

CAPITOLO I

GLI SPAZI DI DISCREZIONALITÀ GIUDIZIALE NEL SINDACATO PENALE-FALLIMENTARE SULLE SCELTE IMPRENDITORIALI: INTRODUZIONE E OGGETTO DELLA RICERCA

SOMMARIO: 1. Il ‘sindacato sistematico sulla conduzione economico-finanziaria’ come ‘garanzia’ nell’evoluzione storica dei reati fallimentari. – 2. Le fattispecie che potrebbero consentire un sindacato sul merito delle scelte imprenditoriali: una prima lettura. 3.– Il diverso perimetro di responsabilità penale: l’imprenditore, l’amministratore e i soggetti loro equiparati. – 4. La responsabilità civile dell’amministratore e la *business judgment rule*. – 5. La possibilità di giudicare la ‘decisione imprenditoriale’ in sede penale: il dato di realtà oltre le affermazioni di principio. – 6. I termini del sindacato sulle decisioni imprenditoriali: l’operatore economico nel labirinto. – 7. La qualifica dell’autore e l’interesse di cui è portatore: il peculiare caso dell’*extraneus*. – 8. Interesse dell’impresa vs interesse dei creditori: il problema del bene giuridico tutelato. – 9. Lo ‘stato di salute’ dell’impresa: libertà di gestione *in bonis vs* rime obbligate in stato prossimo o attuale di insolvenza? Il ruolo del disvalore di contesto. – 10. La responsabilità dei funzionari di banca per la concessione e gestione del credito verso le imprese in crisi: il profilo più critico del sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali. – 11. Il sindacato del giudice penale sulle decisioni imprenditoriali di concessione del credito: tre paradigmi storico-topologici a confronto.

1. *Il ‘sindacato sistematico sulla conduzione economico-finanziaria’ come “garanzia” nell’evoluzione storica dei reati fallimentari*

«La repressione della bancarotta, nelle sue numerose varianti, si traduce in un sindacato sistematico della conduzione economico-finanziaria, che avrebbe effetti esiziali su di un’impresa funzionante»¹:

¹ C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*,

sopraggiunto il fallimento, «l'imprenditore può essere chiamato a *redde rationem*»².

Le parole di Cesare Pedrazzi illuminano sulla stretta interrelazione tra i processi criminali per ipotesi di bancarotta pre-fallimentare e il sindacato giudiziale sulla gestione imprenditoriale³.

La dichiarazione di fallimento (e gli atti ad essa equiparati⁴) costituiscono, al di là della loro funzione nell'economia dell'incriminazione⁵, altrettante possibili 'vie d'accesso' per la magistratura inquirente

Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 442 (a quest'ultima edizione ci si richiamerà in seguito).

² *Ivi*, p. 443.

³ Sottolineano la dicotomia tra la piena libertà di gestione fino al fallimento e il successivo sindacato penale sulle scelte imprenditoriali anche A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, p. 3; ancora, A. NISCO, *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta: ruolo dell'insolvenza e adeguatezza economica delle operazioni antecedenti*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2015, p. 852, per cui «la valutazione *ex ante* dell'adeguatezza economica delle scelte imprenditoriali diviene tema cruciale del diritto penale fallimentare».

⁴ Il riferimento è alle procedure equiparate al fallimento ai fini della legge penale e segnatamente: (i) il concordato preventivo *ex art.* 236 l. fall.; (ii) la liquidazione coatta amministrativa *ex art.* 237 l. fall.; (iii) l'amministrazione straordinaria *ex artt.* 95 e 96, d.lgs. 270/1999 (c.d. Prodi *bis*); (iv) l'amministrazione straordinaria speciale *ex art.* 8, d.l. 347/2003 e s.m.i.; (v) l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di accordo di moratoria *ex art.* 182 *bis* l. fall. In assenza di diverse specificazioni, quando nel presente capitolo si farà riferimento alla dichiarazione di fallimento, si intenderanno richiamate implicitamente anche le equivalenti declaratorie delle procedure sopra indicate, equiparate al predetto atto agli effetti penali. Sul diverso perimetro della clausola di applicabilità delle incriminazioni di bancarotta in mancanza di insolvenza contenuta all'art. 341, comma III, d.lgs. 14/2019 (Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza), *infra*, cap. V, par. 1.

⁵ L'esatta qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento è questione aperta in dottrina e in giurisprudenza.

