



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

School of Advanced Studies

CORSO DI DOTTORATO IN

Legal and Social Sciences curriculum Civil Law and

Constitutional

Legality

Ciclo: XXXV

*Strumenti normativi e modelli organizzativi di
prevenzione della corruzione nella legalità
costituzionale.*

Studente
Ciro Ascione

PhD Supervisor
Prof.ssa Lucia Ruggeri

Coordinatore
Prof.ssa Lucia Ruggeri

ANNO ACCADEMICO 2021/2022

*Strumenti normativi e modelli organizzativi di prevenzione della
corruzione nella legalità costituzionale.*

Indice

Introduzione	4
Capitolo I - <i>Il «sistema» internazionale di lotta alla corruzione.</i>	6
1. Il fenomeno corruttivo. Contesto, diffusione. Iniziative di contrasto..	6
2. Il sistema italiano di prevenzione tra pubblico e privato.	8
2.1 I protocolli di legalità.	11
2.2. Un più recente strumento: <i>whistleblowing</i>	15
2.3. Gestione «commissariale» del contratto per reati da fenomeni corruttivi.....	18
3. U.S. <i>Foreign Corrupt Practices Act</i>	23
4. UK <i>Bribery Act</i>	25
5. Differenze di approccio normativo: Svizzera, Canton Ticino.	28
Capitolo II - <i>Implicazioni dell'adozione dei modelli organizzativi di prevenzione</i>	35
6. Incidenza sulla governance.....	35
6.1. Diligenza.	38
6.2. Responsabilità degli amministratori.	40
7. Incidenza sulla libertà contrattuale.	44
8. Funzione economico sociale dei modelli di prevenzione alla luce dei principi di meritevolezza,	52
(8.1) proporzionalità e ragionevolezza.	54
9. Possibile futuro dei modelli organizzativi di prevenzione. Cenni.....	58
Capitolo III - <i>Ritorno sociale dei modelli di prevenzione</i>	60
10. La responsabilità sociale delle imprese secondo Milton Friedman. 60	
11. Visioni opposte.	61
12. Profitto, ecologia giuridica ed etica.	63
13. Il Social ROI. Effetti sull'economia.	71
14. Compliance e sanzioni.....	77
15. Modelli di organizzazione e prevenzione come investimento (?)....	81
Capitolo IV - <i>Legalità costituzionale applicata attraverso i modelli di prevenzione.</i>	84

16. Legalità costituzionale.	84
17. Principi dell'ordinamento. <i>Rule of law</i>	86
18. Applicazione della legalità costituzionale attraverso i modelli di prevenzione.	90
19. Ruolo dell'interprete e tecnica.	97
20. Considerazioni conclusive.....	100
 Indice Autori	 105

Introduzione

Il lavoro muove dalla spinta regolamentare-normativa all'adozione di strumenti di gestione e controllo per assicurare scelte di *policies* di gestione improntate all'etica e alla legalità, nonché alla prevenzione della corruzione e/o fenomeni illeciti in genere, che riguardano il mondo dell'imprenditoria, della Pubblica Amministrazione e le relazioni tra questi due ambiti di interesse.

Quanto appena evidenziato, unito all'attuale complessità delle organizzazioni aziendali, per le stesse rappresenta o può rappresentare un vincolo decisionale o - ancor più grave - un «rischio», data la concreta possibilità di assumere decisioni non conformi alle norme vigenti.

Ancora più recentemente è intervenuto il quadro regolatorio UE che, insieme agli obiettivi dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite, ha aumentato notevolmente gli obblighi in materia di compliance in generale con grande accento a sostenibilità, ESG e green economy.

Obiettivo generale della ricerca è stato il riscontro «sul campo», l'implementazione dei modelli di prevenzione e/o controllo previsti dalle norme indicate, nonché l'obbligo - possibile - per le imprese di sistemi di compliance e di responsabilità sociale d'impresa, unitamente a temi di prevenzione della corruzione, quali strumenti per l'attuazione della legalità costituzionale, intesa come effettiva attuazione dei principi di pari dignità sociale e di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge.

Va in questa direzione la scelta di adottare tali modelli - finalizzati ad evitare la commissione dei reati necessari, e a prevenire la corruzione - o comunque l'adozione di strumenti attuativi di responsabilità sociale d'impresa, rappresentanti per le aziende non un costo, ma un investimento per una migliore gestione.

In tal senso, allora, certamente, la diffusione di tali strumenti di controllo costituisce per i cittadini un passo avanti per l'attuazione concreta e diffusa di principi di legalità costituzionale¹, quali l'uguaglianza davanti alla legge e la pari dignità sociale.

Con questa idea di partenza, si è strutturato il lavoro in quattro capitoli nei quali il filo rosso della trattazione è rappresentato, innanzitutto, al primo dall'analisi del contesto normativo, nazionale ed internazionale, che ha rappresentato la spinta evolutiva dei modelli di prevenzione.

Nel successivo, si è esaminata l'incidenza che tale massiva regolamentazione ha sulla governance delle imprese, tanto relativa alla struttura organizzativa e ai sistemi di controllo che le stesse sono portate a scegliere per obblighi o opportunità di conformità, quanto per l'influenza che ciò ha sulla scelta degli amministratori e dei dirigenti.

¹ «La nozione di legalità costituzionale sintetizza – ma non soltanto – i principi fondamentali dell'ordinamento che ne costituiscono lo zoccolo duro», P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale nel sistema italo-europeo delle fonti*, II, Napoli, 2020, p. 193.

Nel terzo è stato approfondito il tema del ritorno sociale dell'adozione dei modelli di gestione e controllo, nonché di prevenzione della corruzione.

L'impatto sulla comunità, o in senso più ampio sulla società, può essere importante. D'altra parte, come affrontato nel quarto – ed ultimo capitolo – tali strumenti possono determinare un più corretto funzionamento del mercato. «In definitiva, per combattere la corruzione è necessario riporre fiducia soprattutto nelle politiche di prevenzione e promuovere, per il tramite della trasparenza, quel controllo sociale diffuso, che si è dimostrato, specialmente nelle più virtuose esperienze europee, lo strumento più valido allo scardinamento del malaffare»².

Pertanto, tali modelli sono un utile strumento di attuazione della legalità costituzionale, che presuppongono un'attività fondamentale da parte dell'interprete.

Dell'attività di quest'ultimo si sono indagati i principi, costituzionalmente riconosciuti, posti a fondamento di quelle scala di valori che l'interprete, appunto, deve sempre tenere a mente nella corretta valutazione del caso concreto, operando quel bilanciamento di interessi necessario alla realizzazione e tutela della persona in un ordinamento che consenta, riconoscendolo e tutelandolo, l'attuazione fattuale del sistema assiologico in tutta la sua complessità e capillarità presente nell'ordinamento.

² M. CORRADINO, *Prefazione. La circolarità della lotta alla corruzione*, in M. Nunziata (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, Roma, 2017, p. 19

Capitolo I

Il «sistema» internazionale di lotta alla corruzione.

Sommario: 1. Il fenomeno corruttivo. Contesto, diffusione. Iniziative di contrasto. – 2. Il sistema italiano di prevenzione tra pubblico e privato. 2.1 I protocolli di legalità. 2.2. Un più recente strumento: *whistleblowing*. 2.3. Gestione «commissariale» del contratto per reati da fenomeni corruttivi – 3. U.S. *Foreign Corrupt Practices Act*. – 4. UK *Bribery Act*. – 5. Differenze di approccio normativo: Svizzera, Canton Ticino.

