



“QUARANTASETTE, MORTO CHE PARLA”.
LA LEGITTIMAZIONE POSTUMA DEL LIQUIDATORE DI SOCIETÀ CANCELLATA.

ALBERTO MARCHESE

SOMMARIO: 1. La “discussa” efficacia della cancellazione delle società dal Registro delle Imprese. – 2. Capacità giuridica e legittimazione (anche processuale) delle società cancellate. – 3. Cancellazione della società e declaratoria “postuma” di fallimento: gli effetti sui rapporti giuridici pendenti. – 4. Efficacia estintiva della cancellazione. – 5. Il procedimento di cancellazione: una fattispecie a formazione progressiva. – 6. Riqualficazione, in chiave “amministrativa”, delle norme in tema di cancellazione degli enti societari: l’annullamento in autotutela di un’iscrizione (di cancellazione) “irregolare”.

1. Antecedentemente alla riforma organica del diritto delle società (d.lgs. n. 6 del 17 gennaio 2003), la cancellazione delle stesse dal Registro delle Imprese veniva disciplinata sulla base del disposto di cui all’art. 2456 c.c.; benché, in vero, tale norma si riferisse testualmente alle sole società per azioni, essa veniva infatti usualmente applicata, in via estensiva, anche ai restanti enti societari.

Riguardo alla natura dell’iscrizione di cancellazione – se essa fosse cioè semplicemente “dichiarativa” o “costitutiva” - si è a lungo discusso e dibattuto, tanto nelle aule dei tribunali quanto in quelle accademiche, e ciò a cagione del fatto che la disciplina *ante* riforma era, sul punto, alquanto sibillina.

Secondo un primo orientamento di pensiero, maggiormente accreditato in dottrina¹, alla cancellazione delle società – e segnatamente di quelle di capitali – si finiva coll’attribuire piena efficacia costitutiva, con la conseguenza che, dal momento della cancellazione – a seguito dell’approvazione del bilancio finale di liquidazione – la società doveva ritenersi estinta senza che fosse necessario attendere la consumazione dei vari rapporti giuridici ancora pendenti.

Ne discendeva, quale immediato e logico corollario, che i creditori insoddisfatti si sarebbero potuti rivalere soltanto nei confronti dei soci o dei liquidatori e per di più, nei confronti di quest’ultimi, soltanto a condizione che il mancato pagamento fosse da considerarsi “conseguenza diretta” di un comportamento loro imputabile (quantomeno) a titolo di colpa.

A sostegno di una tale ricostruzione, si rammentava come già la Relazione al Codice civile

¹ Per un’approfondita disamina dei vari orientamenti dottrinari si vedano, *ex plurimis*, STELLA RICHTER M. JR., *Sulla riforma delle società di capitali*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Di Cagno N., Bari, 2009, pp. 87 ss.; ed ancora, SPOLIDORO M. S., *Appunti sulla riforma del diritto delle società*, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, 2006, pp. 274 ss.

del 1942 avesse ritenuto «[...] indispensabile regolare la cancellazione della società dal registro delle imprese, traendo dalla pubblicità che in tal senso [veniva] data alla chiusura della liquidazione la conseguenza che, dopo di essa, i creditori insoddisfatti [potevano] far valere i loro crediti soltanto nei confronti dei soci».

In ambito giurisprudenziale prevaleva invece la tesi diametralmente opposta, e cioè che la cancellazione della società dal Registro delle Imprese avesse solo un'“efficacia dichiarativa”, conseguendo a quest'ultima, tutt'al più, una presunzione *juris tantum* di estinzione, come tale subordinata all'effettiva prova del soddisfacimento di tutte le pretese creditorie.

Una tale ipotesi fondava la sua giustificazione sul presupposto che non si potesse far dipendere l'estinzione dell'impresa collettiva dalla volontà esclusiva dei soci e dei liquidatori imponendo a quest'ultimi di ricostituire il patrimonio sociale eventualmente distribuito ai soci.

L'effetto che ne discendeva era il permanere della “capacità giuridica” e della “soggettività” in capo alle società commerciali anche dopo la cancellazione dal Registro delle Imprese con piena garanzia dei creditori che avrebbero potuto agire direttamente non solo nei confronti dei singoli soci (nei limiti, ovviamente, delle somme loro assegnate in base al riparto di liquidazione) e dei liquidatori, ma anche, e soprattutto, nei confronti della stessa società cancellata.

Nel solco di un tale convincimento la Suprema Corte, in un famoso arresto di fine anni '90, ribadiva che: «l'atto formale di cancellazione di una società commerciale (S.r.l.) dal Registro delle Imprese non ne determina l'estinzione ove non siano ancora esauriti tutti i rapporti giuridici facenti capo alla società stessa e da questa intrattenuti con i terzi» cosicché là dove, nel corso delle operazioni di liquidazione, fosse stata omessa la definizione anche di un solo (determinato) rapporto, il creditore, oltre che agire in via sussidiaria nei confronti dei soci *pro quota* ex art. 2456, secondo comma, c.c., avrebbe potuto esperire azione autonoma e diretta contro la stessa società al fine di far valere il proprio credito rimasto insoddisfatto².

Il forte contrasto interpretativo, sorto con riferimento alla natura dell'efficacia della cancellazione delle società, rendeva così indispensabile un intervento diretto del legislatore che, modificando le norme contenute nel vecchio testo dell'art. 2456 c.c., per il tramite del citato d. lgs. n. 6 del 2003, ha inteso ridisegnare i confini della disciplina, regolamentando (art. 2495 c.c.) gli effetti della cancellazione dal Registro delle Imprese, il regime della responsabilità per i debiti rimasti insoddisfatti, nonché la sorte delle cc. dd. “sopravvivenze” e delle eventuali “sopravvenienze” sia attive che passive³.

² In termini, Cass. n. 11021 del 4 ottobre 1999.

³ Nello specifico, la disciplina contenuta nel novellato art. 2495 c.c. prevede che: «approvato il bilancio finale di liquidazione, i liquidatori devono chiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese. 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 dipeso da colpa di questi. La domanda, se proposta entro un anno dalla cancellazione, può essere notificata presso l'ultima sede della società».

Sebbene scopo precipuo della riforma fosse quello di porre fine ai contrasti interpretativi sorti in materia, per alcuni anni l'incertezza sulla natura (dichiarativa o costitutiva) della cancellazione rimase tra gli interpreti.

Parte della giurisprudenza, infatti, continuava ad aderire all'orientamento *ante* riforma, secondo cui l'atto formale di cancellazione di una società dal Registro delle Imprese non determinasse *sic et simpliciter* l'estinzione della stessa, ove non si fossero esauriti tutti i rapporti giuridici e le controversie giudiziarie pendenti.

Di recente, ed al di là di alcune marginali resistenze, la giurisprudenza più attenta pare essersi uniformata al nuovo precetto normativo attribuendo alla cancellazione un'efficacia pienamente costitutiva e ritenendo avvenuta l'estinzione della società anche in presenza di crediti insoddisfatti, di giudizi pendenti o di altri rapporti ancora da definire.

Il citato orientamento, ad oggi dominante, trae origine da una serie di pronunce conformi

Il legislatore della riforma, si è, dunque, preoccupato espressamente soltanto di disciplinare la sorte dei debiti sociali rimasti insoddisfatti dopo la cancellazione della società dal registro. Il più volte citato art. 2495, secondo comma, c.c. stabilisce che i creditori possono agire nei confronti dei soci della dissolta società (di capitali) sino alla concorrenza di quanto questi ultimi abbiano riscosso in base al bilancio finale di liquidazione. È poi prevista anche la possibilità di agire per risarcimento danni nei confronti del liquidatore, là dove il mancato pagamento del debito sociale sia allo stesso imputabile a titolo di colpa. Un dato sembra non discutibile e cioè che, con l'estinzione della società derivante dalla sua volontaria cancellazione dal Registro delle Imprese, non si estinguono i debiti ancora insoddisfatti. Una diversa conclusione finirebbe col prestarsi ad abusi facilmente immaginabili, poiché consentirebbe al debitore di disporre unilateralmente di un diritto altrui. Ipotizzare, come *infra* verrà ricordato, che la volontaria estinzione dell'ente societario comporti, per ciò stesso, la cessazione della materia del contendere nei giudizi instaurati contro di esso significherebbe imporre un ingiustificato sacrificio del diritto dei creditori; che non verrebbe sanato, né tantomeno compensato, dalla possibilità di agire nei loro confronti alle condizioni indicate dall'art. 2495. Se, dunque, per non vulnerare il diritto di difesa, deve escludersi che la cancellazione dal registro, pur provocando l'estinzione dell'ente, determini al tempo stesso la scomparsa dei debiti ancora insoddisfatti, è consentito concludere che questi debiti si trasferiscano in capo agli *ex* soci quali successori dell'estinta società. Di successione è doveroso parlare, sebbene si tratti di una successione assolutamente anomala e *sui generis*, la cui *ratio* risiede proprio nell'impedire che la società debitrice possa, con un proprio comportamento unilaterale, privare il terzo creditore di un suo diritto. Un siffatto risultato, ispirato dalla citata ottica garantista, può realizzarsi pienamente solo ammettendo che i debiti non liquidati della società estinta si trasferiscano, essi stessi - al di fuori, dunque, da presunte novazioni - in capo ai soci, salvo logicamente il limite insuperabile del *vere perceptum*. Venuta meno la struttura organizzativa, un tempo fondamento della soggettività giuridica dell'ente-società, emerge, infatti, nuovamente e prepotentemente, il nucleo personalistico (*rectius*, la collettività degli *ex* soci) che, in buona sostanza, è sempre stato il substrato materiale e che - appunto - legittima la ricostruzione del fenomeno in termini successori. In altri termini la responsabilità dei soci trova giustificazione nel "carattere meramente strumentale della società", venuta meno la quale i soci si rappresentano, all'esterno, quali effettivi titolari dei debiti sociali nei limiti, s'intende, della responsabilità che essi avevano assunto *pendente societate*. In termini, da ultimo, Cass., n. 6070 del 12 marzo 2013. Sul punto si veda, *ex plurimis*, NICCOLINI G., *Gestione dell'impresa nella società in liquidazione: prime riflessioni sulla riforma*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di Scognamiglio G., Milano, 2007, pp. 177 ss.; ID., *Commento sub artt. 2492 e 2493*, in *Commentario dir. soc.*, Milano, 2011, pp. 1808 ss.

della Cassazione a Sezioni Unite, la quale ha autorevolmente enucleato i tratti salienti del nuovo regime normativo.