Per ciò che qui interessa, in relazione alla bancarotta fraudolenta patrimoniale pre-fallimentare, la dottrina è divisa, riconoscendo alla declaratoria la funzione di: (a) condizione obiettiva di punibilità (tesi largamente maggioritaria, tra gli altri, A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano, 2016, pp. 13 ss.; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017, p. 52; S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, Milano, 2019, pp. 149 ss.; L. CONTI, *I reati fallimentari*, II ed., Milano, 1991, pp. 95 ss.; C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 439 ss.; N. PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna, 2018, pp. 20 ss.; volendo, L. TROYER-A. INGRASSIA, *La bancarotta distrattiva prefallimentare come reato di pericolo concreto: la Suprema Corte verso un'attesa sintesi*, in

e giudicante alle operazioni compiute prima dell'accertamento dello stato di insolvenza⁶; fino al *redde rationem*, l'imprenditore gode, invece, di quella che è stata definita addirittura una "immunità commerciale"⁷ giacché, prima del divisato esito, ogni sindacato giudiziale avrebbe "effetti esiziali".

Da un punto di vista storico⁸, la possibilità di valutare l'operato

Riv. dott. comm., 2017, pp. 595 ss.); (b) condizione di procedibilità (A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, ora in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008. Monografie di parte speciale*, Milano, 2009, pp. 42 ss.; in senso adesivo P. MANGANO, *L'impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova, 1998, pp. 15 ss.); (c) presupposto processuale (U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, IV ed., Milano, 1999, *passim*; ID., *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*, Padova, 1966, pp. 99 ss.); (d) evento implicito di fattispecie (pur con alcuni distinguo, G. COCCO, *Commento sub art. 216*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007, p. 1181; D. FALCINELLI, *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale: l'essere e il 'non essere' della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2015, p. 479; G. FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati fallimentari*, in R. BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, Padova, 2015, p. 329); (e) elemento di esistenza del reato (M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, p. 93).

In giurisprudenza si distinguono sostanzialmente tre orientamenti: (i) l'orientamento tradizionale e maggioritario che aderisce alla tesi di Punzo, per cui la sentenza dichiarativa di fallimento sarebbe elemento costitutivo del reato, non soggetto, però, ad imputazione oggettiva e soggettiva; (ii) un isolato precedente, che ha ricostruito la bancarotta fraudolenta patrimoniale quale reato d'evento (Cass. pen., Sez. V, 24.9.2012, n. 47502, ric. Corvetta); (iii) un orientamento minoritario più recente che attribuisce alla sentenza dichiarativa di fallimento la funzione di condizione obiettiva di punibilità. Per una puntuale analisi giurisprudenziale si vedano, tra gli altri, N. PISANI, *La sentenza dichiarativa di fallimento ha natura di condizione obiettiva di punibilità estrinseca nella bancarotta prefallimentare: un'apparente revirement della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 1162 ss.; M. ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa), alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2014, pp. 128 ss.

⁶ O degli stati equiparati, come la crisi *ex art.* 160 l. fall.

⁷ L'espressione è di U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., pp. 47 ss. Fa riferimento ad "una sorta di salva condotta", G. COCCO, *Nota introduttiva agli artt. 216-237*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO, *Commentario breve*, cit., p. 1142.

⁸ Per un fondamentale quadro dell'evoluzione storica della tipizzazione dei fatti di bancarotta si veda A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari*, Torino, 2019, pp. 1 ss. Per una ricostruzione storica delle procedure concorsuali, da ultimo, F. DI MARZIO, *Fallimento. Storia di un'idea*, Milano, 2018.

dell'agente economico ha costituito un fondamentale passaggio – diremmo oggi – garantista: solo attraverso la verifica dell'attività e della gestione imprenditoriale fu possibile superare l'identità tra fallimento e bancarotta.

È opinione diffusa in dottrina⁹, infatti, che la disciplina penale del fallimento trovi la propria genesi in età comunale, quando la tutela del credito assunse una centralità assoluta, per garantire la fiorente attività commerciale. Ebbene, l'idea di fondo, che segnava la primigenia incriminazione, era la presunzione assoluta di frode, secondo la nota massima di Baldo degli Ubaldi per cui «*falliti dicuntur fraudatores. Non excusantur ob adversam fortunam, est decoctor ergo fraudator*»¹⁰.

A partire dalla seconda metà del XV secolo in numerosi statuti¹¹ si affacciò il superamento di un tale rigore sanzionatorio¹²: la rottura dell'identità tra fallimento e reato si cristallizzò con il pensiero di Benvenuto Stracca¹³, che distinse tra diverse categorie di commercianti a seconda che «*suo vitio conturbant fortunas et rationes*», oppure «*fortuna vitio decoquunt*», o, infine, «*suo partim fortuna vitio processerunt*»¹⁴. È all'opera dell'insigne giurista del cinquecento che si deve¹⁵ la prima “tipizzazione” – ovviamente embrionale – di comportamenti che, se tenuti dal fallito, importavano una presunzione *iuris tantum* di frode¹⁶.