1. La corruzione è un fenomeno globale, inutile girarci intorno. Secondo *Transparency International*³ il *Corruption Perception Index* (CPI)⁴ del 2021 ha un punteggio medio di 43/100, e sarebbe un miglioramento.

È stato stimato che la corruzione, da sola, costi all'economia dell'UE 120 miliardi di euro all'anno. Stima, questa, non facile da effettuare considerando che la corruzione rappresenta il 5% del PIL globale, ovvero una cifra superiore ai 100mila miliardi di euro. Il costo è, quindi, altissimo⁵.

Nel nostro Paese, come evidenziato nella relazione annuale della Corte dei Conti, già nel 2008, le sentenze di condanna per corruzione, tangenti e simili, evidenziavano come la corruzione potesse incidere sullo sviluppo economico del Paese nella misura prossima a 50/60 miliardi di euro all'anno⁶.

Per arginare il fenomeno, si è globalmente avviata la creazione di un sistema normativo di controllo. Infatti, la diffusione di sistemi di prevenzione e lotta alla corruzione a livello mondiale, ha spinto molte nazioni innanzitutto ad aderire alle convenzioni internazionali e ad adottare norme che prevedessero sistemi di controllo e gestione, per poter combattere i fenomeni corruttivi già dall'interno delle imprese, promuovendo i sistemi

³ Organizzazione non governativa, presente in oltre 100 Paesi, e da quasi trent'anni, attiva per la promozione della trasparenza ed il contrasto alla corruzione, la cui mission è la collaborazione con le istituzioni, gli enti e le imprese per promuovere l'uso di strumenti utili alla prevenzione del fenomeno corruttivo; nonché, la sensibilizzazione ed il coinvolgimento dei cittadini sui temi della trasparenza e della corruzione. In Italia attiva con *Transparency International Italia*: www.transparency.it.

⁴ IL CPI misura la percezione della corruzione nel settore pubblico in 180 paesi. La valutazione è basata su 13 strumenti di analisi e sul sondaggio di esperti. Attribuisce un punteggio all'efficacia dell'apparato anticorruzione adottato in ciascun sistema. Il punteggio va da 0 (a cui corrisponde un alto livello di corruzione percepita), a 100 (a cui corrisponde un basso livello di corruzione percepita). La metodologia varia parzialmente ogni anno per fornire un dato sempre più attendibile delle diverse realtà locali. Per approfondimenti si rimanda al sito indicato in nota 1.

⁵ Si veda: [european-semester thematic-factsheet fight-against-corruption it.docx](http://european-semester-thematic-factsheet-fight-against-corruption-it.docx) (europa.eu)

⁶ Si veda: <https://www.economiaediritto.it/la-corruzione-osservata-speciale-della-corte-dei-conti-minaccia-per-il-sistema-economico-produttivo-con-implicazioni-sociali-etiche-e-culturali/>

di *corporate social responsibility*⁷ ed ancor più recentemente di sostenibilità.

Non solo, l'Unione Europea ad esempio, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in cui assicura la prevenzione della criminalità e la lotta contro di essa e, all' uopo, si adopera per garantire un livello elevato di sicurezza attraverso misure di prevenzione e di lotta contro la criminalità.

Nell'ambito di tale quadro geografico e normativo, l'intervento è stato realizzato, in un primo momento, con l'emanazione di azioni comuni e decisioni quadro, ispirate all'esigenza di armonizzazione dei differenti sistemi nazionali e di contrasto alla criminalità, in un'ottica di cooperazione e mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie. Si è successivamente perfezionato, nel tempo, grazie a nuovi ed ulteriori strumenti di cooperazione, per il tramite di regolamenti e direttive.

Al di là della dimensione europea, il contrasto alla criminalità organizzata ormai coinvolge gli Stati di tutti i continenti e si avvale, altresì, di un'azione concertata a livello tendenzialmente globale. Emblematica in tal senso è la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale⁸. Si è tentato e si tenta, infatti, di creare un «sistema» di riferimento per i Paesi ad esso aderenti, con medesimi e/o simili criteri e metodi di valutazione, in modo da poter così attribuire un vero e proprio rating riferibile all'affidabilità (giuridica, economica, politica, sociale) di tali Stati.

L'Italia, ovviamente, non fa eccezione. Con differenze tra il settore pubblico e quello privato, diverse, sono le norme nazionali esistenti per combattere e prevenire i fenomeni corruttivi, tra cui la l. n. 190/2012 ed il d.lgs. 231/01.

Per questo, la *governance* delle imprese è, sempre più orientata, e poi condizionata, dai modelli di *corporate social responsibility* e di prevenzione caratterizzati da sistemi di gestione e controllo nel senso sopradescritto.

Il tema delle responsabilità delle persone giuridiche è da tempo oggetto di provvedimenti a livello internazionale⁹, con lo scopo di prevenire i fenomeni corruttivi, basti pensare:

- alla *United Nations Convention Against Corruption* (UNCAC), che promuove la cooperazione internazionale e dell'integrità, responsabilità e buona fede nella gestione dei pubblici affari, dispone la *promozione ed*

⁷ Sistema di CSR, oggi profondamente innovato, in ragione dell'inclusione di parametri assiologicamente orientati a valutare il complessivo impatto d'attività. In tal senso, A. ADDANTE, *Autonomia privata e responsabilità sociale dell'impresa*, Napoli, 2012.

⁸ UNTOC, *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, che all'art.8 esplicitamente prevede che siano gli Stati parte a sanzionare nei rispettivi ordinamenti il reato di corruzione di pubblico ufficiale. Così, G. ACQUAVIVA, *Il Foreign Corrupt Practices Act: la legislazione statunitense in materia di lotta alla corruzione di fronte agli ultimi sviluppi internazionali*, in *Liuc Papers* n. 89, *Serie Impresa e Istituzioni* - 16 agosto 2001, <http://www.biblio.liuc.it/liucpapersita.asp?codice=90> . L. BORLINI – P. MAGRINI, *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU*, in *Dir. Comm. Int.*, 2007, p. 84.

⁹ M. CASTELLANETA, in M. Castellaneta – F. Vessia, *La responsabilità sociale di impresa tra diritto societario e diritto internazionale*, Napoli, pp. 265 e ss., 2020.

il rafforzamento delle misure volte a prevenire la corruzione, ed all'art. 6, dispone che ciascuno Stato, sulla base del proprio ordinamento, si munisca di un organo di prevenzione; in Italia opera l'Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC.

- alla Convenzione OCSE contro la corruzione¹⁰ con la quale tutti gli Stati prevedono un regime di responsabilità delle persone giuridiche.

- al *Groupe d'Etats contre la Corruption* (GRECO): con previsione che gli Stati adottino misure legislative necessarie per garantire la possibile responsabilità per le persone giuridiche per i reati di corruzione attiva, scambio di influenza e riciclaggio di denaro, commessi a loro vantaggio da qualsiasi persona che ricopra un ruolo guida all'interno della stessa, con previsione di sanzioni efficaci proporzionali e dissuasive, comprese quelle monetarie.

- alla Risoluzione del Consiglio d'Europa n. (97)24, sui principi guida per la lotta alla corruzione, che specificamente prevede di stabilire misure adeguate ad impedire che le persone giuridiche siano utilizzate per nascondere i reati di corruzione.

- allo Standard ISO 37001 sui sistemi di gestione della corruzione, che rappresenta un modello anticorruzione, adottabile in tutti i settori quale supporto alle imprese di ogni dimensione.

