

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

**Dottorato di ricerca in diritto degli affari e diritto tributario
dell'impresa**

XXVII ciclo

**LA RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRATORE NELLA S.P.A. IN
CRISI**

TUTOR

Chiar.ma Prof.ssa
Barbara De Donno

CANDIDATA
Maria Zinno

CO-TUTOR

Chiar.mo Prof.
Gustavo Visentini

RIASSUNTO

1. La crisi economica e finanziaria che ha interessato, sia pur con diversa intensità, ogni categoria di soggetti, le maggiori istituzioni e i piccoli risparmiatori, ha costituito e costituisce tuttora un interessante banco di prova per gli ordinamenti in tema di responsabilità degli amministratori di s.p.a. nella gestione del dissesto.

L'argomento, oggi al centro di un vasto dibattito, non è sempre stato oggetto di trattazione sistematica: l'interconnessione dei fenomeni economici su scala mondiale, con i suoi incontrollabili effetti di propagazione da un mercato all'altro, ha, infatti, sicuramente contribuito all'affermarsi di un concetto di crisi come fenomeno fisiologico dell'impresa, connaturato all'attività produttiva svolta in un'economia di libero mercato.

Se è vero che il dissesto, soprattutto in fasi di grave squilibrio del sistema globale, ben può dipendere da fattori in nessun modo imputabili a *mala gestio* degli amministratori, tuttavia i doveri di diligenza e vigilanza impongono a questi ultimi di saperne percepire tempestivamente i sintomi e di reagire in modo adeguato con scelte che tengano conto dei diversi interessi in gioco, orientandosi nel senso della conservazione e promozione dell'impresa, ovvero provvedendo alla sua liquidazione.

Si accentua, così, l'esigenza di definire con precisione questioni e problematiche della gestione della crisi nelle sue varie fasi: il tema è interdisciplinare e di indubbia dimensione sistematica, collocandosi a cavallo tra diritto societario e fallimentare ed incidendo inevitabilmente su doveri e obblighi degli amministratori. La trattazione non può, dunque, prescindere da un breve inquadramento sul tema della responsabilità dell'organo gestorio, che prospera, non a caso, nell'ambito delle procedure concorsuali.

2. In un contesto in cui agli amministratori spetta la gestione esclusiva dell'attività sociale, al punto che finanche l'eventuale autorizzazione assembleare non sarebbe sufficiente ad esonerarli da responsabilità, l'efficacia del vincolo fiduciario risiede nel grado di assoggettabilità ai rimedi della revoca e dell'azione di responsabilità: quanto più effettiva è la soggezione dell'amministratore al rischio di rispondere per il suo comportamento, tanto più è verosimile che le sue decisioni siano sottratte alle indebite pressioni della maggioranza e rispondano all'interesse integrato di tutti i soci.

Superata l'esplicita assimilazione al mandato, senza che ciò abbia comportato significativi stravolgimenti, il rapporto di immedesimazione organica che lega l'amministratore alla società, abilitandolo ad esprimerne la volontà all'esterno e a rappresentarla, è tendenzialmente ricostruito come contratto di amministrazione: la prestazione richiesta è di amministrare la società, nel senso di compiere tutti gli atti utili o necessari al conseguimento dell'oggetto sociale nel rispetto del vincolo fiduciario.

L'art. 2392 c.c. impone agli amministratori di adempiere i doveri loro imposti da legge e statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Considerato che l'attività di amministrazione è costituita da un insieme di atti, fatti e negozi in relazione ai quali non è sempre possibile individuare specifiche regole di condotta, gli obblighi legali e statutari, pur rimanendo imprescindibile riferimento (insieme ai casi di conflitto di interessi), non esauriscono i doveri in capo ai gestori: la clausola generale di diligenza copre proprio quelle fattispecie non tipizzate, o non tipizzabili, imponendo quei comportamenti, ispirati a cautela, fedeltà e perizia, che in determinate circostanze è ragionevole, se non addirittura doveroso, attendersi.

