



22 aprile 2015

Rapporto esplicativo

Modifica della legge federale sulla esecuzione e
sul fallimento (Fallimenti. Impedire gli abusi)

Indice

1	Situazione iniziale e modo di procedere.....	3
1.1	Mozione Hess (11.3925)	3
1.2	Contesto.....	3
1.3	Statistiche.....	4
1.4	Consultazione delle cerchie interessate	4
2	Obiettivi delle misure proposte	5
3	Le misure proposte in dettaglio	6
3.1	Esenzione del creditore richiedente dall'obbligo di assumersi le spese (ma non dall'obbligo di anticipare le spese)	6
3.1.1	Attuazione ed effetti	6
3.1.2	Testo di legge proposto	7
3.2	Responsabilità personale solidale dei membri dell'organo superiore della società debitrice per le spese e l'anticipazione non coperte	7
3.2.1	Attuazione ed effetti	7
3.2.2	Testo di legge proposto	9
3.3	Abrogazione dell'articolo 43 numeri 1 e 1 ^{bis} LEF.....	9
3.3.1	Attuazione ed effetti	9
3.3.2	Testo di legge proposto	10
3.4	Proroga del termine di pagamento di cui all'articolo 230 capoverso 2 LEF.....	11
3.4.1	Attuazione ed effetti	11
3.4.2	Testo di legge proposto	11
4	Varianti esaminate e misure respinte	11
4.1	Varianti per l'esenzione dall'obbligo di assumersi le spese.....	11
4.1.1	Soppressione della responsabilità del creditore e dell'obbligo di anticipare le spese?	11
4.1.2	Esenzione soltanto per i crediti privilegiati?	11
4.2	Varianti per la responsabilità degli organi superiori in materia di spese del fallimento.....	12
4.2.1	«Tassa di smaltimento anticipata» per le società.....	12
4.2.2	Obbligo di revisione	12
4.3	Misure esaminate e respinte	13
4.3.1	Nessun adeguamento degli articoli 725 segg. CO.....	13
4.3.2	Impossibilità di intentare un'azione in caso di sospensione del fallimento	13
4.3.3	Rinuncia a pene accessorie nel diritto penale.....	14
4.3.4	Rinuncia temporanea a una «gogna dei falliti»	15
5	Conclusione	15

Uno dei principali obiettivi del diritto fallimentare consiste nell'offrire alle imprese in difficoltà una nuova opportunità di svolgere un'attività economica. Esso può tuttavia essere utilizzato in maniera abusiva per sottrarsi ai propri obblighi e per fare una concorrenza sleale alle altre imprese. Nel presente rapporto, stilato in adempimento della mozione 11.3925 (Hess), il Consiglio federale propone varie modifiche mirate della legge sull'esecuzione e sul fallimento, tese anzitutto a eliminare o diminuire gli attuali ostacoli pratici e giuridici che i creditori lesi incontrano nel far valere le loro pretese nei confronti dei debitori. In tal modo s'intende arginare gli abusi senza ostacolare l'iniziativa imprenditoriale o criminalizzare le imprese in difficoltà.

1 Situazione iniziale e modo di procedere

1.1 Mozione Hess (11.3925)

Il 5 dicembre 2011 (Consiglio degli Stati) e il 28 febbraio 2012 (Consiglio nazionale) le Camere hanno accolto, senza voti contrari, la seguente mozione del consigliere agli Stati Hans Hess (11.3925):

«Il Consiglio federale è incaricato di creare le basi legali affinché non sia più possibile dichiarare il fallimento per sottrarsi ai propri obblighi».

Nella motivazione, l'autore ha argomentato come segue:

«Continuano a emergere casi nei quali il fallimento di una società è utilizzato per liberarsi dei debiti accumulati e non pagare i salari dovuti. A poca distanza dal fallimento, il debitore fallito fonda una nuova società riassumendo il personale e, se del caso, riprendendo dalla massa fallimentare - a prezzo modico - gli impianti di produzione e le merci in deposito. Chi agisce in questo modo danneggia i propri creditori procurandosi inoltre un vantaggio competitivo rispetto ai concorrenti. Senza contare che la cassa disoccupazione deve versare indennità per insolvenza a copertura delle mensilità rimaste scoperte prima del fallimento - somme che non le vengono rimborsate se in seguito i lavoratori vengono assunti presso una nuova società del debitore fallito. Tale manovra non costituisce soltanto una distorsione concorrenziale, ma anche un uso abusivo di denaro statale».

La Commissione degli affari giuridici del Consiglio degli Stati ha motivato la proposta di accogliere la mozione adducendo le considerazioni seguenti:

«La Commissione è consapevole del fatto che gli abusi descritti nella mozione nell'ambito della procedura di fallimento corrispondono purtroppo alla realtà: il venir meno agli obblighi contrattuali, l'abuso di indennità per insolvenza e la ripresa a prezzi stracciati dei resti dell'impresa sono pratiche frequenti. Le conseguenze di questo agire si traducono in una distorsione della concorrenza e in perdite per le casse pubbliche. Per tale motivo la Commissione propone al Consiglio federale e al Consiglio degli Stati, senza voti contrari, di accogliere la mozione. Come il Consiglio federale (Boll. Uff. 2011 S 1054), la Commissione riconosce le difficoltà insite nella ricerca di una soluzione al problema degli abusi nella procedura di fallimento. L'applicazione di rimedi (sanzioni penali, divieto di fondare nuove società, ecc.) richiede circospezione. La lotta contro gli abusi è sì un obiettivo importante, ma non di assoluta priorità: molti fallimenti non sono né abusivi né dovuti a negligenza e alle persone interessate dev'essere data una seconda opportunità. In occasione dell'attuazione di questa mozione andrà quindi posta particolare attenzione al mantenimento di un equilibrio ragionevole tra i diversi interessi in campo. Le soluzioni adottate all'estero andranno considerate quali spunti di riflessione benché occorrerà certamente adattarle alla realtà del nostro Paese, segnatamente in considerazione delle differenze culturali economiche (definizione di abuso, percezione sociale del fallimento, diritto a una seconda opportunità, ecc.)».

1.2 Contesto

La mozione è stata presentata in reazione a vari casi, soprattutto nel settore dell'edilizia, in cui il diritto in materia di fallimento è stato utilizzato abusivamente a fini di concorrenza sleale e a detrimento dei creditori. La procedura di fallimento è quindi un mezzo per non onorare i propri obblighi, che vanno quindi a gravare gli assicuratori sociali (in particolare l'assicurazione contro l'insolvenza). In linea di massima, il diritto fallimentare permette all'imprenditore fallito di costituire rapidamente una nuova impresa, riassumendo eventualmente i vecchi collaboratori e riacquistando i suoi strumenti di lavoro, per poi danneggiare ancora una volta gli assicuratori sociali e i nuovi creditori ricorrendo al medesimo «trucco».

L'attuale diritto in materia di fallimento e il diritto penale offrono vari mezzi per lottare contro questi abusi. Tuttavia, in vari settori gli ostacoli pratici e giuridici che devono superare i creditori e le autorità per dare applicazione al diritto sono tali da farli rinunciare a esercitare i loro diritti anche in casi di abusi manifesti. Spesso i creditori rinunciano subito all'apertura di una

procedura formale, in quanto i rischi finanziari sono troppo elevati. Le transazioni abusive effettuate dal debitore fallito possono tuttavia essere revocate soltanto se è stata aperta perlomeno una procedura di liquidazione sommaria.