Proprio in attuazione delle convenzioni internazionali, in Italia vari sono stati gli interventi normativi per la lotta alla corruzione, con una distinzione tra il settore pubblico e quello privato.

2. Il primo è regolato dalla legge n. 190/2012 la quale stabilisce che ogni ente pubblico debba adottare un programma triennale anticorruzione che deve includere anche misure riguardanti la trasparenza, la quale è la componente essenziale di qualsiasi strategia anticorruzione.

Il modello sostenuto dalla legge, come menzionato in precedenza, è caratterizzato dal fatto che opera su «base mobile», è «a cascata» e si basa sul perseguimento dell'efficacia. Ogni entità, pubblica o privata, deve considerare continuamente i bisogni che sorgono dal contesto interno ed esterno. Tale analisi, come per un corretto ed efficace procedimento di *risk assessment*, deve necessariamente considerare i due aspetti del rischio: le «minacce», ossia i pericoli che attaccano il sistema, e la «vulnerabilità», intesa sia quale permeabilità del sistema alle minacce, sia quale capacità di resistere e reagire, la cosiddetta resilienza¹¹.

¹⁰ OECD, *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, disponibile su <https://www.oecd.org/corruption/2021-oecd-anti-bribery-recommendation.htm#:~:text=About%20the%20Recommendation,measures%20to%20make%20this%20effective>. V. anche, F. GANDINI, *La responsabilità degli enti negli strumenti internazionali multilaterali. Gli strumenti delle Nazioni Unite*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 1, 2009.

¹¹ N. PARISI – F. CLEMENTUCCI, *Assessment of the effectiveness of anti-corruption measures for the public sector and for private entities*, in *Italian Journal of Public Law*, pp.268 e ss., 2019.

Ciò comporta che la struttura anticorruzione è dinamica. Infatti, il Piano previsto dalla legge n. 190/2012, opera secondo *rolling*, ossia va aggiornato ogni anno pur essendo triennale.

Il secondo elemento, è che opera su base mobile a cascata, essendo previsto ed adottato dall'ANAC il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA), che viene continuamente aggiornato e che rappresenta il sistema centrale, «primario», di governance per l'anticorruzione in Italia, e poi sul piano «secondario» le singole amministrazioni pubbliche attuano le linee generali attraverso i loro piani istituzionali triennali¹².

Lo scopo del PNA è quello di identificare i principali rischi di corruzione, in relazione alla dimensione e ai diversi settori di attività, indicando anche gli eventuali rimedi, in modo da essere una «guida» per tutti i soggetti cui si applica la legislazione anticorruzione, nella preparazione dei rispettivi piani istituzionali. Tale metodo permette un continuo controllo, attraverso uno strumento personalizzato, appositamente creato sulle caratteristiche ed attività dell'ente per la prevenzione dei reati di corruzione.

Per il settore privato, invece, oltre alla ISO 37001¹³, il modello di conformità è rappresentato dal d.lgs. n. 231/01, secondo il quale le imprese possono, non essendo obbligatorio, dotarsi di un sistema di organizzazione e controllo per la prevenzione dei reati, nel decreto indicati, in modo da prevenirli ed evitare le sanzioni per responsabilità amministrativa. La norma non detta istruzioni dettagliate, ma le pronunce giurisprudenziali e le linee guida delle associazioni maggiormente rappresentative della categoria delle imprese, sono sicuramente un punto di riferimento.

Sicuramente il modello in questione per essere idoneo – ed esimere l'ente da responsabilità – deve rispondere a determinate caratteristiche, vale a dire: *a)* identificare le attività sensibili nel cui contesto i reati possono essere commessi; *b)* stabilire protocolli specifici destinati a programmare la realizzazione e l'attuazione delle decisioni dell'entità in relazione ai reati da prevenire; *c)* identificare i metodi per la gestione delle risorse finanziarie, idonei a prevenire i reati individuati; *d)* istituire l'organismo di vigilanza (OdV) deputato al controllo sull'effettiva attuazione del modello; *e)* stabilire obblighi di divulgazione di informazioni all'organo (OdV) incaricato di sovrintendere al funzionamento e al rispetto del Modello; *f)* introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare inosservanza delle misure stabilite nel modello. Il modello deve anche stabilire, in relazione al tipo e alle dimensioni dell'organizzazione ed al mercato in cui opera, idonee misure per garantire lo svolgimento dell'attività in conformità con la legge e identificando e tempestivamente eliminando le situazioni di rischio¹⁴.

Oltre che per i reati commessi sul territorio nazionale, vanno tenuti in considerazione quelli commessi all'estero, per i quali la disciplina di riferimento è l'art. 4 del d.lgs. 231/01 secondo il quale, *gli enti aventi nel*

¹² N. PARISI – F. CLEMENTUCCI, *op.ult.cit.*, *passim*.

¹³ UNI EN ISO 37001 *Anti-bribery management systems*, standard di gestione nella lotta contro i fenomeni corruttivi. La norma può fornire un importante aiuto nell'implementazione di misure efficaci per prevenire ed affrontare fenomeni di corruzione.

¹⁴ D. CASTRONUOVO – G. DE SIMONE – E. GINEVRA – A. LIONZO – D. NEGRI – G. VARRASO, *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, *passim*, 2019.

territorio dello Stato la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto.

Il citato decreto, pone ancora (dopo oltre vent'anni dall'entrata in vigore) una serie di problemi applicativi ed interpretativi che, molto spesso, sono risolti attraverso le pronunce della Giurisprudenza quali, ad esempio, la sentenza n. 11626 dell'11.02.2020, Cass., Sez. Pen. VI – relativa all'applicabilità del d.lgs. 231/01 anche agli enti stranieri operanti in Italia – con la quale è stato completamente ribaltato l'orientamento sinora tenuto.

Nella pronuncia è stabilito che la persona giuridica risponde dell'illecito amministrativo derivante da un reato-presupposto, commesso dai propri legali rappresentanti o soggetti sottoposti all'altrui direzione o vigilanza, a prescindere dalla sua nazionalità e dal luogo ove essa abbia la sede legale, ed indipendentemente dall'esistenza o meno, nello Stato di appartenenza, di norme che disciplinino analoga materia, anche con riguardo alla predisposizione e all'efficace attuazione di modelli organizzativi e di gestione, atti ad impedire la commissione di reati che siano fonte di responsabilità amministrativa per l'ente stesso¹⁵.

Come accennato, si è ribaltato l'orientamento basato sul principio opposto, per il quale, invece, l'adozione del modello organizzativo non sarebbe una condotta che lo stato italiano può esigere da parte delle organizzazioni estere, non essendo le stesse stabilite in territorio italiano ed entrando in contatto occasionalmente con tale regione nello svolgimento della loro attività di impresa.

