



Processo penale e giustizia n. 3 | 2019

Scenari

Overviews

NOVITÀ LEGISLATIVE INTERNE

NATIONAL LEGISLATIVE NEWS

di Federico Lucariello

CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

(D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)

I prodromi della riforma

Il d.lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019 rappresenta, pur con tutte le riserve che generalmente accompagnano le riforme di ampia portata, il punto di arrivo di una lunga riflessione che ha accompagnato la disciplina del governo delle crisi di impresa sin dalla legge fallimentare del 1942 e che ha registrato il lento ma progressivo abbandono delle logiche che avevano guidato quel provvedimento.

Pur disciplinando anche procedure differenti, il perno fondamentale della legge era il fallimento, ossia una procedura giudiziaria-liquidativa per effetto della quale il patrimonio dell'imprenditore (persona fisica o giuridica che fosse) veniva sottratto al potere di amministrazione e disposizione dello stesso e destinato al soddisfacimento di tutti i creditori secondo la regola della *par condicio*.

Il sistema predisposto era sostanzialmente incentrato sul soddisfacimento dei creditori tramite l'esecuzione forzata sui diversi beni che costituivano il patrimonio del fallito. Lo smembramento dell'azienda e del complesso produttivo era dunque la regola.

Analizzando per intero la legge fallimentare, si comprendeva agevolmente come la locuzione "crisi di impresa", sostanzialmente utilizzata quale sinonimo di insolvenza, fosse espressione di un evidente disvalore.

L'insolvenza accertata era, cioè, una macchia quasi indelebile per l'imprenditore che, accanto alle conseguenze patrimoniali, subiva una serie di misure personali che avevano una portata eminentemente punitiva.

L'impianto della legge fallimentare ha però iniziato a scricchiolare già negli anni settanta. Già in quel periodo, in contrapposizione alle finalità tradizionali del governo delle crisi di impresa (la protezione ed il soddisfacimento dei creditori dell'ente in dissesto attraverso la disgregazione dei complessi produttivi) si inizia a manifestare in maniera evidente la diversa esigenza di conservazione dell'organismo stesso, sempre più considerato un'entità da preservare e tutelare.

Queste prime istanze si tradussero nel d.l. 30 gennaio 1979, n. 26 che introdusse una nuova procedura, ossia l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi che, al di là dell'importanza della stessa, segnano l'affermarsi accanto alla finalità della *liquidazione e disgregazione dei complessi produttivi* anche il *recupero e la riorganizzazione* degli stessi.

La rivoluzione iniziata negli anni settanta non risiede però solo nella previsione di una nuova procedura di risoluzione della crisi dichiaratamente volta al recupero, ma anche nell'aver posto in luce come il miglior soddisfacimento dei creditori non passi necessariamente per lo smembramento dei complessi produttivi dell'azienda. In altri termini, la continuità aziendale non viene più percepita come incompatibile con le istanze creditorie.

Questa linea di pensiero che accompagnerà poi tutti i successivi interventi, ivi compresa la riforma del 2005 e 2006, trova il suo coronamento con il decreto in commento in cui risulta evidente l'intento legislativo di favorire la conservazione delle strutture produttive e di ridurre il discredito per l'imprenditore fallito che invece ha permeato per diversi lustri la procedura fallimentare.

Alla base del cambiamento vi è una rinnovata sensibilità alle crisi di impresa. Si comprende, innanzitutto, come la crisi sia un fenomeno tipico della vita imprenditoriale: l'impresa è per definizione un'attività rischiosa che nasce (nella normalità dei casi) con l'obiettivo di produrre un valore ma che può, al contrario, distruggerlo coinvolgendo dapprima l'imprenditore (o i soci di una società) di poi i creditori ed in generale i terzi.

Si è in secondo luogo rilevato come la crisi non sia per forza imputabile a chi gestisce l'impresa ma possa essere il frutto di situazioni casuali o comunque non controllabili e che, di fronte ad un problema così variegato e complesso, è utopico pensare di poter fornire una risposta univoca.

Infine il concetto di crisi di impresa si è progressivamente affrancato da quello di insolvenza. Si è fondamentalmente appurato che crisi ed insolvenza non coincidono ma (semmai) in parte si sovrappongono. La crisi, che è concetto più ampio, precede – o meglio può precedere – l'insolvenza che può manifestarsi anche senza essere preceduta da una situazione di crisi.

