

SCELTE IMPRENDITORIALI E SINDACATO PENALE

1. Il caso

Il procedimento penale, conclusosi con la pronuncia in commento, riguardava le vicende che hanno interessato il gruppo Alitalia, la cui capogruppo, Alitalia - Linee Aeree Italiane S.p.A., era stata dapprima posta in amministrazione straordinaria con D.P.C.M. del 29.08.2008 e poi oggetto di dichiarazione di insolvenza da parte del Tribunale di Roma in data 25.09.2008. Agli Amministratori Delegati che si erano susseguiti alla guida della società nel periodo 2004/2007, nonché al Responsabile Finanza Straordinaria e al Direttore Centrale Amministrazione e Finanza, venivano contestati articolati fatti di bancarotta, condotte distrattive e dissipative.

In particolare, si ricorda:

- operazione di dissipazione: la gestione del settore Cargo ritenuta economicamente abnorme sia in ragione del numero esorbitante del personale di volo, sia per la carenza di ogni intervento di riorganizzazione e razionalizzazione volto a fronteggiare le ingenti e costanti perdite sistematiche, crescenti ed ingentissime” (capo A1);
- operazione straordinaria di scorporo con la creazione di due entità: il Gruppo Alitalia Fly ed il Gruppo Alitalia Servizi, con la stipulazione di un contratto di servizi tra le due che prevedeva l’obbligo della prima di approvvigionarsi dalla seconda, secondo tariffe ritenute più alte rispetto al mercato di riferimento (capo A2);
- operazione di acquisizione, da parte di Alitalia S.p.A. del complesso aziendale delle società Volare Group, Volare Airlines, Air Europe, per un corrispettivo ritenuto incongruo rispetto all’effettivo valore di mercato (capo A3).

2. La Business Judgement Rule

La difesa dell’imputato principale, Presidente e Amministratore Delegato di Alitalia, ha eccepito l’insussistenza di condotte dissipative, invocando l’applicabilità, anche in ambito penale, della regola della c.d. *Business Judgement Rule*. Per *Business Judgement Rule* s’intende il divieto per il giudice civile di sindacare nel merito le scelte gestionali degli amministratori al fine di valutarne il grado di diligenza nell’adempimento dei compiti che tali soggetti sono chiamati a svolgere all’interno delle società di capitali.

La regola è stata sviluppata principalmente negli Stati Uniti, presso la Corte del Delaware, verso la fine del secolo scorso, in relazione alle prime azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società di capitali, e sviluppata negli anni a seguire. Secondo questa regola deve essere escluso il potere del giudice di sindacare le scelte imprenditoriali rispetto a operazioni che hanno avuto un esito negativo in quanto si deve presumere che i *directors* e i *managers* delle società effettuino scelte gestionali con diligenza (*duty of care*) e in assenza di conflitto di interessi (*duty of loyalty*).

Non si tratta però di una presunzione assoluta. Il sindacato del giudice permane infatti rispetto a tutte quelle ipotesi in cui le decisioni gestionali sembrano essere state adottate seguendo parametri macroscopicamente irrazionali e abnormi (aspetti che devono essere fatti emergere dall’attore nella causa civile) e quindi senza la dovuta diligenza. Punto centrale per l’utilizzo della BJR è, dunque, l’attribuzione del corretto significato al concetto di *duty of care* (ossia del dovere di diligenza).

La giurisprudenza statunitense lo fa coincidere con l'obbligo di agire informati, la cui violazione si verificherebbe però unicamente in presenza di lacune sistematiche nel sistema informativo dell'impresa. Solo in tali casi la regola della *BJR* non opererebbe, con la conseguenza che, con il sindacato sulle scelte gestionali operate, il giudice potrebbe individuare la responsabilità civile dell'amministratore e condannarlo al risarcimento dei danni cagionati con la propria condotta.

Tale regola ha trovato applicazione anche in Italia. Nondimeno, diversamente da quanto accade nel sistema giudiziario statunitense, in Italia la *BJR* può fungere solo da criterio interpretativo della diligenza che deve animare gli amministratori e non da vera e propria limitazione al potere del giudice. In Italia, infatti, il dovere di agire con diligenza e quello di perseguire l'interesse sociale in assenza di conflitto di interessi sono già prescritti da legge scritta e codificata all'art. 2392 del Codice civile. Sul punto si afferma che non può rientrare nelle competenze professionali del giudice l'accertamento della natura irragionevole o erronea delle operazioni compiute dagli amministratori, posto che tale circostanza rischia di penalizzare le attività più innovative e di essere influenzato dal senno di poi. Soprattutto, osserviamo, che se gli amministratori sono incapaci e inadatti a gestire la società, essi, però, non sono per ciò solo inadempienti ad alcun loro obbligo, sicché andranno sostituiti dai soci, ma non condannati a risarcire i danni causati dalle loro improvide scelte.