In genere il mancato perseguimento dei casi di abuso non è dovuto a lacune giuridiche, ma piuttosto al fatto che, comprensibilmente, il danneggiato non è disposto ad assumersi ulteriori rischi finanziari sotto forma di procedure civili o penali.

1.3 Statistiche

Attualmente in Svizzera sono dichiarati circa 12 000 fallimenti all'anno¹. Le statistiche non sono tuttavia in grado di indicare quanti fallimenti vadano considerati abusivi. La sospensione del fallimento per mancanza di attivi è un indizio che il giudice è stato sollecitato troppo tardi. Secondo uno studio di Ernst & Young del 2009², il 41,4 per cento delle procedure di fallimento è sospeso per mancanza di attivi. Secondo il ministero pubblico di Zurigo, soltanto pochi casi di fallimento sono perseguiti penalmente (meno di una decina all'anno per tutto il Cantone), perlomeno per quanto concerne quelli sottoposti al ministero pubblico. Non è possibile ottenere cifre più precise. Il numero di condanne per reati in ambito fallimentare registra un costante, seppur moderato, aumento³.

1.4 Consultazione delle cerchie interessate

Prima di elaborare le presenti proposte di revisione sono stati consultati vari specialisti di imprese e autorità, i cui pareri e riscontri sono stati integrati nel presente rapporto.

Il ministero pubblico di Zurigo ha indicato che il numero di casi di abuso denunciati è assai limitato (meno di una decina all'anno per distretto). A suo avviso non occorre modificare le norme penali applicabili. Sospetta invece che molti casi non siano denunciati.

La Divisione principale dell'imposta sul valore aggiunto dell'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC) ha segnalato le difficoltà cui deve far fronte a causa dell'articolo 43 LEF, che le vieta di ricorrere all'esecuzione in via di fallimento. Infatti, numerose imprese rinunciano sistematicamente a pagare le imposte, procurandosi in tal modo un vantaggio concorrenziale. Il pignoramento di norma è infruttuoso. L'apertura del fallimento chiesta da altri creditori avviene spesso troppo tardi, a danno di tutti i creditori. Le disposizioni sulla responsabilità personale del gerente (in particolare art. 52 cpv. 2 LAVS) risultano invece molto efficaci e permettono quasi sempre di recuperare i crediti.

L'assicurazione contro la disoccupazione e quella contro l'insolvenza (SECO), spesso vittime di abusi, hanno attirato l'attenzione sulle spese per l'esercizio dei loro diritti e sull'onere legato alla procedura. Questi problemi hanno spesso indotto anche amministrazioni dotate di sufficienti risorse a rinunciare a perseguire in giustizia i casi di abuso.

Il *fondo di garanzia LPP* e l'*Ufficio centrale di compensazione (UCC)*, anch'essi spesso danneggiati dagli abusi, hanno espresso critiche analoghe: le procedure sono spesso laboriose e costose e, se vanno a buon fine, permettono di recuperare soltanto una piccola parte dei crediti. In genere, più tardiva è la dichiarazione di fallimento, più importanti sono i danni. Inoltre, a differenza dei servizi d'incasso crediti privati, questi due enti (come l'AFC) non possono identificare tempestivamente i «recidivi» per motivi inerenti alla protezione dei dati. Il perseguimento penale è invece di norma efficace se il creditore è stato in grado di sporgere una denuncia documentata.

Anche i *servizi d'incasso privati* sono dell'avviso che spesso non vale la pena esercitare i loro diritti perché le spese sono troppo elevate. Anche date su falliti notori, seppur utili, non

¹ Ufficio federale di statistica

² Rapporto consultabile all'indirizzo <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/00060/index.html?lang=en>, volume 19, pag. 51 (disponibile soltanto in francese).

³ Cfr. sotto n. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

sono sempre affidabili, in quanto non utilizzano identificatori uniformi. Sono possibili confusioni e alcuni debitori approfittano di ortografie diverse per non essere identificati.

L'Unione sindacale svizzera (USS) e UNIA pongono l'accento sulle pesanti conseguenze dei casi di abuso per i lavoratori. Da un lato, ritengono che spesso la dichiarazione tardiva di fallimento comporti la perdita dell'indennità concessa dall'assicurazione contro l'insolvenza. Dall'altro, rimproverano a quest'ultima di valutare con criteri troppo severi l'obbligo per il lavoratore di ridurre il danno, in particolare esercitando i suoi diritti di creditore. Il lavoratore deve inoltre assumersene i costi, poiché la questione della gratuità della procedura sommaria non è ancora stata chiarita. Comunque, spesso il lavoratore non è praticamente in grado di anticipare le spese procedurali. Sono espressi dubbi quanto all'efficacia del perseguimento penale, anche se non sono praticamente mai sporte denunce. In generale, l'USS e UNIA auspicano che in caso di fallimento sia posto maggiormente l'accento sulla responsabilità penale (p. es. come nel diritto belga).

Alcuni *specialisti di uffici fallimenti e di tribunali* hanno spiegato che, anche nell'ambito di procedure di liquidazione sommaria, i casi di cessioni di crediti e quelli di creditori che esercitano i loro diritti sono rari, probabilmente a causa dei rischi finanziari correlati. L'articolo 43 LEF impedisce inoltre ai servizi (p. es. l'AFC) che disporrebbero delle conoscenze e dei mezzi necessari di chiedere l'apertura del fallimento. Il fallimento è pertanto dichiarato troppo tardi. Infine, i giudici non sfruttano mai appieno gli strumenti messi a disposizione dal diritto penale. Nella maggior parte dei casi le pene inflitte tramite decreto d'accusa sono molto miti; è pertanto lecito nutrire dubbi sulla loro efficacia in materia di prevenzione speciale.

2 Obiettivi delle misure proposte

Molte delle misure previste per impedire i fallimenti abusivi entrano in conflitto con interessi sensibili e procedure consolidate (dichiarazione di fallimento, procedura di fallimento). Come constatato dalla Commissione incaricata dell'esame preliminare, «la lotta contro gli abusi è sì un obiettivo importante, ma non di assoluta priorità: molti fallimenti non sono né abusivi né dovuti a negligenza e alle persone interessate dev'essere data una seconda opportunità. In occasione dell'attuazione di questa mozione andrà quindi posta particolare attenzione al mantenimento di un equilibrio ragionevole tra i diversi interessi in campo»⁴.

Dai pareri degli esperti e dalle conseguenti riflessioni risulta che, da un lato, né la LEF né il Codice penale necessitano di adeguamenti o integrazioni sostanziali. Dall'altro lato, è pure chiaro che non è possibile risolvere il problema dei fallimenti abusivi con un'unica misura legislativa. Occorrono piuttosto vari interventi mirati che permettano di utilizzare in maniera più efficace gli strumenti giuridici esistenti, conseguendo in tal modo un effetto di prevenzione generale.

