

BENEFICI PREMIALI PER LE IMPRESE: NORMATIVE A CONFRONTO

1. Introduzione

Nell'ultimo ventennio il filo conduttore dell'attività legislativa nel settore imprenditoriale è stato affiancare agli ordinari e collaudati istituti sanzionatori nuove forme di intervento volte alla salvaguardia dei complessi produttivi. Tale linea di tendenza si può rinvenire, per il settore penale, già nelle disposizioni del D. Lgs. 231/2001 ma soprattutto in quelle contenute nel Codice Antimafia del 2011 e, per quello civile, nel recentissimo Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza.

Le leggi sopraindicate hanno tutte in comune, pur nella diversità dei campi di intervento, una visione dell'impresa quale esercizio di un'attività costituzionalmente tutelata esposta sempre più frequentemente, oltre al rischio connaturato alla sua natura, a molteplici altri:

- infiltrazioni mafiose;
- procedimenti penali, nel caso sia esercitata in forma collettiva;
- diffusione della corruzione;
- conseguenze della crisi finanziaria idonea a degenerare nell'insolvenza.

Innanzitutto a tale quadro il legislatore si è fatto carico di individuare strumenti volti a superare la finalità repressiva, sia in campo penale sia civile, con la responsabilizzazione delle imprese nell'ottica di prevenire i rischi, siano essi da reato o da insolvenza. Dalla logica della mera repressione/estromissione delle imprese dal mercato, in caso di commissione di reati o di fallimento, si è passati in modo sempre più convinto alla prevenzione, con misure idonee a salvaguardare la parte sana dell'attività imprenditoriale. L'accostamento tra diverse normative non è casuale, e nel settore delle misure di prevenzione, si è parlato, per esempio, dell'introduzione di strumenti tipici della legge fallimentare mutuando istituti da un settore all'altro. Si pensi:

- ai creditori il cui diritto è oggetto di verifica in relazione ai beni soggetti a confisca;
- al regime della prededuzione.

Proprio nell'ambito delle misure di prevenzione, peraltro, si è manifestata la volontà di risanare le imprese, superando la logica ablatoria, mediante la riforma dell'*amministrazione giudiziaria* e la creazione del meno invasivo *controllo giudiziario*, strumenti ulteriori rispetto al sequestro e alla confisca, il cui fine è quello di sottrarre le imprese al condizionamento mafioso, salvaguardandone la continuità.

Altra importante modifica legislativa, espressione dell'esigenza della tutela dell'impresa, che si affianca a quella tradizionalmente prioritaria della salvaguardia delle ragioni dei creditori, è data dal nuovo Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza che presenta un vasto ventaglio di possibilità di gestione, anche stragiudiziale, nonché di soluzione della crisi prima che degeneri nell'insolvenza, con notevoli benefici sul piano penale subordinati tuttavia alla tempestività dell'intervento dell'imprenditore. Viene a profilarsi, quindi, una visione della gestione anticipata del rischio d'impresa che richiama immediatamente l'impianto normativo della responsabilità da reato dell'ente ex D. Lgs. 231/2001.

2. La responsabilità organizzativa dell'impresa

Il Decreto n. 14 del 2019 alla parte seconda si apre con le modifiche al Codice civile: in specie l'art. 375 modifica la rubrica dell'art. 2086 c.c., introducendo al contempo un secondo comma di significativa importanza.

Viene quindi previsto l'obbligo per l'imprenditore, sia che operi in forma collettiva o societaria, di istituire un *assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa* idoneo anche alla rilevazione tempestiva della crisi e alla sua gestione, nell'ottica di assicurare la continuità aziendale.

Tale dovere era declinato, nel testo antecedente alle modifiche apportate dal c.d. decreto correttivo (D. Lgs. 147/2020, in vigore dal 20.11.2020 per alcune disposizioni), nel senso che in campo societario la gestione fosse esercitata nel rispetto dei principi sanciti dall'art. 2086 c.c. dagli amministratori, con una commistione fra gestione e istituzione degli assetti organizzativi che non considerava le discipline specifiche per i diversi tipi di società. Opportunamente, quindi, il legislatore ha mutato gli artt. 2257 c.c. 2380 *bis* c.c., 2409 *novies* c.c., 2475 c.c. stabilendo che l'istituzione degli assetti organizzativo, amministrativo e contabile spetta agli amministratori, salvaguardando tuttavia i diritti dei soci, nella società a responsabilità limitata e in quelle di persone, nella gestione operativa.