Ciò che emerge da questi brevissimi cenni storici è che intanto è possibile superare l'equazione *decoctor ergo fraudator*, in quanto si

⁹ Si vedano, tra gli studi classici, S. LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia concorsuale*, II ed., Milano, 1930, p. 14; U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, pp. 122 ss.; I. SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, Milano, 1969, p. 3.

¹⁰ B. DEGLI UBALDI, *Consilia*, Venezia, 1575, V, n. 382, 1.

¹¹ Per una partita analisi degli Statuti, si veda il fondamentale U. SANTARELLI, *Per la storia*, cit., pp. 147 ss.

¹² Puntuale rispetto a tale conclusione, L. CONTI, *Fallimento (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, p. 12.

¹³ B. STRACCA, *Decisiones et tractatus varii de mercatura*, 1552, III, nn. 2, 24-33.

¹⁴ Ricorda tale partizione I. SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, Milano, 1969, p. 5.

¹⁵ Per tale conclusione, L. CONTI, *Fallimento*, cit., p. 12; S. LONGHI, *Bancarotta*, cit., p. 17; I. SCALERA, *Teoria generale*, cit., p. 5.

¹⁶ Si veda da ultimo A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale, Volume IV*, cit., 5 ss.

sposti lo sguardo dal fatto della *decoctio* all'operato del *decoctor*¹⁷ e si valutino, così, le condotte tenute dall'imprenditore.

Se, dunque, non può dubitarsi che una responsabilità penale collegata al fallimento non possa prescindere da uno scrutinio dell'attività dell'imprenditore o degli amministratori, esattamente al fine di evitare forme – più o meno occulte – di responsabilità oggettiva, i confini di tale sindacato sembrano tutt'altro che nitidi nel diritto vigente (o, più significativamente, in quello vivente).

Il punto nodale è presto detto: è possibile ed entro che limiti per il giudice penale sindacare il merito delle scelte imprenditoriali, compiute dall'imprenditore, dall'amministratore e dai soggetti a costoro equiparati dalla legge fallimentare?

2. Le fattispecie che potrebbero consentire un sindacato sul merito delle scelte imprenditoriali: una prima lettura

Il primo passo dell'indagine non può che essere compiuto guardando alle diverse fattispecie contenute nella l. fall., che possono offrire indicazioni sugli spazi di valutazione, concessi al giudice penale, sulla conduzione imprenditoriale.

L'elemento selettore è la relazione tra rischio imprenditoriale e fattispecie tipizzate nella l. fall.: sulla base dell'attuale formulazione delle incriminazioni, il sindacato giudiziale sembrerebbe passare tramite il giudizio sul tipo di rischio assunto nella gestione dell'attività economica e sulla misura dello stesso¹⁸. In altre parole, il merito di un'operazione imprenditoriale, ove non si voglia pervenire ad un giudizio *ex post* appiattito sul suo risultato economico, può essere vagliato *ex ante* scrutinando il rischio di insuccesso (nell'*an* e nel *quantum*) che l'operazione presentava al momento della sua realizzazione.

In questa prospettiva, la *summa divisio*, individuata da Pedrazzi¹⁹,

¹⁷ Secondo la felice sintesi di I. SCALERA, *Teoria generale*, cit., p. 4.

¹⁸ La medesima prospettiva pare proposta da D. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2000, p. 609, nonché da A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa*, cit., pp. 3 ss.

¹⁹ C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 515. In termini non dissimili anche N. SELVAGGI, *Estraneità all'oggetto sociale e offesa nella bancarotta per distrazione*, in N. PISANI (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010, p. 101, che ritiene sussistere una «fondamentale distinzione intercorre[nte], secondo la logica della legge, tra atto apparentemente economico con contenuti ed effetti

è tra rischi assunti nell'attività d'impresa, tipici nei limiti segnati dalle ipotesi di bancarotta semplice, e rischi completamente estranei a tale attività, incriminati nella declinazione fraudolenta (patrimoniale e societaria) dei reati fallimentari.

Nell'alveo dei diversi tipi di bancarotta fraudolenta dovrebbero, dunque, essere ricondotti esclusivamente fatti, atti o operazioni privi di interesse imprenditoriale – paradigmatica la distrazione, che già etimologicamente richiama la sottrazione di beni alla propria funzione²⁰ – o posti in essere radicalmente contro l'interesse stesso dell'ente amministrato e dei creditori – si pensi alle operazioni dolose²¹ o al cagionamento del dissesto realizzato attraverso un fatto di infedeltà patrimoniale.