Anche la giurisprudenza civile ha concluso analogamente, affermando che il giudizio di responsabilità (civile) degli amministratori non ha a oggetto le scelte gestionali in sé, neppure se si rivelino a posteriori dannose o frutto di decisioni inopportune, ma il modo in cui le stesse vengono compiute, ovvero la fase precedente alla scelta operata. Ciò che è necessario verificare, per i giudici, è infatti la presenza di un'omissione da parte dell'amministratore di quelle cautele, di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste per la scelta di quel genere. Omissione che può configurare la violazione dell'obbligo di adempiere con diligenza il mandato di amministrazione e può quindi generare una responsabilità contrattuale dell'amministratore verso la società (Cass. civ., Sez. I, 28.04.1997, n. 3652).

Di recente è stato precisato che la diligenza richiesta agli amministratori si sostanzia soltanto nell'obbligo di agire informati, così che la sussistenza di una responsabilità dell'amministratore (in ambito civile) non può mai investire le scelte di gestione, ma solo la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere (Cass. Civ., Sez. I, 22.06.2017, n. 15470). Interessante è capire se tale regola possa trovare applicazione anche rispetto alla valutazione che delle medesime condotte viene fatta in sede penale.

3. Sull'applicabilità della *BJR* nel caso concreto

Nel corso per Cassazione si invoca l'applicazione della regola della *BJR* anche ai casi in cui le scelte imprenditoriali siano sottoposte alla valutazione di un giudice penale. La difesa rileva come nei giudizi di primo e di secondo grado la decisione dei giudici sia di fatto consistita in valutazioni ex post delle scelte imprenditoriali, ossia in un sindacato di opportunità aziendale, precluso ai giudici penali (e civili) in forza proprio della *Business Judgement Rule*.

Dopo aver ricordato come tale regola consista in un canone ermeneutico che preclude ai giudici di esprimere valutazioni sulla diligenza degli amministratori attraverso i parametri dell'opportunità aziendale, precisa che a differenza della maggior parte degli altri professionisti, amministratori e funzionari non possono contare su modelli di comportamento accettati dalla collettività da poter invocare per proteggere le proprie scelte e dimostrare la ragionevolezza della propria condotta. I medici hanno dei protocolli, così come gli ingegneri ne hanno, ma qualsiasi decisione di un amministratore è unica nel suo genere; perciò, chi l'ha compiuta non può invocare alcun protocollo, alcuna pratica comunemente accettata, per giustificare il perché di un suo comportamento.

Perciò anche in sede penale si rende doverosa l'applicazione della *BJR* posto che limita il sindacato giudiziale soltanto a una verifica in ordine all'adozione da parte dei managers delle cautele necessarie per addivenire alla propria decisione in maniera consapevole.

Nei casi in cui l'amministratore sia stato diligente nell'assumere le informazioni preliminari all'operazione da intraprendere, la scelta gestionale poi in concreto attuata non potrà essere sottoposta a un giudizio di opportunità economico-aziendale, senza di fatto svolgere un giudizio *ex post* basato soltanto sull'insuccesso dei risultati aziendali, che dovrebbe essere vietato al giudice penale.

4. Il rigetto della Cassazione e analisi del concetto di dissipazione

Dopo un *excursus* sulle origini e sullo sviluppo della regola della *BJR*, in linea con quanto già excepto dalla difesa, la Corte conferma che tale regola consiste in una presunzione operante in sede civile secondo cui gli amministratori agiscono su base informata, in buona fede e nell'interesse della società, con la conseguenza che il *Board of Directors* è esente da responsabilità per le decisioni assunte purché queste siano corrette ove valutate attraverso una serie di *fiduciary duties* quali: *The duty of care, the duty of monitor, the duty of enquiry, the duty of loyalty*.

La ratio di tale operare risiede per la Corte nella circostanza che la gestione dell'attività di impresa comporta dei rischi, per cui estendere la cognizione del giudice civile anche al merito della decisione deprimerebbe l'attività di gestione, rallentando e compromettendo il processo decisionale, anche in riferimento a scelte corrette a livello procedurale, che verrebbero compromesse pur di evitare risultati negativi. Nonostante vengano espresse queste e altre osservazioni molto chiare, la Suprema Corte conclude per l'inapplicabilità della *BJR* in campo penale.