L'istituzione di adeguati assetti organizzativi non è un dovere nuovo per gli amministratori societari: è sufficiente sul punto ricordare l'art. 123 *bis* del T.U.F., gli artt. 69 *quater* e *quinquies* del T.U.B., l'art. 6 del T.U.S.P. e, infine, la riforma del diritto societario del 2003 limitatamente alle società per azioni, attuata con la formulazione dell'art. 2381 c.c., commi 3 e 4. Appare utile segnalare come la problematica e l'individuazione degli assetti organizzativo amministrativo e contabile appartengano alla scienza aziendalistica e che questi possano, in estrema sintesi, definirsi come l'insieme di procedure, direttive e prassi operative finalizzate a garantire che la *governance* societaria eserciti correttamente e in modo efficace il proprio *business*; ai fini dell'applicazione delle disposizioni del CCII quel che rileva è, tuttavia, il giudizio di loro adeguatezza che va rapportato al rispetto di alcuni specifici doveri:

- la stima del prevedibile andamento aziendale;
- la valutazione prospettica della sostenibilità del debito;
- la costante dell'equilibrio economico finanziario;
- la continuità aziendale nell'orizzonte temporale minimo di sei mesi;
- la verifica della situazione debitoria sotto il profilo della tempestività dei pagamenti.

A ben vedere si tratta di doveri che puntano tutti all'emersione degli indici della crisi come individuati dall'art. 13 del CCII, anch'esso oggetto di modifica a opera del decreto correttivo che oggi li qualifica in negativo, rispetto all'originaria formulazione:

- non sostenibilità dei debiti per almeno sei mesi;
- assenza di prospettive di continuità aziendale (*going concern*);
- non sostenibilità dell'indebitamento con i flussi di cassa;
- l'inadeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi;
- i ritardi reiterati e significativi nei pagamenti.

Gli indici altro non sono che gli strumenti di riferimento per accertare gli stati di squilibrio reddituale, patrimoniale o finanziario dell'impresa. Il nuovo testo dell'art. 2086 c.c. da un lato amplia la platea dei soggetti tenuti a adeguate scelte organizzative (tutte le società), dall'altro impone anche all'imprenditore individuale di adottare misure idonee alla rilevazione tempestiva dello stato di crisi (art. 3 comma 1 CCII).

Con la riforma apportata del decreto correttivo, detto stato viene individuato nello squilibrio economico-finanziario (e non più in quello di difficoltà economico finanziaria) che rende probabile l'insolvenza del debitore e che si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate (art. 2 CCII). È necessario tener presente che l'istituzione di adeguati assetti è attività ben diversa dalla gestione dell'impresa, il che trova conferma anche nelle già richiamate modifiche apportate dal decreto correttivo agli artt. 2257 c.c. 2380 *bis* c.c., 2409 *novies* c.c., 2475 c.c.

Le scelte gestionali sono insindacabili secondo il principio del c.d. *business judgement rule*, fatta salva, secondo la giurisprudenza di legittimità, la valutazione della loro ragionevolezza con un giudizio *ex ante* e secondo i parametri della diligenza del mandatario, il che implica, per esempio, che un'impresa potrà decidere liberamente di aprire una sede all'estero o diversificare la sua attività nei mercati ma l'assetto interno dovrà sempre prevedere la concreta possibilità di esplicazione di un efficace controllo finalizzato all'emersione tempestiva dello stato di crisi.

La legge impone, quindi, all'imprenditore degli specifici doveri nella predisposizione della struttura organizzativa della sua attività, fortemente orientata al controllo interno, il che costituisce già un punto di contatto con le disposizioni di cui al D. Lgs. 231/2001: per la prevenzione del rischio-reato esiste, infatti, il dovere di organizzare la propria impresa come previsto dalla normativa, con la differenza che se l'adozione di un MOG 231 non è obbligatoria per l'ente, che può anche assumersi il rischio derivante da reato, l'imprenditore ha invece ora il dovere di dotare la società di *un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato*, funzionale a prevenire la crisi. L'organizzazione finalizzata al suddetto fine è divenuta oggi la base dell'attività imprenditoriale per operare correttamente nel mercato e per andare esenti da conseguenze sanzionatorie; per adempiere a detti doveri è certamente indispensabile il ricorso a forme efficaci di controllo interno e proprio in questo campo assume rilevanza l'esperienza maturata nell'ultimo ventennio dall'applicazione delle disposizioni del Decreto 231.

