ss.

⁸³ F. TROVATO, *Note in tema di cancellazione di ufficio dal registro delle imprese*, cit.

⁸⁴ F. TROVATO, *Note in tema di cancellazione di ufficio*, cit.

⁸⁵ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, *ibidem*.

⁸⁶ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, *ibidem*.

Nel primo caso si ritiene pacificamente ammessa la disapplicazione da parte del giudice penale, “operando il provvedimento direttamente sull’intera fattispecie penale e *ab externo* alla stessa”⁸⁷. Ciò soprattutto in considerazione del fatto che “il giudice ha una cognizione diretta e in via principale dell’atto e dei suoi effetti e può dunque disapplicarlo ove ne ravvisi l’illegittimità negandogli gli effetti che gli sono propri e pronunciandosi pertanto come se non esistesse”⁸⁸.

Tipico è il caso dei provvedimenti amministrativi con funzione tipica di condizioni di procedibilità – come ad esempio le autorizzazioni a procedere del Ministro della Giustizia – i quali, qualora ritenuti illegittimi, sono stati più volte disapplicati dal giudice penale, tanto da ritenere “come non verificato l’effetto estintivo del reato o della pena”⁸⁹.

Alla stregua di tale orientamento, quindi, operando il provvedimento di cancellazione all’esterno della fattispecie criminosa, sembrerebbe pacificamente consentito al giudice penale di disapplicare quel provvedimento amministrativo di cancellazione adottato in violazione (o “abuso”) della normativa di settore.

A parere di altra dottrina, invece, il provvedimento di cancellazione della società dal registro delle imprese sarebbe ascrivibile all’amministrazione pubblica di diritto privato⁹⁰ e, di conseguenza, i provvedimenti del giudice del registro e del tribunale costituirebbero attività tipica di volontaria giurisdizione⁹¹.

Ci si chiede, pertanto, se la natura di “volontaria giurisdizione” della cancellazione può giustificare l’emergere di un potere del giudice penale di sindacare l’atto, così come già evidenziato con riferimento ai provvedimenti amministrativi.

Ad una risposta affermativa, sembrerebbe indurre il cd. “principio di autosufficienza della giurisdizione penale”⁹², enucleato nell’art. 2 c.p.p., in virtù del quale il giudice penale ha il potere di risolvere ogni questione da cui dipenda la sua decisione, salvo che una norma di legge disponga diversamente⁹³.

Si tratta di una disposizione coerente con i canoni accusatori ai quali si è voluto ispirare il codice di rito del 1988, che, al tempo stesso, attua la massima semplificazione delle forme e la ragionevole durata del processo⁹⁴, così come previsto dalla Costituzione all’art. 111.

Pertanto, nel caso in cui il provvedimento di cancellazione venga imposto per decreto dal giudice del registro, e vista la natura di volontaria giurisdizione di tale provvedimento, non sembra sussistere alcun ostacolo ad un accertamento incidentale del giudice penale sulla fondatezza del medesimo *decisum*.

Costituisce invero *ius receptum* che il giudice penale valuta finanche “gli accertamenti risultanti da sentenze civili o amministrative che decidono sulle controversie non vertenti sullo stato di famiglia o di cittadinanza [...] alla stregua di ogni altro materiale utile sul piano probatorio”⁹⁵, pur restando “inteso che il giudice penale dovrà congruamente motivare il suo contrario avviso rispetto al *decisum* del giudice civile o amministrativo”⁹⁶.

In virtù di ciò non a caso si sostiene, in tema di accertamenti sulla capacità processuale

⁸⁷ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, *ibidem*.

⁸⁸ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, *ibidem*.

⁸⁹ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, *ibidem*.