In numerosi casi di fallimento, in particolare nei casi di abuso in questione, la massa lasciata dal fallito (perlopiù una SA o una Sagl) non è sufficiente nemmeno per coprire i costi di una procedura di liquidazione sommaria. Per questo motivo, la maggioranza dei creditori non vuole assumersi il rischio di anticipare le spese. Spesso il fallimento è quindi sospeso per mancanza di attivi (art. 230 LEF). La sospensione riattiva la possibilità di perseguire il debitore per via di pignoramento (art. 230 cpv. 3 e 4 LEF), come pure di promuovere eventuali azioni di responsabilità. Tuttavia, essa crea una grande incertezza giuridica ad esempio in merito a chi (se non vi è alcuna amministrazione del fallimento) può far valere un determinato danno (soltanto danni diretti?). La legge non disciplina le conseguenze della sospensione del fallimento sulle azioni di responsabilità (secondo l'art. 754 o 757 CO). Inoltre, né la dottrina né la giurisprudenza precisano questo punto⁵.

In sintesi, si constata che le sospensioni del fallimento per mancanza di attivi favoriscono l'impunità degli imprenditori inadempienti. Paradossalmente questi hanno la possibilità di

⁴ Rapporto della Commissione degli affari giuridici del 2 febbraio 2012.

⁵ Cfr. ad es. Tribunale commerciale di San Gallo 10 maggio 2011, HG.2011.18.

ridurre il rischio di essere chiamati a rispondere personalmente nei confronti dei loro creditori mandando completamente in rovina le loro imprese. In questo ambito occorre un intervento del legislatore. Le misure da adottare dovrebbero mirare ad anticipare l'apertura del fallimento a un momento in cui sono ancora disponibili attivi sufficienti perlomeno per coprire le spese di una procedura di liquidazione sommaria.

Secondo i pubblici ministeri interpellati, per le autorità di perseguimento penale sarebbe utile poter consultare ed eventualmente sequestrare i dossier degli uffici fallimenti, il che è tuttavia possibile soltanto se è avviata una procedura.

3 Le misure proposte in dettaglio

3.1 Esenzione del creditore richiedente dall'obbligo di assumersi le spese (ma non dall'obbligo di anticipare le spese)

3.1.1 Attuazione ed effetti

Il creditore che secondo l'articolo 230 capoverso 2 LEF fornisce la garanzia richiesta dall'ufficio fallimenti per coprire almeno le spese della procedura di liquidazione sommaria si assume un considerevole rischio finanziario. Nella maggior parte dei casi si vedrà rimborsare l'importo anticipato soltanto se, dopo l'apertura della procedura, esige una cessione del credito secondo l'articolo 260 LEF, promuove la relativa azione e prevale. Ma anche in questo caso sopporta il rischio legato alla riscossione dei crediti.

Secondo l'attuale articolo 169 capoverso 1 LEF, il creditore che presenta la domanda di fallimento è responsabile delle spese occorse fino alla sospensione del fallimento per mancanza di attivi o alla pubblicazione e convocazione dei creditori. Tale disciplinamento delle spese non è del tutto comprensibile. Se la domanda di fallimento porta alla dichiarazione di fallimento, il creditore ha di per sé «vinto». È dunque il debitore che dovrebbe assumersi le spese in quanto è all'origine del fallimento. La procedura di fallimento è inoltre a vantaggio di numerosi creditori. È pertanto lecito domandarsi perché uno solo di loro debba assumersi rischi finanziari a favore di tutti gli altri.

La presente proposta di modifica dell'articolo 169 capoverso 1 LEF addossa l'obbligo di assumersi le spese al debitore o alla massa. Il giudice o l'ufficio fallimenti resta invece autorizzato a esigere dal creditore richiedente un anticipo delle spese. In tal modo si evita di finanziare i fallimenti a spese della collettività. In compenso, il creditore potrà intentare un'azione di responsabilità in tutti i casi in cui il debitore è una persona giuridica (cfr. sotto, n. 3.2). Il creditore continua tuttavia a essere esposto a un rischio finanziario, seppure ridotto. Si rinuncia a eliminare qualsiasi rischio finanziario per il creditore per evitare fallimenti in cui nessuno è stato danneggiato o non vi sono (nemmeno presso gli organi) beni patrimoniali realizzabili.

In seguito alla proposta di abrogare l'attuale articolo 169 capoverso 1 LEF la società dovrebbe assumersi le spese anche nei casi di cui all'**articolo 731b capoverso 1 numero 3 CO**. La minor somma ricavata sarebbe assunta come finora dalla collettività. L'ufficio fallimenti potrebbe tuttavia fondarsi sulla nuova disposizione per addossare tali costi agli ultimi membri dell'organo superiore della società (n. 3.2). In tal modo le situazioni che comportano una liquidazione secondo l'articolo 731b capoverso 1 numero 3 CO dovrebbero diventare meno attrattive come strumenti di smaltimento delle società a spese dei creditori. La disposizione dovrebbe rafforzare l'effetto di prevenzione generale e ridurre, in determinati casi, le spese a carico della collettività⁶.

⁶ L'art. 731b CO è in vigore dall'inizio del 2008. Disciplina la procedura in caso di lacune nell'organizzazione della società. Se una società è priva di uno degli organi prescritti o uno di tali organi non è composto conformemente alle prescrizioni, un azionista, un creditore o l'ufficiale del registro di commercio può chiedere al giudice di prendere le misure necessarie per colmare la lacuna. Come *ultima ratio* il giudice può liquidare le società secondo le prescrizioni applicabili al fallimento anche in assenza di insolvenza o eccedenza dei debiti. Negli ultimi anni la quota delle imprese liquidate in tal modo è salita a circa il 30 per cento. Questo disciplinamento è stato criticato da varie parti, in particolare perché le società sono «smaltite» a spese

3.1.2 Testo di legge proposto

Art. 169 LEF

[4. Responsabilità Anticipazione delle spese]

¹ ~~Chi presenta la domanda di fallimento è responsabile delle spese occorse fino alla sospensione del fallimento per mancanza di attivi (art. 230) o alla pubblicazione e convocazione dei creditori (art. 232) comprese. Il giudice può pretendere dalla parte che presenta la domanda di fallimento un'anticipazione delle spese occorse fino alla sospensione del fallimento per mancanza di attivi (art. 230) o alla pubblicazione e convocazione dei creditori (art. 232).~~

² [cfr. sotto n. Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.]

In sostanza, l'adeguamento proposto sostituisce la responsabilità della parte che chiede il fallimento con un obbligo della medesima portata di anticipare le spese. Si può giustamente obiettare che all'atto pratico cambia poco per la parte richiedente. La novità va tuttavia valutata in relazione alla nuova disposizione, illustrata al numero 3.2, secondo cui i membri dell'organo superiore della società debitrice rispondono, nei confronti della parte che ha versato l'anticipo, delle spese non coperte dalla massa. Il creditore dovrà continuare a «mettere mano al portafoglio», ma ha buone probabilità di recuperare l'importo presso gli ultimi membri dell'organo superiore a essere stati iscritti nel registro di commercio. Questa soluzione potrebbe essere interessante perlomeno laddove agli organi rimane un patrimonio personale, il che non è raro in casi di abuso. Questa possibilità di regresso può essere utile anche all'ufficio fallimenti, in particolare nei casi in cui non può esigere un anticipo (art. 731b cpv. 1 n 3 CO).