Le tre sentenze gemelle del 22 febbraio 2010, nn. 4060, 4061 e 4062 (cui si aggiunge, ancora di recente, la sentenza n. 6070 del 12 marzo 2013) forniscono, infatti, una disamina puntuale e precisa dell'*excursus* interpretativo formatosi nel corso degli anni e finiscono con il fissare alcuni punti fermi.

In primo luogo, l'art. 2495, secondo comma, c.c. va considerato quale precetto innovativo la cui efficacia ultrattiva è tale da incidere sulle cancellazioni societarie avvenute antecedentemente all'entrata in vigore del decreto legislativo di riforma (primo gennaio 2004).

Secondariamente, la Novella ha consentito di superare quell'orientamento secondo cui l'iscrizione della cancellazione nel Registro delle Imprese, esplicando solo un'efficacia meramente dichiarativa, non fosse in grado di determinare l'estinzione dell'ente fino alla completa definizione di tutti i rapporti giuridici pendenti⁴.

In un solo caso le Sezioni Unite, con due distinte pronunce (le nn. 8426 e 8427 del 2010) hanno consentito una sorte di "resurrezione giuridica" di società liquidate e cancellate⁵, invocando l'applicazione dell'art. 2191 c.c. per il caso in cui l'iscrizione della cancellazione fosse stata portata a termine in violazione delle norme che disciplinano il procedimento di liquidazione.

Si è pertanto evidenziato il fenomeno della c.d. "cancellazione di una cancellazione" il

⁴ Dopo le sentenze nn. 4060, 4061 e 4062, le Sezioni Unite della Cassazione hanno ravvisato nelle modifiche apportate dal legislatore al testo dell'art. 2495 c.c. una valenza spiccatamente innovativa. Ne consegue che la cancellazione di una società (di capitali) dal Registro delle Imprese, è adesso da considerarsi pienamente produttiva di quell'effetto costitutivo-estintivo destinato ad operare in coincidenza con la cancellazione, se questa abbia avuto luogo successivamente al primo gennaio 2004, data di entrata in vigore della riforma, o comunque a partire da quella data, se si tratti di cancellazione intervenuta in un momento precedente. Per ragioni di ordine sistematico la stessa regola è applicabile anche alla cancellazione volontaria delle società di persone, quantunque tali società non siano direttamente interessate dalla nuova disposizione e sia rimasta, per loro, in vigore la norma dell'art. 2312. Per completezza espositiva, merita di essere ricordato che la situazione delle società di persone si differenzia alquanto da quella delle società di capitali in ragione del fatto che l'iscrizione nel Registro delle Imprese dell'atto che di cancellazione continua ad avere valore di pubblicità meramente dichiarativa, superabile dunque con prova contraria. Una tale prova, tuttavia non potrà basarsi esclusivamente sul dato, meramente descrittivo, della pendenza di rapporti non ancora definiti ma dovrà consistere in un "*comportamento attivo*", in un fatto cioè dotato d'intrinseco dinamismo funzionale, tale da dimostrare che la società abbia continuato ad operare pur dopo l'avvenuta iscrizione della cancellazione. Per un'approfondita disamina dell'argomento, si veda MAZZÙ CLEM., *Variazioni sul tema della soggettività giuridica: l'estinzione delle società*, in *Notariato*, 4, 2010, pp. 378 ss.; ed ancora, NICCOLINI G., *Primi, incerti, orientamenti giurisprudenziali in tema di estinzione delle società di capitali*, in *Studi in onore di F. Capriglione*, vol. II, Padova, 2010, pp. 921 ss.

⁵ Cfr. l'art. 2191 c.c. in base al quale «*se un'iscrizione è avvenuta senza che esistano le condizioni richieste dalla legge, il giudice del registro, sentito l'interessato, ne ordina con decreto la cancellazione*».

quale - questo si propriamente - esplicherebbe una mera “efficacia dichiarativa” relativa, appunto, all’inesistenza dell’estinzione; cosicché, in definitiva, il secondo decreto di cancellazione della formalità iscrizionale avrebbe quale principale effetto quello di rendere pubblico il mancato esaurimento di taluni rapporti giuridici, consentendo così la prosecuzione delle attività societarie.

Una tale ricostruzione non giova però a mettere in discussione la regola generale, prova ne sia il fatto che la stessa Corte si è immediatamente premurata di riaffermare il contenuto della sua asserzione precedente, circoscrivendo gli effetti delle due pronunce citate alla sola ipotesi ivi contemplata, vale a dire quella testualmente prevista dall’art. 2191 c.c.⁶

2. Altro aspetto particolarmente rilevante per le considerazioni che, a breve, verranno svolte è quello inerente al permanere della capacità giuridica e della legittimazione processuale (attiva e passiva) in capo alla società cancellata.

Giova a tal proposito rammentare che, prima della riscrittura dell’art. 2495, secondo comma, c.c., l’orientamento prevalente era nel senso di ritenere che anche dopo la cancellazione della società dal Registro delle Imprese quest’ultima conservasse tanto la capacità giuridica quanto la legittimazione processuale (sia attiva che passiva, ovviamente).

Il mutato orientamento di pensiero, che pienamente si condivide, ha però indotto la dottrina e la giurisprudenza ad un serio ripensamento al riguardo, cosicché risulta logico e coerente far discendere dall’estinzione della società sia la perdita della sua capacità giuridica sia, *a fortiori*, della conseguente legittimazione processuale.

Pertanto, a seguito della cancellazione della società dal Registro delle Imprese, producendosi l’effetto estintivo, le azioni dei creditori sociali andranno rivolte nei confronti degli *ex* soci o dei liquidatori.

Ciò posto, in termini generali, è necessario comunque tenere distinti i casi in cui il giudizio, al momento dell’avvenuta cancellazione, non sia stato ancora instaurato dal caso in cui invece sia già pendente.

Con riferimento ai processi così detti *pro futuro*, quelli che cioè vengano intrapresi dopo l’estinzione della società, è presumibile ritenere che gli stessi abbiano termine con una pronuncia di mero “rito” quale conseguenza automatica dell’efficacia costitutiva-estintiva della cancellazione idonea a produrre altresì la perdita della “capacità di stare in giudizio quale parte attiva del processo”.

Sotto il profilo attivo, infatti, la società, essendosi estinta con la cancellazione, ha oramai perduto la legittimazione (sostanziale e) processuale, venendole così preclusa la possibilità di

⁶ V. le opportune notazioni di DI PAOLA N., *Scioglimento e liquidazione di società di capitali*, Milano, 2012, p. 76.

intraprendere nuovi giudizi. Dal lato passivo, invece, come prima ricordato, l'art. 2495, secondo comma, c.c. attribuisce ai creditori sociali il solo diritto di far valere i propri crediti nei confronti degli *ex* soci e dei liquidatori.

Dibattuta, ma non ancora approdata ad una pacifica soluzione, la sorte dei “procedimenti pendenti”, vale a dire quelli instaurati prima della cancellazione della società e che perdurano, *medio tempore*, ben oltre il momento dell'effettiva estinzione.

Sul punto sono state avanzate differenti ipotesi ricostruttive:

- a) sulla base di una prima soluzione interpretativa, l'effetto costitutivo-estintivo della cancellazione, pur in presenza di crediti insoddisfatti o comunque di rapporti pendenti, osta a che i soci siano legittimati (sia dal lato attivo che da quello passivo) a stare in giudizio quali successori dell'estinta società (poco importa se a titolo universale o particolare) con la conseguenza che, in tali casi, andrebbe immediatamente dichiarata la cessazione della materia del contendere;

- b) secondo una differente impostazione, che al pari della precedente nega la successione dei soci (a titolo particolare o universale), in caso di cancellazione della società in corso di causa, il giudice dovrebbe officiosamente dichiarare l'interruzione del processo e l'eventuale riassunzione nei confronti degli *ex* soci dovrà essere dichiarata inammissibile;

- c) una terza opzione propende invece per l'interruzione del processo a causa dell'avvenuta estinzione cui però può far seguito una riassunzione del giudizio nei confronti degli *ex* soci, qualificati alla stregua di successori a titolo universale della società estinta ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 110 c.p.c.;

- d) una quarta variante prevede sempre l'interruzione e la successiva facoltà di riassunzione, ma qualifica gli *ex* soci alla stregua di successori a titolo particolare della società estinta;

- e) infine, una quinta tesi contempla la possibilità di proseguire il giudizio in applicazione del principio di cui all'art. 111 c.p.c., nei confronti degli *ex* soci, qualificando questi ultimi quali successori a titolo particolare della società, con contestuale necessità che l'attore si adoperi al fine di chiamarli singolarmente in causa.

In un'ottica comparativa, che tenga conto delle conseguenze sospinte da ognuna delle citate opzioni ricostruttive, sembra maggiormente preferibile quella sussunta sub - d), in virtù della quale la cancellazione della società in corso di causa determina, da un lato, l'interruzione del processo e, dall'altro lato, consente all'attore la riassunzione del giudizio nei confronti degli *ex* soci, quali soggetti che hanno beneficiato anzitempo di un'indebita divisione dell'attivo sociale.