Rispetto, dunque, alle diverse declinazioni della bancarotta fraudolenta non si dovrebbe affatto porre un problema di sindacato sul merito della scelta imprenditoriale: la completa assenza di interesse e di *rationale* economico esclude in radice l'esistenza stessa di un merito imprenditoriale da scrutinare. Solo in casi limite, la possibilità di offrire una giustificazione imprenditoriale ad un'operazione e il suo sindacato assumono rilievo, non già sul piano della fattispecie astratta, ma in punto di prova della fattispecie reale²².

sostanzialmente predatori (...) e operazione sostenuta da ragione e coerenza economica, in quanto prevedibilmente orientata a recare vantaggio al patrimonio sociale». In linea anche A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa*, cit., p. 43, per cui «il giudice non può *ex post* sostituirsi all'imprenditore nelle scelte operative», tanto che è punibile solo la gestione «univocamente ricadente ai danni dei creditori».

²⁰ Il rilievo etimologico è formulato da R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., p. 76 e A. PERINI-D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001, p. 169.

²¹ Paradigmatico è il concetto stesso di operazioni dolose, formulato da P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 379, ovvero «qualsiasi atto o complesso di atti, implicanti una disposizione patrimoniale, compiuto dalle persone preposte all'amministrazione della società, con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla loro qualità, con l'intenzione di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, a danno della società o dei creditori, o anche con la sola intenzione di arrecare un danno alla società o ai creditori» (corsivi aggiunti).

²² Si ricorre alla preziosa tripartizione di A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, pp. 39 ss., tra: (i) *fattispecie astratta*, ovvero la descrizione normativa dell'illecito; (ii) *fattispecie reale*, intesa come il fatto storico oggetto del giudizio; (iii) *fattispecie concreta*, che individua «o la fattispecie astratta pensata nel suo divenire storico o quella concreta, ridotta mediante astrazione, ad esempio o caso del tipo astratto»; si tratta di una rielaborazione degli studi di G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova,

Un esempio potrà giovare alla comprensione: l'alienazione sottocosto di un bene potrebbe rilevare quale condotta distrattiva, qualora dietro un'apparente cessione (operazione lecita) si nasconda una regalia (rischio illecito, perché sottrae risorse all'ente e ai creditori). Ove, però, l'imputato possa offrire un *rationale* economico della vendita a prezzo ridotto (es. necessità di svuotare il magazzino, di recuperare liquidità, ecc.), la cessione si collocherà al di fuori della bancarotta fraudolenta, rientrando nell'alveo dell'attività d'impresa. In questa ipotesi, il sindacato giudiziale del *rationale* economico non si appunta sull'operazione in sé (se rappresenti la miglior scelta imprenditoriale cedere il bene per acquisire liquidità), quanto sulla credibilità nella specifica vicenda di una ricostruzione alternativa alla regalia (è plausibile che quel determinato imprenditore abbia venduto a quel prezzo proprio quel bene, pur di recuperare liquidità): una questione, appunto, di prova²³.

Rispetto ad un'operazione schiettamente imprenditoriale, non posta in essere per un interesse estraneo all'ente o contro l'interesse dello stesso, si pone in modo più stringente il problema del sindacato giudiziale delle scelte imprenditoriali²⁴. La valutazione delle scelte produttive, della politica di mercato e dell'impostazione finanziaria dovrebbe essere consentita esclusivamente nei limiti delle diverse condotte descritte negli artt. 217 e 224 l. fall.²⁵: il metro di giudizio è

1930, pp. 115 ss. e A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, Tolentino, 1929, pp. 28 ss.

²³ Con ciò non si vuole affatto sottovalutare il legame tra diritto sostanziale e processo, ben evidenziato per tutti da S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007, quanto piuttosto sottolineare la differenza dell'oggetto e della tipologia di sindacato giudiziale.

²⁴ Pur trattandosi di una nozione discussa in dottrina quella di scelta imprenditoriale (che qui verrà utilizzata indistintamente con il sintagma "decisione imprenditoriale"), può essere qui assunta nel suo contenuto minimo, tipizzato in negativo, e in questa misura condiviso tra gli studiosi, per cui «essa non può sussistere quando gli amministratori debbano adottare una decisione giuridicamente imposta (*rechlich gebundene Entscheidung*), puntualmente determinata, ossia quando si prospetta un'unica possibile scelta legittima; al contrario, essa è configurabile solo se agli amministratori sia riconosciuta la facoltà di scegliere discrezionalmente tra almeno due opzioni di fatto possibili e non illecite» (alla lettera, L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 431).

²⁵ Sostanzialmente in questi termini C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 588. In termini sovrapponibili, A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa*, cit., p. 64 per cui «ogni condotta eccessivamente rischiosa, ma non distrattiva, perché

il rischio tipizzato come illecito²⁶, diversamente declinato nella bancarotta semplice patrimoniale tra condotte dell'imprenditore o degli amministratori (nonché dei soggetti loro equiparati).

È allora passando per gli autori degli illeciti che si può aggiungere un ulteriore tassello all'analisi, ponendo l'attenzione, per ciò che qui interessa, su coloro che assumono le decisioni imprenditoriali.