La corte afferma che la *BJR* non può trovare applicazione nella valutazione in ordine alla sussistenza di reati che involgono le scelte imprenditoriali, quali la bancarotta fraudolenta, in quanto si tratta di una valutazione che investe elementi ulteriori e diversi, ovvero la messa in pericolo del patrimonio sociale. Rigettata la tesi della *BJR*, la sentenza in commento svolge tuttavia un interessante percorso in ordine al significato del concetto di dissipazione, ripercorrendo le interpretazioni susseguitesesi nel corso degli anni.

- In primo luogo, viene citata la giurisprudenza più risalente che individuava tale condotta nello sciupare, distruggere, consumare e scialacquare il patrimonio, ed emblematicamente, nel gioco (Cass. Pen., Sez. V, sentenza n. 239 del 03.02.1967, Anselmo, Rv. 103662);
- Successivamente la condotta in esame veniva definita come dispersione dei beni attraverso spese inconsiderate e meramente voluttuarie, o atti di prodigalità inconsulta (Cass. Pen., Sez. V, sentenza n. 834 del 23.05.1967, Giannuzzi, Rv. 105174);
- E ancora si era individuata la dissipazione in spese non necessarie fatte dall'imprenditore a scopo voluttuario ovvero per soddisfare le esigenze di una vita viziosa o la propria vanità (Cass. Pen., Sez. V, sentenza n. 894 del 22.06.1971, Bruno, Rv. 119090).

Si tratta di definizioni che, a parere della Corte, devono ritenersi ormai superate. L'analisi si concentra quindi su un altro elemento: la natura di reato di pericolo della bancarotta. Questa, per la Corte, impone infatti al giudice di svolgere una valutazione *ex ante*, e caso per caso per verificare se il soggetto agente abbia ponderato tutte le possibili conseguenze che l'opzione adottata, in uno specifico contesto economico e imprenditoriale, avrebbe potuto determinare, nella prospettiva di accertare se fosse, quindi, prevedibile che la soluzione adottata potesse effettivamente mettere a repentaglio la conservazione della garanzia patrimoniale dell'impresa poi fallita.

Il sindacato del giudice penale avrebbe quindi a oggetto certamente la scelta imprenditoriale ma solo sotto il profilo della ponderata prospettiva da parte di chi l'ha realizzata, di tutte le possibili conseguenze e ricadute sul patrimonio della società, nella sua qualità di funzione di garanzia. E ciò

considerando anche che, trattandosi di reato di pericolo, sono sufficienti a integrare la fattispecie in esame pure le condotte di messa in pericolo degli interessi dei creditori. Precisa la Corte che proprio questa natura del reato rende, in concreto, nevralgico l'accertamento inerente alla scelta imprenditoriale, in un'ottica, tuttavia, delimitata. Infatti, secondo la Corte, non vi è alcuna valutazione di discrezionalità e opportunità rispetto alla condotta che, con giudizio ex ante, si ponga in drastico e irrimediabile conflitto con la funzione di garanzia patrimoniale dei beni dell'impresa, funzione che costituisce l'unica ottica rispetto alla quale il giudice penale può e deve valutare la coerenza delle scelte imprenditoriali con le finalità dell'impresa. Di conseguenza, il parametro valutativo che accomuna tutte le ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale deve essere individuato nella misura del divario tra la scelta imprenditoriale e la garanzia dei creditori. Soltanto un divario minimo, per la Corte, escluderebbe ogni valutazione di opportunità tecnica sulle scelte operate dall'imprenditore, in quanto una scelta notevolmente rischiosa in termini economici può risultare penalmente irrilevante in riferimento a condizioni strutturali dell'azienda del tutto tranquillizzanti e prive di segnali di crisi al momento in cui la scelta stessa è stata adottata.

5. L'individuazione delle condotte dissipative

La Suprema Corte conclude comunque individuando alcuni criteri utili per l'identificazione di condotte dissipative:

- la sussistenza di condotte seriali conseguenti a scelte imprenditoriali complessivamente confliggenti con la tutela del ceto creditorio;
- la volontà di privilegiare finalità estranee alla gestione dell'impresa o concretamente confliggenti con la stessa;
- l'estremo livello di rischio di determinate operazioni, anche in relazione alle condizioni patrimoniali dell'impresa, che si ponga al di là del rischio fisiologico, dimostrabile attraverso la presenza di elementi anomali di natura oggettiva;
- l'adozione di dette scelte in fasi in cui lo stato di crisi si era o meno manifestato ed era o meno conosciuto dall'agente.