La citata decisione stabilisce con chiarezza dei punti fermi che, in sintesi, sono: 1) nella disposizione dell'art.1 del d.lgs. 231/01, che identifica l'ambito soggettivo di applicazione, non v'è alcuna distinzione tra gli enti italiani e gli enti stranieri. Come pure, l'art. 36 del medesimo testo normativo, in tema di giudice penale competente, non dà alcuna importanza alla sede dell'ente o al luogo in cui si è verificata la lacuna organizzativa di interesse¹⁶; 2) la *ratio* del decreto sulla responsabilità amministrative delle persone giuridiche, è che tutte le società che operanti nel territorio italiano adottino cautele e misure organizzative idonee ad impedire che si pongano in essere condotte in contrasto con la legge penale italiana, e data l'equiparazione tra cittadini italiani e stranieri, parimenti anche le persone giuridiche straniere, operanti in Italia, dovranno osservare gli obblighi imposti dalla legge italiana, in ossequio ai principi di obbligatorietà e territorialità sanciti rispettivamente dagli artt. 3 e 6 c.p.. 3) Non fosse così, si avrebbe una distorsione della concorrenza, laddove non si applicasse il decreto legislativo in commento nei confronti degli Enti Stranieri privi di sede in Italia, infatti, si garantirebbe loro l'impunità per la mancata osservanza degli obblighi di organizzazione previsti, riservando loro un trattamento differenziato e di favore a discapito di quegli Enti stranieri con

¹⁵ Sent. Cass., Sez. Pen. VI, n. 11626 dell'11.02.2020, pag. 17, disponibile su <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/cassazione-11626-2020-applicabilita-231-enti-stranieri>

¹⁶ Così, F. SBISÀ, disponibile al link: https://www.belex.com/blog/case_study.

sede in Italia e degli Enti italiani che, invece, sono tenuti ad adottare tutte le cautele necessarie previste dal decreto 231, per essere conformi alla norma. Ammessa, quindi, la configurabilità di una responsabilità della *holding* estera, anche se il reato presupposto è stato commesso nell'ambito di una società controllata avente sede in Italia¹⁷.

Il sistema italiano di lotta e prevenzione dei fenomeni corruttivi, ovviamente non si esaurisce con le norme sopracitate.

2.1. «Esigenze di salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica Amministrazione impongono che gli imprenditori, della cui affidabilità e moralità vi siano obiettive ragioni per dubitare, non possano essere titolari di rapporti contrattuali con le Pubbliche Amministrazioni ovvero destinatari di titoli abilitativi da queste rilasciati, come individuati dalla legge, o di contributi, finanziamenti o mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate»¹⁸.

In un'ottica di contrasto a tale situazione oggettiva, il Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, prevede un sistema di certificazione per la prevenzione e il contrasto della criminalità organizzata, molto articolato, e di competenza generale delle prefetture, ovvero, ciò che è identificato con «documentazione antimafia»¹⁹. Quest'ultima, comprende la comunicazione e l'informazione antimafia.

La comunicazione consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67, è un atto di natura vincolata che non lascia spazio alcuno per valutazioni

¹⁷ I *compliance programs* hanno assunto grande rilievo in tutti gli Stati, che si stanno rapidamente adeguando. Recentemente, per esempio, anche la Spagna ha adottato, con la l. n. 11/2018 un sistema molto simile a quello del d.lgs. 231/01. V. al riguardo C. ASCIONE, in *Governance according to corporate social responsibility models*, in *7th SWS International Scientific Conference on Social Sciences*, 7, Bulgaria, 2020, p.59 e ss.

¹⁸ Mirabilmente sintetico nella descrizione del contesto e delle conseguenze, così C. COMMANDATORE, *I "nuovi" protocolli di legalità e la documentazione antimafia nei rapporti tra privati*, in *Urbanistica e appalti*, 2022, 1, p. 15 e ss.. D'altra parte, «condotte dubbie di liceità o di contiguità con la sfera criminale, non solo sono un pericolo per la sicurezza pubblica e per l'economia generale, ma anzitutto - e soprattutto - costituiscono un attentato alla dignità e al valore della persona di quegli stessi imprenditori che scendono a patti con la mafia nell'illusoria prospettiva di concludere un affare», v. Corte cost. 7 dicembre 2017, n. 258, <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2017&numero=258>.

¹⁹ Il d.lgs. n. 2159/2011 agli artt. 83 e 84 reca la disciplina di riferimento. «L'art. 83, comma 1, D.Lgs. n. 159/2011 individua i soggetti che devono acquisire la documentazione antimafia di cui all'art. 84, D.Lgs. n. 159/2011 prima di stipulare, approvare o autorizzare contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nel precedente art. 67 del D.Lgs. n. 159/2011. Si tratta di soggetti pubblici, ossia le Pubbliche Amministrazioni e gli enti pubblici, anche costituiti in stazioni uniche appaltanti, gli enti e le aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico nonché i concessionari di lavori o di servizi pubblici. A tali soggetti si aggiungono, in virtù del successivo comma 2, i contraenti generali previsti dal Codice dei contratti pubblici», così C. COMMANDATORE, *op.ult.cit.*, p.15 e ss..

discrezionali, che trova il fondamento nel semplice accertamento che a carico di determinati soggetti siano state o meno applicate misure di prevenzione personali definitive, o vi siano sentenze definitive di condanna (o confermate in secondo grado) per i delitti specificamente indicati dalla normativa²⁰.

L'informativa antimafia, invece, implica una valutazione discrezionale da parte del Prefetto relativamente al pericolo di infiltrazione mafiosa nell'impresa, con la conseguente possibilità di condizionamento delle scelte e delle azioni sul mercato, infatti consiste proprio nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, oltre che della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa come sopra descritti.

Questi i sistemi normativamente previsti. Esistono però altri strumenti di azione e contrasto, rappresentati dai protocolli di legalità, ovvero «misure di contrasto all'illegalità in senso ampio e risultano funzionali alla tutela dei fondamentali principi di concorrenza e di trasparenza che presidiano la disciplina europea e italiana dei pubblici appalti»²¹.

Non a caso tali strumenti «appaiono oggi funzionali non solo al contrasto del fenomeno mafioso, ma a garantire la leale concorrenza nelle gare pubbliche sia in fase concorsuale sia in fase esecutiva consentendo un immediato contrasto a condotte delittuose (corruzione, abuso d'ufficio, traffico d'influenze, turbativa d'asta) in grado di alterarne il fisiologico andamento»²².

In quest'ottica di prevenzione nell'ambito della contrattualistica pubblica, il protocollo di legalità determina un obbligo contrattuale in capo ai partecipanti di segnalare alla stazione appaltante e all'autorità giudiziaria ogni tentativo di illecita interferenza²³ nello svolgimento dell'attività imprenditoriale. Viene, quindi, da chiedersi come vada considerato nei confronti del partecipante alla gara. Ebbene un primo orientamento valuta che «l'adesione al protocollo non sia frutto di una scelta libera del privato, bensì conseguenza di un atto di imposizione della stazione appaltante, la

²⁰ Cons. Stato, Sez. III, 29 aprile 2019, n. 2773, su <https://renatodisa.com/comunicazione-antimafia/>.

²¹ C.G.A. Sicilia, ordinanza n. 534 del 12 settembre 2014, di rimessione alla Corte di Giustizia Europea la questione circa la compatibilità della disciplina nazionale prevista per i cd. "protocolli di legalità" con il diritto dell'Unione europea che prevede il principio della tassatività delle cause di esclusione, su <https://segretarietilocali.it/nuovo/Agenzia/Giuri/cds14.htm>. V. anche, F. SAITTA, *I protocolli di legalità al vaglio dei giudici europei*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2015, 1, p. 244 e ss.