Non potendosi inquadrare l'amministrazione in un'attività professionale connotata da uniformità di esecuzione, il grado di diligenza richiesto dipenderà, quindi, dalle dimensioni della società, dalla sua articolazione organizzativa, dalla posizione ricoperta dal gestore nella *governance*, dalle ragioni stesse alla base dell'incarico, ma anche dal livello di esperienza, dalle conoscenze tecniche e dalle capacità individuali, ragionevolmente ascrivibili e obiettivamente riscontrabili alla luce del percorso formativo e professionale del singolo: è forte l'esigenza di una valutazione personalizzata, che tenga conto della specificità di ciascuna fattispecie.

Fermo restando il vincolo di responsabilità solidale, il testo normativo, così come modificato dalla Riforma, dimostra l'intenzione del legislatore di demarcare la separazione di funzioni, competenze e responsabilità tra consiglieri non esecutivi ed amministratori delegati, definendo altresì il processo informativo che deve instaurarsi tra loro: venuto meno il generico obbligo di vigilare, ai consiglieri non esecutivi sono sostanzialmente affidate competenze valutative sul generale andamento della gestione oltre che sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, da esercitarsi -ben inteso- sulla base delle informazioni ricevute dai delegati.

Sul punto la dottrina è divisa tra chi ritiene che si sia voluto eliminare il generale obbligo di vigilanza per evitare “indebite estensioni” della responsabilità, e chi sostiene, al contrario, che i poteri-doveri di informazione in capo ai deleganti, la rigorosa previsione di flussi informativi a carico dei delegati, nonché il controverso obbligo di “agire informati” facciano persistere l’obbligo in questione, sia pur in forma “mediata”.

Un punto però appare difficile da contestare e cioè che una reazione autenticamente diligente del consiglio di amministrazione richiederebbe non solo la piena e completa informazione, ma anche l’elaborazione indipendente di quanto appreso, legandosi inevitabilmente alla disponibilità dei mezzi materiali e personali per raggiungere l’adeguata conoscenza degli affari sociali, e, dunque, essenzialmente alla struttura interna dell’organo sociale.

Nel nostro ordinamento la responsabilità degli amministratori, conformemente all’intero sistema della responsabilità civile, ha funzione sostanzialmente risarcitoria nei confronti della società, dei creditori, dei soci e dei terzi.

Quanto alla natura della responsabilità, con specifico riferimento a quella nei confronti della società, non si dubita che essa sia contrattuale: la società lesa dovrà dimostrare la violazione degli obblighi inerenti all’incarico e il danno che ne è derivato, mentre graverà sugli amministratori l’onere di provare la loro non imputabilità, fornendo prova positiva dell’osservanza di quanto prescritto.

Più controversa, invece, la ricostruzione della responsabilità nei confronti dei creditori sociali: il danno che si produce, infatti, non è il riflesso di quello subito dalla società, ma risiede in un pregiudizio diverso per violazione di obblighi attinenti alla conservazione dell’integrità del patrimonio sociale, nella sua funzione di generica garanzia *ex art. 2740 c.c.* Da ciò derivano incertezze sulla natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità in parola, nonché sulla natura diretta ed autonoma ovvero surrogatoria della relativa azione, in un dibattito, peraltro, frustrato dalla pratica in cui l’esperimento dell’azione avviene essenzialmente nell’ambito delle procedure fallimentari.

Parzialmente a sé stante è, poi, la responsabilità nei confronti dei soci e dei terzi per danno incidente direttamente sul patrimonio di questi e derivante da fatto doloso o

colposo dell'amministratore che sia commesso nell'esercizio delle sue funzioni (altrimenti si ricadrebbe nel generalissimo *naeminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c.).

Infine, fattispecie peculiare riguarda gli obblighi gravanti sugli amministratori nei casi di abuso di attività di direzione e coordinamento *ex art. 2497 c.c.*: per quanto l'esistenza del gruppo comporti una maggiore esposizione del *management* della dominante e delle controllate ai rischi inerenti al proprio incarico, imponendo una maggiore ponderazione delle scelte che tenga conto della dialettica tra *holding* e società figlie, anche in questo caso la responsabilità gestoria non sarà meramente da posizione, ma richiederà l'accertamento di una violazione dei criteri di corretta e diligente gestione.