3.2 Responsabilità personale solidale dei membri dell'organo superiore della società debitrice per le spese e l'anticipazione non coperte

3.2.1 Attuazione ed effetti

Come illustrato in precedenza, se sono stati commessi abusi gli ultimi organi di una persona giuridica non hanno particolare interesse a chiedere l'apertura del fallimento in tempi brevi, perlomeno finché gli attivi disponibili permetterebbero di coprire le spese di una procedura di liquidazione sommaria. Infatti, se non vi sono più attivi nella massa, la procedura è sospesa e per i creditori diventa più difficile e rischioso finanziariamente esercitare i loro diritti contro i gerenti eventualmente inadempienti.

Tuttavia, il fatto che al momento dell'apertura del fallimento una società non disponga di mezzi sufficienti per coprire almeno le spese di una procedura di liquidazione sommaria fa sorgere una forte presunzione che gli organi della persona giuridica in questione non abbiano rispettato i loro obblighi secondo gli articoli 725 segg. CO.

L'avamprogetto prevede pertanto che, quando il debitore è una persona giuridica, i **membri dell'organo superiore di direzione o di amministrazione iscritti da ultimi nel registro di commercio siano chiamati a rispondere**, nei confronti del creditore tenuto ad anticipare le spese o dell'ufficio fallimenti, delle **spese della procedura di liquidazione sommaria non coperte dalla massa**. I membri dell'organo devono poter dimostrare di aver rispettato i loro obblighi secondo gli articoli 725 segg. CO.

La Germania ha di recente introdotto una normativa analoga nell'ambito della legge sull'ulteriore agevolazione del risanamento delle imprese (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, ESUG, BGBl I 2011, 2582; § 26 IV dInsO):

(3) Wer nach Absatz 1 Satz 2 einen Vorschuß geleistet hat, kann die Erstattung des vorgeschossenen Betrages von jeder Person verlangen, die entgegen den Vorschriften des Insolvenz- oder Gesellschaftsrechts den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens pflichtwidrig und schuldhaft nicht gestellt hat. Ist streitig, ob die Person pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt hat, so trifft sie die Beweislast.

(4) Zur Leistung eines Vorschusses nach Absatz 1 Satz 2 ist jede Person verpflichtet, die entgegen den Vorschriften des Insolvenz- oder Gesellschaftsrechts pflichtwidrig und schuldhaft keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hat. Ist streitig, ob die Person pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt hat, so trifft sie die Beweislast. Die Zahlung des Vorschusses kann der vorläufige Insolvenzverwalter sowie jede Person verlangen, die einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner hat.

[Traduzione:

(3) Chiunque ha versato un anticipo secondo il capoverso 1 periodo 2 può esigere di essere rimborsato da qualsiasi persona che, in maniera colpevole e in violazione dei suoi obblighi, non ha presentato la domanda di apertura della procedura di insolvenza conformemente alle prescrizioni del diritto societario o in materia di insolvenza. In caso di contestazione, la persona è gravata dall'onere di provare che non ha agito in maniera colpevole né violato i suoi obblighi.

(4) È obbligato a versare un anticipo secondo il capoverso 1 periodo 2 chiunque, in maniera colpevole e in violazione dei suoi obblighi, non ha presentato la domanda di apertura della procedura di insolvenza conformemente alle prescrizioni del diritto societario o in materia di insolvenza. In caso di contestazione, tale persona è gravata dall'onere di provare che non ha agito in maniera colpevole né violato i suoi obblighi. Il curatore provvisorio dell'insolvenza e chiunque possa far valere una fondata pretesa patrimoniale nei confronti del debitore possono chiedere il versamento di un anticipo.]

In virtù dei nuovi capoversi 3 e 4 le persone che, in maniera colpevole e in violazione dei loro obblighi, non hanno presentato la domanda di insolvenza conformemente alle prescrizioni del diritto societario o in materia di insolvenza sono tenute a versare il necessario anticipo delle spese. L'azione può essere promossa sia dal curatore provvisorio dell'insolvenza sia da qualsiasi persona che vanti una fondata pretesa patrimoniale nei confronti del debitore. È intentata nell'ambito della procedura dinanzi a un giudice civile. L'anticipo è versato alla cancelleria del tribunale a favore della (futura) massa di insolvenza. Nell'ambito di tale procedura, spetta all'organo chiamato in causa provare che non ha agito in maniera colpevole né violato i suoi obblighi (§ 26 IV 2 InsO).

Siffatta traslazione della responsabilità con presunzione di responsabilità dovrebbe produrre un effetto di prevenzione generale, in quanto i membri dell'organo superiore avranno un interesse personale ad avviare la procedura di insolvenza quando gli attivi bastano ancora a coprire le spese di una procedura di liquidazione sommaria. Se l'organo adempie il suo obbligo di avvisare tempestivamente il giudice in caso di eccedenza dei debiti, è probabile che vi siano ancora attivi sufficienti.

Le società potrebbero quindi prendere l'abitudine di costituire una «riserva di ferro» per ridurre il rischio di responsabilità personale del loro organo superiore. La nuova normativa dovrebbe inoltre anticipare il momento della presentazione dell'avviso di indebitamento. Infatti, i membri dell'organo superiore iscritti da ultimi nel registro di commercio hanno un interesse personale a presentare l'avviso di indebitamento quando gli attivi societari sono ancora sufficienti a pagare l'anticipazione. Si combatterà così in maniera efficace il fenomeno degli avvisi di indebitamento trasmessi cinque minuti dopo la mezzanotte.

Diversamente da quanto accadrebbe se la procedura fosse gratuita, la presente normativa non sarà causa di procedure di fallimento in cui non vi siano creditori danneggiati o in cui, nonostante la responsabilità solidale, nessun creditore sia disposto a pagare l'anticipazione. Casi di questo genere rimarranno frequenti, ragione per cui il vantaggio della novità che si vuole introdurre risiede soprattutto nel suo effetto di prevenzione generale.

3.2.2 Testo di legge proposto

Art. 169 cpv. 2 LEF (nuovo)

4. Responsabilità Anticipazione delle spese

[in merito al cpv. 1 cfr. sopra n. 3.1.2].

² Se il debitore è una persona giuridica, i membri dell'organo superiore di direzione o di amministrazione che per ultimi sono stati nominati dalla società e iscritti nel registro di commercio rispondono solidalmente delle spese della procedura di liquidazione sommaria non coperte dalla massa nei confronti dell'ufficio fallimenti o della parte che ha anticipato le spese, se non dimostrano di non avere colpa, in particolare di non aver violato intenzionalmente o per negligenza i loro obblighi secondo gli articoli 725 e 725a CO.

La disposizione proposta va letta e intesa in relazione alla modifica dell'articolo 169 capoverso 1 LEF illustrata al numero 3.1.2. Ne risultano due miglioramenti per i creditori: da un lato, non devono più rispondere delle spese procedurali come previsto dall'attuale articolo 169 capoverso 1 LEF, anche se continuano a sopportare il rischio legato alla riscossione del credito. Dall'altro, proprio per attenuare tale rischio viene loro concesso un regresso sui beni patrimoniali dei membri dell'organo superiore di direzione o di amministrazione della società debitrice⁷ iscritti da ultimi nel registro di commercio; tale regresso è corredato da una presunzione di responsabilità di questi membri.