²² C. COMMANDATORE, *op.ult.cit.*, p.15 e ss.; Per ulteriori approfondimenti, G.M.F. NITTI, *Note sui protocolli di legalità, per la promozione di condotte etiche nei pubblici appalti*, liberamente accessibile su www.federalismi.it, 23 gennaio 2019,

<https://www.federalismi.it/AppIOpenFilePDF.cfm?artid=37944&dpath=document&dfil e=23012019005405.pdf&content=Note%2Bsui%2Bprotocolli%2Bdi%2Blegalit%C3%A0%2C%2Bper%2Bla%2Bpromozione%2Bdi%2Bcondotte%2Betiche%2Bnei%2Bpubblici%2Bappalti%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D%2B>

²³ Rappresentano indubitabilmente delle interferenze ad esempio: richieste di tangenti, pressioni per indirizzare l'assunzione di personale o l'affidamento di lavorazioni, forniture, servizi o simili a determinate imprese, danneggiamenti o furti di beni personali o in cantiere

quale stabilisce un sistema di condizioni (o requisiti) la cui accettazione è presupposto necessario e condizionante la partecipazione delle imprese alla specifica gara di cui trattasi»²⁴.

I suddetti protocolli, pertanto, «darebbero luogo a una regolamentazione giuridica che solo in apparenza deriverebbe da un accordo privatistico, mentre nella sostanza la fonte di regolamentazione sottesa sarebbe di natura provvedimentale». Ricostruzione cui aderisce parte della giurisprudenza amministrativa, laddove venga operato «il richiamo allo schema delle condizioni generali di contatto, predisposte unilateralmente dalla stazione appaltante ed accettate dall'impresa concorrente»²⁵.

Altro orientamento, invece, propende per la natura negoziale dell'accordo stipulato tra la stazione appaltante e l'impresa partecipante alla gara, la quale liberamente si impegna manifestando la volontà di accettare e rispettare il protocollo²⁶.

V'è da dire che il Piano Nazionale Anticorruzione, approvato dall'ANAC con delibera n. 72/2013, stabilendo che “di regola” le stazioni appaltanti per l'affidamento delle commesse predispongono ed utilizzano protocolli di legalità, utilizza delle locuzioni che lasciano propendere per un mancato utilizzo dei protocolli suddetti soltanto in casi eccezionali²⁷.

Non pone dubbi, invece la disposizione dell'art. 83-*bis* del codice antimafia - introdotto dall'art. 3, comma 7, legge n. 120 del 2020 -, in merito all'obbligatorietà di un inserimento di clausole relative ai protocolli di legalità, dato che il mancato rispetto degli stessi prevede la pena di esclusione dalla gara (co. 3 della norma di cui sopra).

In linea con quanto appena detto, anche quanto asserito dall'ANAC con determinazione n.1/2015 nella quale l'Autorità si esprime a favore della sanabilità di eventuali carenze rispetto alla dichiarazione di accettazione delle clausole del protocollo di legalità, come se la stessa fosse – appunto – insita nella stessa domanda di partecipazione alla gara con la quale l'impresa manifesta la volontà di rispettare le regole dettate dalla *lex specialis* di gara, tra cui le clausole del protocollo di legalità (o del patto di integrità) in essa recepite²⁸.

Resta a tal punto da chiarire cosa possono comprendere i protocolli in esame, data la discrezionalità lasciata alla stazione appaltante, in merito a cosa possa determinare l'esclusione dalla gara, rispetto al principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara ex art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016; si pone, quindi, un problema di compatibilità.

²⁴ Cons. Stato, Sez. V, 9 settembre 2011, n. 5066, www.giustizia-amministrativa.it.

²⁵ Cons. Stato, Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 722, su https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=cds&nrg=202100596&nomeFile=202200722_11.html&subDir=Provvedimenti.

²⁶ «(...) ai fini dell'instaurazione del rapporto, la volontà della pubblica amministrazione e quella del privato si pongono sullo stesso piano, acquisendo lo stesso titolo e la stessa efficacia rispetto all'atto costitutivo», così C. FRANCHINI, *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, p. 20-23.

²⁷ C. COMMANDATORE, *op.ult.cit.*, p.15 e ss..

²⁸ C. COMMANDATORE, *op.ult.cit.*, p. 16.

Ebbene al riguardo utili sono le conclusioni del Giudice europeo²⁹ circa la compatibilità dell'art. 1, comma 17, L. n. 190/2012 con l'art. 45, Dir. 2004/18/CE, il quale si ispira a un principio di tendenziale tassatività dei motivi di esclusione, senza però prevedere che la legge possa conferire una sorta di delega in bianco alla Pubblica Amministrazione nella previsione delle cause di esclusione delle gare d'appalto.

Più specificatamente, in sintesi, si è ritenuto di riconoscere agli Stati membri un potere discrezionale circa l'adozione delle misure atte a garantire il rispetto del «principio della parità di trattamento» e dell'obbligo di «trasparenza», imposte alle stazioni appaltanti nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Questo perché, in ragione del contesto sociale, giuridico, economico e storico del singolo Stato, ogni Paese è in grado di adottare le migliori strategie di prevenzione dei fenomeni criminali in violazione dei principi summenzionati. In ogni caso, nel rispetto di un altro principio generale del diritto dell'Unione, ovvero il «principio di proporzionalità», gli impegni inserite nei protocolli di legalità, non devono eccedere quanto minimamente e strettamente necessario al perseguimento delle attività criminali, in modo da non indurre alcuna alterazione della concorrenza nel settore degli appalti pubblici³⁰. Infine, poiché l'obbligo di accettazione incombe su qualsiasi candidato od offerente indistintamente, tale obbligatorietà non comporta violazione del «principio di non discriminazione»³¹.

I protocolli di cui si scrive, ai sensi dell'art. 84 del codice antimafia³², permettono un'applicabilità della richiesta di informativa antimafia e relativa documentazione antimafia – tecnicamente intesa – anche da un soggetto privato e nei rapporti esclusivi tra privati, «non vi è dubbio, [infatti], che il devastante impatto della infiltrazione mafiosa si manifesta nei rapporti tra privati come in quelli tra privati e P.A., (...) [e solo consentendo la richiesta della comunicazione antimafia anche a un soggetto privato si può riuscire] da un lato ad emarginare completamente tali soggetti [mafiosi] rendendoli vulnerabili nel loro effettivo punto di forza e, dall'altro,

²⁹ Intervenuto su rimessione del Consiglio di giustizia amministrativa della Sicilia, con ordinanza n. 534, Sez. giur., 12 settembre 2014, sulla cui questione v'è stata pronuncia della C.G.U.E., Sez. X, 22 ottobre 2015, n. 425.

³⁰ In tal senso, il Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2015, n. 4042, che sottopone le regole dei protocolli di legalità al principio comunitario di proporzionalità, affinché vi sia rispetto sostanziale – e non solo formale – del canone di tassatività delle cause di esclusione dalla gara.

³¹ Le conclusioni della CGUE, relativamente alla compatibilità dei protocolli di legalità con la normativa interna, sono integralmente recepite laddove è detto che «il sistema così delineato, (...) risponde a valori costituzionali ed europei di preminente interesse e di irrinunciabile tutela», Cons. Stato, Sez. III, 27 settembre 2018, n. 5547.

³² « (...) possono essere sottoscritti anche con imprese di rilevanza strategica per l'economia nazionale nonché con associazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale di categorie produttive, economiche o imprenditoriali e con le organizzazioni sindacali, e possono prevedere modalità per il rilascio della documentazione antimafia anche su richiesta di soggetti privati, nonché determinare le soglie di valore al di sopra delle quali è prevista l'attivazione degli obblighi previsti dai protocolli medesimi. I protocolli possono prevedere l'applicabilità delle previsioni del presente decreto anche nei rapporti tra contraenti, pubblici o privati, e terzi, nonché tra aderenti alle associazioni contraenti e terzi».

lasciare il mercato economico agli operatori che svolgono l'attività affidandosi esclusivamente al proprio lavoro nel rispetto delle regole»³³.