3. Il rischio di impresa in chiave civile e penale

Il rischio aziendale può essere definito come un evento incerto idoneo a incidere in senso negativo (*downside risk*) o positivo (*upside risk*) sul raggiungimento degli obiettivi di un'impresa. In una visione c.d. assicurativa il rischio è sempre un evento negativo e, come tale, viene preso in considerazione sia dal CCII – rischio insolvenza – sia dal D. Lgs. 231/2001 – rischio reato – nell'ottica di prevenirlo.

L'attività imprenditoriale è per sua stessa definizione rischiosa ma è altrettanto indubbio che attualmente le legislazioni, nazionale ed europea, hanno individuato molteplici fattori di rischio ulteriori, oltre a quelli oggetto del presente studio, per esempio:

- il rischio da trattamento dei dati personali (Regolamento Generale per la protezione dei dati o GDPR);
- il rischio in ambito di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (D. Lgs. 81/2008);
- il rischio reputazionale che riveste particolare importanza per ogni impresa, soprattutto per quelle che operano su più mercati.

Per evitare un impatto devastante per la continuità aziendale il rischio va individuato e gestito ma a tal fine è indispensabile un'adeguata organizzazione finalizzata a tale rilevazione e il fulcro di questa attività è il controllo interno, inteso quale sistema di presidi idonei a evitare o limitare le ripercussioni negative del rischio. Il *Principio di revisione internazionale ISA Italia 315* qualifica il controllo interno come processo configurato, messo in atto e mantenuto dai responsabili delle attività di *governance*, dalla direzione e da altro personale dell'impresa al fine di fornire una ragionevole sicurezza sul raggiungimento degli obiettivi aziendali con riguardo all'attendibilità dell'informativa finanziaria, all'efficacia e all'efficienza della sua attività operativa e alla conformità alle leggi e ai regolamenti applicabili.

Si tenga presente che i MOG 231 se assumono rilievo in chiave giuridico- processuale come esimenti, in chiave aziendalistica vanno inquadrati nel più ampio contesto dei sistemi di controllo interno proprio per la loro struttura data dall'insieme di risorse e disposizioni atte a vagliare, gestire e mitigare il rischio reato. Il CCII e il D. Lgs. 231/2001 hanno in comune la logica del *risk approach* o progressivo approccio integrato della gestione del rischio: l'efficiente gestione imprenditoriale richiede un'adeguata organizzazione che, attraverso il corretto svolgimento delle attività appartenenti ai vari *organi* e alle *funzioni* aziendali, sia in grado di individuare, prevenire e gestire il rischio specifico.

In campo penale lo strumento previsto dal Legislatore è il MOG, mentre nel settore concorsuale rilevano le procedure di allerta della crisi (artt. 12-15 CCII) ed entrambi gli strumenti operano mediante il ricorso all'autovalutazione del rischio attribuito all'imprenditore collettivo, nel primo caso, e anche a quello individuale, nel secondo (art. 3 comma 1 CCII). Il MOG, nella sua composizione, costituisce il documento che esplicita l'attività di prevenzione da specifici reati svolta grazie ad un'organizzazione ben collaudata e da organi individuati dalla normativa; gli strumenti di allerta, diversamente, sono definiti obblighi di segnalazione a carico dei soggetti interni e pubblici previsti dal Codice, finalizzati alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi e alla sollecita adozione delle più idonee misure funzionali alla sua soluzione (art. 12 CCII). MOG 231 e strumenti di allerta sono, quindi, indissolubilmente connessi agli obblighi organizzativi.

Dai due sistemi, in particolare dagli assetti organizzativi caratterizzati dall'efficienza e adeguatezza del MOG e dalla tempestiva iniziativa dell'imprenditore, consentita dalla rilevazione degli indizi di crisi, discendono importanti benefici premiali in campo penale: è questo – forse – l'elemento di maggior legame tra le discipline.