La presente disposizione menziona gli organi «nominati dalla società» che vengono così distinti ad esempio dai commissari nominati dal giudice del concordato. Lo stesso vale per le persone incaricate dalla FINMA secondo l'articolo 14 capoverso 4 LFINMA e per i collaboratori della FINMA (art. 19 LFINMA). In generale, le modifiche proposte (art. 43, 169 e 230 LEF) non rientrano nel campo d'applicazione delle procedure d'insolvenza del diritto in materia di mercati finanziari (LBCR/LSA/LICoI), in particolare poiché non si tratta di fallimenti formali.

La pretesa del creditore gli spetta direttamente, senza che debba chiedere alla massa di cedergliela. Diverso è il caso di altre pretese che il creditore può far valere contro gli organi.

3.3 Abrogazione dell'articolo 43 numeri 1 e 1^{bis} LEF

3.3.1 Attuazione ed effetti

Alcuni casi di abuso mostrano che il diritto vigente permette alle imprese che rinunciano sistematicamente a pagare i loro debiti di diritto pubblico (imposte, premi LAINF) di proseguire la loro attività. In virtù dell'articolo 43 numeri 1 e 1^{bis} LEF, l'Amministrazione delle contribuzioni e la SUVA non sono autorizzate a chiedere l'apertura del fallimento. Nemmeno il pignoramento è una soluzione, poiché spesso non vi è alcun bene da pignorare. Queste pratiche d'affari costituiscono incontestabilmente un abuso e una distorsione della concorrenza. Frequentemente, in tali situazioni il fallimento non è dichiarato oppure lo è troppo tardi, con conseguenze sovente negative anche per la copertura assicurativa dei lavoratori in caso di insolvenza.

⁷ L'espressione organo superiore di direzione o di amministrazione è tratta dalla LFus e dal CO (cfr. art. 931a). Corrisponde al consiglio d'amministrazione per la società anonima, al gerente per la società a garanzia limitata, all'amministrazione per la società cooperativa e quella in accomandita, alla direzione per l'associazione e al consiglio di fondazione per la fondazione.

Per impedire queste pratiche l'avamprogetto propone di abrogare l'**articolo 43 numeri 1 e 1^{bis} LEF** abilitando di conseguenza i principali creditori di diritto pubblico a presentare domanda di fallimento, il che ridurrebbe il numero di casi di abuso.

Le opinioni divergono sull'articolo 43 LEF: alcuni sostengono che favorisca i creditori interessati, altri che li sfavorisca. Vari interventi volti ad ampliare l'elenco di cui all'articolo 43 LEF non sono andati a buon fine⁸. La disparità di trattamento dei crediti di diritto pubblico è criticata sia perché favorisce i creditori sia perché li sfavorisce. È criticata anche che la realizzazione di singoli beni (pignoramento al posto del fallimento) permetta di «prosciugare» gli attivi di una società prima dell'eventuale apertura di un fallimento. Tuttavia l'attuale articolo 43 LEF permette alle imprese che violano sistematicamente i loro obblighi di assicurare la sopravvivenza del loro «modello aziendale» abusivo e sleale ledendo le finalità di prevenzione degli abusi.

Inoltre, nel tenore vigente la disposizione è applicabile soltanto ai creditori di diritto pubblico per i crediti di diritto pubblico (la previdenza professionale costituisce un'eccezione all'eccezione). In considerazione della crescente delega di compiti sovrani a privati il suo campo di applicazione diventa pertanto sempre più aleatorio⁹.

Negli ultimi anni il risanamento ha acquisito importanza nel diritto fallimentare. Dall'entrata in vigore, il 1° gennaio 2014, del nuovo diritto della LEF in materia di risanamento, debitori e creditori dispongono di strumenti efficaci per ristrutturare i debiti e permettere a un'impresa in difficoltà finanziarie di proseguire la sua attività. Per un risanamento efficace è tuttavia necessario intraprendere tempestivamente i corrispondenti passi, quando l'impresa dispone ancora di mezzi sufficienti a finanziare un'eventuale procedura di risanamento. L'articolo 43 LEF è pertanto contrario a tale principio, in quanto permette di non pagare determinati debiti oppure di sottrarli alla massa mediante pignoramento a vantaggio di un solo creditore.

Tutti questi motivi depongono a favore di un'abrogazione dell'articolo 43 numeri 1 e 1^{bis} LEF. Il mantenimento dei numeri 2 e 3 è giustificato, tanto più che essi non danno luogo ad abusi manifesti. Il trattamento speciale dei crediti di diritto pubblico non è giustificato, ostacola i risanamenti e favorisce gli abusi.

3.3.2 Testo di legge proposto

Art. 43 LEF E. Eccezioni all'esecuzione in via di fallimento

L'esecuzione in via di fallimento è in ogni caso esclusa per:

~~1. imposte, tributi, tasse, sportule, multe e altre prestazioni fondate sul diritto pubblico e dovute a pubbliche casse o a funzionari; (abrogato)~~

~~1bis. premi dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni; (abrogato)~~

⁸ Nell'ambito dell'Iv. Pa. Baumberger (98.411; http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=19980411) la Commissione degli affari giuridici del Consiglio nazionale ha sottoposto un rapporto e una proposta assai estesa che prevedeva di escludere dall'esecuzione in via di fallimento persino i crediti di diritto privato fino a 1000 franchi. Come noto, il Parlamento non ha ripreso tale proposta. Alla fine del rapporto figura tuttavia il passaggio seguente: «Se in un prossimo futuro fossero effettivamente sollevate altre richieste d'eccezione, come paventato dalla minoranza della Commissione, allora s'imporrebbe una discussione per appurare se non sia necessario abrogare il disciplinamento dell'articolo 43 LEF poiché a quel momento obiettivo preminente non sarebbe più il suo scopo storico – vale a dire indulgenza nei confronti del debitore – bensì esso potrebbe piuttosto avvantaggiare determinati creditori. Molti debitori ritengono l'esecuzione in via di pignoramento ben più pesante di quella in via di fallimento, circostanza che comporta una migrazione piuttosto elevata dei debitori soggetti al pignoramento verso il fallimento (la metà circa di tutti i fallimenti annuali sono dichiarazioni di fallimento ai sensi dell'art. 191 LEF). Questa tendenza difficilmente si arresterà».

⁹ DTF 5A_54/2013 del 22 maggio 2013, consid. 2.1.2: nella dottrina prevale l'opinione secondo cui il campo d'applicazione della disposizione, in particolare la nozione di «pubbliche casse», non è (più) compatibile con l'epoca attuale, in cui compiti pubblici sono eseguiti anche da enti privati. È inoltre ritenuto problematico che spesso gli enti privati possano disporre il rigetto dell'opposizione contemporaneamente alla determinazione dell'importo dovuto (in proposito Kren Kostkiewicz/Walder, Kommentar SchKG, 18^a ed. 2012, N. 10 zu Art. 79 SchKG con rinvii). Per questi e altri motivi è proposta l'abrogazione della disposizione o una riforma dell'articolo 43 LEF (cfr. critica di Acocella, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2^a ed. 2010, N. 4a a.E. zu Art. 43 SchKG; Rigot, in: Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, N. 16 zu Art. 43 SchKG; Reiser, Zu den Ausnahmen von der Konkursbetreibung gemäss Art. 43 SchKG, in: BLSchK 2005, pag. 62, 65; Karlen, Privilegien des Staates bei der Vollstreckung öffentlichrechtlicher Geldforderungen, in: Festschrift Spühler, 2005, pag. 158). Vari interventi tesi ad ampliare l'elenco di cui all'art. 43 LEF alla luce della situazione non sono andati a buon fine (Iv. Pa. Baumberger, 98.411; http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=19980411).