In buona sostanza, saremmo in presenza di un fenomeno successorio, a titolo particolare, in cui gli *ex* soci sono chiamati a rispondere dei debiti dell'estinta società solo ed esclusivamente nei limiti del *vere perceptum* da determinarsi sulla base delle risultanze contabili del bilancio di

liquidazione.

Una soluzione, quest'ultima, sicuramente coerente con i principi sanciti dalla Suprema Corte nelle sentenze gemelle del 2010⁷.

3. Come suole dirsi “ogni regola ha la sua eccezione” ed anche la disciplina della cancellazione delle società non sfugge al comune destino.

Già sotto l'imperio della vecchia normativa si era ritenuto di dover affrontare l'annoso dilemma circa la possibilità di una “dichiarazione postuma” di fallimento, a carico cioè di una società già cancellata dal Registro delle Imprese.

Ci si chiedeva precipuamente, nel caso di una risposta affermativa al quesito, quali fossero gli eventuali presupposti di applicabilità del limite annuale previsto dall'art. 10 l. f.

La stessa Corte costituzionale con la nota sentenza n. 319 del 2000, intervenendo sulla questione aveva statuito che i creditori insoddisfatti erano titolati a chiedere il fallimento della società in stato di decozione entro un anno dall'iscrizione di cancellazione nel Registro delle Imprese⁸.

⁷ Ad avviso della Suprema Corte, infatti, i problemi più complicati si pongono proprio allorché la cancellazione della società sopraggiunga *in medias res*, vale a dire a causa già iniziata. In una situazione di questo genere, la soluzione preferibile è quella di ritenere del tutto inammissibile tanto l'impugnazione proposta dalla società estinta (si vedano Cass. n. 9032 del 15 aprile 2010 e Cass. n. 20878 del 8 ottobre 2010), quanto quella proposta nei suoi confronti (Cass. n. 22830 del 10 novembre 2010). Deve concludersi pertanto che, nei processi in corso, anche se non sia intervenuta l'interruzione per mancata dichiarazione dell'evento interruttivo da parte del difensore, la legittimazione sostanziale e processuale, attiva e passiva, si trasferisca automaticamente, *ex art. 110 c. p. c.*, ai soci, che, per effetto della vicenda estintiva, divengono partecipi della comunione in ordine ai beni residuati dalla liquidazione o sopravvenuti alla cancellazione, e, se ritualmente evocati in giudizio, parti di questo, pur se estranei ai precedenti gradi del processo (in termini, Cass. n. 9110 del 6 giugno 2012 e Cass. n. 12796 del 30 luglio 2012).

⁸ Com'è noto, nel sistema del diritto fallimentare la dichiarazione di fallimento presuppone la qualità di imprenditore commerciale. La possibilità, prevista negli artt. 10 e 11 l.f., del fallimento dell'imprenditore commerciale che abbia cessato l'esercizio dell'impresa non risulta, a ben vedere, inconciliabile con tale presupposto, ma ne costituisce un necessario corollario, essendo volta ad evitare, che quella tutela dei creditori che la procedura fallimentare è diretta ad assicurare sia rimessa alla mera volontà di chi vi è sottoposto o, nel caso di morte dell'imprenditore, all'ineluttabile destino. L'assoggettabilità a fallimento dell'imprenditore cessato (o defunto) postula, però, in applicazione del generale principio di certezza delle situazioni giuridiche, la fissazione di un limite temporale entro cui debba seguire la dichiarazione di fallimento. Limite, nella specie, tanto più necessario considerando le conseguenze che dalla declaratoria di fallimento discendono non solo per chi ne è colpito, ma anche per i terzi che con lui siano entrati in rapporto. Può, dunque, agevolmente comprendersi il perché della scelta legislativa di fissare in un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese il termine entro il quale può essere dichiarato il fallimento dell'imprenditore cessato (o defunto). A tal proposito, l'art. 10, primo comma, l. f. dispone che «*gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo*». Si tratta di una norma

Veniva dunque dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 10 l.f. (nel testo *ante* riforma) nella parte in cui non prevedeva che il termine di un anno per la dichiarazione di fallimento della società cessata decorresse dal giorno dell'iscrizione della cancellazione nel Registro delle Imprese. Il dibattito sul punto non si era però sopito, essendosi succedute nel tempo talune pronunce di merito che, disattendendo le indicazioni della Corte, avevano richiesto quale ulteriore requisito per la declaratoria fallimentare la totale definizione di tutti i rapporti giuridici pendenti. Ancora una volta il legislatore si è visto costretto ad operare un intervento diretto (d.lgs. n 5 del 9 gennaio 2006) , ponendo mano alla revisione della legge fallimentare al fine di eliminare ogni residua incertezza interpretativa⁹.

Il nuovo testo dell'art. 10 l.f. nel prevedere che «*gli imprenditori individuali e collettivi possono essere dichiarati falliti entro un anno dalla cancellazione dal Registro delle Imprese, se l'insolvenza si è manifestata anteriormente alla medesima o entro l'anno successivo*» lascia chiaramente intendere che il termine annuale decorre a partire dalla data di cancellazione dal Registro delle Imprese, senza alcuna differenziazione tra imprese individuali o collettive e, con riferimento a queste ultime, tra società di persone o di capitali¹⁰.

4. Sulla scorta delle considerazioni svolte, è da ritenere che, con l'iscrizione della cancellazione della società nel Registro delle Imprese, vengano meno, al contempo, la

particolarmente importante, poiché senza di essa l'imprenditore commerciale insolvente potrebbe comodamente evitare gli effetti del fallimento semplicemente interrompendo la propria attività. La riforma del 2006, uniformandosi all'indirizzo della Corte costituzionale, dispone, nel novellato art. 10, primo comma, l. f. che «*tutte le imprese, individuali e collettive, possono essere dichiarate fallite entro (e, si aggiunge, non oltre) un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese (purché l'insolvenza si sia manifestata anteriormente alla cancellazione o entro l'anno successivo)*», introducendo così, per tutte le tipologie d'impresa, un termine unico entro cui il fallimento deve essere dichiarato. Il termine decorre, si è detto, dalla cancellazione dal registro delle imprese; tuttavia, il secondo comma dell'art. 10 l.f. aggiunge che «*in caso di impresa individuale o di cancellazione di ufficio degli imprenditori collettivi, è fatta salva la facoltà - per il creditore o per il pubblico ministero - di dimostrare il momento dell'effettiva cessazione dell'attività da cui decorre il termine del primo comma*». Pertanto, se la data della cancellazione non coincide con l'effettiva cessazione dell'attività d'impresa, l'anno entro cui può essere chiesto il fallimento comincia a decorrere dalla definitiva cessazione dell'attività d'impresa. Per le imprese individuali e per le società cancellate d'ufficio dal Registro delle Imprese la prova della non coincidenza tra la cancellazione dal registro delle imprese e il momento dell'effettiva cessazione dell'attività può essere fornita con ogni mezzo. Le società non iscritte nel registro delle imprese (società irregolari o società di fatto), invece, possono essere dichiarate fallite senza limiti di tempo. Si riscontri, ancora una volta, NICCOLINI G., *Gestione dell'impresa nella società in liquidazione: prime riflessioni sulla riforma*, cit., pp. 177 ss.; ID., *Commento sub artt. 2492 e 2493, cit.*, pp. 1808 ss.

⁹ La riforma della legge fallimentare è stata portata a termine con il d.lgs. n. 5 del 2006. Tale intervento riformatore si era reso particolarmente necessario dato che la legge fallimentare emanata con il R.D. n. 267 del 16 marzo 1942 non era stata mai sistematicamente riformata, sebbene avesse subito nel tempo numerosi e rilevanti interventi manipolativi da parte della giurisprudenza e, segnatamente, della Corte costituzionale.

¹⁰ Cfr. LAMANNA A., "sub art. 10", in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, Bologna, 2007, p. 258 ss.

soggettività e la capacità giuridica dell'ente così come i suoi organi, con la conseguenza che l'estinta società non potrà più compiere alcuna attività¹¹.

L'effetto estintivo è infatti così radicale da travolgere altresì gli atti successivamente posti in essere da chi (ad es., l'ex liquidatore) fino alla data dell'iscrizione *de qua* ricopriva un ruolo gestorio all'interno dell'ente; infatti, il soggetto che pretendesse di agire, dopo l'iscrizione di cancellazione, in nome e per conto della società non avrebbe alcuna legittimazione a farlo, dato che l'organo sociale si è estinto di diritto insieme con la società¹².