I protocolli di legalità diventano, allora, non solo uno strumento complementare ed integrativo del sistema di prevenzione della documentazione antimafia, ma anche un dispositivo estensivo dell'efficacia anche ai rapporti tra privati.

Non pochi dubbi, in verità, solleva tale impostazione, soprattutto in ragione degli effetti sui terzi³⁴ e non si può escludere che «un'estensione siffatta della documentazione antimafia possa essere ritenuta sproporzionata dal diritto comunitario e in grado di far emergere nuove esigenze di bilanciamento non più tra il principio di legalità e di repressione dei fenomeni mafiosi, da un lato, e la libertà d'impresa e il diritto di proprietà tutelati dagli artt. 41 e 42 Cost.», ciò anche volendo considerare il «principio di eguaglianza sostanziale» contemplato all'art. 3, comma 2, Cost. che prevede la rimozione degli ostacoli che impediscono «il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» e la disposizione dell'art. 4, comma 2, Cost. che impone «di creare le condizioni perché [il cittadino] possa scegliere, secondo le sue possibilità, in quale direzione contribuire al progresso della società», in modo da assicurarsi il sostentamento, quale espressione quale espressione, del dovere reciproco di solidarietà sociale³⁵.

2.2. Un più recente ed ulteriore strumento, ad esempio, è rappresentato dal *whistleblowing*. La figura del cd. *whistleblower*³⁶ è stata elaborata negli Stati Uniti d'America per indicare l'individuo che denunci attività illecite all'interno dell'organizzazione di appartenenza.

³³ In tal senso il Cons. Stato, Sez. III, 20 gennaio 2020, n. 452.

³⁴ Per approfondimenti sul tema, v. M. MAZZAMUTO, *Prevenzione amministrativa antimafia - interdittive prefettizie: rapporti tra privati, contagi e giusto procedimento*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1471 e C. COMMANDATORE, *op.ult.cit.*, p. 15 e ss.

³⁵ Si vedano sul tema C. COMMANDATORE, *op.ult.cit.*, *passim*, che a sua volta richiama; M. CAVINO, *Art. 4 (voce)*, in F. Clementi - L. Cuocolo - F. Rosa - G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana, Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, p. 35; F. MANCINI, *Art. 4*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 203; R. DI MARIA - A. AMORE, *Effetti "inibitori" della interdittiva antimafia e bilanciamento fra principi costituzionali: alcune questioni di legittimità dedotte in una recente ordinanza di rimessione alla Consulta*, in *www.federalismi.it*, 5 maggio 2021, p. 12. Ancora, v. F.G. SCOCA, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta anticipata alla criminalità organizzata*, 2018, in *Giustizia Amministrativa*, disponibile su https://www.giustamm.it/mio-account/edit-account/?redirect_to=%2Fdottrina%2Fle-interdittive-antimafia-e-la-razionalita-la-ragionevolezza-e-la-costituzionalita-della-lotta-anticipata-alla-criminalita-organizzata%2F.

³⁶ In una accezione più ampia, il *whistleblower* è il lavoratore che, durante l'attività lavorativa (quindi da "interno") «scopra» un illecito, una possibile frode, un pericolo o un altro serio rischio che possa recare concreto pregiudizio a terzi (es. consumatori, clienti) o all'azienda/impresa stessa (es. danno all'immagine) e decida di denunciarlo, esponendosi così al rischio di vessazioni, ritorsioni, molestie.

Il *whistleblowing* è, quindi, un istituto giuridico di matrice anglosassone, disciplinato dal d.lgs. n. 165/2001, all'art. 54-*bis* per il quale il pubblico dipendente che, nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione, segnali al RPCT o all'ANAC, o denunci all'autorità giudiziaria ordinaria o contabile, condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi - potremmo sintetizzare con "perseguito" - sulle condizioni di lavoro, in seguito alla segnalazione.

Tale disposizione normativa è stata introdotta in Italia con la disciplina in materia di prevenzione della corruzione, legge n. 190/2012 che, già nelle previsioni del Piano Nazionale Anticorruzione, ha previsto ed inserito la tutela del dipendente che effettua segnalazioni di condotte illecite, quale misura del Piano triennale per la prevenzione della corruzione e trasparenza (PTPCT)³⁷.

Il *whistleblowing* è, quindi, da intendersi collegato alla PA nel senso più ampio, come spesso accade in materia di prevenzione della corruzione, ma non solo; infatti, con la legge n. 179/2017, di modifica dell'art. 54 *bis* di cui sopra, si è reso applicabile lo strumento in esame anche alle imprese private che adottino un modello di gestione e controllo ai sensi del d.lgs. 231/2001.

L'ambito soggettivo di applicazione delle Linee guida si estende all'ampia varietà di persone fisiche e giuridiche già definite dall'art. 54-*bis* del d.lgs. n. 165/2001, così come modificato³⁸ dall'art. 1 della legge n. 179/2017.

Le citate Linee guida definiscono in modo puntuale sia i contenuti e le modalità per effettuare una segnalazione, sia le indicazioni che le amministrazioni devono seguire per predisporre un'efficace procedura a supporto del segnalante. Tale particolare rilevanza dell'Autorità è dettata dalla necessità di garantire un punto fermo rispetto all'eterogeneità delle indicazioni fornite dal legislatore, che all'interno dei suoi interventi richiama i concetti di «condotta illecita», di «reato o irregolarità» e infine il più generico termine «illeciti».

Imprescindibile, l'individuazione delle fattispecie che il dipendente pubblico può segnalare garantendosi le tutele previste dal *whistleblowing*. «Ebbene, le situazioni rilevanti sono più ampie della fattispecie penalistica, venendo in rilievo anche quelle situazioni di malfunzionamento dell'amministrazione in cui, indipendentemente da rilevanze penalistiche, a causa dell'uso privato delle funzioni attribuite ovvero per l'inquinamento dall'esterno dell'azione amministrativa, sia se tale azione abbia avuto successo, sia nel caso in cui sia rimasta a livello di tentativo»³⁹.

³⁷ Così, L. BISIO, *Le novità sul whistleblowing alla luce della delibera ANAC 469/2021*, in *Azienditalia*, 2021, 10, p. 1699.

³⁸ In sintesi, si applica: a. amministrazioni pubbliche (art. 1, comma 2 del d.lgs. 165/2001) ed enti pubblici economici; b. enti di diritto privato in controllo pubblico, ai sensi dell'art. 2359 del Codice civile; c. lavoratori e collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi che realizzano opere in favore dei suddetti soggetti; d. imprese private con MOGC 231.

³⁹ L. BISIO, *op. ult. cit., passim*.

Non a caso, l'ANAC già nel primo PNA e poi con nel 2015⁴⁰, intende il concetto di corruzione come assunzione di decisioni (di assetto di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche) devianti dalla cura dell'interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari. E', quindi, comprensivo delle varie situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati.

Secondo tale presupposto appare evidente come anche l'oggetto della segnalazione, quindi la «condotta illecita», debba essere inteso in senso ampio, al pari di quanto avviene per la corruzione.

Infatti, coerentemente a quanto previsto ad esempio per il PTPCT e il Codice di comportamento, il *whistleblowing* costituisce una misura atta a prevenire o contrastare, oltre agli illeciti penali, civili e amministrativi anche i casi di malamministrazione, quindi il cattivo funzionamento della PA, anche in applicazione concreta dell'art. nell'art. 97 della Costituzione, secondo cui il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione siano assicurati anche attraverso l'organizzazione dei pubblici uffici secondo disposizioni di legge.