4. La premialità nel D. Lgs. 231/2001 e nel D. Lgs. 14/2019: presupposti e ambiti applicativi a confronto

La premialità è la chiave di volta del sistema preventivo basato sull'autovalutazione del rischio: l'incentivo a organizzarsi adeguatamente, voluto dal legislatore, è frutto della consapevolezza che la repressione e i soli mezzi di soluzione finale della crisi economico finanziaria patrimoniale sono non solo insufficienti ma hanno costi sociali altissimi, poiché coinvolgono soggetti – si pensi agli *stakeholders* delle imprese – che a loro volta vengono penalizzati, spesso senza alcun rimedio soddisfacente. Si può sostenere che la politica criminale si è evoluta, estendendo il campo della non punibilità, secondo le prospettive della giustizia riparativa e della rilevanza dell'esiguità dell'illecito, superando la visione della premialità quale beneficio connesso al comportamento processuale o eliminativo dell'offesa *post delictum*.

In campo concorsuale la premialità ha trovato applicazione con gli artt. 24 e 25 CCII, che rispettivamente disciplinano la tempestività dell'iniziativa di prevenzione dell'insolvenza e le misure a beneficio degli imprenditori; si completa così il quadro delineato dal CCII: i doveri di organizzazione e di vigilanza nell'esercizio della propria impresa si traducono anche in benefici, se adempiuti correttamente, giunti all'epilogo della crisi. Confrontando il sistema premiale previsto dal legislatore per le imprese e quello del Codice della crisi e dell'insolvenza emerge subito una differenza centrale: nel sistema delineato dal Decreto 231 sono assenti strumenti che incentivino l'autodenuncia dell'impresa o una sua forma di collaborazione proattiva finalizzata all'accertamento del presunto reato presupposto a fronte di una piena garanzia di non punibilità mentre, al contrario, l'impianto del CCII prevede un comportamento diligente dell'imprenditore, collettivo o individuale, per l'emersione della fase critica quale presupposto indispensabile per i benefici previsti.

L'unica forma di collaborazione valutabile per l'impresa è stata introdotta dalla L. 3/2019 che, a fronte di un inasprimento del trattamento sanzionatorio per i reati di cui all'art. 25 del Decreto 231 del 2001, ha previsto che, qualora l'impresa si adoperi *per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o di altre utilità*, le soglie delle misure interdittive applicabili siano quelle previste in via generale dall'art. 13 del Decreto. Affinché l'impianto previsto dal *sistema 231* possa esprimere la sua massima funzione si richiede che là dove venga realizzato un reato nell'interesse o a vantaggio dell'impresa, quest'ultima sia in grado di provare:

- l'adozione e l'efficacia del MOG 231, idoneo a prevenire reati di quello della specie verificatosi;
- l'istituzione di un organo di vigilanza dotato di pieni poteri (autonomia di azione e spesa);
- la condotta fraudolenta, dunque elusiva del MOG, dell'autore del reato presupposto.

Appare utile ricordare che l'adeguatezza di un MOG 231 è valutata sulla base di un doppio giudizio:

- sull'idoneità dell'assetto organizzativo e gestionale di prevenire reati
- sull'effettiva attuazione, intesa come la concreta messa in opera di quanto previsto in astratto dal MOG 231, che si traduce anche nel ruolo centrale svolto dall'OdV.

Inoltre, il Modello deve sempre rispondere alle necessità concrete del *core business* dell'impresa: si procede pertanto a quello che viene comunemente definito come un approccio *tailor made* che, peraltro, dovrebbe rendere il Modello stesso concretamente efficace quale esimente da responsabilità. Vero è, inutile negarlo, che la prassi giurisprudenziale ha difficilmente ritenuto la piena capacità esimente del MOG 231 così come individuata dal legislatore, benché risulti pressoché impossibile ipotizzare la costruzione di un modello idoneo a precludere in termini assoluti la commissione di illeciti. Il sistema delineato dal legislatore italiano vede, nel D. Lgs. 231/2001, il primo tentativo di una regolamentazione congiunta statale-privata che punta a incoraggiare l'impresa a un'attività di autocontrollo e autorganizzazione, secondo una logica punitivo-premiante. L'incentivo per l'adozione di condotte virtuose, che poi si traducono, a livello pratico, nella

predisposizione preventiva dei modelli organizzativi di gestione e controllo, è, o dovrebbe essere la piena esenzione da responsabilità; ulteriori benefici premiali, desumibili dal complesso normativo del Decreto, possono essere applicati là dove il modello venga adottato *post delictum*. Si assiste, in buona sostanza, a una logica premiale a scalare che, peraltro, non è dissimile da quella che si riscontra anche dalla lettura del CCII, all'art. 25 comma 2, segnatamente nel rapporto causa di non punibilità e attenuante speciale.