3. *Il diverso perimetro di responsabilità penale: l'imprenditore, l'amministratore e i soggetti loro equiparati*

Come anticipato, gli artt. 217 e 224 l. fall. segnano un diverso profilo di responsabilità in capo all'imprenditore (o ai soggetti equiparati, ovvero il suo institore *ex art. 227 l. fall.* e i soci di società in nome collettivo o in accomandita semplice *ex art. 222 l. fall.*) e all'amministratore (e, per ciò che qui interessa, al direttore generale): il fondamentale elemento discretivo è che rispetto al primo vi è una sostanziale identità tra patrimonio personale e patrimonio dell'impresa, a fronte della completa alterità tra patrimonio dell'ente e dell'amministratore.

Tale aspetto ha una prima significativa ricaduta: rispetto all'imprenditore il sindacato giudiziale attinge non solo le scelte gestionali, ma anche le spese che costui ha fatto per sé o per la propria famiglia, ove eccessive rispetto alla sua condizione economica (art. 217, n. 1, l. fall.)²⁷. Un sindacato simile non è possibile in relazione all'ammini-

non univocamente in danno dei creditori, potrà semmai configurare, sussistendone i requisiti, una bancarotta semplice».

²⁶ Sul ruolo del rischio nelle fattispecie incriminatrici si veda per un puntuale quadro e per i fondamentali richiami C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.

²⁷ Sulla fattispecie incriminatrice in parola, senza pretesa di completezza, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV*, cit., pp. 96-97; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in E.M. AMBROSETTI-E. MEZZETTI-M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016, pp. 332-333; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., p. 259; G. COCCO, *Commento sub art. 217*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve*, cit., pp. 1210-1211; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 231-236; M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, Vol. II, Milano, 1988, pp. 91-92; P. MANGANO, *L'impresa*, cit., pp. 110-112; E. MUSCO-F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, Bologna, 2018, pp. 184-186; C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 604-609; U. PIOLETTI, *La bancarotta semplice*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2019, pp. 2361-2362; N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., pp. 90-91; AL. ROSSI, *Illeciti*

stratore, che, ove utilizzi denari dell'ente per spese personali o familiari, incorrerà nel più grave reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione²⁸.

Un nucleo comune di rischi per l'imprenditore e l'amministratore è disegnato dai nn. 2, 3, e 4 dell'art. 217 l. fall. (richiamato all'art. 224, n. 1, l. fall.).

L'ordine delle condotte proietta un parallelismo tra le diverse fasi di vita dell'impresa o dell'ente e i rischi imprenditoriali che possono lecitamente essere assunti²⁹.

Segnatamente, il rimprovero di «aver consumato una notevole parte del patrimonio [proprio o dell'ente] in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti»³⁰ rappresenta una condotta che ben potrebbe essere stata tenuta in un momento in cui la società fosse ancora *in bonis*.

Questa peculiarità fa dell'incriminazione in parola il limite massimo di estensione del sindacato giudiziale: «penalmente censurabile è solo un rischio ben qualificato, che si traduca in operazioni decisamente indifendibili»³¹, caratterizzate «da radicale assenza di fondamento economico»³², per la carenza *ex ante* di una «fondata prevedibilità di un esito positivo dell'operazione»³³.

Il rischio illecito – e lo speculare sindacato giudiziale – sono segnati da un doppio vincolo-criterio valutativo: rispetto all'oggetto,

penali nelle procedure concorsuali, in C.F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO (diretta da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2014, pp. 167-169.

²⁸ Tale conclusione è assolutamente incontrovertibile: basti il richiamo a G. COCCO, *Nota introduttiva agli artt. 223-235. Gli autori della bancarotta impropria*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO, *Commentario breve*, cit., pp. 1243 e 1276; P. NUVOLONE, *Il diritto penale*, cit., p. 220.

²⁹ In senso analogo, S. CANESTRARI, *'Rischio d'impresa' e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2000, p. 554.

³⁰ Sulla fattispecie in parola, tra gli altri, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV*, cit., pp. 97-99; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 333-334; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., p. 260; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 236-240; G. COCCO, *Commento sub art. 217*, cit., pp. 1211-1214; M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, cit., pp. 92-93; P. MANGANO, *L'impresa*, cit., pp. 112-116; E. MUSCO-F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, cit., pp. 187-191; U. PIOLETTI, *La bancarotta semplice*, cit., pp. 2363-2364; C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 609-617; N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., pp. 91-93; AL. ROSSI, *Illeciti penali*, cit., pp. 169-171.

³¹ Alla lettera C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 609.

³² *Ibidem*.