Altro presupposto del *whistleblowing* è la logica del controllo diffuso. Ovvero, è possibile attivare il sistema di tutele non solo ad opera del dipendente che è venuto a conoscenza dell'illecito nell'ambito ed esclusivamente in ragione del rapporto di lavoro, ma anche ad opera di coloro che da esterni collaborano con l'amministrazione e/o impresa. Basti pensare anche per le organizzazioni private ai processi di qualificazione delle imprese più piccole per accedere alle liste (di qualificazione) per gli appalti e forniture, dove si assume l'obbligo del rispetto del Codice di comportamento, modello 231/2001, procedure varie in attuazione dei sistemi di compliance adottati dalle società multinazionali o comunque dalle grandi imprese⁴¹.

Circa la segnalazione, va evidenziata una differenza tra quanto raccomandato dalla direttiva UE 1937/2019 che identifica il destinatario della stessa nel RPCT dell'amministrazione (ferma restando, la sempre presente, possibilità di denuncia all'autorità giudiziaria competente)⁴², mentre ai sensi del succitato art. 54 *bis* del d.lgs. 165/2001 è lasciata possibilità alternativa di segnalazione diretta all'Autorità nazionale anticorruzione o di denunce all'autorità giudiziaria.

⁴⁰ V. al riguardo: Determina ANAC 12/2015, p. 7; Primo Piano Nazionale Anticorruzione - § 2.1., pag. 13 - confermato nei PNA successivi; Delibera CIVIT 72/2013.

⁴¹ Ai soggetti esterni, quali lavoratori e collaboratori di imprese fornitrici, coerentemente con le disposizioni dei Codici di comportamento, e quale misura del PTPCT, si estende il regime di piena tutela dalle misure ritorsive conseguenti alla denuncia effettuata nell'interesse della collettività, che viene riservato al dipendente pubblico; in tal senso, L. BISIO, *op. ult. cit., passim*.

⁴² In tal caso trattasi di Pubblica Amministrazione e/o società a partecipazione pubblica; nel caso delle imprese private saranno le specifiche procedure o il MOGC 231 a dare indicazioni in merito.

In realtà anche la legge italiana anticorruzione e s.m.i.⁴³ assegnano un ruolo primario al RPCT, e non potrebbe essere altrimenti tenuto conto della responsabilità diretta allo stesso attribuita con sanzioni economiche di una certa rilevanza e, ove applicabile, la susseguente responsabilità di danno erariale e/o all'immagine dell'Amministrazione di appartenenza. Anche le tutele normativamente previste⁴⁴ per il RPCT confermano tale primarietà del ruolo.

Nonostante l'impianto dell'istituto in esame, qui concisamente riportato per ragioni di sintesi, è da dire che sia l'attività sanzionatoria dell'ANAC – che ha riguardato soltanto tre amministrazioni –, sia quella di segnalazione ad opera dei dipendenti restano ancora limitate.

Il *report* redatto da *Transparency International* per le segnalazioni di *whistleblowing*, ricevute in Italia nel corso del 2020⁴⁵, indica che il 71% delle segnalazioni riguardano gli enti pubblici e che si considerano come settori particolarmente esposti sia la sanità che i servizi sociali, con scarsa segnalazione, però, dei fenomeni puramente corruttivi.

Nonostante ciò, il *whistleblowing*, con la dovuta creazione della cultura di prevenzione e segnalazione dei fenomeni illeciti, nonché dell'efficacia di tutela da eventuali misure di ritorsione, può rappresentare un utile strumento.

2.3. Da un po' di tempo si assiste «tramite il diritto penale, [ad] una statalizzazione strisciante delle attività imprenditoriali private o, perlomeno, della loro gestione. Il fenomeno è in crescita e si presenta sotto varie denominazioni: commissario giudiziale, commissario straordinario, amministratore giudiziario. Tali figure erano in origine confinate ad ambiti ristretti (...) in primo luogo, alle ipotesi di crisi dell'impresa [banche e grandi imprese in crisi] al fine di salvaguardare interessi sociali rilevanti e primari»⁴⁶. Altro settore di intervento è quello dell'impresa illecita che

⁴³ Legge n. 190/2012, all'art. 1 co.7, così come nella Legge n. 179/2017 assegnano al RPCT un ruolo fondamentale nella procedura di *whistleblowing*. In particolare, il RPCT: 1. è il destinatario privilegiato delle segnalazioni di condotte illecite, favorito in via preliminare all'Autorità stessa; 2. deve effettuare direttamente una verifica sull'ammissibilità della segnalazione; 3. quale figura interna all'organizzazione, è il soggetto preposto ad un'attività istruttoria circa il contenuto stesso della segnalazione; 4. è il soggetto autorizzato a trattare i dati personali del segnalante, cui deve garantire adeguata riservatezza; 5. può instaurare un apposito canale per richiedere dati e informazioni ulteriori al segnalante.

⁴⁴ Art. 54 bis co.7 L. 190/2012 secondo il quale eventuali misure discriminatorie e/o ritorsive nei confronti del RPCT, in relazione allo svolgimento delle sue funzioni, devono essere segnalate all'Autorità nazionale Anticorruzione.

⁴⁵ Attraverso il servizio ALAC appositamente creato dalla citata Associazione. Di seguito le tipologie di segnalazioni e le frequenze riportate nel report: Favoritismi/clientelismo/nepotismo, 22%; Frodi/violazioni contabili, 21%; Mancanza di trasparenza, 12%; Corruzione, 10%; Cattiva gestione dei fondi pubblici, 7%; Altro, 28%.

⁴⁶ F. SGUBBI – T. GUERINI, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 – Un primo commento*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, p.1, disponibile al seguente link: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1411307683Sgubbi%20Guerini%202014a.pdf>

comporta la nomina di un amministratore giudiziario come da previsione del codice antimafia.

Tale schema, ha poi visto il primo radicale mutamento con il d.lgs. 231/01 che all'art. 15⁴⁷ ha previsto il commissariamento giudiziale di un'impresa – né in crisi, né illecita – per i soli fini indicati nella norma con provvedimento giurisdizionale e controllo dell'esistenza dei presupposti applicativi.

Il decreto 90/2014, convertito nella legge 114 dell'11 agosto 2014 innova radicalmente il sistema, introducendo quale strumento di contrasto alle attività della criminalità organizzata, o comunque alla commissione di reati nell'ambito degli appalti pubblici e dei contratti conclusi dalla p.a. con i privati. Laddove, infatti, vi fosse consumazione di un reato, ai sensi dell'art. 32 del citato decreto, è consentita la gestione dell'impresa che abbia concluso un contratto con un ente pubblico in presenza di indagini per l'accertamento di reati⁴⁸.

Tale disposizione, in presenza dei reati costituenti il presupposto oggettivo ed applicativo, consente di dare continuità all'esecuzione del contratto e sostanzialmente di «impossessarsi dell'esecuzione del rapporto contrattuale per la realizzazione di un'opera o per l'esecuzione di un servizio pubblico»⁴⁹. Al verificarsi dell'evento costituente reato (previsto) ed al conseguente avvio della procedura ad opera dell'autorità giudiziaria, pur in assenza di un provvedimento giurisdizionale, il «Presidente dell'ANAC [...] propone al Prefetto competente in relazione al luogo in cui ha sede la stazione appaltante, alternativamente: a) di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto o della concessione; b) di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione».