3. Il verificarsi del dissesto, oltre a comportare rilevanti riflessi sul generale assetto organizzativo della società, incide profondamente sui poteri e sulle responsabilità degli amministratori, i quali, pur mantenendo sia il potere gestorio che la rappresentanza, vedono mutare sostanzialmente la propria funzione. La gestione della crisi assume connotazioni diverse a seconda della natura e tipologia della società, è però possibile ravvisare alcuni tratti comuni.

In primo luogo, senza dubbio, grava sui gestori il compito – implicito - di impiegare mezzi, risorse e competenze per evitare il declino e, quindi, per monitorare, prevenire e gestire in modo adeguato eventuali sintomi di crisi, a tutela dell'integrità del patrimonio sociale, oltre che delle ragioni di soci e creditori. Non a caso tra i loro doveri c'è quello di curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società sia adeguato alla natura ed alla dimensione dell'impresa, così da prevenire o rimediare per tempo ad eventuali situazioni di squilibrio e sovra-indebitamento che, indebolendo la società, la esporrebbero maggiormente a situazioni di crisi.

Sul punto è particolarmente delicata l'identificazione del contenuto dell'obbligo di diligenza e dei limiti all'attività gestoria, attività che, almeno in principio, dovrebbe essere insindacabile in termini di opportunità e convenienza. Qualsiasi tentativo di affermare la responsabilità degli amministratori rischia, infatti, di confrontarsi con la c.d. *business judgment rule*, ovvero il principio di insindacabilità delle scelte gestionali.

Uno spiraglio si apre allorché si riesca a dimostrare il difetto di diligenza del *management* che, nel valutare i margini di rischio, abbia adottato una decisione

macroscopicamente inopportuna e sconveniente, arrecando alla società perdite gravi e irrimediabili. A prescindere dai risultati, appare quindi incontestabile che il dovere di diligenza imponga quantomeno una certa ponderazione delle scelte: se è vero che il giudice, dovendosi limitare ad un controllo di legittimità, non potrà sindacare nel merito la gestione, ben potrà controllare il percorso che ha condotto a determinate decisioni, al fine di accertare che siano state adottate tutte le cautele e le verifiche del caso, eventualmente sanzionandone l'omissione. Sulla base di un giudizio prognostico *ex ante*, riferito cioè alle circostanze esistenti nel momento in cui si è tenuta la condotta, le scelte dovranno essere almeno non manifestamente irrazionali, poggiare su basi quantomeno plausibili e rispondere ad una visione complessiva e prospettica (peraltro richiesta espressamente in sede di predisposizione del bilancio in base al criterio del *cd. going concern*).

La responsabilità non discende soltanto dall'aver causato il dissesto, ma anche dal non aver percepito tempestivamente i sintomi della crisi e non avervi prontamente reagito.

Il dovere di prevenzione esige anzitutto che gli amministratori facciano uso nel corso della normale gestione di appositi *test* di solvibilità che consentano di tastare la salute della società, monitorandone la situazione finanziaria e promuovendo interventi che siano efficaci e tempestivi. Per quanto vi si possa riconoscere una portata più ampia, tale dovere emerge anzitutto da alcuni obblighi specifici legati sostanzialmente al principio generale di conservazione dell'integrità del capitale sociale: si tratta degli artt. 2446 e 2447 c.c. e della relativa disciplina concepita al fine di promuovere l'adeguata ricapitalizzazione o la trasformazione della società, o finanche il suo scioglimento.

Fermo restando che non vi è unità di vedute su cosa debba intendersi per "perdite rilevanti", i profili più controversi riguardano anzitutto il momento consumativo dell'illecito. A poco soccorre, infatti, il testo normativo che si limita a prevedere che l'obbligo di convocare l'assemblea "senza indugio" sorge "quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite". Si ritiene che l'obbligo sorga quantomeno in sede di redazione del progetto di bilancio, ma nulla esclude che gli amministratori in determinate circostanze possano e debbano prenderne atto già nel

corso dell'esercizio: la prova dell'anticipata conoscenza sarà ovviamente a carico della società che intenda agire nei loro confronti.