³³ Così, A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa*, cit., p. 85.

rappresentato dall'investimento di una notevole parte del patrimonio, e al suo utilizzo, in operazioni il cui buon esito dipende dalla pura sorte o che si manifestano gravemente imprudenti anche agli occhi del profano³⁴. Da un punto di vista sistematico, come è stato puntualmente notato, emerge in controluce «una ragionevole regola di condotta: all'imprenditore non sono soltanto consentiti i rischi normalmente insiti nell'attività economica (con l'ineliminabile relatività della "norma"); è consentita anche l'assunzione di rischi esorbitanti, ma a patto che non venga messa a repentaglio una notevole parte del patrimonio (vale a dire l'integrità della garanzia)»³⁵.

Un diverso disvalore di contesto segna, invece, le condotte di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 217 l. fall.: l'imprenditore o l'amministratore pongono in essere le operazioni in uno stato prossimo all'insolvenza dell'impresa.

Nel primo caso³⁶, il legislatore tipizza un duplice disvalore, di condotta, giacché descrive le operazioni come gravemente imprudenti³⁷, e di intenzione, perché impone che le stesse abbiano un definito orientamento finalistico, ovvero il posticipare il fallimento³⁸ (proprio da tale intenzione si evince l'ambientamento dell'azione in una situazione di insolvenza attuale o prossima³⁹). È evidente che il

³⁴ Sul punto la dottrina è sostanzialmente unanime, tra gli altri: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, XI ed. (agg. a cura di L. Conti), Milano, 2001, p. 106; F. ANTONIONI, *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962, p. 137; C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 609.

³⁵ In questi termini, C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 615.

³⁶ In argomento, senza pretesa di completezza, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV*, cit., pp. 99-100; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 334; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., p. 262; G. COCCO, *Commento sub art. 217*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve*, cit., pp. 1214-1216; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 240-243; M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, cit., p. 93; P. MANGANO, *L'impresa*, cit., pp. 116-118; E. MUSCO-F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, cit., pp. 192-194; C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 617-621; U. PIOLETTI, *La bancarotta semplice*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, cit., pp. 2365-2368; N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., pp. 94-95; AL. ROSSI, *Illeciti penali*, cit., pp. 171-172.

³⁷ Sulla capacità selettiva del tipo del concetto di "operazioni di grave imprudenza", tra gli altri, A. FIORELLA-M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa*, cit., p. 105.

³⁸ Nota, infatti, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV*, cit., p. 99: «è singolare la struttura del fatto tipico che utilizza una ben precisa finalità, quasi fosse un dolo specifico, innestata però su una condotta caratterizzata da "colpa grave"».

³⁹ Ambienta la condotta in parola in «una situazione patrimoniale già compromessa» E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., p. 334.

fondamentale *target* empirico dell'incriminazione siano tutte le cc.dd. operazioni di salvataggio, che si caratterizzino – e qui si annida il sindacato sul merito imprenditoriale – come gravemente imprudenti⁴⁰.

Nel n. 4 dell'art. 217 l. fall.⁴¹ il disvalore d'intenzione è sostituito da un disvalore d'evento, l'aver aggravato il dissesto, mentre permane il disvalore di condotta, segnato dalla colpa grave⁴², che, unitamente al predetto evento, seleziona le condotte tipiche, che si affiancano all'unica descritta dal legislatore, ovvero l'astensione dal richiedere la dichiarazione di fallimento. Il sindacato giudiziale si appunta sulla "colpa grave", che deve caratterizzare singole operazioni che abbiano approfondito il dissesto già in essere⁴³, e sulla scelta di non chiedere il proprio fallimento: la lettera della legge, rigorosamente interpretata, potrebbe comportare la facoltà per il giudice di valutare l'opzione stessa di proseguire l'attività, invece che 'portare i libri in Tribunale' per sé o per l'ente amministrato⁴⁴.

Infine, ipotesi esclusiva della c.d. bancarotta semplice impro-

⁴⁰ Sul punto le esegesi in dottrina sono decisamente eterogenee e variano da posizioni che escludono ogni possibilità di scelta imprenditoriale, imponendo un automatismo tra insolvenza e richiesta del proprio fallimento, tanto che ogni operazione rischierebbe di essere *in re ipsa* definibile di grave imprudenza (per tutti, U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta*, cit., p. 347), ad opinioni più possibiliste, che riconoscono la facoltà all'operatore economico di adottare tentativi di salvataggio, criminalizzati solo in caso di imprudenza grave (tra gli altri, R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., p. 263).

⁴¹ Per un inquadramento dell'incriminazione, tra gli altri, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV*, cit., pp. 100-102; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 334-335; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., pp. 263-265; G. COCCO, *Commento sub art. 217*, cit., pp. 1216-1220; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 244-246; M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, cit., pp. 93-95; P. MANGANO, *L'impresa*, cit., pp. 118-121; E. MUSCO-F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, cit., pp. 195-196; U. PIOLETTI, *La bancarotta semplice*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, cit., pp. 2365-2368; C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 621-625; N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., pp. 96-97; AL. ROSSI, *Illeciti penali*, cit., pp. 173-174.

