

Molti studi legali hanno rafforzato i propri dipartimenti di esperti in reati fallimentari

La riforma della crisi d'impresa richiama in scena i penalisti

Pagine a cura
DI ANTONIO RANALLI

A circa un anno dall'approvazione della riforma sulla prevenzione e risoluzione di crisi d'impresa, ovvero la cosiddetta Riforma fallimentare, gli avvocati tracciano un primo bilancio. Le novità più innovative definite dal decreto legislativo n. 14 del 12 gennaio 2019 entreranno in vigore il 15 agosto 2020, mentre alcune modifiche al codice civile sono già entrate in vigore. Nell'ultimo periodo gli studi italiani hanno rafforzato molto



Matteo Vizzardi

la loro presenza nel diritto penale d'impresa, aumentando il numero di professionisti oppure aprendo nuove divisioni.

«La recente riforma della disciplina della crisi d'impresa poteva rappresentare l'occasione per ripensare integralmente la disciplina penale in materia di reati fallimentari, che, ancorché sia stata interessata negli anni da qualche aggiustamento, risulta nel suo complesso un arnese del tutto anacronistico, perché sullo sfondo continua ad essere alimentata dall'idea un po' medievale che l'imprenditore in difficoltà debba essere in qualche modo punito», dice **Matteo Vizzardi**, partner dello studio legale **Dentons**. «Lo si vede del resto in molti procedimenti penali, in cui a guidare la prospettiva accusatoria sono spesso valutazioni sulle scelte imprenditoriali effettuate con la logica del senno del poi. Il legislatore si è invece sostanzialmente limitato a traslocare nel nuovo codice della crisi d'impresa i reati già contemplati nella legge fallimentare del 1942, con qualche timido segnale di evoluzione: ad esempio la previsione di una causa di non punibilità anche di fatti di bancarotta per l'imprenditore che attivi subito uno degli strumenti previsti dal decreto per la risoluzione della crisi, quando il danno cagionato è di «speciale tenuità»; così come l'esplicito riconoscimento dei vantaggi compensativi per la valutazione della natura distruttiva (o meno) delle ope-

razioni infragruppo. In questo quadro, in cui purtroppo la riforma non ha portato a un generale ripensamento dei reati fallimentari non è difficile immaginare che nasceranno non poche questioni interpretative, e cioè aree grigie in cui sarà fondamentale per le imprese il supporto anche del penalista».

Il «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza» (dlgs 14/2019) modifica solo in parte le norme penali fallimentari, trasferendole - quasi integralmente - dalla legge fallimentare (peraltro non abrogata) al titolo IX del Codice (artt. 322-347). «In linea con lo spirito della riforma, che punta a favorire l'emersione tempestiva dello stato di crisi dell'impresa, si segnalano due nuove misure premiali per i reati di bancarotta», spiega **Maria Hilda Schettino**, associate di **Rödl & Partner**. «L'art. 25, comma 2, del Codice prevede, rispettivamente, una causa di non pu-



Maria Hilda Schettino

nibilità, nel caso in cui il danno per i creditori sia di particolare tenuità; una circostanza attenuante ad effetto speciale nel caso in cui, fuori dai casi di tenuità, alla data di apertura della procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori assicuri il soddisfacimento di almeno un quinto dell'ammontare dei debiti chirografari e, comunque, il danno complessivo cagionato non superi l'importo di 2 milioni di euro. Presupposto comune è che l'imprenditore abbia tempestivamente chiesto l'omologazione di un accordo di ristrutturazione o proposto un'istanza di composizione assistita della crisi, un concordato preventivo o un ricorso per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale. Si tratta di misure certamente innovative la cui reale portata potrà tuttavia essere valutata solo alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale che ne scaturirà».