Né giova invocare, in un tale caso, quel superato orientamento giurisprudenziale secondo cui: «*in tema di procedimento per la dichiarazione di fallimento di una società di capitali cancellata dal registro delle imprese, la legittimazione al contraddittorio spetta al liquidatore sociale, poiché, pur implicando detta cancellazione l'estinzione della società, ai sensi dell'art. 2495 c.c. (novellato dal d.lg. n.6 del 2003), nondimeno entro il termine di un anno da tale evento è ancora possibile, ai sensi dell'art.10 l.f., che la società sia dichiarata*

¹¹ In termini la recente pronuncia del Supremo Collegio n. 6070 del 12 marzo 2013, più volte richiamata, secondo cui: «*La cancellazione volontaria dal Registro delle Imprese di una società, a partire dal momento in cui si verifica l'estinzione della società medesima, impedisce che essa possa ammissibilmente agire o essere convenuta in giudizio. Se l'estinzione della società cancellata dal registro interverga in pendenza di un giudizio del quale la società è parte, si determina un evento interruttivo del processo, disciplinato dagli artt. 299 ss. c.p.c. con possibile, successiva, eventuale prosecuzione o riassunzione del medesimo giudizio da parte o nei confronti dei soci. Ove invece l'evento estintivo non sia stato fatto constare nei modi previsti dagli articoli appena citati o si sia verificato quando il farlo constare in quei modi non sarebbe più stato possibile, l'impugnazione della sentenza pronunciata nei riguardi della società deve provenire o essere indirizzata, a pena d'inammissibilità, dai soci o nei confronti dei soci succeduti alla società estinta*». In argomento si vedano ancora: MAZZU CLEM., *Variazioni sul tema della soggettività giuridica: l'estinzione delle società, cit.*, pp. 378 ss.; NICCOLINI G., *Primi, incerti, orientamenti giurisprudenziali in tema di estinzione delle società di capitali, cit.*, pp. 921 ss.; ID., *Gestione dell'impresa nella società in liquidazione: prime riflessioni sulla riforma, cit.*, pp. 177 ss.; ID., *Commento sub artt. 2492 e 2493, cit.*, pp. 1808 ss. Inoltre, ad avviso della Suprema Corte: «*secondo quanto [testualmente] previsto dall'art. 2495, secondo comma, c.c., applicabile anche alle società cooperative, in virtù del rinvio disposto dall'art. 2519 c.c., lo scioglimento della società non ne determina l'estinzione, la quale consegue invece alla cancellazione dal registro delle imprese, ammessa a seguito dell'approvazione del bilancio finale di liquidazione. Solo con la cancellazione, infatti, viene meno la soggettività dell'ente, e con essa la sua capacità processuale, nonché la legittimazione attiva e passiva dei suoi organi, la quale, relativamente ai processi in corso, si trasferisce ai singoli soci: questi ultimi, infatti, a seguito della estinzione, divengono non solo responsabili nei confronti dei creditori sociali per i crediti rimasti insoddisfatti, nei limiti delle somme da loro riscosse nel bilancio finale di liquidazione, ma anche partecipi della comunione sui beni residuati dalla liquidazione o sopravvenuti alla cancellazione, con la conseguente configurabilità di una successione a titolo universale che dà luogo, sul piano processuale, all'applicabilità dell'art. 110 c.p.c.. Prima della cancellazione, invece, la legittimazione processuale spetta unicamente ai liquidatori ai quali l'assemblea della società abbia attribuito la rappresentanza della stessa, ai sensi dell'art.2487 c.c., verificandosi, per effetto dell'iscrizione della nomina nel registro delle imprese, la cessazione dalla carica degli amministratori ed il subingresso dei liquidatori nei relativi poteri*» così Cass., n. 17637 del 15 ottobre 2012.

¹² Sul punto cfr. Cass., n. 11968 del 13 luglio 2012, secondo cui: «*Il ricorso per Cassazione proposto dall'ex liquidatore, allorché la società [abbia] cessato di esistere, è inammissibile. Il processo, infatti, non solo non può proseguire nei confronti di una persona giuridica non più esistente ma non può proseguire neppure ad opera o nei confronti dell'ex liquidatore, così come di eventuali ex soci e/o e amministratori, atteso che le disposizioni tributarie e civilistiche non prevedono alcun subentro automatico di costoro nei rapporti col Fisco. Il ricorso in cassazione proposto dal liquidatore non vale a configurare alcuno degli effetti di cui agli artt. 110 e 111 c.p.c.*».

*fallita*¹³) in quanto, affinché possa operare una deroga di tal fatta, è necessario che l'interesse qualificante (assuntamente posto in capo all'*ex liquidatore*) sia oltre che "attuale" anche "adeguatamente provato".

Ma vi è di più: la "forza dirompente" della cancellazione è tale che la perdita della soggettività della persona giuridica viene ad essere considerata dirimente, al fine di escludere la stessa responsabilità penale della società; cosicché, ai fini dell'azione penale, l'estinzione della società comporterà il venir meno dell'illecito con la conseguente declaratoria di improcedibilità della relativa azione, al pari di quanto normalmente avviene nel caso di morte del reo nei procedimenti giudiziari a carico di persone fisiche¹⁴.

5. Chiariti quali siano gli effetti della cancellazione è doveroso, a questo punto, indagarne il procedimento e chiedersi "quando" ed "in che termini" il relativo *iter* possa dirsi pienamente concluso.

Un primo dato certo è che la conclusione della fase liquidatoria, a sua volta prodromica alla richiesta di cancellazione, sia da far coincidere con l'approvazione del bilancio finale di liquidazione. Fino a tale momento, infatti, non sarà in alcun modo possibile procedere all'iscrizione della cancellazione della società, fatta ovviamente salva la particolare ipotesi di cancellazione *ex officio* che si ha, ai sensi dell'art. 2490, sesto comma, c.c. nel caso in cui, per oltre tre anni consecutivi – durante la fase di liquidazione – la società non abbia depositato il proprio bilancio presso il Registro delle Imprese.

Percorrendo a ritroso il sentiero tracciato dal legislatore, va da sé che la presentazione del bilancio finale di liquidazione a sua volta presupponga ultimata l'intera fase di liquidazione; non a caso è previsto che: «*compiuta la liquidazione, i liquidatori "devono" redigerne il bilancio finale, indicando la parte spettante a ciascun socio o azione nella divisione dell'attivo*» (art. 2492, primo comma, c.c.).

Il bilancio, debitamente sottoscritto dai liquidatori e corredato dalle relazioni del collegio sindacale e del revisore contabile, dovrà poi essere depositato presso il Registro delle Imprese dove rimarrà, nei novanta giorni successivi, disponibile alla consultazione dei soci (e, per quanto possa occorrere, dei creditori sociali).

In tale arco temporale – la cui esatta natura e portata verranno presto indagate – ogni socio avrà la facoltà di proporre reclamo innanzi al Tribunale in libero contraddittorio con i liquidatori, mentre il giudice sarà onerato di attenderne il compimento al fine di riunire tutti i reclami eventualmente proposti così da deciderli in unico giudizio.

¹³ Cfr. Cass., n. 8455 del 28 maggio 2012.

¹⁴ Cfr. Trib. Milano, del 20 ottobre 2011.

Coerentemente il successivo art. 2493, primo comma, c.c. – dettando un’evidente regola di chiusura – dispone che: «*decorso il termine di novanta giorni senza che siano stati proposti reclami, il bilancio di liquidazione s’intende approvato, e i liquidatori [...] sono liberati di fronte ai soci*».

Dalla lettura sinottica delle citate disposizioni si evince chiaramente che l’iscrizione della cancellazione in un momento antecedente all’effettivo decorso dei novanta giorni sarebbe illegittima e, come tale, inidonea a far decorrere il termine annuale per la declaratoria postuma di fallimento¹⁵.

Un’iscrizione di cancellazione “anticipata”, infatti, produrrebbe la spiacevole conseguenza di privare i soci (ed i terzi creditori, direttamente o in via surrogatoria) del diritto all’impugnazione del bilancio, con evidente nocumento della propria situazione patrimoniale.

Ne consegue, in definitiva, che la cancellazione della società ed il correlato effetto estintivo che da essa deriva debbano considerarsi, rispettivamente, l’esemplificazione ed il risultato di una complessa fattispecie a formazione progressiva¹⁶, la quale può dirsi pienamente compiuta solo là dove vengano portati a compimento tutti i segmenti della sequenza procedimentale predeterminata dalla legge¹⁷.

A confermare l’esposta ricostruzione soccorre altresì il testo dell’art. 2492, quarto comma, c.c. il quale, come ricordato, dispone la sospensione della trattazione dei ricorsi, in vista della

¹⁵ La convenienza di una siffatta operazione sarebbe, logicamente, quella di anticipare la decorrenza del termine annuale previsto per il “fallimento postumo” così da porre al riparo la società dai rischi insiti nella sottoposizione alla procedura concorsuale.

¹⁶ La distinzione tra “fattispecie a formazione istantanea” e “fattispecie formazione successiva” è, da tempo, presente nella letteratura giuridica. Al riguardo si veda, PUGLIATTI S., *I fatti giuridici*, Messina, 1945, pp. 12 ss., secondo cui: «*la distinzione tra formazione istantanea e formazione successiva [si coglie] avendo riguardo alla rilevanza giuridica dei singoli momenti nei quali il ciclo formativo risulta costituito*»; ed ancora, FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, Milano, 1941, pp. 179 ss., secondo cui: «*preliminare ad ogni discorso sulla formazione successiva della fattispecie è la distinzione tra formazione istantanea e formazione successiva, con l’avvertenza, però, che la formazione successiva non ricorre in tutte le ipotesi in cui un atto presenti un iter formativo più o meno prolungato nel tempo*». Il tema dell’individuazione del concetto di fattispecie a formazione successiva – anche definita progressiva – si ha in BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, pp. 34 ss., dove si precisa che: «*per intendere bene la possibilità di effetti anticipati e prodromici deve tenersi presente che la fattispecie cui si ricollega la procedura giuridica può constare anziché di un fatto solo, di più elementi di fatto*» Merito dell’A. è tuttavia quello di aver per primo posto la distinzione tra i casi di fattispecie successiva – in cui gli elementi di fatto di cui consta la fattispecie sono cronologicamente distanti ma ugualmente necessari per la genesi del rapporto giuridico – ed i casi in cui gli elementi di cui consta la fattispecie non hanno valore ugualmente decisivo ma diseguale.

¹⁷ La conseguenza ineludibile è che l’imperfetto o incompleto perfezionamento anche di una soltanto delle fasi intermedie blocca lo sviluppo dell’intera fattispecie a formazione progressiva – com’è certamente qualificabile l’iscrizione della cancellazione della società liquidata – così impedendone il perfezionamento. Il corollario finale è che, ai fini della declaratoria fallimentare c.d. “postuma”, il termine annuale, previsto dalla legge, non inizia neppure a decorrere.

loro riunione, proprio fino allo spirare del termine dei novanta giorni; con ciò imponendo allo stesso organo giudicante un’“attesa forzata” senza possibilità alcuna di anticipazione.