Nel Decreto 231, si parla, in caso di adozione successiva alla contestazione di reato, di c.d. *modello riparatore* il cui scopo, purché adottato prima dell'apertura del dibattimento, è quello di importare per l'ente indagato:

- la riduzione della sanzione pecuniaria ex art. 12;
- l'esclusione dalla sanzione interdittiva ex art. 17;
- l'inapplicabilità, quale conseguenza delle prime, della sanzione della pubblicazione della sentenza ex art. 18;
- la sospensione o revoca della misura cautelare a fronte di una dichiarazione di voler adottare un MOG 231 ex art. 49.

La premialità, tuttavia, nel caso dell'adozione del modello *post delictum*, non risponde più a una logica preventiva bensì a una compensativa in cui le contro-condotte attuate dall'impresa, intese quali forme di ravvedimento operoso, riducono l'offesa dalla stessa cagionata, inducendo così il legislatore a *premiare* l'impresa sanzionandola meno duramente. Il carattere premiale penale che emerge dal CCII si sviluppa intorno a precise figure di reato previste dall'art. 25 comma 2, in particolare in relazione a quelle condotte antecedenti all'apertura di una procedura concorsuale e alle iniziative per porvi rimedio a disposizione dell'imprenditore: gli strumenti premiali previsti dal CCII, meglio precisati nel prosieguo, scattano in presenza di una condotta proattiva del debitore.

Ecco quindi che si comprende come sia centrale l'adeguatezza dell'assetto organizzativo: essa si misura con la concreta possibilità di emersione tempestiva degli indizi di crisi, grazie a una struttura amministrativa e contabile che consenta la circolazione delle informazioni e l'efficace esplicazione dell'attività di controllo, con gli strumenti dati dallo stesso CCII (obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo, del revisore e della società di revisione sull'andamento della gestione aziendale e delle banche ed intermediari finanziari in caso di modifiche del regime degli affidamenti – art. 14 – e per i soggetti pubblici ex art. 15).

4.1. Misure premiali penali previste dal CCII: vantaggi da cogliere per l'imprenditore virtuoso

Le misure in esame integrano il quadro dei benefici attribuiti all'imprenditore virtuoso, anche a carattere tributario oltretutto concorsuale, e si completano fra loro poiché l'una trova il suo campo di applicazione in via residuale rispetto all'altra: si tratta, invero, di una causa di non punibilità in presenza di un danno di speciale tenuità e di una circostanza attenuante a effetto speciale. Si rende opportuno, innanzitutto, individuare i presupposti affinché le misure premiali possano produrre i loro effetti: l'art. 24 CCII specifica i termini entro cui l'iniziativa del debitore può considerarsi tempestiva, ai fini della loro applicazione, in presenza di tre distinte criticità.

In relazione ai termini, si prevede che l'imprenditore agisca con sollecitudine presentando, entro tre mesi, istanza di composizione assistita della crisi, oppure domanda, entro sei mesi, di accesso a una delle procedure di regolazione disciplinate dal CCII. Quanto al termine di decorrenza dei già menzionati, l'articolo 24 individua tre condizioni aventi a oggetto soglie quantitative di rapporti debitori scaduti nonché di superamento degli indici fissati dal CNDCEC. I presupposti appena illustrati hanno generato una prima riflessione fra gli interpreti secondo cui accertare la tempestività dell'iniziativa impone di poter individuare l'effettivo momento in cui l'imprenditore ha preso coscienza dello stato di crisi, il che appare alquanto problematico e potrebbe costituire un fattore ostativo alla concreta applicazione dell'esimente.

Il problema è, in estrema sintesi, se colui che risulti imputato di reati concorsuali possa o meno dar prova dell'esistenza di ostacoli oggettivi alla comprensione dei fenomeni indicativi dello stato di crisi per giovare dei benefici o se, di contro, la decorrenza dei termini costituisca un dato non suscettibile di essere superato.