Il tema principale è l'adeguatezza del sistema informativo delle imprese che dovrà essere idoneo a sostenere i debiti nei

sei mesi successivi e la continuità nell'esercizio corrente. «Questo vuol dire che l'imprenditore individuale o collettivo dovrà dimostrare in caso di default che sei mesi prima non era in una prospettiva di insolvenza e questo potrà avvenire solo se la contabilità previsionale abbia le caratteristiche della certezza della data», dice **Carlo Bianco**, partner di **Talea Tax Legal Advisory**. «Questi obblighi, occorre ricordare, sono già in vigore dal 16 marzo scorso, ma si ha l'impressione che tanto l'imprenditore quanto gli organi di controllo non l'abbiano ben realizzato. Forse ce ne accorgeremo nei fallimenti dei prossimi mesi quando verranno contestati reati di bancarotta, conseguenti al ritardo nella dichiarazione dell'insolvenza, solo perché non si sarà in grado di dimostrare che il sistema informativo interno era adeguato e produttivo di informazioni rasserananti sulla sostenibilità finanziaria e sulla continuità aziendale. Quello che emerge è che lo stato di insolvenza, che impone l'obbligo di chiedere il fallimento «in proprio», non riguarderà solo l'insolvenza «attuale» ma anche quella «prospettiva»: Come dire che oggi l'imprenditore può non essere insolvente oggi ma se ha



Carlo Bianco

gli elementi per sapere che lo diventerà entro sei mesi, dovrà necessariamente aver assunto i necessari provvedimenti finalizzati a sanare la situazione o accedere alle procedure concorsuali».

La riforma della crisi d'impresa rilancia il cambio culturale di matrice europea nella gestione societaria. «Prevenzione e governo del rischio quale finalità, idoneità degli assetti organizzativi interni quale strumento e misure premiali quale incentivo», afferma **Jean-Paule Castagno**, responsabile del Dipartimento di diritto penale dell'economia e dell'impresa di **Orrick Italia**. «Questa direzione era già stata delineata dal dlgs 231/01 richiedendo alle imprese di prevenire la commissione di reati, attraverso quegli stessi stru-



Jean-Paule Castagno

menti che oggi nuovamente il legislatore ha posto al centro della prevenzione della crisi: un concreto ed effettivo sistema di controllo interno declinato in codici etici, processi, procedure anche atte a tempestivamente rilevare gli indici di allerta, strumenti informatici, flussi di informazione aziendali, formazione, sistema sanzionatorio, segnalazioni anche da parte di soggetti istituzionali (creditori qualificati, istituti finanziari), soggetti controllori sempre più pro-attivi (collegio sindacale, revisore), e organismo di vigilanza posto al centro di flussi di informazione aziendali. Una auto-organizzazione interna ribadita dal nuovo articolo 2086 c.c. che penalisticamente si declina in due direttrici: la stessa omessa efficace adozione dell'articolo di cui all'art. 2086 c.c. porterebbe a rilevare penalmente in termini di impedito controllo e ostacolo all'attività di vigilanza, laddove la stessa tutela anticipata della continuità aziendale, correttamente presidiata, porterebbe alla prevenzione anche del rischio reati-presupposto 231 (reati societari, reati tributari, finanza riciclaggio e corruzione, così come al riconoscimento di misure premiali). In questo contesto di circuito integrato di prevenzione, continua la metamorfosi del penalista, chiamato a intervenire non più solo nel momento della fase patologica (difesa dalla contestazione di un reato) ma ancora prima a partecipare, in sinergia con altri professionisti, nella vita quotidiana imprenditoriale».

La responsabilità delle imprese per i reati commessi a loro vantaggio dalle persone fisiche è un ambito del diritto in continua ascesa: è di poche settimane fa l'ultima estensione del c.d. «catalogo» dei reati 231, che comprende ora anche i reati tributari. «Ciò spiega il costante incremento del numero delle imprese che decidono di adottare un Modello di Organizzazione e Gestione conforme al dlgs 231/2001, il qua-

le - a determinate condizioni, e con l'ausilio dell'attività di controllo esercitata dall'Organismo di Vigilanza - consente all'ente di non rispondere del reato commesso dalla persona fisica», dice **Nicla Picchi**, fondatrice e managing partner dello studio legale **Picchi, Angelini & Associati**. «La



Nicla Picchi

tendenza non riguarda solo il nostro paese: così come il dlgs 231/2001 rappresenta lo strumento attraverso il quale l'Italia ha dato attuazione agli impegni assunti con la ratifica della Convenzione Oese sulla lotta alla corruzione del 1997 (che vincolava gli stati aderenti ad introdurre nei loro sistemi la responsabilità delle persone giuridiche per atti di corruzione), gli altri paesi firmatari della Convenzione hanno adottato normative in tal senso. Anche il novero delle norme sovranazionali che impegnano gli stati a prevedere (per ulteriori reati) la responsabilità delle persone giuridiche si è ampliato (senza considerare che, nei paesi anglosassoni, tale responsabilità era già insita nel sistema giuridico). Per gestire adeguatamente i rischi collegati a queste responsabilità, le varie normative nazionali richiedono alle imprese di adottare Compliance Programs (equivalenti al nostro Mog 231), e sistemi per il controllo del loro rispetto (nel nostro caso, l'Organismo di Vigilanza)».