2. contributi periodici di mantenimento o d'assistenza in virtù del diritto di famiglia e contributi di mantenimento secondo la legge del 18 giugno 2004 sull'unione domestica registrata;
3. pretese tendenti alla prestazione di garanzia.

3.4 Proroga del termine di pagamento di cui all'articolo 230 capoverso 2 LEF

3.4.1 Attuazione ed effetti

Secondo l'articolo 230 capoverso 2 LEF l'ufficio fallimenti pubblica la sospensione della procedura di fallimento per mancanza di attivi disposta dal giudice del fallimento e nella pubblicazione avverte che la procedura sarà chiusa se entro dieci giorni nessun creditore ne chiederà la continuazione fornendo la garanzia richiesta per la quota di spese non coperte dalla massa.

Nel presente contesto il termine di dieci giorni appare alquanto breve. Il creditore dovrebbe disporre di più tempo per consultare gli atti e farsi un'idea della situazione della società debitrice, per sollecitare eventualmente una consulenza legale e infine effettuare il pagamento richiesto.

Appare pertanto adeguato prolungare il termine. Alla luce della rilevanza pratica dell'articolo 51 lettera b LADI (diritto all'assicurazione contro l'insolvenza dopo che il termine per l'anticipazione delle spese è scaduto inutilizzato) l'avamprogetto propone tuttavia di prolungare il termine soltanto di dieci giorni, portandolo a 20 giorni (termine usuale per la LEF, cfr. art. 250).

3.4.2 Testo di legge proposto

Art. 230 cpv. 2 LEF

1. Sospensione della procedura di fallimento per mancanza di attivi

1. In generale

² L'ufficio dei fallimenti pubblica la sospensione della procedura di fallimento. La pubblicazione avverte che la procedura sarà chiusa se entro 20 giorni nessun creditore ne chiederà la continuazione fornendo la garanzia richiesta per la quota di spese non coperte dalla massa.

4 Varianti esaminate e misure respinte

4.1 Varianti per l'esenzione dall'obbligo di assumersi le spese

4.1.1 Soppressione della responsabilità del creditore e dell'obbligo di anticipare le spese?

Oltre alla soluzione proposta (n. 3.1) è stata esaminata anche la variante di una soppressione generale sia della responsabilità del creditore sia del suo obbligo di anticipare le spese. Questa alternativa è stata tuttavia respinta, in quanto avrebbe per conseguenza di addossare unilateralmente i costi alla collettività. Procedure di liquidazione (sommatoria) sarebbero aperte anche in casi di poco conto in cui non vi è un particolare interesse all'esecuzione di un fallimento. Va infatti tenuto presente che accollare un rischio finanziario alla parte richiedente è un mezzo per indurla a decidere se conviene avviare una data procedura. Tenuto conto di quanto precede, la variante scelta rappresenta una soluzione intermedia (n. 3.1 in combinazione con il n. 3.2).

4.1.2 Esenzione soltanto per i crediti privilegiati?

La responsabilità dei creditori e l'obbligo di anticipare le spese (art. 169 LEF) è particolarmente ingiusto nei confronti dei lavoratori e degli altri creditori privilegiati. La protezione che intende concedere il privilegio non porta frutto se, per motivi finanziari, una procedura non è stata aperta rapidamente.

È stata pertanto considerata la possibilità di non applicare l'articolo 169 LEF ai creditori privilegiati (creditori di prima e seconda classe; possibilità di cui approfitterebbero anche le assicurazioni sociali non escluse in base all'art. 43 LEF). All'atto pratico, proprio questi creditori sarebbero incoraggiati a presentare domanda di fallimento. D'altro canto, in molti casi le autorità competenti in materia di fallimento, in ultima analisi i Cantoni, dovrebbero assumersi le spese procedurali non coperte. A conti fatti, la condizione dei creditori privilegiati sarebbe migliorata a scapito dei Cantoni. Occorrerebbe infine stabilire la graduazione (secondo il rango del credito) prima dell'apertura della procedura.

4.2 Varianti per la responsabilità degli organi superiori in materia di spese del fallimento

4.2.1 «Tassa di smaltimento anticipata» per le società

È stata parimenti vagliata la possibilità di esigere, già al momento della costituzione della società, i costi stimati di una procedura di liquidazione sommaria sotto forma di «tassa di smaltimento anticipata». I registri di commercio potrebbero per esempio richiedere un giustificativo del pagamento all'ufficio fallimenti al momento dell'iscrizione della società.

Una tale misura permetterebbe di coprire in ogni caso le spese del fallimento, ma aumenterebbe i costi di fondazione, ostacolando la costituzione di nuove imprese.

Concretamente occorre ancora stabilire come calcolare l'importo di tale tassa. Al momento della costituzione non si può prevedere quanto sarà complessa una società al momento in cui farà fallimento. È ipotizzabile che la tassa corrisponda a una percentuale del capitale azionario non inferiore a un importo minimo; tale soluzione non è però applicabile ad esempio alle società cooperative senza certificati di quota.

Sul piano politico un aumento diretto dei costi di costituzione sarebbe difficilmente realizzabile, in quanto diametralmente opposto alle più recenti riforme, ad esempio quella del diritto delle Sagl, e agli sforzi politici profusi per agevolare la costituzione di nuove imprese. Si teme inoltre un onere burocratico supplementare per riscuotere, gestire (interessi) e tenere in deposito tale anticipo. Infine, il capitale sarebbe vincolato (per tutte le imprese, anche quelle che non sono mai state coinvolte in una procedura di fallimento).

Per contro, la soluzione proposta dall'avamprogetto non pesa sulla collettività e non comporta nuove procedure per pagare e tenere in deposito l'anticipo. Occorre certo rilevare che il creditore richiedente continua a dover sopportare il rischio legato alla riscossione del credito, il che permette tuttavia di evitare l'apertura di procedure di fallimento economicamente non convenienti.

4.2.2 Obbligo di revisione

Secondo il diritto vigente, le piccole imprese (meno di 10 posti a tempo pieno) hanno la possibilità di rinunciare a una revisione (art. 727a cpv. 2 CO). Le imprese interessate fanno molto spesso uso di questo diritto. La maggior parte dei casi di abuso oggetto del presente rapporto concerne società che non sottostanno ad alcun obbligo di revisione e rinunciano volontariamente a sottoporvisi. Uno studio effettuato dall'Università di scienze applicate di Zurigo ha evidenziato una correlazione molto chiara tra la frequenza delle insolvenze e la rinuncia alla revisione¹⁰.