⁴² Per un'analisi di tale forma di imputazione soggettiva di responsabilità si vedano, anche per i necessari richiami alla giurisprudenza e alla dottrina, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, *passim*; ID., *La colpa 'penale'. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1723 ss., in particolare p. 1738.

⁴³ Per tutti, AL. ROSSI, *Illeciti penali*, cit., p. 173.

⁴⁴ Sull'obbligo di autofallimento, anche per i riferimenti bibliografici, si veda G. BERTELOTTI, *Poteri e responsabilità nella gestione di società in crisi. Allerta, autofallimento e bancarotta*, Torino, 2017.

pria⁴⁵, disciplinata dal n. 2 dell'art. 224 l. fall., è il cagionamento o l'aggravamento del dissesto della società, con condotte inosservanti degli obblighi imposti dalla legge agli amministratori o ai direttori generali. Si tratta a tutti gli effetti di un reato d'obbligo⁴⁶, indifferentemente attivo o omissivo, in cui la condotta vincolata è selezionata dai doveri extrapenali, che disciplinano l'attività dell'amministratore, e dalla sua concreta capacità di cagionare o aggravare il dissesto⁴⁷. In questa ipotesi, come condivisibilmente sottolineato, «il sindacato del giudice penale sulla gestione d'impresa si dilata e si fa più rigoroso; supera, in forza della clausola generale del n. 2, la frammentarietà dell'art. 217, assurgendo a sindacato potenzialmente integrale (ma nei limiti dell'osservanza degli obblighi di legge)»⁴⁸. Rispetto a tali ipotesi, intanto sarà sindacabile il merito imprenditoriale, in quanto una disposizione extrapenale consenta un tale scrutinio.

Per completare l'analisi, ben oltre il contenuto dell'ipotesi da ultimo considerata di bancarotta semplice impropria, e prima di analizzare la giurisprudenza penale, pare utile verificare se ed entro quali limiti siano sindacabili in sede civile le scelte imprenditoriali.

La necessità di una tale analisi è presto detta: porrebbe non poche criticità un sindacato giudiziale in sede criminale più esteso di quello proprio dell'azione di responsabilità civile, per ovvie ragioni di coerenza ordinamentale, ben oltre i fondamentali principi di sussidiarietà⁴⁹ e di frammentarietà⁵⁰.

⁴⁵ In ordine alla fattispecie in parola, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV*, cit., pp. 132-137; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 351-352; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La bancarotta*, cit., pp. 281 ss.; G. COCCO, *Commento sub art. 224*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve*, cit., pp. 1278-1280; L. CONTI, *I reati fallimentari*, cit., pp. 288-291; M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, cit., pp. 96-99; A. MANNA, *La bancarotta impropria societaria*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, cit., pp. 2441-2442; E. MUSCO-F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, cit., pp. 259-262; N. PISANI, *Crisi di impresa*, cit., pp. 110-112; C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., pp. 799-809; AL. ROSSI, *Illeciti penali*, cit., pp. 198-200.

⁴⁶ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998, pp. 52 ss., che ivi richiama ID., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1963, pp. 352 ss.

⁴⁷ Per tutti F. ANTONIONI, *La bancarotta*, cit., pp. 250-251.

⁴⁸ Alla lettera, C. PEDRAZZI, *Reati commessi*, cit., p. 799.

⁴⁹ *Ex pluribus*, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, *passim*, ID., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, pp. 39 ss.

⁵⁰ Sul principio di frammentarietà, per tutti, C.E. PALIERO, *Minima non curat*

4. *La responsabilità civile dell'amministratore e la business judgment rule*

La responsabilità degli amministratori per le scelte imprenditoriali è profondamente segnata dalla cd. *business judgment rule* (BJR). Con tale formula si definisce il limite posto al sindacato giudiziale sulle scelte di gestione, compiute dagli amministratori nell'esercizio delle loro funzioni⁵¹.

Si tratta di una regola di giudizio, formulata a partire dalla metà dell'ottocento nelle Corti statunitensi e ormai consolidata, di creazione pretoria, nata come una forma di *self restraint* dei decidenti nelle azioni di responsabilità verso gli amministratori⁵². In estrema sintesi e per ciò che qui interessa, la dottrina e la giurisprudenza d'oltreoceano distinguono due categorie di doveri degli amministratori: il *duty of loyalty*, ovvero l'obbligo di agire in buona fede e senza conflitto d'interessi, e il *duty of care*, ovvero l'obbligo di agire informato⁵³. La BJR si risolve, guardando al fondamentale caso *Aronson vs Lewis*⁵⁴,

praetor. *Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, pp. 159 ss.