Quanto alle conseguenze di ordine pratico, l’intima coerenza logica del sistema impone, che i soci siano chiamati a rispondere delle conseguenze economiche dei debiti sociali, nei limiti di quanto riscosso in sede di liquidazione, e che l’*ex* liquidatore risarcisca il danno (eventualmente) provocato dal suo agire colposo; il tutto senza pregiudicare, in alcun modo, l’avvenuta estinzione della società.

Se tuttavia, la sequenza procedimentale di cui si è detto, non sia stata convenientemente portata a compimento, allora, la società – non essendosi prodotto l’effetto estintivo – sarà ancora passibile di fallimento.

Ad ogni modo, l’eventuale dichiarazione postuma di fallimento della società (anche irritualmente) cancellata non comporta, di per sé, alcuna forma di responsabilità fallimentare diretta né dei soci né del liquidatore; sicché tali soggetti non avrebbero, in tale peculiare ipotesi, alcun interesse ad agire in sede di reclamo¹⁸.

Anche nel caso limite di una dichiarazione postuma di fallimento, pertanto, è da escludersi qualsiasi fenomeno di reviviscenza dei poteri (e delle funzioni) degli *ex* organi gestori; lo stesso liquidatore, infatti, se chiamato in giudizio, lo sarà esclusivamente, *jure proprio*, per rispondere di atti commissivi od omissivi comunque legati al suo precedente incarico.

L’orientamento *de quo* è stato da ultimo avallato dalla giurisprudenza della Suprema Corte la quale, con la sentenza n. 16751 del 4 luglio 2013, ha drasticamente escluso ogni forma di residua capacità in capo alla società cancellata¹⁹.

Facendo applicazione dell’esposto principio anche al caso inverso di un’azione proposta da parte di una società già estinta (a seguito di cancellazione volontaria), deve, gioco forza, concludersi nel senso di una totale inammissibilità della relativa richiesta.

Infatti, non residuano che due opposte alternative:

¹⁸ Infatti, come più volte ribadito, se i soci hanno riscosso indebitamente determinate somme (in sede di riparto dell’attivo di liquidazione) essi ne dovranno rispondere, a titolo personale, nei limiti segnati dall’art. 2495, secondo comma, c.c. e ciò, ovviamente, a prescindere da un’eventuale dichiarazione postuma di fallimento. Specularmente, il liquidatore che abbia colposamente omesso il pagamento di determinate somme sarà comunque tenuto al pagamento delle stesse, quale che sia la condizione attuale della società e, dunque, indipendentemente dal fatto che quest’ultima sia stata (o meno) dichiarata fallita.

¹⁹ Così, testualmente: «[nel caso di specie] si è verificata una situazione ancor più radicale, attinente alla sussistenza della stessa figura del creditore sul piano soggettivo, atteso che, a seguito della cancellazione dal registro delle imprese [...] la società [...] si è estinta, così rimanendo priva della capacità di agire [...] e quindi dell’idoneità soggettiva alla presentazione del ricorso per fallimento del debitore [...] da ciò consegue che il ricorso per fallimento presentato dalla società estinta è stato in radice inidoneo a far iniziare il procedimento prefallimentare, e quindi a pervenire alla pronuncia di fallimento, dovendosi ritenere precluso l’avvio del procedimento della carenza ab origine della legittimazione processuale e sostanziale dell’istante»

- a) o la fattispecie estintiva si è convenientemente perfezionata – a seguito dell’iscrizione di cancellazione nel Registro delle Imprese – e, dunque, l’*ex liquidatore* non avrebbe più alcuna legittimazione né sostanziale né processuale (in quanto non potrebbe rappresentare un ente oramai inesistente);

- b) oppure, la fattispecie a formazione progressiva non si è perfezionata – per un vizio attinente alla fase di liquidazione o alla procedura di cancellazione – ed allora la società (ancora esistente) rimarrebbe comunque passibile di fallimento

Le considerazioni *de quibus* risultano così avallate da ragioni di ordine logico prima ancora che sistematico.

Nell’intero panorama del diritto societario, infatti, tutte le disposizioni che impongono l’attesa di termini ben precisi (ordinatori o dilatori che siano) risultano normalmente inderogabili come testimoniano eloquentemente le numerose previsioni dettate in tema di trasformazione, fusione e scissione di società e, per quanto in questa sede maggiormente rileva, per il caso di liquidazione ed estinzione.

Rare e circoscritte eccezioni alla regola dell’inderogabilità sono le ipotesi in cui la mancata attesa del termine legale viene ad essere surrogata dal consenso espresso e totalitario dei soggetti a vario titolo interessati, com’è a dirsi, ad esempio, nel caso di trasformazione eterogenea dove il consenso espresso di tutti i creditori sociali permette di anticipare l’efficacia della delibera disattendendo il termine (di sessanta giorni) appositamente previsto (art. 2500 *novies* c.c.).

La conseguenza del mancato rispetto del termine legale – concretizzando la violazione di una norma sul procedimento – sarà, a ben vedere, non già la nullità bensì la totale inefficacia dell’intero *iter* procedimentale, come può evincersi, tra l’altro, dalla simultanea lettura di alcune disposizioni codicistiche quali, a mero titolo esemplificativo, l’art.2436, terzo comma c.c. o, ancora, l’art. 2445, terzo comma, c.c. in combinato disposto con la citata previsione dell’art. 2500 *novies* c.c.

L’inefficacia da cui risulterebbe affetto il procedimento non potrebbe poi in alcun modo essere sanata se non da una nuova iscrizione di cancellazione rispettosa del termine di legge; a nulla varrebbe, dunque, sostenere una presunta “efficacia sanante” dell’iscrizione anticipata, che non è prevista *per tabulas*, e che in nessun caso gioverebbe in un’ipotesi – qual è quella prospettata – dove, invece, è proprio l’illegittimità dell’anticipazione il motivo determinante l’irregolare svolgimento della sequenza procedimentale²⁰.

²⁰ L’iscrizione *de qua* potrà essere effettuata, infatti, solo dopo che il giudice abbia compiutamente verificato, *ex art. 2189*, secondo comma, c.c. «*il concorso delle condizioni richieste dalla legge per l’iscrizione*»: un onere, quest’ultimo, assolutamente inderogabile e non surrogabile, dal momento che l’iscrizione nel Registro delle Imprese – quale atto di volontaria giurisdizione – non risulta coperta da giudicato. Circa la non idoneità delle decisioni in tema di Registro delle Imprese a determinare gli effetti preclusivi tipici del giudicato, v. Cass., n.26363 del 7 dicembre 2011

Nel caso inverso, invece, i liquidatori potranno rendersi responsabili – in connessione con gli adempimenti richiesti dall’art. 2495, primo comma, c.c. – sia nel senso di omettere tanto in quello di ritardare eccessivamente la richiesta di cancellazione.

A tal proposito, è doveroso ribadire che la presentazione della domanda di cancellazione della società dal Registro delle Imprese costituisce un dovere dei liquidatori e non una semplice facoltà.

L’omissione da parte dei liquidatori della richiesta di cancellazione dal Registro delle Imprese potrà, pertanto, sia comportare l’applicazione di una sanzione amministrativa (ai sensi dell’art. 2630, primo comma, c.c.) sia rilevare, autonomamente, sotto il distinto profilo della responsabilità civile.

Tuttavia, è più frequente nella prassi non tanto che i liquidatori omettano “del tutto” quanto piuttosto che ritardino nel chiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese.

Il verificarsi di una tale circostanza, specularmente a quella sopra analizzata, è agevolata dal fatto che l’art. 2495, primo comma, c.c. è vago sul punto, non disciplinando espressamente la durata del termine entro il quale i liquidatori devono chiedere la cancellazione. L’assenza di una specifica previsione normativa non esime, tuttavia, l’interprete dal cimentarsi in un tentativo di ricostruzione, in via interpretativa, del lasso di tempo entro cui i liquidatori devono chiedere la cancellazione della società.

La struttura aperta della disposizione consente d’ipotizzare quantomeno due distinte soluzioni: la prima, e più rigorosa, vorrebbe che i liquidatori procedessero all’iscrizione della cancellazione “senza indugio” e quindi allo spirare del termine di novanta giorni, più volte richiamato; la seconda, imporrebbe, invece, ai liquidatori di provvedere all’iscrizione entro un “termine ragionevole”, intendendo con tale locuzione quel tempo occorrente per predisporre, con la dovuta diligenza, la domanda di cancellazione. Trattandosi di un adempimento formale, tale ultimo termine non potrà comunque essere eccessivamente lungo.

In assenza di qualsiasi riferimento numerico nel testo della legge, potrebbe ad esempio ritenersi appropriato un termine non superiore a venti giorni, dal momento che questo è l’arco

secondo cui: «Il ricorso è inammissibile, perché il decreto della Corte d’Appello sul reclamo avverso il decreto del Tribunale in tema d’iscrizione nel Registro delle Imprese di deliberazione societaria modificativa dell’atto costitutivo non è soggetto a ricorso per cassazione ai sensi dell’art. 111 Cost., trattandosi di atto non decisivo, vale a dire inidoneo ad incidere su diritti soggettivi con l’efficacia propria del giudicato e risolvendosi in un mero atto di gestione di un pubblico registro a tutela di interessi generalis». Inoltre, la natura “sostanzialmente amministrativa” e non giurisdizionale della cancellazione dal Registro delle Imprese non solo è idonea ad impedire la formazione del giudicato, ma legittima altresì il ricorso ad ulteriori rimedi, tipici del diritto pubblico, quali l’annullamento in autotutela o la disapplicazione “incidentale” di un’iscrizione irregolare. Sul punto, vedi meglio *infra* il successivo par. n. 6.

temporale previsto dalla legge per il deposito dell'atto costitutivo presso l'ufficio del Registro delle Imprese (art. 2330, primo comma, c.c.).