Va da sé che l'attenzione del legislatore è andata sempre più alla ricerca di soluzioni volte a garantire un intervento il più possibile tempestivo per evitare che la crisi giunga sino all'insolvenza, nella consapevolezza che sono anche la tutela del sistema economico e la logica del mercato ad imporre di cercare di ridurre al minimo le conseguenze del dissesto di un'impresa. In questa prospettiva si colloca senza alcun dubbio la maggiore novità del decreto, ossia l'introduzione di procedure di allerta tendenti a cercare, ove possibile, il risanamento dell'impresa.

Dal fallimento alla liquidazione giudiziale

Svolta questa premessa di carattere generale e senza potersi dedicare in questa sede ad ulteriori divagazioni, occorre sottolineare come contestualmente al tentativo di prevedere strumenti in grado di stroncare sul nascere la crisi di impresa, si registri nella riforma in commento il tentativo di ridurre la carica negativa che accompagna l'impresa in crisi.

E allora non stupisce come il termine fallito scompaia dalla legge per essere sostituito dalla locuzione *sottoposto alla liquidazione giudiziale*.

La scelta, tutt'altro che casuale, mira ad evitare o almeno a ridurre il carattere estremamente negativo e di evidente discredito sociale che forse non ha mai smesso di accompagnare il termine *fallito*.

Esula dalle finalità delle presenti note a prima lettura l'analisi dell'intera riforma del sistema delle procedure concorsuali. Certo è che non può sfuggire all'occhio attento dell'interprete come il sistema dei reati fallimentari sia senza dubbio quello su cui meno è intervenuto il legislatore del 2019.

Accanto cioè ad un sistema sempre più complesso dal punto di vista civilistico/fallimentare si affianca un sistema penale non altrettanto articolato e puntuale.

In altri termini, a fronte di un sistema sempre più vario resta un apparato sanzionatorio non del tutto allineato all'approccio politico-criminale della riforma e più in generale dalla gestione della crisi di impresa.

Se nell'insieme l'intervento normativo in commento non incide in maniera rivoluzionaria sul sistema penale fallimentare occorre però segnalare alcune importanti novità.

Come detto il primo segno evidente della riforma è proprio l'adeguamento terminologico e dunque il passaggio dal *fallito* al *soggetto sottoposto a liquidazione giudiziale*.

Il tema, almeno dal punto di vista teorico, è se l'ambito applicativo delle norme resti il medesimo o si verifichi un fenomeno di successione di leggi penali nel tempo. Sul punto la legge delega forniva una indicazione tanto chiara quanto semplicistica imponendo al legislatore l'adeguamento terminologico anche per le disposizioni penali, ferma la *continuità delle fattispecie criminose*.

Tuttavia, al di là della opinabilità o meno di una scelta che prescindia da qualsiasi confronto tra l'apparato punitivo previsto e l'incidenza sullo stesso del differente concetto di *liquidazione giudiziale*, il legislatore delegato non ha solo proceduto all'adeguamento terminologico.

L'art. 329, comma 2, lett. b) del decreto che sostituisce l'ipotesi di bancarotta societaria (precedentemente contenuta nell'art. 223 l. fall.) nel definirne i contorni sanziona oggi chi con dolo o con operazioni dolose determini il dissesto (e non più il fallimento) della società.

L'esito dell'operazione desta però qualche perplessità, perché al di là del *restyling* lessicale, il legislatore sembra equiparare i concetti di dissesto e fallimento. Peraltro, appare singolare la circostanza che isi radichi la sanzione penale sul concetto di dissesto che, non essendo compiutamente definito, potrebbe prestare il fianco ad applicazioni estensive dalla fattispecie.

Gli aspetti premiali della riforma

Un ulteriore linea di intervento consiste nella introduzione di misure marcatamente premiali.

La prima e più rilevante di queste misure è contenuta nell'art. 25, comma 2, del codice della crisi di

impresa e prevede la non punibilità della bancarotta laddove sia presentata una tempestiva istanza all'organismo di composizione delle crisi (altra novità della riforma), ovvero una domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza configurate dal codice, seguite dall'apertura, su istanza del debitore, di una liquidazione giudiziale, di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, limitatamente alle condotte precedenti e se il danno è di speciale tenuità.