⁵¹In dottrina tale declinazione della formula è sostanzialmente condivisa. Senza pretesa di completezza, di fronte ad una letteratura ormai sterminata, si vedano tra gli altri, C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, pp. 573 ss.; ID., *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, pp. 675 ss.; D. CESIANO, *L'applicazione della 'business judgment rule' nella giurisprudenza italiana*, in C. AMATUCCI (a cura di), *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un'analisi comparatistica della business judgment rule*, Milano, 2014, pp. 103 ss.; G. MOLLO, *La business judgment rule tra tenuta giurisprudenziale e vantaggi di una cornice normativa per l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. imp.*, 2017, pp. 133 ss.; G.G. PERUZZO, *Business judgment Rule e responsabilità degli amministratori di S.p.A.*, Ariccia (Roma), 2016; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, I, 2014, pp. 304 ss.; D. SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, pp. 206 ss.; A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008, pp. 44 ss. A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, I, 2013, pp. 128 ss. Per ampi richiami comparatistici si vedano gli scritti contenuti in C. AMATUCCI (a cura di), *Responsabilità degli amministratori*, cit., *passim*, oltre che la dottrina puntualmente richiamata da A. TINA, *L'esonero*, cit., pp. 61 ss., nt. 127.

⁵²Sulla genesi della BJR negli Stati Uniti si veda, anche per puntuali riferimenti bibliografici, per tutti, G.G. PERUZZO, *Business*, cit., pp. 19 ss.

⁵³Per un quadro delle relazioni tra *duty of care/loyalty* e BJR si rinvia, *ex pluribus*, D. SEMEGHINI, *Il dibattito*, cit., pp. 209 ss.

⁵⁴*Aronson v. Lewis*, Corte Suprema del Delaware, 1984, 473 A.2d 805, su cui, per tutti, nella dottrina italiana G.G. PERUZZO, *Business*, cit., pp. 26 ss.

deciso dalla Corte Suprema del Delaware, in una presunzione di correttezza della scelta imprenditoriale, compiuta dall'amministratore – che si assume fino a prova contraria – in buona fede, senza conflitto d'interessi e debitamente informato: tale presunzione preclude ogni valutazione sul merito dell'operazione contestata come fonte di responsabilità. Solo ove l'attore dimostri una violazione del *duty of loyalty* o la violazione del dovere di agire “*on informed basis*” è possibile per il giudice valutare – anche nel merito – l'intera operazione (*entire fairness*)⁵⁵.

La previsione di una limitazione (*rectius* preclusione) del sindacato sulle scelte imprenditoriali nel contesto dei processi per responsabilità degli amministratori ha avuto una formalizzazione legislativa in Germania⁵⁶ e Spagna⁵⁷, mentre in Italia ha trovato spazio, similmente a quanto avvenuto negli Stati Uniti, solo come forma di *self restraint* giurisprudenziale, attraverso un percorso più che cinquantennale segnato da fughe in avanti e ripensamenti.

In estrema sintesi, la prima formulazione del principio si deve ad una decisione della Cassazione del 1965⁵⁸, che in termini estremamente rigorosi concludeva: «il giudice non può sindacare il merito degli atti e dei fatti compiuti dagli amministratori, o meglio non può giudicare sulla base di criteri discrezionali di opportunità o convenienza, poiché in tal modo egli sostituirebbe *ex post* il proprio apprezzamento soggettivo a quello espresso o attuato dall'organo all'uopo legittimato»⁵⁹.

A fronte dell'affermazione solenne di un principio stringente rispetto al sindacato giudiziale, la sua applicazione era estremamente lassista, tanto da sollevare le critiche della dottrina coeva⁶⁰: all'atto pratico il sindacato del merito delle scelte imprenditoriali si esplicava pienamente nel tessuto motivazionale.

Fino agli anni ottanta del secolo scorso, soprattutto nelle decisioni di merito, lo scrutinio sulle singole operazioni compiute dagli amministratori è risultato assai penetrante⁶¹.

⁵⁵ Sul punto, D. SEMEGHINI, *Il dibattito*, cit., p. 229.

⁵⁶ Su cui, G. MOLLO, *La business*, cit., p. 154.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Si tratta di Cass. civ., Sez. I, 12.11.1965, n. 2359, in *Giur. it.*, I, 1966, p. 401.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Per una ricostruzione sul punto si rinvia ad A. DACCÒ, *Il sindacato del giudice nei confronti degli atti gestori degli amministratori*, in *A.G.E.*, p. 184.

⁶¹ Per un approfondimento, anche per i riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a D. CESIANO, *L'applicazione*, cit., pp. 114-115.