Problemi ancora maggiori, pone, poi l'individuazione del nesso di causalità che legghi in modo diretto e immediato l'omissione e il conseguente pregiudizio, essendo assai arduo provare che la società non sarebbe stata comunque esposta alle ulteriori perdite e, quindi, l'efficacia di eventuali provvedimenti nell'evitare l'aggravarsi del dissesto.

Infine, non è agevole nemmeno la quantificazione del danno: in ossequio al principio di causalità giuridica di cui all'art. 1223 c.c., il danno andrebbe stimato sulla base dell'ulteriore disavanzo prodottosi successivamente alla mancata o ritardata convocazione dell'assemblea per aver proseguito l'attività nonostante il verificarsi della causa di riduzione, senza aver adottato gli opportuni provvedimenti.

Il tema si lega a quello della prosecuzione dell'attività sociale pur in presenza di perdite talmente rilevanti da integrare una causa di scioglimento della società.

Vigente il vecchio art. 2449 c.c., al verificarsi di una causa di scioglimento sorgeva automaticamente, *ipso iure* e *de facto*, l'obbligo di astensione da nuove operazioni. Nel nuovo impianto normativo sembra esser venuto meno l'automatismo del divieto: la responsabilità deriverebbe dal danno creato per effetto di una gestione eccedente i fini di mera conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.

A ben vedere, preliminare è l'obbligo di accertare "senza indugio" il verificarsi di una delle cause di scioglimento e procedere ai relativi adempimenti: pur tenendo presenti le circostanze del caso concreto e valutando diversamente la posizione degli amministratori con o senza deleghe, ai fini della valutazione della responsabilità, tanto per i delegati che per i non esecutivi, non potrà non tenersi conto dell'idoneità dei meccanismi di monitoraggio, passando, quindi, attraverso un giudizio sulla tempestività oltre che sulla correttezza della rilevazione.

Dal verificarsi di una causa di scioglimento deriva l'obbligo di gestione conservativa.

Quel che sembra più significativo nella nuova formulazione è l'introduzione esplicita di una responsabilità per danni, eliminando la possibilità per i terzi di convenire in giudizio gli amministratori per l'adempimento dell'obbligazione illegittimamente assunta e superando il dibattito dottrinale incentrato sulla natura interna o esterna della responsabilità degli amministratori. Per il resto, sembra che il legislatore abbia soltanto

recepito quanto acquisito a livello interpretativo: a prescindere da un mero riferimento cronologico, sono vietate quelle operazioni che, in quanto speculative, risultino incompatibili con lo stato di liquidazione perché determinano, o rischiano di determinare, un pregiudizio alla consistenza patrimoniale della società; sicuramente ammesse, ed anzi dovute, saranno quelle attività positive necessarie per non disperdere il valore di avviamento dell'impresa.

Inutile dire che particolarmente importante sarà la ricostruzione offerta dalla giurisprudenza, che però rischia di essere caratterizzata da un elevato grado di opinabilità legato a valutazioni necessariamente casistiche.

Rispetto a tali tradizionali problematiche, un ruolo di interesse è oggi assunto dalle soluzioni negoziali - procedimentalizzate e non -, strumenti di autoregolamentazione della crisi, preventivi ed alternativi rispetto all'esecuzione coattiva, rivolti al risanamento economico, patrimoniale e finanziario. Gli obblighi degli amministratori si riempiono di ulteriori contenuti: valutata la gravità e la composizione dell'indebitamento, è compito del *management* di avvalersi della soluzione più adatta secondo parametri di ragionevolezza e misura. Da queste impegnative valutazioni strategiche dipenderà non solo il successo dell'operazione di salvataggio, ma anche la responsabilità dei gestori laddove la via stragiudiziale si riveli non concretamente fattibile o eccessivamente rischiosa.

3. Senza dubbio la responsabilità degli amministratori nel dissesto trova il più ampio ambito di applicazione nelle procedure concorsuali.