Si è pertanto considerato di abolire la possibilità di rinunciare alla revisione. Questa misura renderebbe tuttavia molto più costoso costituire e gestire un'impresa con pochi oneri e mezzi. Inoltre, la decisione del legislatore di graduare l'obbligo di revisione è relativamente recen-

¹⁰ Un riassunto dello studio in questione è consultabile (in tedesco e senza le cifre in questione) all'indirizzo <http://pd.zhaw.ch/publikation/upload/206339.pdf> (visitato il 6.8.2014). La correlazione evidenziata è tuttavia dovuta a una debole capitalizzazione, piuttosto tipica per le imprese senza ufficio di revisione.

te e in tale contesto sono già stati accuratamente valutati gli eventuali rischi. Per il momento è pertanto escluso di ritornare su questa decisione.

Nell'ambito del **diritto in materia di appalti** sarebbe invece opportuno, proprio per evitare eventuali abusi, assegnare gli appalti pubblici soltanto a società con un ufficio di revisione o prevedere clausole di questo tipo nelle condizioni degli appalti. In proposito il presente rapporto si limita tuttavia a formulare una **raccomandazione**.

4.3 Misure esaminate e respinte

4.3.1 Nessun adeguamento degli articoli 725 segg. CO

Di norma un avviso di indebitamento presentato quando gli attivi della società non sono più sufficienti a finanziare una procedura di liquidazione sommaria dovrebbe essere considerato tardivo e rappresentare quindi una violazione degli obblighi del consiglio d'amministrazione. In questo caso il problema non risiede tanto nella situazione giuridica materiale, quanto negli ostacoli fattuali che scoraggiano gli attori dall'intentare un'azione. Dato che non esiste una giurisprudenza consolidata in materia e che la prassi non mostra alcuna sensibilità in proposito, è stata parimenti vagliata l'opportunità di iscrivere esplicitamente siffatto obbligo nella legge. L'articolo 725 CO potrebbe precisare che, nei casi previsti dal diritto vigente, l'avviso di indebitamento deve essere trasmesso fintanto che gli attivi sono sufficienti a finanziare un'eventuale procedura fallimentare o concordataria.

In tale contesto va rammentato che nell'avamprogetto di revisione del diritto della società anonima del 28 novembre 2014 sono state integrate anche le proposte avanzate dal gruppo di esperti «**risanamento nel Codice delle obbligazioni**». Tali proposte prevedono una riforma globale degli articoli 725 segg. CO, in particolare l'introduzione di «indicatori precoci» e il rafforzamento dell'obbligo di sorvegliare la situazione finanziaria¹¹. Il rispetto del nuovo obbligo permette di evitare i casi in cui l'avviso di indebitamento è trasmesso quando gli attivi sono già insufficienti. Tenuto conto delle proposte citate e dell'impatto favorevole che avranno nella lotta contro gli abusi, l'avamprogetto rinuncia a proporre ulteriori misure.

4.3.2 Impossibilità di intentare un'azione in caso di sospensione del fallimento

Nel diritto vigente, il quadro normativo relativo alla legittimazione del creditore ad agire in responsabilità contro il consiglio d'amministrazione della società fallita, dopo che il fallimento è stato sospeso per mancanza di attivi, è poco chiaro. Le conseguenze della sospensione del fallimento sulle azioni di responsabilità (secondo l'art. 754 o 757 CO) non sono disciplinate nella legge. La dottrina e la giurisprudenza non sono finora state di grande aiuto ai potenziali attori¹². Di fatto (ma anche dal punto di vista del diritto) la promozione dell'azione dipende dall'esecuzione di una procedura di liquidazione sommaria e quindi dal pagamento di un anticipo. Gli uffici fallimenti sperano che ciò induca i creditori a versare regolarmente l'anticipo.

È stata pertanto esaminata la possibilità di legittimare i creditori a intentare un'azione anche quando il fallimento è sospeso per mancanza di attivi. In virtù del principio della parità di trattamento, occorrerà tuttavia coinvolgere nella procedura gli altri potenziali creditori. Si potrebbe prevedere che il richiedente prevalente sia obbligato a pagare le spese di una liquidazione sommaria (successiva) (una volta dedotte le spese proprie). La diffida ai creditori potrebbe essere ripetuta nell'ambito di una procedura «finanziata» in tal modo. In alternativa o in

¹¹ Cfr. pag. 138 segg. del rapporto esplicativo, consultabile all'indirizzo <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtsrevision14/vn-ber-i.pdf> (visitato l'1.12.2014).

¹² Cfr. ad es. Tribunale commerciale di San Gallo 10 maggio 2011, HG.2011.18 nonché DTF 110 II 396. Secondo la DTF 110 II 396 il creditore ha il diritto di chiedere la reinscrizione della società cancellata dal registro di commercio dopo la sospensione della procedura di fallimento per mancanza di attivi se rende credibile che sono disponibili valori patrimoniali e fa valere pretese. La decisione implica tuttavia manifestamente che l'amministrazione del fallimento esegua una liquidazione sommaria, per la quale è a sua volta chiesto il pagamento di un anticipo. La sentenza del Tribunale commerciale di San Gallo pone invece considerevoli ostacoli al creditore. Ad esempio esso non gode della legittimazione attiva se non fa valere il danno (indiretto) nei confronti della società quale comunione dei creditori. Può tuttavia farlo soltanto nell'ambito di una cessione secondo l'art. 260 LEF, ossia se è eseguita una procedura di fallimento.

aggiunta si potrebbe prevedere di pubblicare un annuncio relativo alla promozione dell'azione, precisando un termine per intervenire nella controversia. Queste soluzioni sono tuttavia altrettanto complesse del diritto vigente, ragione per cui sono state preferite le misure proposte al numero 3.

4.3.3 Rinuncia a pene accessorie nel diritto penale

Di primo acchito appare sensato punire penalmente casi di abuso particolarmente scioccanti. È stata pertanto esaminata anche una revisione delle norme penali, eventualmente l'adozione di pene accessorie supplementari (p. es. di un'interdizione dell'esercizio della professione o di un'attività indipendente).

Dall'esame delle pertinenti norme del CP e dai colloqui con autorità di perseguimento penale è tuttavia risultato che in linea di principio non occorre modificare il diritto penale. Questa conclusione è suffragata dalle statistiche. Da quando, nel 1995, sono state riformate le disposizioni sulla bancarotta fraudolenta (art. 163 CP) si è registrato un continuo aumento delle condanne¹³. La cornice edittale per questo crimine va dalla pena pecuniaria a una pena detentiva fino a cinque anni. Dal 2005 si osserva un marcato incremento (ca. 90 nel 2010) anche delle condanne per omissione della contabilità (art. 166 CP). In questo caso è prevista una sanzione fino a tre anni di carcere. Non è possibile individuare una tendenza chiara per quanto concerne la cattiva gestione (art. 165 CP), reato per cui è comminata una pena detentiva massima di cinque anni. La dottrina non ha chiesto alcuna modifica concreta di tali disposizioni. In relazione all'obbligo di tenere la contabilità va rammentato anche l'articolo 325 CP, che punisce, seppure soltanto con la multa (fino a CHF 10 000), anche il mancato rispetto, per negligenza, dell'obbligo di tenere regolarmente i libri di commercio.