Se si considera che tutto il sistema premiale poggia sugli adeguati assetti organizzativi è necessario concludere che non vi sia spazio per valutazioni ulteriori, poiché il giudizio di adeguatezza si fonda proprio sulla capacità di individuazione tempestiva dei segnali di crisi che sono ben specificati dalla legge, in via alternativa: l'esistenza di debiti scaduti per retribuzioni, di debiti verso fornitori nonché il superamento degli indici ex art. 13 CCII. Si rileva, inoltre, che appare difficile immaginare che chi gestisce un'impresa di modeste dimensioni non sia a conoscenza dei propri debiti mentre per le imprese medio-grandi un'adeguata organizzazione aziendale ha la finalità di consentire il monitoraggio proprio di eventi quali quelli considerati dalla norma: coloro che operano nei *processi aziendali* che si occupano di *amministrazione finanza e controllo* o di *contabilità* all'interno delle grandi imprese, anche alla luce della riforma del 2019, debbono informare costantemente il vertice ovvero l'organo di controllo dell'eventuale esposizione debitoria.

La finalità del sistema voluto dal legislatore è quella della massima responsabilizzazione dell'imprenditore, sia esso individuale o collettivo o societario, verso una condotta attenta e virtuosa, funzionale a una corretta acquisizione e gestione delle informazioni interne, sì da poter agevolare la tempestività dell'iniziativa di cui all'art. 24 del Codice della Crisi. Va comunque ricordato che soccorre, all'accertamento della tempestività, l'attestazione che il presidente del collegio nominato dal referente dell'OCRI rilascia su richiesta del debitore a tal fine, anche se essa è valida limitatamente all'applicazione delle misure premiali ottenute previo ricorso ai procedimenti di composizione assistita della crisi e non certo per le diverse procedure previste dal Codice, cui detto organismo rimane estraneo.

In ordine al ricorso a una delle procedure regolate dal Codice – artt. 56 e s. – peraltro, potrebbe osservarsi come la *ratio* degli istituti premiali, volti a incentivare la prevenzione del dissesto, sembri disattesa. E invero, va segnalato come l'accesso, ancorché tempestivo, a una delle altre procedure previste dal Codice risulti contraria a quella funzione anticipatoria atta a gestire, non lo stato di insolvenza, bensì quello meno grave di crisi. Si aggiunge anche che gli obblighi di allerta esterna della situazione critica, posti a carico dei creditori pubblici qualificati (art. 15 CCII), scattano quando sono superate soglie di mancati pagamenti per importi elevatissimi, per esempio fino a un milione di euro per le imprese collettive nei riguardi dell'Agenzia delle Entrate, e si verte nel campo di quegli indicatori sintomatici dello stato di insolvenza da sempre utilizzati dalla giurisprudenza per la declaratoria fallimentare.

Alla luce di quanto illustrato sino a ora si conferma, in ogni caso, che nell'ottica del legislatore l'assetto organizzativo approntato dall'imprenditore ex art. 2086 c.c. dovrebbe assicurare la rilevazione dello stato di crisi prima del suo aggravarsi, così permettendo di individuare il momento effettivo in cui l'imprenditore ha preso conoscenza della situazione interna alla sua attività.

4.2. Aspetti applicativi problematici

Sono presupposti dell'applicazione delle misure premiali l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale o del concordato preventivo, oppure l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti nonché il verificarsi di un danno di speciale tenuità. Sul punto deve evidenziarsi che l'art. 25 CCII pone una distinzione fra procedure, richiedendo che nel caso di *istanza* tempestiva rivolta all'OCRI si siano anche seguite con *buona fede* le indicazioni date, mentre per le altre (artt. 56 e ss. CCII) occorre che non vi sia stata pronuncia di inammissibilità. L'art. 25 del Codice menziona espressamente quale soggetto beneficiario delle misure in esame l'imprenditore, tuttavia il comma 2 fa riferimento anche a soggetti diversi, visto il richiamo agli artt. 329, 330 e 341 CCII; tali fattispecie di reato coinvolgono la posizione, fra l'altro, dei sindaci delle società per i reati di bancarotta nella procedura di liquidazione giudiziale e per quelli commessi in relazione al concordato preventivo, agli accordi di ristrutturazione o di convenzione di moratoria.