La legge fallimentare, segnatamente l'art. 146 l. fall., si limita ad attribuire al curatore l'azione di responsabilità, senza ulteriori indicazioni. La *ratio* della disposizione è intuitiva: il legislatore intende assegnare esclusivamente all'organo concorsuale il compito di reintegrare il patrimonio della società a beneficio del ceto creditorio, nel rispetto della *par condicio* e al fine di incrementare il più possibile l'attivo.

Per orientamento decisamente consolidato, a seguito della dichiarazione di fallimento, non sorge in capo al curatore un'azione nuova: l'organo fallimentare acquista solo la legittimazione all'esercizio delle azioni a tutela della società e dei

creditori sociali, che, pur mantenendo la loro autonomia, assumono carattere cumulativo ed inscindibile.

Tanto premesso, occorre, dunque, verificare se i presupposti delle due azioni subiscano delle trasformazioni, sostanziali e processuali, in sede fallimentare e, in particolare, se si cumulino o si mantengano comunque separate e distinte anche quando esercitate dal curatore.

Se il trasferimento dell'azione sociale si fa discendere già dallo spossessamento (art. 42 l. fall.), nonché dalla legittimazione a stare in giudizio *ex* art. 43 l. fall., maggiori trasformazioni si avvertono con riferimento all'azione dei creditori (in particolare se vi si attribuisce natura autonoma e diretta). In tal caso, infatti, lo scopo non sarà più quello di reintegrare il patrimonio del singolo creditore, ma piuttosto di accrescere l'attivo fallimentare, attingendo al patrimonio dell'amministratore; allo stesso modo il danno risarcibile non sarà più specificamente quello subito dal creditore agente, ma quello subito dal patrimonio sociale, e il creditore potrà ottenere risarcimento solo indirettamente attraverso il concorso sull'attivo fallimentare, in misura corrispondente al credito nei confronti della fallita.

Con specifico riferimento alla natura dell'azione è possibile rintracciare diversi orientamenti. Le prime pronunce, sostenendo l'unico fine della reintegrazione del patrimonio sociale, facevano discendere dall'unitarietà dell'azione l'inutilità di distinguere tra condotte lesive e rispettivi danni, nonché tra termini di prescrizione ed eccezioni opponibili, superando così anche la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e consentendo al curatore di optare per il regime più agevole. Si è però notato che, seguendo tale impostazione, pur sostenendone la natura derivata, in realtà si creerebbe un'azione nuova, autonoma, nascente dal fallimento, in cui l'organo fallimentare godrebbe di una posizione di privilegio. Preferibile, piuttosto, mantenere distinti i diversi profili di responsabilità: la procedura può avvalersi dei presupposti dell'una o dell'altra azione a seconda delle situazioni, dovendo però anche sottostare ad eventuali profili sfavorevoli, una volta effettuata la scelta.

È di tutta evidenza come la scelta dell'uno o dell'altro orientamento, ovvero di orientamenti intermedi, abbia significative implicazioni in materia di prescrizione, rinuncia e transazione, onere della prova e, da ultimo, anche esito stesso dell'azione.

Questioni di non poco conto riguardano poi la quantificazione del danno risarcibile.

Nel giudizio di responsabilità nei confronti degli amministratori dovrebbero trovare applicazione, infatti, i principi generali in materia di risarcimento del danno e, primo fra tutti, l'art. 1223 c.c., che, tuttavia, nel fissare il criterio di integrale risarcimento del danno conseguenza diretta e immediata, nel rispetto della funzione compensativa, assume un carattere prevalentemente declamatorio, variando radicalmente il contenuto e la misura del danno a seconda delle regole e dei presupposti presi in considerazione.