Riassumendo occorre rilevare che le sanzioni previste per i reati in materia di fallimento (pena detentiva massima di 5 anni) dovrebbero essere sufficientemente dissuasive. La mancata produzione di questo effetto è dovuta, da un lato, alla rarità di queste procedura e, dall'altro, alla mitezza delle pene inflitte (perlopiù multe irrogate mediante decreto d'accusa). Inasprire le pene previste o introdurre di nuove, come l'interdizione dall'esercizio di un'attività indipendente (istituto analogo alla «*inhabilitation*» prevista dal diritto inglese), non modificherebbe la situazione e deluderebbe le speranze riposte nel cambiamento. Il diritto svizzero già prevede interdizioni di esercitare una professione, in particolare nei casi gravi (cfr. art. 67 CP, pena minima di 6 mesi e pericolo di ulteriori abusi) e in caso di elevata necessità di proteggere la popolazione (in concreto a partire dal 1° gennaio 2015 nei casi di reati sessuali con minori)¹⁴. Poiché tali interdizioni limitano direttamente il diritto fondamentale alla libertà economica (art. 27 cpv. 2 Cost.), in caso di delitti fallimentari (che dal punto di vista della lesione del bene giuridico non sono assolutamente comparabili ai casi di abuso di minori) i giudici ordinano ingerenze tanto importanti soltanto in casi estremamente gravi. Ma proprio per questi casi le pene comminate dal diritto vigente sono di per sé sufficienti. Una tale pena accessoria è inoltre facile da eludere nella prassi (tramite prestanome o fondando l'impresa all'estero).

Invece che sulla modifica ci si dovrebbe concentrare quindi sull'applicazione del diritto penale. Sono tuttavia chiamati a intervenire non tanto il legislatore quanto i pubblici ministeri e gli interessati lesi (p. es. le assicurazioni sociali) o i rappresentanti di interessi (p. es. sindacati quali rappresentanti dei lavoratori danneggiati), in particolare tramite denuncia penale sistematica. Anche gli uffici fallimenti vanno esortati a denunciare i casi sospetti, sistematicamente ad esempio in caso di contabilità omessa o inutilizzabile (art. 166 e 325 CP). Infatti, gli uffici fallimenti sono i primi ad essere al corrente degli atti del debitore che potrebbero essere oggetto di una denuncia penale. Spesso sanno infatti che un determinato debitore ha spinto per l'ennesima volta un'impresa nell'insolvenza, mentre ad esempio i creditori danneggiati non dispongono di tale informazione.

¹³ Ca. 110 nell'ultimo rilevamento del 2010, BasKom StGB II-Hagenstein, vor N 1 zu Art. 163.

¹⁴ <http://www.bj.admin.ch/bj/it/home/sicherheit/gesetzgebung/berufsverbot.html> (visitato il 23.9.2014).

4.3.4 Rinuncia temporanea a una «gogna dei falliti»

Nell'ambito del progetto in corso per modernizzare il diritto del registro di commercio (messaggio del 15.4.2015) è prevista la creazione di una banca dati centrale delle persone fisiche iscritte nel registro di commercio (banca dati centrale Persone)¹⁵, che permetterà di identificare in modo chiaro le persone fisiche iscritte. L'amministrazione potrà utilizzarla anche per effettuare ricerche statistiche, in particolare per quanto concerne l'implicazione in procedure di insolvenza.

Le iscrizioni del registro di commercio rese accessibili in Internet potranno inoltre essere oggetto di una ricerca secondo determinati parametri. Per queste iscrizioni sono infatti attualmente previsti i criteri di ricerca seguenti: «Ricerca della ditta» o «Ricerca del numero di identificazione». Il disegno dovrebbe permettere anche una ricerca per persona e per data.

Queste novità costituiranno un mezzo efficace per tutelare il creditore il cui intervento diretto permetterà in particolare di contrastare il fenomeno dei falliti plurirecidenti, anche se non è possibile escludere tutte le possibili elusioni. La protezione dagli abusi dovrebbe in ogni caso essere integrata nella corrente discussione del disegno di modernizzazione come pure nella sua successiva attuazione.

Si prevede che il disegno concernente la modernizzazione del diritto del registro di commercio sarà sottoposto al Parlamento nella primavera del 2015¹⁶. Se adottato, potranno tuttavia trascorrere vari anni prima che sia possibile una ricerca per persona.

Sempre nell'ottica della lotta contro gli abusi, e salvo che vi si opponga una nuova valutazione delle implicazioni relative alla protezione dei dati, sarebbe parimenti auspicabile integrare il registro di commercio con una funzionalità che consenta di stabilire in modo inequivocabile i collegamenti di una persona fisica con varie entità giuridiche. Come già attualmente permettono i dati del FUSC per i fornitori privati, sarebbe ad esempio possibile stabilire se una determinata persona è legata a numerose società fallite, il che dovrebbe indurre i suoi potenziali partner contrattuali a una certa prudenza. Poiché il disegno non è ancora stato adottato e che anche dopo la sua ipotetica entrata in vigore potrebbero trascorrere alcuni anni prima che ne siano realizzati i presupposti tecnici (adeguamento, verifica e collegamento dei dati), è attualmente prematuro voler attuare questa proposta¹⁷.

5 Conclusione

Le misure proposte non potranno impedire tutti gli abusi in materia di fallimenti. Tuttavia, li renderanno più difficili. I creditori lesi resteranno confrontati a determinati ostacoli, ma potranno intentare più facilmente un'azione legale. Secondo il Consiglio federale si tratta delle misure più efficaci che possono essere adottate e attuate senza mettere in pericolo altri obiettivi, altrettanto importanti, del diritto in materia di fallimento. L'ordinamento giuridico non può tollerare i casi di abuso e deve permetterne la repressione. Non deve tuttavia orientarsi ai singoli casi, bensì alla norma, ossia agli imprenditori onesti, che meritano una seconda possibilità. Il fallimento, evento di carattere imprenditoriale, non può di per sé dare adito a sospetti generali di natura penale.

Si confida che le misure esplicheranno un effetto di prevenzione, come tipico per le fattispecie di responsabilità solidale. Si prevede inoltre che un numero maggiore di creditori lesi, in

¹⁵ Disegno consultabile all'indirizzo <http://www.bj.admin.ch/bj/it/home/wirtschaft/gesetzgebung/handelsregister.html> (visitato il 23.9.2014).

¹⁶ Per lo stato attuale della legislazione cfr. la nota precedente.

¹⁷ Cfr. anche la risposta all'Ip. Regazzi (14.3282), consultabile sul sito http://www.parlament.ch/i/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20143282 (visitato il 27.7.2014). Il proposto ampliamento della funzione non deve necessariamente consistere in una ricerca fondata su parametri relativi alla persona. Sarebbe invece ipotizzabile che le indicazioni sulle persone collegate con un'impresa nel registro di commercio (p. es. membri del consiglio d'amministrazione) siano in futuro «collegate tramite link», in modo che cliccando sul nome di una persona appaiano eventuali altre imprese in cui tale persona è iscritta in una data qualità. Secondo questo modello non sarebbe tuttavia possibile cercare direttamente iscrizioni riguardanti una persona fisica.

particolare autorità o rappresentanti di interessi, sfruttino effettivamente il migliore quadro normativo per perseguire penalmente e civilmente casi concreti di abuso.