Occorre dunque chiedersi in presenza di quali presupposti scatti l'esenzione da responsabilità in base alla prima parte dell'art. 25 comma 2. Al fine di rispondere a tale quesito va ricordato, innanzitutto, che fra i doveri degli organi di controllo vi è quello di segnalazione immediata ex art. 14 CCII dell'*esistenza di fondati indizi della crisi*.

L'iter procedimentale del sistema di allerta interna è il seguente:

- l'organo di controllo assegna termine non superiore a 30 giorni all'organo amministrativo per comunicare le iniziative che intende assumere che, se non adempiute nei 60 giorni successivi o in caso di omessa risposta, comportano l'obbligo di informare l'OCRI dello stato critico;
- la tempestiva segnalazione all'organo amministrativo costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente attuate dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione, a condizione che sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI.

L'assenza di responsabilità incide sul piano civilistico ma ha risvolti anche sul piano penale: in particolare nella misura in cui in presenza di una tempestiva iniziativa di segnalazione pare che nessun altro potere impeditivo di eventi dannosi possa essere attribuito ai sindaci (che non risponderanno penalmente ex art. 40 cpv. c.p.). Tuttavia, occorre anche tener presente che la funzione di vigilanza non cessa con la fase iniziale della crisi, ma deve proseguire: l'art. 37 comma 2 CCII prevede che i sindaci, e comunque l'organo di controllo, siano fra i soggetti legittimati a richiedere la liquidazione giudiziale e in questo caso la tempestività andrà verificata in base al disposto dell'art. 24 del Codice. Il raffronto fra attivo e passivo dovrebbe essere eseguito con riguardo, al momento dell'apertura della procedura, all'attivo *inventariato* – nell'ambito della liquidazione giudiziale – e all'attivo offerto ai creditori – espressione che richiama la procedura di concordato preventivo; stando al tenore letterale della norma, tuttavia, occorre evidenziare che, se nelle procedure diverse dalla liquidazione giudiziale è lo stesso debitore che deve indicare l'ammontare dei debiti, nella prima procedura l'accertamento è soggetto alle regole dell'insinuazione al passivo e della verifica dei crediti. Opportunamente dunque si è provveduto a modificare l'originaria previsione sulla predisposizione della relazione del curatore fallimentare (art. 33 L.F.) che ora è sostituita da plurimi oneri di comunicazione: una prima informativa sugli accertamenti compiuti e sugli elementi acquisiti circa le cause dell'insolvenza e sulla responsabilità del debitore, da depositare entro trenta giorni dalla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, e una successiva relazione particolareggiata da depositarsi entro sessanta giorni dal decreto di esecutività dello stato passivo che dovrà contenere anche quanto di interesse ai fini delle indagini preliminari in sede penale (art. 130 CCII). È in tale momento che quindi maturerà la consapevolezza del divario fra attivo e passivo, quando, in concreto, si sarà verificata la portata dell'effettivo ammontare dei debiti e si sarà ricostruito il completo quadro della condotta del debitore.

Va rilevato, in relazione a quanto si potrà ripartire fra i creditori chirografari, che il giudizio fondato sulla sola scorta del valore dei beni inventariati pare prescindere dalle operazioni di liquidazione dell'attivo, solitamente lunghe (entro 5 anni prorogabili a 7, ex art. 213 comma 5 CCII) ma che potrebbero anche portare a raggiungere, se non addirittura superare, la soglia del 20%, per esempio per effetto dell'esito positivo di azioni recuperatorie, revocatorie o risarcitorie. Non è necessario peraltro attendere i tempi della liquidazione: infatti, già la predisposizione del progetto di liquidazione, da depositarsi entro sessanta giorni dall'inventario, e comunque non oltre centottanta giorni dalla sentenza dichiarativa dell'apertura giudiziale (art. 213 CCII), offre chiare indicazioni sul patrimonio del debitore in cui rientrano certamente le azioni giudiziali a contenuto recuperatorio.