Per quanto concerne la tempestività dell'intervento, l'art. 24 del codice prescrive il termine di sei mesi (tre nel caso di composizione assistita della crisi) dal manifestarsi di uno dei segnali della crisi:

- a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
- b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
- c) il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi dell'articolo 13, commi 2 e 3.

Per verificare la reale portata scriminante della disposizione, bisognerà valutare l'approccio della giurisprudenza soprattutto rispetto alla bancarotta societaria. In particolare la fortuna dell'istituto passerà necessariamente per un approccio giurisprudenziale meno chiuso rispetto a quanto occorso con l'art. 219 l. fall. in merito alla valutazione di tenuità del danno.

La seconda misura premiale prevista dalla legge è contenuta nel comma 2 dell'art 25. Essa riguarda il caso in cui non risulti un danno di speciale tenuità, e si applica a chi abbia presentato l'istanza o la domanda se, alla data di apertura della procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, *il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori assicura il soddisfacimento di almeno un quinto dell'ammontare dei debiti chirografari e, comunque, il danno complessivo cagionato non supera l'importo di 2.000.000 euro.*

Si tratta, in questo caso, di una attenuante ad effetto speciale, di applicazione residuale rispetto alla causa di non punibilità e che prevede la riduzione della pena fino alla metà.

La responsabilità degli organi di controllo

Una ulteriore disposizione che sembrerebbe poter avere risvolti in ambito penale è quella contenuta nell'art. 14.

La disposizione in analisi, infatti prevede per gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione – accanto all'obbligo di verifica costante dell'assetto dell'impresa, dell'andamento della gestione e della sussistenza dell'equilibrio economico – l'obbligo di segnalare immediatamente all'organo amministrativo *l'esistenza di fondati indizi della crisi.*

Quanto alle modalità e al contenuto della segnalazione, la stessa deve essere fatta per iscritto e motivata. Deve essere inviata con mezzi che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione anche perché con la stessa l'organo di controllo segnalante assegna un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese.

L'obbligo per l'organo di controllo non termina con la avvenuta segnalazione ma comprende altresì la verifica della risposta dell'amministrazione. In caso di omessa o inadeguata risposta, ovvero a fronte della mancata adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, i soggetti di cui al comma 1 informano senza indugio l'OCRI, fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni.

Ciò che peraltro in questa sede rileva è la disposizione del comma 3, alla stregua del quale: *la tempestiva segnalazione all'organo amministrativo ai sensi del comma 1 costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione, a condizione che, nei casi previsti dal secondo periodo del comma 2, sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI. Non costituisce giusta causa di revoca dall'incarico la segnalazione effettuata a norma del presente articolo.*

La norma in commento ha un duplice rilievo sul piano penale. Invero appare evidente che la previsione degli obblighi specifici contenuti nei primi due commi renda ancora più accentuata la posizione di garanzia degli organi di controllo rispetto all'andamento della società. Conseguentemente ne risultano aumentate le ipotesi di concorso omissivo nei reati commessi dagli organi di gestione.

Per contro appare degna di nota anche la disposizione del comma terzo. È cioè evidente che un operato virtuoso da parte degli organi di controllo e la conseguente esenzione dalla responsabilità in solido con gli amministratori non possa non ripercuotersi anche su eventuali responsabilità penali.

Invero, benché la disposizione faccia esplicito riferimento alla sola responsabilità civilistica, ragioni di coerenza del sistema giudiziario impongono di ritenere che i medesimi comportamenti non possano determinare alcun tipo di incriminazione.

In altri termini, considerando il bilanciamento di interessi che il legislatore realizza in favore dell'emersione anticipata dello stato di crisi (rispetto alla minaccia di una sanzione penale), potrebbe forse ritenersi che l'art. 14 di fatto configuri una vera e propria scriminante.

I rapporti tra sequestri penali e procedure di gestione della crisi di impresa

Un ulteriore e rilevante aspetto su cui è intervenuto il legislatore concerne i rapporti tra sequestri *lato sensu* penali e le procedure previste dal decreto n. 14 del 2019.

Il tema, è appena il caso di ribadirlo, è stato molto controverso in giurisprudenza e dunque senz'altro opportuna è la scelta del legislatore di intervenire sul tema.

Secondo gli intendimenti del legislatore delegante la disciplina doveva ruotare intorno al principio della tendenziale insensibilità della procedura della liquidazione giudiziaria rispetto alle ipotesi di sequestro.