«La nuova normativa rappresenta un tentativo di riforma, anche culturale, della disciplina dell'insolvenza cercando di spostare l'attenzione dalla dimensione esclusivamente punitiva a quella preventiva di risanamento, quando possibile, dell'impresa», spiegano **Alessandra Anselmi** e **Giulia Checacci**, associate di **Cleary Gottlieb**. «In questo senso, la gestione integrata del rischio aziendale assume una rilevanza strategica per la prevenzione e la rilevazione tempestiva della crisi aziendale e richiede professionisti

Sempre più ampi i casi di responsabilità delle società



Alessandra Anselmi

il tentativo del Legislatore di garantire un sistema premiale destinato agli imprenditori che – trovandosi in una situazione di crisi – abbiano interloquito tempestivamente con le Autorità per evitare un aggravamento della loro esposizione debitoria e per verificare l'esistenza dei presupposti di sopravvivenza



Nicola Pietrantonì

dell'attività aziendale. Così come – sul fronte punitivo – si capiscono bene le ragioni per le quali è stata prevista una causa di non punibilità per il delitto di bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla legge fallimentare, quando abbiano cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità».

La severità del sistema penale italiano nei confronti dell'imprenditore in difficoltà è addirittura tradizionale. «Il nuovo Codice della crisi, che nelle intenzioni avrebbe dovuto riformare la disciplina anche sul punto, ha perso l'occasione di produrre la rottura da più parti auspicata: alla resa dei conti, infatti, le disposizioni penali della «vecchia» legge fallimentare sono rimaste sostanzialmente inalterate», afferma **Matteo Uslenghi**, partner di **Lea Studio Legale** e coreponsabile del Dipartimento di diritto penale. «Mentre,



Matteo Uslenghi

quindi, si sono introdotti, lato civile, strumenti innovativi e meno affittivi per uscire dalla crisi, nel lato penale resta l'idea dell'efficacia dissuasiva di pene molto severe. Infatti, solo un timidissimo correttivo a questa impostazione è ora previsto: l'art. 25 del Codice riconosce una causa di non punibilità per l'imprenditore che, pur avendo commesso fatti di bancarotta, abbia poi tempestivamente dato esecuzione alle prescrizioni normative sull'avvio dell'altra e della composizione della crisi; si tratta tuttavia di una

previsione limitata alle sole ipotesi di particolare tenuità del danno, le cui concrete ricadute restano ancora tutte da vagliare. Nulla è stato innovato per la tematica, tipica delle situazioni di crisi, legata ai debiti tributari e agli onerosi versamenti, spesso imposti dalla drammatica alternativa tra onorare fino in fondo le incombenze fiscali o consentire la prosecuzione delle attività, pagando dipendenti e fornitori. Salvo pochi casi del recente passato, è davvero molto difficile che il giudice penale, attraverso gli istituti generali di diritto penale, riconosca nella crisi di liquidità una esimente dalla responsabilità dell'imprenditore, in quanto totalmente indipendente dalla sua volontà».

Negli ultimi anni il mercato dell'assistenza legale in materia penale e di compliance ha vissuto un notevole incremento quantitativo e qualitativo. Ne sono convinti **Enrico Maria Mancuso**, equity partner e