A ben vedere, infatti, la richiesta di cancellazione costituisce un adempimento assai simile rispetto alla prima iscrizione se si ha riguardo, adesso, al diverso momento conclusivo della vita della società.

Potrebbe dunque sostenersi la responsabilità civile del liquidatore che, approvato il bilancio finale di liquidazione, non chieda entro un termine ragionevole la cancellazione della società.

Nel caso estremo in cui i liquidatori rimangano comunque inerti è, dunque, lecito immaginare che alla richiesta di cancellazione possano provvedere altri soggetti che vi abbiano interesse.

Una tale soluzione trae origine dalla considerazione che, in base al disposto del citato art. 2490, sesto comma, c.c., la cancellazione è comunque possibile in via officiosa qualora per oltre tre anni consecutivi – durante la procedura di liquidazione – non sia stato depositato il bilancio sociale.

Emerge dunque, un vero e proprio “interesse ordinamentale alla cancellazione” delle società inattive, in vista della generale certezza dei rapporti giuridici.

Da ciò può trarsi la regola secondo la quale anche soggetti diversi dai liquidatori siano legittimati, in caso di inerzia di questi ultimi, a chiedere la cancellazione della società.

Fra i soggetti cui dovrebbe essere consentito di agire in via surrogatoria vi sarebbero innanzitutto i soci – quali portatori (attivi) di un interesse (diretto) alla totale definizione di tutti i rapporti giuridici che li riguardano –; e, secondariamente, i sindaci, là dove, logicamente, la società da cancellare sia dotata di un collegio sindacale.

Tuttavia, tanto nell'uno quanto nell'altro caso sopra richiamati, è da escludere che si possa discorrere in termini di un vero e proprio “*obbligo di chiedere la cancellazione*”, restando una tale richiesta – per i soci così come per i sindaci – pur sempre una mera facoltà.

6. Anche con riferimento all'iscrizione della cancellazione di una società, si ripropone, immutata ed attuale, la questione dell'individuazione delle condizioni la cui carenza il Giudice del Registro è chiamato a verificare al fine di stabilire se procedere (o meno) in via officiosa alla cancellazione di un atto o fatto precedentemente iscritto nel citato Registro delle Imprese²¹.

²¹ Per un'approfondita disamina delle varie problematiche connesse, vedi BOCCHINI E., *La pubblicità delle società commerciali*, Napoli, 1978, pp. 101 ss.; ID., voce “*Registro delle Imprese*”, in Enc. dir., vol. XXXVII, Milano, 1988, pp. 524 ss.; ID., *Il registro delle imprese nella Knowledge society*, in *Giur. comm.*, 1994, I, pp. 137 ss.; RAGUSA MAGGIORE G., *Il registro delle imprese*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1998, pp. 100 ss.; DONATIVI V., *I poteri di controllo dell'ufficio del registro delle imprese*, in *Giur. comm.*, 1995, II, pp. 231 ss.; TASSINARI F., *L'iscrizione nel registro delle imprese degli atti ad efficacia sospesa o differita*, in *Riv. not.*, 1996, I, pp. 83 ss.

La soluzione ad un tale quesito permetterà poi di sciogliere l'ulteriore nodo problematico relativo alla possibilità di concepire un provvedimento di "annullamento (in autotutela)" dell'iscrizione "irregolare", così come, eventualmente, una sua "disapplicazione in via incidentale".

Il problema, di non poco momento, trae origine dall'ambigua formulazione dell'art. 2191 c.c., il quale, come ricordato, subordina espressamente qualunque iscrizione all'interno del Registro alla positiva verifica dell'esistenza delle «condizioni richieste dalla legge». Confrontando la citata disposizione con quella dell'art. 2189, secondo comma, c.c. (secondo cui: «Prima di procedere all'iscrizione, l'ufficio del registro deve accertare l'autenticità della sottoscrizione e il concorso delle condizioni richieste dalla legge per l'iscrizione») sembrerebbe, infatti, emergere tra le due una sorta di "simmetrico parallelismo" che, tuttavia, non può essere più riconfermato allorché ci si sposti dal piano dell'analisi normativa astratta a quello delle singole fattispecie concrete.

È, dunque, opportuno verificare, di volta in volta, quali siano tra le "condizioni per l'iscrizione" quelle valevoli anche "per la cancellazione", individuando così la reale portata della regola sopra enunciata.

In buona sostanza, le condizioni che legittimano una procedura di cancellazione *ex officio*, si atteggiano diversamente a seconda di quale sia il "contenuto" dell'iscrizione da cancellare, le modalità di svolgimento del relativo procedimento nonché il soggetto che vi abbia inizialmente provveduto.

In merito, corre l'obbligo di precisare, fin d'ora, che la cancellazione di cui qui si discorre (quella attinente cioè alla "soppressione di un'iscrizione irregolare") è cosa profondamente diversa, sotto il profilo sostanziale così come funzionale, da quella, più volte menzionata, di cui agli artt. 2312 e 2495 c.c., posto che la prima altro non è che la mera «*espunzione dal registro di un'abnorme irregolarità*²²» mentre la seconda, quale simmetrico *contrarius actus*, produce la caducazione dal Registro delle Imprese di un'iscrizione, *ab origine*, perfettamente regolare a seguito del verificarsi di una causa modificativa o estintiva.

La differenza si coglie nitidamente guardando al relativo procedimento. Infatti, solo nel caso d'iscrizione "irregolare" potrà trovare applicazione la procedura prevista *ex art.* 2191 c.c., mentre in tutti gli altri casi la cancellazione – o meglio l'iscrizione del fatto modificativo o estintivo – dovrà essere opportunamente eseguita, con le formalità di cui all'art. 2189 c.c., su "domanda del soggetto interessato".

Perché si possa parlare d'iscrizione "irregolare" ovvero "ingiustificata" è necessario, innanzitutto, che questa sia stata effettuata senza che ve ne fossero le condizioni legali.

²² Di «[...] *radiazione dal Registro delle Imprese*» scriveva, quasi sessant'anni fa, PAVONE LA ROSA A., *Il Registro delle Imprese. Contributo alla Teoria della pubblicità*, Milano, 1954, pp. 97 ss.

Si ritiene, dunque, che il riferimento contenuto nell'art. 2191 c.c. valga a richiamare (tutte) quelle condizioni in mancanza delle quali può essere rifiutata d'ufficio l'iscrizione nel Registro delle Imprese.

L'esposta tesi, che qui si condivide, ritiene, pertanto, che al Giudice del Registro competano tutte quelle facoltà e spettino gli stessi identici poteri (segnatamente "ispettivi" e "sanzionatori") propri del Conservatore nell'esercizio delle prerogative a lui affidate dalla legge. Pertanto, il Giudice del Registro, *ex art.* 2189, secondo comma, c.c., potrà provvedere alla cancellazione di qualsiasi iscrizione priva di taluno dei requisiti che l'ufficio del Registro delle Imprese era tenuto a verificare in sede di ammissibilità dell'iscrizione²³.

Onde evitare, tuttavia, che il Giudice del Registro, in un eccesso di zelo, imponga la cancellazione di talune iscrizioni tassativamente prescritte dalla legge, sol perché, ad esempio, al momento della richiesta non erano stati allegati taluni documenti, è opportuno limitare, in sede interpretativa, il potere di emenda a quei soli vizi procedurali che, incidendo irrimediabilmente sul procedimento di registrazione, non siano sanabili da una successiva (e doverosa) attività d'integrazione²⁴.

Una volta che l'iscrizione sia stata eseguita compete, infatti, al Giudice del Registro la valutazione circa l'essenzialità (o meno) del vizio procedimentale riscontrato, e sempre al medesimo giudice spetta, infine, la scelta di adottare il relativo provvedimento di cancellazione; da ciò il fondamentale compito a lui affidato di provvedere scrupolosamente alla verifica della corrispondenza di ogni singolo atto o fatto a quelli espressamente contemplati dalla legge senza, tuttavia, trascendere mai dal piano del controllo formale a quello del controllo sostanziale (restando, in ogni caso, preclusa la strada per un'indagine legata al merito o alla convenienza dell'iscrizione).

Dalle brevi considerazioni svolte, emerge chiaramente come il sistema delineato dal legislatore sia primariamente orientato alla produzione di un risultato "certo", "ripetibile" e,

²³ Rientrebbero tra le cause legittimanti la cancellazione *ex officio*: l'incompetenza dell'ufficio a ricevere la domanda; la mancanza di un idoneo atto d'impulso; il difetto di legittimazione di chi propone l'istanza; la non autenticità di taluna delle sottoscrizioni previste dalla legge; l'inesistenza materiale o documentale degli atti o fatti posti a fondamento della richiesta così come, infine, l'irregolare perfezionamento della fattispecie procedimentale a seguito del mancato rispetto dei termini di legge o di qualunque altra condizione tassativamente imposta.

²⁴ È questo il caso, *supra* più volte richiamato, del mancato rispetto della sequenza procedimentale predeterminata dalla legge che osta al perfezionamento dell'intera fattispecie iscrizionale. Come ricordato, l'inosservanza del termine di novanta giorni (art. 2492, terzo comma, c.c.) che deve intercorrere tra il deposito del bilancio finale di liquidazione e la richiesta di cancellazione – utile ai soci al fine di proporre reclamo – inficia irrimediabilmente la successiva ("anticipata") iscrizione di cancellazione, cosicché non potrà prodursi, a favore della società in questione, l'effetto estintivo che da tale adempimento normalmente scaturisce.

soprattutto, “verificabile” al fine di garantire quell’interesse “diffuso” alla conoscibilità di certi fatti o rapporti²⁵.

