

Niente applicazione automatica della business judgment rule in caso di reato

A differenza del giudice civile, quello penale deve valutare la previsione del soggetto agente verso gli esiti e le conseguenze della propria scelta

/ Stefano COMELLINI

Negli ordinamenti anglosassoni si è da tempo affermata la c.d. *business judgment rule*, standard di *judicial review*, che consente un **limitato sindacato giudiziale** del merito di una *business decision*.

La regola, affermata anche nella nostra giurisprudenza civile, consente che l'amministratore sia chiamato a risarcire i danni derivati dalla sua gestione solo se abbia violato gli **obblighi** posti dalla legge o dallo statuto, e non per il solo fatto di aver commesso errori di gestione, anche se forieri di gravi danni per la società.

Il tema affrontato dalla Cassazione con la sentenza n. [25039](#) depositata ieri riguarda l'applicabilità della detta regola in sede penale e, più in particolare, nell'ambito della fattispecie di bancarotta fraudolenta.

Per risolvere la questione, posta dal ricorrente in un processo riguardante complesse vicende societarie da cui erano scaturite **plurime contestazioni** di reati fallimentari, la Corte, per ricostruire l'istituto e la sua eventuale applicabilità nel nostro sistema penale, ha richiamato ampiamente, facendone proprie larghe parti, la sentenza su Alitalia (Cass. n. [7437/2021](#)).

La *business judgment rule* è il frutto dell'**elaborazione** della dottrina statunitense e consiste nella presunzione per la quale gli amministratori agiscono su base informata, in buona fede e nell'interesse della società; con la conseguenza di esonerare da responsabilità il *board of directors* purché abbia assunto decisioni corrette, valutate attraverso una serie di *fiduciary duties* quali: *the duty of care*, *the duty to monitor*, *the duty to inquiry*, *the duty of loyalty*.

Qualora gli amministratori abbiano assunto una decisione qualificabile come ragionevole o razionale, al verificarsi di **risultati negativi** essi saranno affrancati da eventuali responsabilità, poiché titolari di una certa discrezionalità nel loro agire. La gestione dell'attività di impresa comporta, infatti, dei rischi, e sarebbe ingiustamente compressa dall'estendere la cognizione del giudice anche al merito delle scelte, rallentando e compromettendo il processo decisionale. Questo, anche in riferimento a scelte corrette a livello procedurale, per qualità e quantità di informazioni acquisite, e sostanziale, in riferimento alla ragionevolezza al momento della deliberazione, che verrebbero compromesse pur di evitare risultati negativi.

Per la verità, la Corte ricorda che, anche a prescindere dalla *business judgment rule*, la giurisprudenza delle Sezioni Civili era già approdata alla conclusione secondo la quale all'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di **responsabilità**, ex [art.](#)

[2392](#) c.c., di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società. Ne consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione (o le modalità e circostanze di tali scelte), ma solo l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità (Cass. n. [3652/1997](#)). Tuttavia, per la Corte, la **regola**, come intesa dalla giurisprudenza civile, non può essere automaticamente traslata in ambito penale, al fine di determinare la sussistenza degli elementi costitutivi di un reato conseguente a scelte imprenditoriali, quale la bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Infatti, il fondamento della detta regola deriva dalla sua elaborazione in un contesto risarcitorio, tipicamente civilistico, che non ne consente l'**automatica applicazione** alla struttura di un reato, la cui configurazione, non solo non si arresta sulla soglia della valutazione *ex ante* della scelta imprenditoriale, ma postula, altresì, l'accertamento di una esposizione a rischio del patrimonio sociale, in dipendenza da quella scelta.

In altre parole, il discrimine tra le attività del giudice civile e del giudice penale sta nella valutazione che quest'ultimo deve operare circa la previsione del soggetto agente verso gli esiti e le conseguenze della propria scelta e della conseguente condotta, accettando la loro **verificazione** anche nella consapevolezza del danno che, in tal modo, può essere arrecato alla garanzia dei creditori. Per la Suprema Corte rilevano penalmente, quindi, non le scelte semplicemente irragionevoli o inopportune sotto il profilo tecnico – della cui valutazione non si occupa il giudice penale – ma quelle condotte che, con giudizio *ex ante*, si pongano in drastico e irrimediabile conflitto con la funzione di garanzia patrimoniale dei beni dell'impresa.

Tale principio **esegetico-ricostruttivo** esclude il rischio che in caso contrario si verificherebbe, non essendo codificate le finalità, rilevanti sul piano economico, produttivo ed imprenditoriale, a cui può ispirarsi l'imprenditore, soprattutto in considerazione delle complesse ed articolate realtà aziendali che operano sul mercato e sulla pacifica insindacabilità delle scelte che possono comportare anche rischi finanziari.