Le condotte del debitore che sono suscettibili di valutazione ai fini delle misure premiali sono, a norma dell'art. 25 comma 2 CCII, quelle poste in essere prima dell'apertura della procedura che sostanzia i reati ivi elencati. Si è posto, fra gli interpreti, il problema se sia implicito nel sistema, come delineato dal Legislatore, che siano esclusi dai benefici quei reati commessi eventualmente nello spazio temporale intercorrente fra la domanda di accesso a una delle procedure o l'istanza ex art. 19 CCII e l'apertura della procedura concorsuale di liquidazione giudiziale, di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti. In senso favorevole all'esclusione si è osservato che la norma non vuole garantire impunità a condotte spregiudicate fino all'apertura delle procedure concorsuali ma va altresì osservato che il tenore letterale della norma non pare per nulla escludere tale possibilità anche perché la tempestività dell'iniziativa dell'imprenditore, unita alla lieve tenuità del danno (ai fini dell'esimente) o alla concreta soddisfazione dei crediti chirografari nella circostanza attenuante, costituisce il presupposto per l'operatività delle misure premiali, mentre non pare rilevante ai fini dell'individuazione del *tempus commissi delicti*. Non a caso è stato osservato che il disposto dell'art. 25 CCII concorre a definire un nuovo parametro della diligenza dell'imprenditore nell'ottica di non limitare condotte

gestorie dinamiche finalizzate alla risoluzione della crisi. Sarà solo l'applicazione pratica della norma, quindi la giurisprudenza, a dare risposta alla problematica esaminata.

5. Conclusioni

Nell'esaminare istituti posti a presidio della continuità aziendale in parallelo con i collaudati sistemi di prevenzione del rischio da reato si è fatta menzione del rischio *insolvenza* che pare espressione più adeguata, a quella che spesso si incontra, di prevenzione del rischio *crisi*. La crisi economico patrimoniale finanziaria per un'impresa può avere le più varie ragioni e non è sempre prevenibile mentre è possibile una sua gestione in chiave anticipatoria rispetto all'*insolvenza*. I sistemi di prevenzione previsti dal CCII e dal D. Lgs 231/2001 possono interagire fra loro anche se i reati di bancarotta e le altre fattispecie richiamate dall'art. 25 CCII non rientrano nel catalogo dei reati presupposto per i quali si dovrebbe adottare il MOG 231.

Vi sono tuttavia fattispecie penali idonee a incidere sull'equilibrio economico patrimoniale di un'impresa, basti pensare ai reati tributari, attesa la previsione della L. 19 dicembre 2019, n. 157, e capita di frequente nella prassi giudiziaria di assistere a procedimenti per reati di bancarotta in cui si contestano, nello stesso oppure in diverso processo, figure di reato previste dal D. Lgs. 74/2000.

L'attuale situazione pandemica poi pone specifici obblighi organizzativi in capo alle imprese per la prevenzione dal contagio che si inseriscono nella tutela della salute dei lavoratori, la cui violazione rientra certamente fra gli illeciti previsti dall'art. 25 *septies* del D. Lgs. 231/2001, mentre va rilevato che in relazione ai reati societari – art. 25 *ter* del Decreto 231– varie figure sono già incluse nelle fattispecie penali concorsuali (art. 329 CCII) e altre, quali per esempio il reato di impedito controllo (art. 2625 c.c.), possono essere realizzate nell'ottica di non far emergere gli indici della crisi e ritardare l'accesso alle misure risolutive. Quanto precede implica la rilevanza dell'implementazione dei sistemi di controllo e dell'importanza della circolazione delle informazioni rilevanti per la gestione dell'attività d'impresa ma anche della necessità che ogni modalità organizzativa sia sempre aderente e adeguata alle concrete esigenze aziendali parametrata sugli obiettivi imprenditoriali.

Attualmente le imprese sono soggette a plurime normative che impongono un approccio preventivo a varie categorie di rischi, il che prova che l'attività di *compliance*, che fa riferimento a quelle attività preventive che le organizzazioni sono chiamate a implementare per essere conformi alla normativa, agli *standard*, alle procedure interne e ai codici organizzativi, se può essere un'opportunità per le imprese, come nel caso dei MOG 231, in molti casi sta divenendo un obbligo, la cui osservanza è indotta, dal legislatore, anche mediante la predisposizione di importanti benefici premiali.

9 luglio 2021

Avv. Bruna Capparelli

prorevi auditing s.r.l.