Se questa è la *ratio* dell’art. 2191 c.c., s’impone dunque una lettura, *latu sensu*, “restrittiva” dello stesso art. 2189, secondo comma, c.c. in base alla quale la cancellazione d’una qualunque iscrizione, se disposta d’ufficio, deve sempre risultare funzionale alla tutela dell’interesse alla “correttezza ed adeguatezza delle risultanze documentali”, ponendo rimedio a quelle iscrizioni irregolari che possano generare confusione nei soggetti (*terzi*) a vario titolo coinvolti nelle relative procedure.

Argomentando *a contrario*, se ne trae la regola che nessuna necessità di procedere alla cancellazione vi sia nel caso in cui l’iscrizione, sebbene irregolare – per carenza, ad esempio, di un presupposto marginale che ne vizi l’iscrivibilità – sia del tutto conforme all’oggettiva realtà dei fatti.

A confermare una tale ricostruzione soccorre, da ultimo, l’indagine circa la natura del decreto di cancellazione *ex art.* 2191 c.c.

Sul punto, si riscontrano, tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza, vistose divergenze interpretative.

Fortemente discussa è la collocazione, nell’ambito della così detta *volontaria giurisdizione*, di tutta la complessa attività demandata agli organi formalmente giurisdizionali cui compete il controllo sull’operato del Registro delle Imprese. In verità, tuttavia, la classificazione *de qua* è quella maggiormente rispondente alla realtà materiale dei fatti oggetto d’indagine.

Volendo tentare di individuare la natura ed i caratteri fondamentali della materia in esame, infatti, va innanzitutto rilevato che, nel contesto della attività giurisdizionale al quale, come si vedrà, almeno formalmente appartiene, la caratteristica peculiare della volontaria giurisdizione risulta essere costituita dalla *normale assenza di contestazione* tra le parti interessate (*jurisdictio inter volentes*): o perché la parte interessata è una soltanto o perché il giudizio si svolge sulla base di un accordo tra i diversi interessati.

Essa configura quindi un rapporto giuridico processuale imperfetto in cui, non potendosi identificare un attore e un convenuto, viene meno la trilateralità del rapporto stesso; ciò contrappone nettamente la giurisdizione volontaria alla giurisdizione c.d. contenziosa in cui, al contrario, tale trilateralità è la regola.

Non è dunque casuale che la teoria classica definisca la volontaria giurisdizione come attività di *amministrazione pubblica del diritto privato esercitata da organi giurisdizionali*.

Tale attività ha una funzione diversa da quella della tutela giurisdizionale propriamente intesa, che la rende più prossima alla attività amministrativa.

²⁵ Si spiega in questi termini la regola che prevede, in caso d’inerzia del soggetto interessato, che l’iscrizione possa comunque essere disposta in via officiosa *ex art.* 2190 c.c.

Mentre l'attività giurisdizionale ha infatti lo scopo di dichiarare ed attuare rapporti giuridici già esistenti, la giurisdizione volontaria ha costantemente lo scopo di completare e di svolgere rapporti giuridici imperfetti o di costituire rapporti giuridici nuovi.

Con l'esercizio di tale attività *non si tende all'attuazione di un diritto, ma all'integrazione o alla realizzazione della (o alla rimozione di uno ostacolo alla) fattispecie costitutiva di uno stato personale o familiare* (è il caso ad esempio della separazione consensuale dei coniugi, che deve essere omologata dal tribunale ai termini dell'art. 711, comma 4, c.p.c.), *o di un determinato potere* (è il caso dell'autorizzazione proveniente dal giudice tutelare, richiesta ai termini dell'art. 320, comma 3 c.c. per l'alienazione di beni appartenenti al minore), *o della vicenda costitutiva, modificativa od estintiva di una persona giuridica o di altre simili situazioni*; d'altra parte, a differenza dell'attività amministrativa, la giurisdizione volontaria non tutela interessi immediati delle Amministrazioni pubbliche, ma interessi facenti capo a privati, che solo mediatamente interessano lo Stato e le altre Amministrazioni.

Si tratta di un'attività di tipo costitutivo, in quanto diretta alla realizzazione di modificazioni giuridiche, che si distingue però dalla giurisdizione di cognizione costitutiva (necessaria).

Mentre quest'ultima mira, infatti, ad attuare diritti alla modificazione giuridica (effetto costitutivo indiretto), la giurisdizione volontaria semplicemente attua tale modificazione (*effetto costitutivo diretto*) e ad essa o non corrispondono diritti, bensì situazioni giuridiche di minor livello quali generiche aspettative - strutturalmente più prossime agli interessi legittimi o agli interessi semplici - o viceversa, quando cioè alla modificazione giuridica corrisponde un diritto, l'esercizio della attività avviene al di fuori di ogni contrasto su di esso²⁶.

Appare, tuttavia, arduo contestare che – essendo spiccatamente pubblica la finalità che con il provvedimento di cancellazione s'intende perseguire – a quest'ultimo possa essere ascritta natura diversa da quella “sostanzialmente amministrativa”, sebbene l'atto *de quo* resti, pur sempre, “formalmente giurisdizionale”.

In particolare, tra tutti i provvedimenti amministrativi, quello che disponga la cancellazione di un'iscrizione irregolare sembra classificabile, a seconda delle differenti impostazioni, nel novero degli “atti di controllo ad efficacia sanzionatoria” ovvero “degli atti di mero ritiro”.

Sembra preferibile l'adesione alla seconda opzione ricostruttiva in quanto, a ben vedere, scopo del decreto di cancellazione è quello di operare in sede di autotutela così detta

²⁶ Sul punto, con particolare riferimento alle problematiche legate alla “tenuta” del Registro delle Imprese, v. BOCCHINI E., *Il registro delle imprese nella Knowledge society*, cit., pp. 137 ss.

“spontanea”²⁷ al fine di eliminare, dal mondo del diritto, un atto affetto da illegittimità originaria.

L’avallo di una tale ricostruzione comporta, quale immediato corollario, che per poter procedere all’annullamento officioso, in sede di cancellazione, sia necessaria la contestuale compresenza di due imprescindibili condizioni:

- a) che il vizio *de quo* sia, come detto, “originario”, vale a dire legato al momento genetico della formalità iscrivibile;
- b) che vi sia un “concreto” ed “attuale” interesse pubblico alla cancellazione, diverso dall’interesse, sempre presente, del mero ripristino della legalità violata.

Spetterà, in ultima analisi, al Giudice del Registro²⁸ valutare la sussistenza delle citate condizioni al fine di stabilire se la cancellazione (*rectius*, il “ritiro in autotutela”) del provvedimento viziato sia confacente all’interesse pubblico o se, invece, debba prevalere, nel singolo caso concreto, l’interesse (particolare) che l’iscrizione irregolare possa comunque aver soddisfatto.

Applicando le superiori coordinate al tema, qui esaminato, dell’iscrizione di cancellazione di una società ne discende, anche con riferimento ad essa, la possibilità di addivenire ad un suo “annullamento” d’ufficio ogni qual volta si riscontri, all’interno della relativa sequenza procedimentale, un’irregolarità tale da inficiare irrimediabilmente il corretto perfezionamento dell’intera fattispecie.

Conseguenza diretta di un tale provvedimento sarà, logicamente, il mancato prodursi dell’effetto estintivo legato alla cancellazione; da qui, il permanere della responsabilità in capo agli organi gestori così come la futura assoggettabilità dell’ente a procedure concorsuali.

²⁷ La fortunata espressione è di BENVENUTI F., voce “Autotutela (*dir. amm.*)”, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 539 ss.

²⁸ Devolvere al Giudice del Registro un generale potere di azione in autotutela significa riconoscere allo stesso una collocazione spiccatamente “amministrativa” attribuendogli la potestà di “assicurare la validità dell’azione amministrativa quantomeno sotto il profilo della legittimità formale e sostanziale” così, quasi testualmente, BENVENUTI F., voce “Autotutela (*dir. amm.*)”, *cit.*, pp. 539 ss. Inoltre, perché si possa correttamente parlare di ritiro in autotutela, è necessario individuare, alla base del relativo meccanismo funzionale, un “rapporto di competenza” o di “gerarchia” cosicché l’annullamento officioso spetti, come di consueto, o allo stesso organo che ha emanato il provvedimento di primo grado ovvero all’organo immediatamente sovraordinato. Nel caso di specie sembra riscontrabile una “sovrapposizione”, all’interno della funzione esercitata, tra Giudice del Registro ed Ufficio del Registro tale da qualificare il primo come organo sovraordinato rispetto al secondo in forza dei poteri di vigilanza allo stesso *ex lege* riconosciuti. Sul punto, *ex plurimis*, VIRGA G., *Diritto Amministrativo*, vol. II (Atti e Ricorsi), Milano, 2007, pp. 231 ss.; Sandulli A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 2005, pp. 128 ss.; GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1995, pp. 275 ss. e 582 ss.; ed ancora, CORAGGIO G., voce “Autotutela I) *Diritto Amministrativo*”, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1998, pp. 2 ss.

L'esistenza di un vizio genetico di rilevante gravità, oltre che legittimare, come detto, un provvedimento di ritiro in autotutela, consentirà, sulla scorta dell'insegnamento tradizionale, di ritenere l'iscrizione irregolare passibile di "disapplicazione in via incidentale" ogni qual volta il giudice ordinario sia chiamato a conoscere della stessa al fine di risolvere una diversa problematica sottoposta alla sua cognizione.

L'utilizzabilità dell'istituto della disapplicazione, così come prospettato, induce ad alcune considerazioni di carattere sistematico.

In primo luogo, l'accertamento (così come la successiva pronuncia ad opera) del giudice ordinario sull'atto amministrativo, in vista della sua disapplicazione, viene normalmente effettuato in via incidentale e non principale, rilevando il provvedimento solo indirettamente per la controversia e comportando perciò la disapplicazione ed inefficacia dello stesso esclusivamente nei limiti del caso concreto.