La soluzione fornita dal legislatore delegato è riversata negli artt. 317 ss. del codice della crisi di impresa.

Ai sensi dell'art. 318 in pendenza della procedura di liquidazione giudiziale non può essere disposto sequestro preventivo ai sensi dell'art. 321, comma 1, c.p.p. sui beni del debitore (art. 142 Codice), *sempre che la loro fabbricazione, uso, porto, detenzione e alienazione non costituisca reato e salvo che la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione possano essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa.*

A conferma di una scelta radicale del legislatore, il sequestro preventivo *ex art.* 321, comma 1, c.p.p., è revocato a richiesta del curatore a seguito della apertura di una liquidazione giudiziale sulle medesime cose. In tal caso è disposta la restituzione delle cose in favore del curatore (art. 318, comma 2).

Si prevede, in particolare, che il curatore comunichi all'autorità che aveva disposto o richiesto il sequestro:

- la dichiarazione dello stato di insolvenza e di apertura della procedura della liquidazione giudiziale;
- il provvedimento di revoca o chiusura della liquidazione giudiziale;
- l'elenco delle cose non liquidate e già sottoposte a sequestro.

È altresì onere dell'organo della procedura provvedere alla cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni decorsi novanta giorni dalla comunicazione.

Opportunamente la prevalenza è esclusa nel caso in cui la misura cautelare concerna beni sottratti alla liquidazione.

Analogo regime è previsto dall'art. 319 per il sequestro conservativo che non si applica dunque ai beni del debitore di cui all'art. 142 e che se disposto è revocato a richiesta del curatore.

Ad ulteriore e opportuna tutela degli interessi della procedura è poi prevista la legittimazione del curatore a proporre impugnazione avverso i provvedimenti cautelari.

La tutela delle istanze sottese alle procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza non è però assoluta segnando il passo in alcune tassative ipotesi. In particolare il principio di prevalenza rispetto alle misure cautelari è ribaltato nell'art. 317 allorquando i sequestri concernono le *cose di cui è consentita la confisca disposti ai sensi dell'articolo 321, comma 2, del codice di procedura penale, la cui attuazione è disciplinata dall'articolo 104-bis delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale.*

In tal caso, dunque, per esplicito dettato normativo si applicano i principi le disposizioni del Libro I, titolo IV del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 e dunque di fatto la prevalenza del sequestro con conseguente esclusione dei beni assoggettati a sequestro o confisca dalla massa attiva.

Pur con le deroghe segnalate, si tratta senza dubbio di una evoluzione della disciplina a fronte di una giurisprudenza per diversi lustri arroccata su posizioni conservative, tutte protese a far prevalere l'apparato penalistico rispetto a ogni ulteriore istanza.

Regime transitorio

Un'ultima considerazione va fatta in relazione al regime transitorio. Per espressa previsione normativa la riforma entrerà in vigore decorsi 18 mesi dalla pubblicazione in gazzetta ufficiale e non determina la abrogazione della legge fallimentare. A questa regola fanno eccezione le norme abrogative di fattispecie che, al contrario, entrano in vigore nel più breve termine di 30 giorni.

Frattanto, ai sensi dell'art. 389, *i ricorsi per dichiarazione di fallimento e le proposte di concordato fallimentare, i ricorsi per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, per l'apertura del concordato preventivo, per l'accertamento dello stato di insolvenza delle imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa e le domande di accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento depositati prima dell'entrata in vigore del presente decreto sono definiti secondo le disposizioni del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché della legge 27 gennaio 2012, n. 3. Le procedure pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto sono definite ai sensi del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 nonché della legge 27 gennaio 2012, n. 3.*

Per quanto qui di interesse occorre solo segnalare che, se in relazione a siffatte procedure sono commessi i fatti puniti dalle disposizioni penali del medesimo decreto e della sezione terza del capo II della l. 27 gennaio 2012, n. 3, ai medesimi fatti si applicano le predette disposizioni.

La disposizione in commento, per ovvie ragioni, determinerà l'ultrattività della legge fallimentare anche rispetto ad ipotesi di bancarotta post-fallimentare commesse dopo l'entrata in vigore della riforma ma rispetto a procedure disciplinate dalla l. fall. n. 267/1942.