Enrico Maria Mancuso

responsabile del dipartimento diritto penale dell'economia di **Pedersoli Studio Legale** e **Federico Bracalente**, associate nello stesso dipartimento. Questo «stessa scorta di numerosi interventi di riforma che, da un lato, hanno mutato il contesto normativo penale di riferimento con cui occorre confrontarsi nello svolgimento delle diverse attività imprenditoriali, dall'altro e conseguentemente, hanno favorito una progressiva sensibilizzazione degli operatori economici rispetto ai rischi penali connessi all'attività di impresa e, soprattutto, all'opportunità di governarli efficacemente. È sulla scia di questo fondamentale e certamente lodevole mutamento di approccio manageriale che il penalista d'impresa ha potuto a sua volta evolversi, affiancando al ruolo storico di difensore dell'ente e dei suoi esponenti nel processo penale, quello di consulente quotidiano del management ai fini di una corretta organizzazione e gestione dell'ente e delle relative attività. In questo contesto, la riforma della crisi di impresa, guardando anche oltre i risvolti prettamente penali – tutto sommato contenuti, al netto degli allineamenti lessicali e di poche novità di carattere sostanziale e processuale (che entreranno in vigore soltanto a partire dall'agosto del 2020), costituisce un importante passo verso una regolamentazione più ordinata e anche più matura di

quelle che comunque restano situazioni connaturate allo stesso concetto di impresa».

La progressiva e sempre più diffusa tendenza degli studi legali a integrare – o rafforzare – la propria offerta anche in materia di white collar crimes è l'evidente risposta a una, altrettanto crescente, richiesta di mercato. «Da un lato, dall'imprenditore e dal manager, il «rischio penale» è sempre più percepito come una eventualità non così remota: ad esempio, in ragione della rilevanza penale, soprattutto in ambiti quali la sicurezza sul lavoro e quello am-



Paola De Pascalis

biennale, di comportamenti anche meramente colposi; oppure, anche solo per la complessità e oscurità normativa che disciplina alcuni settori, comunque poi penalmente presidiati», spiega **Paola De Pascalis**, of counsel dello studio **Pavia e Ansaldo**. «La stessa riforma della crisi d'impresa – di cui si attende, nella sua interezza, l'entrata in vigore – non contempla una organica riforma del diritto penale fallimentare ma non poca è l'attenzione che tutti gli operatori del settore stanno dedicando alla verifica e alla valutazione delle ricadute – dal punto di vista penalistico – della novella legislativa».

Dall'altro, proprio perché avverte in modo pressante l'esigenza di avere una adeguata protezione da tale rischio, il cliente richiede l'assistenza specifica di un penalista molto competente ed esperto nella propria materia ma che abbia comunque una adeguata capacità di orientarsi negli altri ambiti dell'ordinamento giuridico e, soprattutto, di coordinarsi agevolmente e proficuamente – nonché in modo davvero tempestivo rispetto alle esigenze del caso concreto – con i colleghi di altre discipline. Da qui il valore aggiunto degli studi multipratiche».

Per l'avvocato **Giulio Cerioli**, presidente di **Nesta** «una spinta innovativa introdotta dal legislatore che ha determinato l'avvio di un parallelo e indispensabile processo di cambiamento del modo di fornire servizi legali alle imprese che, sempre di più, si discostano dal modello tradizionale. È, difatti, sempre più attuale la necessità per le pmi, come già per le grandi realtà aziendali, di adeguare l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile al nuovo contesto giuridico. È

proprio in questo nuovo e mutevole contesto che anche noi abbiamo ritenuto di potenziare e qualificare ulteriormente l'offerta».

«Il trend è orientato alla cre-



Giulio Cerioli

scita da diversi anni e, senza dubbio, la recente riforma sulla crisi d'impresa determinerà un ulteriore incremento delle richieste di assistenza e consulenza legale in ambito penalistico, e ciò soprattutto vale per le multinazionali, sempre più orientate ad un processo di armonizzazione delle proprie policy di Compliance», conclude **Emilio Battaglia**, partner dello studio **Cms**. «A titolo esemplificativo, il riformato art. 2086 cod. civ. – che impone agli amministratori di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa – potrebbe rilevare anche sotto il profilo della responsabilità amministrativa da reato dell'ente ex dlgs 231/2001, poiché l'amministratore potrebbe risponde-



Emilio Battaglia

re per aver omesso di valutare l'opportunità di istituire presidi aziendali diretti a prevenire la commissione dei reati contemplati nel decreto 231. A ciò si aggiungono le nuove ipotesi di segnalazione della crisi da parte degli organi di controllo che, in buona sostanza, si traducono in ipotesi codificate di responsabilità concorsuale nei reati di bancarotta (rectius liquidazione giudiziale) per mancato impedimento dell'evento».

© Riproduzione riservata

Supplemento a cura di **ROBERTO MILIACCA** rmiliacca@italioggi.it e **GIANNI MACHEDA** gmacheda@italioggi.it