Facendo uso del potere di disapplicazione il giudice, infatti, non annulla l'atto facendone cessare gli effetti *erga omnes* e definitivamente (come avviene, invece, nell'ipotesi di annullamento officioso), bensì si limita a considerarlo *tamquam non esset* limitatamente al giudizio pendente.

Sotto questo profilo, può distinguersi, poi, una pronuncia (incidentale) "costitutiva dell'inefficacia dell'atto amministrativo" da una pronuncia (parimenti incidentale ma) "meramente dichiarativa" con la quale il giudice ordinario disciplina la sorte di quegli atti privati che, in quanto affetti da illegittimità originaria, meritano di perdere efficacia non soltanto per il caso concreto e limitatamente al giudizio in corso ma per sempre e senza limitazione alcuna.

Benché la disapplicazione sia inequivocabilmente un istituto di natura meramente processuale l'atto disapplicato, pur restando pienamente efficace ad altri fini, non potrà in nessun caso considerarsi immune dagli effetti di una successiva procedura di annullamento d'ufficio (c.d. autotutela limitativa) che anzi, talvolta, si riterrà doverosa proprio al fine di limitare la responsabilità (quantomeno patrimoniale) della Pubblica Amministrazione coinvolta.

Non è superfluo ribadire che la disapplicazione di cui si discorre inerisce sempre e comunque ad atti amministrativi che rilevano per la controversia *incidenter tantum* e mai nel caso inverso in cui siano direttamente produttivi del rapporto giuridico oggetto di contestazione.

In tal caso, infatti, la controversia non rientrerebbe nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario stante la circostanza (assolutamente dirimente) che, alla base del rapporto vi sarebbe l'esercizio di una potestà autoritativa irrelata la cui sindacabilità va rimessa alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo.

Le considerazioni svolte giustificano, ancor più, l'assunto poco sopra richiamato e cioè che la natura sostanzialmente amministrativa del provvedimento di cancellazione di un'iscrizione dal Registro delle Imprese, legittimi il giudice ordinario a valutarne l'intrinseca legittimità ogni qual volta venga sottoposta alla sua cognizione una questione il cui esito dipenda in via pregiudiziale dalla presupposta validità del procedimento iscrizionale.

In una siffatta circostanza il giudice ordinario dovrà dunque previamente accertare l'illegittimità della procedura d'iscrizione, avendo essenzialmente riguardo alle tradizionali categorie di vizi amministrativi, vale a dire la violazione di legge, l'incompetenza e l'eccesso di potere²⁹.

Ovviamente, così come per il giudice amministrativo – e salvo che non si ricada in una delle particolari ipotesi di giurisdizione estesa al merito – anche per il giudice ordinario varrà il divieto di sindacare la legittimità dell'atto amministrativo al fine di disapplicarlo sotto il profilo del merito amministrativo, dovendo limitare la sua indagine alla ricorrenza (o meno) della sintomatica figura dell'eccesso di potere.

Sotto il profilo spiccatamente processuale va evidenziato che nel giudizio ordinario sulla declarabilità incidentale d'illegittimità è stata oramai abbondantemente superata quella risalente concezione che, facendo leva sul principio di doverosità dell'atto amministrativo, riteneva quest'ultimo conforme a legge fino a prova contraria, reputando che fosse onere della parte interessata allegarne e provarne l'illegittimità, con l'ovvia conseguenza dell'irrelevabilità d'ufficio della relativa questione.

Diversamente, adesso, l'orientamento prevalente è nel senso che, alla luce degli assetti delineati dalla Carta costituzionale, il principio in parola non possa più essere accolto e che, dunque, con riferimento specifico al problema dell'onere della prova, debbano applicarsi le norme e i criteri propri del giudizio ordinario che contemplano appieno la possibilità di un rilievo officioso dell'illegittimità dell'atto presupposto ritenuto pregiudiziale.

Per quanto detto, dunque, la piena conformità alle regole legali di una qualsiasi procedura d'iscrizione all'interno del Registro delle Imprese, si qualifica tecnicamente in termini di vera e propria questione pregiudiziale, com'è testimoniato eloquentemente da alcune recenti vicende giudiziarie fra le quali si annovera quella, più volte ricordata, relativa alla dichiarabilità del fallimento a carico di una società irrualmente cancellata.

Quando si discorre di pregiudizialità deve precisarsi, tuttavia, che con tale locuzione ci si intende riferire esclusivamente a quelle questioni la cui soluzione condiziona necessariamente l'esito di altre (c.d. questioni pregiudicate) e dove, pertanto, ci si muove innanzi tutto all'interno di un orizzonte logico, prima ancora che giuridico, il cui limite è segnato proprio dal riferimento

²⁹ Sul punto mette conto precisare che, mentre per le prime due categorie patologiche dell'atto non si sono mai riscontrati problemi particolari al fine di ammetterne la rilevanza da parte del giudice ordinario in sede di disapplicazione, per quanto concerne invece l'eccesso di potere – nel caso in cui l'atto, sebbene conforme alla norma di azione ed emanato dall'organo competente, risulti comunque espressione di un potere malamente esercitato siccome divergente dai fini istituzionali presupposti – solo di recente la giurisprudenza è giunta ad ammetterne la sindacabilità, così equiparando del tutto, in questa peculiare circostanza, l'accertamento del giudice ordinario a quello del giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione propria di legittimità. Per una disamina particolarmente approfondita sull'argomento v. CARINGELLA F., *Diritto Amministrativo*, Roma, 2012, pp. 280 ss. e 845 ss.

a quelle problematiche che il giudice deve *poter risolvere* prima ancora di *poter decidere* sull'oggetto della controversia sottoposta a cognizione³⁰.

Giunti a questo punto, non è possibile rinviare ulteriormente l'analisi delle differenze che intercorrono tra il mero accertamento incidentale e l'accertamento incidentale di legittimità.

L'esatta qualificazione di quest'ultimo si deduce, infatti, dall'art. 34 c.p.c., ove è prevista l'ipotesi in cui il giudice debba spogliarsi della causa di cui è stato investito, qualora, «*per legge o per esplicita domanda di una delle parti sia necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore*».

Pertanto, nella logica del codice di procedura, le questioni pregiudiziali si differenziano dalle mere questioni preliminari per essere solo le prime, e non già le seconde, “convertibili in cause”, dato che mentre le questioni preliminari incidono su problematiche strumentali al mero accoglimento (o rigetto) di una domanda già proposta, le questioni pregiudiziali in senso tecnico incidono, invece, su ragioni che possono giustificare da sole una domanda diversa.

L'accertamento incidentale in senso stretto riguarda quindi solo una questione pregiudiziale che debba essere decisa, da un differente giudice, con efficacia di giudicato.

Una siffatta conclusione comporta, quale immediata deduzione assertiva, che se al fenomeno della disapplicazione viene collegata sempre e comunque la rilevanza, quantomeno in via pregiudiziale, di un atto amministrativo (con conseguente accertamento incidentale della sua non legittimità), non è sempre vero il contrario, nel senso che la rilevanza pregiudiziale, da un punto di vista logico-giuridico, della legittimità di un atto amministrativo, non conduce

³⁰ È infatti fondamentale distinguere tra pregiudizialità logica e giuridica, nel senso che «*la dipendenza logica tra due giudizi non è ancora la pregiudizialità; essa è soltanto un presupposto della pregiudizialità. [...] La pregiudizialità giuridica nasce dall'unirsi di un nuovo elemento alla pregiudizialità logica: e il nuovo elemento è l'eguale natura del giudizio pregiudiziale e del finale. Da ciò segue che tutto quello che è giuridicamente pregiudiziale è tale anche logicamente, ma non viceversa*». Così, JAEGER N., *Annullamento e disapplicazione di atti amministrativi illegittimi*, in nota a C.d.S., Sez. V, 14 febbraio 1941, n. 93, in *Giur. it.*, 1942, III, pp. 17 ss. E poiché ogni questione pregiudiziale è, in quanto tale, decisa *incidenter tantum*, e non rientra nell'oggetto del giudizio, la loro soluzione non passa in giudicato, confermandosi così uno stretto legame tra oggetto del giudizio, pregiudiziale, e limiti oggettivi del giudicato. In tal senso, cfr. MONTESANO A., *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, pp. 303 ss. ed ancora, VERDE V., *Brevi considerazioni su cognizione incidentale e pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, pp. 179 ss., secondo cui è anche da valutare con attenzione «*dove finisce...l'oggetto del giudizio e dove cominciano la pregiudizialità*» (anche perché il tema si collega a quello, assai delicato, del giudicato implicito). Dello stesso Autore, v. anche *Rimozione degli atti amministrativi ed effettività della tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, pp. 48 ss. In termini ancor più generali, per una definizione “storica” della pregiudizialità, v. ancora JAEGER N., *op. loc. ult. cit.*, secondo cui deve intendersi per «*“questione pregiudiziale”*» ogni punto dubbio, di fatto o di diritto, «*la cui soluzione costituisce un antecedente logico della decisione della controversia, con effetti limitati entro il corso del processo in cui sorge*». In definitiva unico scopo della *questione pregiudiziale* è di fissare entro la cerchia del pendente processo un punto pregiudiziale, su cui le parti sono discordi e che dovrà fungere da presupposto logico oltre che giuridico della successiva decisione del giudice.



necessariamente alla sua disapplicazione.

Così come, per altro verso, la pregiudizialità, quale categoria logica astratta, dovrà essere tenuta distinta dalla disapplicazione, quale meccanismo giuridico concreto, posto che i due istituti operano su piani assolutamente differenti. A far giungere alla disapplicazione sarà, infatti, pur sempre, il riscontro, in via pregiudiziale, dell'illegittimità di un diverso atto considerato presupposto.