⁹⁰ E. BOCCHINI, *La pubblicità delle società commerciali. Il procedimento*, Napoli, 1971, 315 e ss.; E. BOCCHINI, *Manuale del registro delle imprese*, Padova, 1999, 159; R. CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato*, Torino, 1947, 57 e nota n. 1; G. FERRI, *Delle imprese commerciali e delle altre imprese soggette a registrazione* in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca *Libro V del Lavoro*, Bologna – Roma, 1968, 23 e ss.; G. GIANNOZZI, *Funzioni attuali del registro delle imprese*, in *Giur. It.* 1961, I, 2, 647; PUGLIATTI, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo vol. XIV Milano, 1957, 270 e 354 nota n. 47; R. MAGGIORE, *Il registro delle imprese (artt. 2188-2202)*, in *Commentario del codice civile* diretto da P. Schlesinger, 2 ed., Milano, 1996, 54; G. ZANOBINI, *sull’amministrazione pubblica di diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.* 1958, I, p. 169; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. V *Le principali manifestazioni dell’attività amministrativa*, 3° ed., Milano, 1959, p. 306.

⁹¹ V. AFFERNI, *Registro delle imprese*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico economico*, diretto da F. Galgano vol. II *L’impresa*, Padova, 1978, 198, che qualifica tale attività come appartenente alla volontaria giurisdizione.

⁹² In tal senso G. SPANGHER, *Nuovo codice di procedura penale, poteri di cognizione del giudice e questioni pregiudiziali*, in *Giur. it.*, 1991, V, 246; F. TOMMASEO, *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, in *Nuovi profili nei rapporti tra processo civile e processo penale*, Milano, 1995, 21.

⁹³ G. BACCARI, *La cognizione e la competenza del giudice*, Milano, 2011, 7 e ss.

⁹⁴ G. BACCARI, *La cognizione*, cit. 7 e ss.; G. SPANGHER, *Nuovo codice di procedura penale*, cit. 246; F. TOMMASEO, *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, cit., 21.

⁹⁵ Secondo la relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, GU, 24 ottobre 1988, n. 250, suppl. ord., n. 2, 103, sono fatti “salvi gli effetti costitutivi, modificativi, od estintivi di situazioni giuridiche, che ad essi siano ricollegati dalla legge”.

⁹⁶ Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, cit.

dell'imputato, che "l'interdizione dell'imputato non comporta l'obbligo del giudice di accertarne d'ufficio l'incapacità di partecipare coscientemente al processo e disporre la sospensione di cui all'art 70 c.p.p., in quanto l'interdizione presuppone l'incapacità di provvedere ai propri interessi ed il procedimento penale può svolgersi anche quando il soggetto, ancorché non in grado di provvedere ai propri interessi e, giudizialmente interdetto, appaia cosciente dello svolgimento del procedimento in modo da potere, con l'ausilio tecnico del difensore, essere consapevolmente protagonista del processo"⁹⁷.

Ragion per cui non sembra azzardato ipotizzare, che – nel caso di cancellazione di società dal Registro delle Imprese, ordinata dal giudice del registro, ma avvenuta con intenti meramente simulatori ed elusivi – il giudice penale deve operare un accertamento costitutivo teso ad acclarare la fondatezza, o meno, del provvedimento. Ben potendo, quindi, il giudice penale non condividere gli esiti accertati nel provvedimento e, in tal modo, superare l'efficacia probatoria dello stesso.

Analogo discorso si ritiene intervenire, altresì, nel caso in cui la cancellazione della società dal registro delle imprese venga disposta dall'Ufficio del Registro, in ossequio ad una attività amministrativa di diritto privato.

In tal caso, risulta evidente come il provvedimento di cancellazione, non rappresentando un vero e proprio provvedimento amministrativo *strictu sensu*, è acquisito (ai sensi degli artt. 234 e ss c.p.p.) alla stregua di un normale documento ed è liberamente valutabile dal giudice penale, sia in ordine alla sostanza, che alla forma.

Quasi come un certificato medico ideologicamente falso o come una fotografia o una videoregistrazione contraffatta, si potrebbe ipotizzare che in questi casi il giudice penale debba accertare se la cancellazione è stata o meno effettuata secondo i requisiti previsti dalla legge.