Si tende oggi a superare il criterio tradizionale che aprioristicamente ed automaticamente faceva coincidere il danno con la differenza tra attivo e passivo fallimentare. Per quanto sicuramente di più semplice applicazione, detto criterio potrebbe essere astrattamente utilizzabile solo in ipotesi strettamente determinate e congruamente motivate, sostanzialmente riconducibili all'assoluta mancanza di scritture contabili o all'assoluta irregolarità delle stesse. In questo caso, infatti, essendo impossibile dar la prova dell'esatto ammontare del danno, il criterio del *deficit* servirebbe quale parametro per una valutazione equitativa ex art. 1226 c.c. Perplexità suscita anche il diverso criterio della differenza tra i netti patrimoniali, che consiste nella comparazione tra la situazione patrimoniale esistente nel momento in cui si è verificata la causa di scioglimento e quella esistente al momento della dichiarazione di fallimento.

Si sostiene in merito che il sistema sanzionatorio della responsabilità degli amministratori dovrebbe essere comunque inquadrabile nel sistema di responsabilità civile, pena accrescere eccessivamente il rischio insito nell'assunzione stessa della carica: una rigorosa valutazione del nesso di causalità, che tenga conto del pregiudizio realmente recato dagli illeciti commessi e dell'effettivo detrimento patrimoniale che si sarebbe evitato, è chiaramente destinata a scontrarsi con qualsivoglia criterio astratto che pretenda di fissare aprioristicamente un criterio generalmente applicabile a tutti i casi di responsabilità degli amministratori, senza analizzare di volta in volta e in concreto tutti gli elementi costitutivi della fattispecie¹.

¹ Il tema è di stretta attualità, basti pensare che, con una recentissima ordinanza (Cass., ord., 3.6.2014, n. 12366, in *Soc.*, 2014, 997), la I Sezione della Corte di Cassazione ha trasmesso gli atti al Primo Presidente per valutare l'opportunità di sollecitare una pronuncia delle Sezioni Unite proprio in materia di responsabilità nel fallimento, onere probatorio e liquidazione del danno.

4. Proprio in materia di responsabilità gestoria il modello proposto dall'ordinamento inglese riscuote un indiscusso plauso tra gli interpreti e gli operatori, che ne apprezzano, da un lato, l'organicità e il tecnicismo, dall'altro, l'attenta lettura e applicazione giurisprudenziale, pur in questo settore tipicamente di “*statute law*”.

In particolare, la problematica attinente a limitare la tendenza - accentuata nella crisi - alla esternalizzazione del costo dei debiti sociali e al trasferimento del rischio di impresa sui creditori è stata particolarmente avvertita fino al punto da raggiungere pieno riconoscimento legislativo: nella *sect. 214 dell'Insolvency Act 1986* si legge che quando gli amministratori hanno accertato, o avrebbero dovuto accertare, che non sussistano prospettive ragionevoli affinché la società eviti la liquidazione per insolvenza, essi sono specificamente tenuti ad adottare tutte le misure necessarie a limitare le perdite per i creditori. La *ratio* ispiratrice consiste nel principio per cui in tali situazioni l'interesse sociale viene a coincidere con l'interesse di coloro che, in sede di dissesto, e specificamente nel momento in cui il passivo supera l'attivo, detengono l'*ultimate financial interest in the company*, vale a dire i creditori.

Con la previsione di tale istituto, c.d. *wrongful trading*, riconoscendo la responsabilità diretta degli amministratori di società in crisi - colpevoli di *honest but unreasonable behaviour* (ai quali non è, dunque, applicabile il c.d. *fraudulent trading*) -, si è inteso garantire maggiore obiettività nelle valutazioni sul rispetto del *duty of care and skill*, troppo spesso riferite a parametri puramente soggettivi.

Si tratta, infatti, di un dovere preconcorsuale a contenuto complesso che, ispirandosi ad uno *standard* di corretta amministrazione rapportato allo stato di crisi, impone ai gestori di monitorare con rigore la situazione patrimoniale della società, in modo da prevedere tempestivamente l'insolvenza e conseguentemente adottare le misure necessarie a proteggere gli interessi dei creditori e comunque a gestire la liquidazione del patrimonio sociale nel rispetto della *par condicio*. Il sindacato *ex post* dell'operato dei *directors* (da cui può derivare finanche la loro *disqualification*) deve essere effettuato con riferimento, oltre che alle caratteristiche della singola società, alle conoscenze, abilità ed esperienze che ci si aspetta da chi svolge le funzioni amministrative, ma anche a quelle che sono effettivamente proprie del singolo amministratore; ad essere responsabili saranno non solo coloro che formalmente hanno

rivestito la carica, ma anche i c.d. *de facto directors* e *shadow directors* (ivi compresi i soci di controllo).