Va rilevato peraltro che rispetto al caso di Alitalia, la Corte ha concluso per la natura dissipativa delle condotte realizzate dall'imputato principale tenuto conto della perdurante situazione di forte criticità in cui versava Alitalia, che aveva anche adottato un Piano industriale 2005/2008 orientato al raggiungimento del pareggio a partire dal 2006.

La circostanza che le perdite di esercizio di Alitalia, stimate nel 2006 in circa 380 milioni di euro, alla fine del 2007 ammontassero a circa 4 miliardi di euro, secondo i giudici di legittimità avrebbe dovuto orientare ogni iniziativa gestionale unicamente verso il contenimento delle spese e il risparmio dei costi. Per cui, le operazioni attuate, erano apparse idonee a fondare la prognosi postuma di concreta messa in pericolo dell'integrità del patrimonio dell'impresa funzionale alla garanzia dei suoi creditori, con conseguente integrazione della dissipazione.

6. Conclusioni

La sentenza in commento ha il pregio di definire il concetto di dissipazione e i confini del sindacato del giudice penale. Tuttavia, alcune osservazioni critiche si rendono doverose.

Ci si chiede quale dovrebbe essere il comportamento dell'amministratore di una società che si trova in uno stato di difficoltà a adempiere o di vera e propria crisi economico-finanziaria. In particolare, ci si domanda se lo stesso dovrebbe astenersi dal compiere operazioni che presentino un certo ma non

quantificabile margine di rischio per i creditori. In alcune parti della sentenza, infatti, la Corte sembra arrivare alla conclusione che la dissipazione, penalmente rilevante, sussiste in tutti i casi in cui l'operazione ha diminuito il patrimonio della società nella sua funzione di garanzia dei creditori, e ciò, anche indipendentemente dalla coerenza o meno dell'operazione stessa rispetto all'oggetto sociale della società. La conclusione che se ne trae è che scelte imprenditoriali rischiose potrebbero essere adottate solamente in società in bonis e senza difficoltà economiche/finanziarie.

È evidente che in un contesto precario, di crisi, una qualsiasi operazione volta al salvataggio e al rilancio non può che mettere a repentaglio la garanzia dei creditori, peraltro già stremata o addirittura inesistente. Ne consegue che, qualora la società si trovi in stato di crisi gli amministratori dovrebbero prudenzialmente astenersi dal compiere operazioni che possano in qualche modo mettere a repentaglio il patrimonio della società e le garanzie dei creditori. Pena, la contestazione del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per dissipazione. Tale conclusione però appare in stridente contrasto rispetto alla logica d'impresa, con disastrose conseguenze sull'iniziativa imprenditoriale:

Gli amministratori di società in crisi, pur di non incorrere nel reato di bancarotta non avrebbero altra scelta ragionevole che astenersi dal compiere operazioni aventi un qualsiasi rischio di diminuzione del patrimonio sociale. Così facendo, però, rinuncerebbero alla possibilità di risanare e rilanciare le attività della società, con l'inevitabile fallimento o messa in liquidazione della stessa. Si tratta di una situazione che porta a un insanabile paradosso: l'amministratore che si astiene dal compiere operazioni rischiose, non risponderà del reato di bancarotta, ma allo stesso tempo potrebbe essere citato in un'azione di responsabilità civile per non aver adottato tutte le soluzioni necessarie a risolvere lo stato di crisi. Al contrario, l'amministratore che realizza operazioni rischiose in società in crisi, potrebbe essere condannato per bancarotta fraudolenta per dissipazione, ma allo stesso tempo sarebbe esente da responsabilità civile, per la medesima condotta, in ragione del canone ermeneutico della *BJR*.

E allora ci si chiede se per l'individuazione delle condotte fraudolente dissipative non sia preferibile qualche altro criterio rispetto a quello della mera tutela dei creditori. Per esempio, valutando in via principale l'incoerenza dell'operazione rispetto alla logica di impresa ovvero che l'attività realizzata sia completamente estranea ed esterna agli scopi dell'impresa. In pratica, un'operazione compiuta in un periodo di crisi societaria potrebbe dirsi dissipativa solo se non trova la propria giustificazione in attività di risanamento, di ripresa e di rilancio della società, le quali hanno per obiettivo aumentare, e non di diminuire, la garanzia dei creditori. In tal modo, verrebbe ridotta se non eliminata la evidente dicotomia tra l'applicabilità della *BJR* nel giudicato civile e l'inapplicabilità della *BJR* nel giudicato penale.

28 settembre 2021

Avv. Bruna Capparelli