Insomma, il giudice penale potrebbe ritenere non rilevante la cancellazione meramente "elusiva" e, quindi, dichiararne, in via incidentale, l'inefficacia nel caso di specie⁹⁸.

Ciò è quanto avviene, ad esempio, con riferimento al reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, ove si ritiene consentito al giudice penale di accertare la natura simulata di un negozio, eventualmente posto in essere (in palese "abuso del diritto") al solo scopo di sottrarsi al pagamento delle imposte.

Stesso discorso si ritiene operare in tema di reati edilizi, laddove la costruzione venga iniziata e terminata in poca successiva al termine di decadenza previsto per il permesso di costruire⁹⁹. In tali casi, a parere della Cassazione, ai fini dell'applicazione dell'art. 44 lett. b) DPR 380/2001, non è necessario che la PA adotti un provvedimento formale di decadenza del permesso di costruire (come, al contrario, ritiene il Consiglio di Stato), in quanto il giudice penale ben può appurare autonomamente la decadenza sostanziale del permesso di costruire, limitandosi "ad effettuare un accertamento meramente ricognitivo dell'effettivo inizio della costruzione oltre i limiti previsti"¹⁰⁰.

Ferma restando la necessità di un intervento normativo in materia, potrebbe allora prospettarsi l'ammissibilità di un generale potere del giudice penale di operare un accertamento dell'atto di cancellazione della società del registro delle imprese, qualora l'esercizio del medesimo si concretizzi in una operazione occulta ed apparente, in palese "abuso del diritto".

Risulta tuttavia evidente come il tema degli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese configuri un vuoto normativo nella disciplina della responsabilità "da reato" degli enti.

L'auspicio pertanto è che, quanto prima, intervenga il legislatore al fine di mettere ordine nella materia e di scongiurare il rischio di elusione dell'intera disciplina in esame.

⁹⁷ Cassazione penale, Sez. V, 13 dicembre 2004, n. 2283.

⁹⁸ Ad una soluzione parzialmente conforme sembrano essere pervenute le recenti Sezioni Unite (Cassazione civile, Sezioni Unite, 12 marzo 2013 sentenze n. 6070, 6071, 6072) laddove hanno sostenuto la possibilità di superare "la presunzione di estinzione dell'ente cancellato dal registro delle imprese, mediante la prova di un fatto dinamico: cioè che la società abbia continuato in realtà ad operare – e dunque ad esistere – pur dopo l'avvenuta cancellazione dal registro"; in tal senso Pretura di Orvieto, 24 gennaio 1979, parti: Vignanelli e altro, in Prev. artigianato 1980, CXIX,24, secondo cui: "l'iscrizione all'albo delle imprese artigiane, prevista dall'art. 9 l. 25 luglio 1956 n. 860, è un atto amministrativo di natura certificativa-dichiarativa. Il giudice ordinario, pertanto, può apprezzare l'esistenza in concreto dei requisiti e delle caratteristiche di cui agli art. 1 e 2 legge cit., senza incontrare i limiti posti al sindacato dell'A.G.O. sugli atti amministrativi. (Nella specie – in tema di omissioni contributive – è stata esclusa la qualifica per due imprenditori, fratelli, titolari di due aziende formalmente diverse, entrambe iscritte all'albo ma operanti nello stesso settore di produzione, con apparecchiature meccaniche tra loro complementari, collocate in piani diversi dello stesso fabbricato in comproprietà e con interessamento dell'uno e dell'altro reparto ad ogni ciclo produttivo. È stato, cioè, ritenuto che le unità lavorative dell'una e dell'altra "azienda" dovessero sommarsi al fine di verificare il limite numerico di cui all'art. 2 lett. a) della legge)".

⁹⁹ In tal senso R. GALLI, *Appunti di diritto penale*, Padova, 2008, p. 217.

¹⁰⁰ R. GALLI, *ibidem*.