Il dibattito sull'istituto, da sempre piuttosto vivace, si è esponenzialmente sviluppato dopo che la Commissione Europea nell'*Action Plan* del 2003 lo ha elevato a modello, proponendo l'introduzione di strumenti per rendere i gestori direttamente responsabili del fallimento della società nell'ipotesi in cui, pur essendo detto evento prevedibile, costoro non abbiano fatto alcunché per "salvare" la compagine, garantire i pagamenti ovvero chiederne la liquidazione.

Va detto però che in dottrina sono stati espressi seri dubbi sulla capacità dell'istituto di garantire effettivamente i benefici per i quali è stato previsto. L'aspetto più problematico della disciplina riguarda, senza dubbio, la visione prospettica che si chiede all'amministratore ed il parametro che deve guidarlo nell'effettuare le valutazioni. Non a caso le maggiori critiche derivano dal fatto che la giurisprudenza inglese, utilizzando di solito un mero *cash flow test*, colloca il momento della scelta fra la continuazione e la cessazione dell'attività sociale in una fase abbastanza avanzata della crisi, il che fa dubitare dell'idoneità dello strumento ad innescare nel momento opportuno la responsabilità degli amministratori e garantire, così, una più proficua tutela degli interessi dei creditori.

6. Nelle legislazioni più recenti, non solo in quelle di *common law*, tradizionalmente *debtor oriented*, ma anche in quelle di *civil law*, si avverte una tendenza ad attenuare il carattere sanzionatorio della procedure concorsuali e a promuovere il superamento della preminente finalità liquidativa, in favore di soluzioni che siano volte al risanamento e alla continuazione dell'impresa. In quest'ottica si spiegano i numerosi interventi normativi che, tramite rimedi premiali e sanzioni civili, ma anche penali, tendono ad incentivare la correttezza nella gestione dell'impresa e la tempestività di intervento sulla crisi, anche tramite il ricorso alle procedure concorsuali.

La novità dell'approccio ha portato gli interpreti ad auspicare uno sforzo che, muovendo dal regime di rimedi e responsabilità in capo agli organi sociali, fosse in grado di creare un sistema di regole della gestione societaria dell'impresa in difficoltà, con doveri e compiti stringenti in capo ai soggetti che ne sono investiti. Questa impostazione consentirebbe non solo di offrire un solido e preciso fondamento alle

plurime e concorrenti azioni di responsabilità, ma anche di agevolare l'anticipazione della conoscenza della situazione di crisi, imponendo il monitoraggio costante della situazione economico-societaria, la verifica della c.d. continuità aziendale, oltre che l'impiego di tentativi di composizione negoziale della crisi.

Pur prendendo atto della mancanza nell'ordinamento italiano di istituti quali il *wrongful trading*, ovvero di "istituti di allerta e prevenzione", si ritiene che il dovere degli amministratori di affrontare tempestivamente ed opportunamente eventuali situazioni di crisi o pre-crisi sia già insito nel sistema di obblighi inerenti alla carica, rispondendo ad un generale criterio di diligenza e correttezza nella gestione, ispirato a parametri di ragionevolezza ed effettività.

É chiaro però che tale approccio risulterà davvero efficace solo se, in un'ottica di complementarietà tra rimedi, sanzioni e risarcimento del danno, già nella fase di gestione ordinaria, saranno potenziati, in termini di effettività, gli obblighi di vigilanza e monitoraggio, tramite un sistema che disincentivi comportamenti opportunistici o non adeguatamente ponderati dell'organo gestorio, consentendo così di allontanare il rischio di *default*, o quantomeno di affrontare la crisi nel modo più adeguato, nel rispetto di tutti gli interessi in gioco, ed auspicabilmente superarla evitando la disgregazione del complesso aziendale.