Per la gestione dell'impresa limitatamente all'esecuzione del contratto, il Prefetto può nominare sino a tre amministratori, da scegliere tra persone in possesso dei requisiti di onorabilità e professionalità di cui all'art. 39, comma 1, d.lg. 8 luglio 1999 n. 270.

Un primo elemento da evidenziare è che pur riferendosi la norma ad amministratori, tale gestione non è da assimilare a quella giudiziaria, prevista dal codice antimafia. Le differenze non sono poche: ex art. 34 del d.lgs. 159/2011 gli amministratori nominati dall'autorità giudiziaria – sulla base dei presupposti e delle indagini in capo al preposto della misura di prevenzione – ed alla quale rispondono, si sostituiscono integralmente ai vertici della persona giuridica colpita dalla misura adottata.

⁴⁷ Cui si rimanda per l'elencazione dei presupposti di applicazione della norma.

⁴⁸ F. RIZZO, *Corruzione e gestione del contratto da parte della p.a.*, in *Rass. Dir. Civ.* 4, 2019, p.1212 e ss..

⁴⁹ F. RIZZO, *op.ult.cit.*, *passim*.

Nel caso che ci riguarda, invece, la stessa norma al comma 5 distingue la misura disciplinata, da quella degli amministratori giudiziari e, ove ciò non bastasse, è la stessa ANAC nelle “*Quarte linee guida per l’applicazione dell’art. 32 (...)*” in commento, a definire «commissari» i soggetti nominati per la gestione dell’impresa colpita dalla misura amministrativa emanata dal Prefetto.

«L’amministrazione prefettizia, la gestione straordinaria, la sospensione dei poteri degli organi sociali (vero e proprio “commissariamento”) sono disposte ex art. 32 del decreto legge dall’autorità amministrativa sulla base di presupposti vaghi, indeterminati e, quindi, discrezionali»⁵⁰.

«Si tratta di un intervento tanto invasivo, quanto delimitato sia sotto il profilo applicativo, poiché chirurgicamente circoscritto al singolo appalto “inquinato” o pacchetto contrattuale di matrice pubblicistica, sia sotto il profilo temporale, dovendo il decreto prefettizio stabilire la durata della misura in ragione delle esigenze funzionali alla realizzazione dell’opera o all’espletamento del servizio o fornitura⁵¹. L’istituto, infatti, mira a costituire un presidio di legalità sulla sola attività coinvolta nell’esecuzione contrattuale, con ciò distinguendosi dalle misure di prevenzione patrimoniali disposte ai sensi del Codice antimafia»⁵².

La prima misura è finalizzata ad estromettere dalla governance societaria i soggetti coinvolti nei fatti illeciti, con concessione all’impresa di un breve termine di trenta giorni per dare seguito all’ordine di sostituzione, decorso inutilmente il quale, il prefetto è tenuto a disporre, nei dieci giorni successivi, la misura della temporanea e straordinaria gestione di cui al comma 1, lettera b).

La terza misura, di sostegno e monitoraggio, trova applicazione nelle ipotesi meno gravi, caratterizzate da un’ingerenza dell’impresa nei fatti corruttivi tale da non rendere necessarie misure incisive nei confronti degli assetti societari. L’attività di tutoraggio non attribuisce agli esperti “prefettizi” alcun potere di disposizione o di gestione diretta dell’appalto,

⁵⁰ F. SGUBBI – T. GUERINI, *op.ult.cit.*, p.2..

⁵¹ «La soluzione interpretativa della straordinaria e temporanea gestione come misura “*ad contractum*” è stata confermata dall’Anac in tutte le proposte di commissariamento ad oggi formulate, ha trovato piena condivisione nei relativi decreti prefettizi e nelle “Linee guida per l’avvio di un circuito collaborativo tra Anac –Prefetture –UTG e enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l’attuazione della trasparenza amministrativa sezione appalti pubblici», così R. CANTONE – B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia: problemi di coordinamento e prospettive evolutive*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 10, 2018, in nota 27, p. 155 disponibile su: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/6053-cantonecoccagna2018a.pdf>.

⁵² In tal senso anche la giurisprudenza amministrativa che, aderendo «alla lettura garantista della norma, [ha ribadito] che le misure straordinarie “non incidono in modo sproporzionato o irreversibile sulla governance complessiva dell’impresa, in quanto gli amministratori sono tenuti a realizzare una forma di gestione separata e di carattere temporaneo di un segmento dell’impresa (legato alla esecuzione di quello specifico contratto), mentre gli organi sociali restano in carica per lo svolgimento dell’attività di gestione”», così Tar Lazio, Sez. Prima ter, n. 01519/2016 e Consiglio di Stato, sez. III, 10gennaio 2018, n. 93. Per approfondimenti v. R. CANTONE – B. COCCAGNA, *op.ult.cit.*, p. 156.

così come nella prima la gestione del contratto resta in capo all'operatore privato.

La seconda, invece, opera il commissariamento del contratto, già accennato, «volto a soddisfare, attraverso l'intervento del prefetto, l'interesse pubblico alla esecuzione dell'appalto/concessione, sotto la guida di uno o più amministratori straordinari, nonché a sterilizzarne la gestione dal pericolo di acquisizione delle utilità illecitamente captate in danno della pubblica amministrazione»⁵³.

Tralasciando volutamente in questa sede – non essendo quella idonea ad ulteriori approfondimenti – i temi dell'invalidità, laddove si riscontri «contratto e reato»⁵⁴, e della (presunta) contrapposizione tra interesse pubblico e privato⁵⁵, quello che qui interessa è che superate le difficoltà derivanti dalla nullità del contratto⁵⁶ in ragione del fatto che «il conflitto tra interesse privato e pubblico va risolto nell'ottica di considerare quest'ultimo non quale sovrastruttura burocratica e superindividuale ma quale sintesi ed attuazione equilibrata dei valori delle persone consociate nell'unità dei loro diritti e dei loro doveri, quali titolari di un paritario *status personae*. In tal senso il diritto non si esaurisce nel rapporto pubblico ma anzi comprende – secondo la felice intuizione kantiana – rapporti non subordinati alla qualità di cittadino, cioè allo *status civitatis*»⁵⁷ e che «ha natura pubblica l'interesse dei tutti coloro che vengono direttamente e indirettamente pregiudicati dall'attività illecita di chi ha commesso il reato, perché l'opera o il servizio

⁵³ R. CANTONE – B. COCCAGNA, *op.ult.cit.*, p. 156.

⁵⁴ Per approfondimenti si veda A. FLAMINI e L. RUGGERI (a cura di), *Contratto e reato*, Napoli, 2014.

⁵⁵ Sul tema dell'interesse che è «esigenza di beni o valori da realizzare o da proteggere» - così E. BETTI, *Interesse (Teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 892 - si vedano tra gli altri: E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, II, Milano, 1955, p. 797 ss. E' infatti preferibile discorrere «d'interessi anziché di beni, perché questi, nella considerazione della coscienza sociale fatta propria del diritto, vengono valutati sempre con riguardo alla loro specifica attitudine a soddisfare bisogni della vita di relazione», e poiché tali interessi «si collocano nella vita di una società e [...] operano prima ancora della disciplina giuridica», presentandosi l'intervento da parte dell'ordinamento statale «come un riconoscimento [...], qualcosa di aggiunto e logicamente posteriore» ai dati che la realtà sociale esprime, da questi bisogna partire per comprendere appieno la *ratio* e la funzione delle regole poste», così C. PERNICE, «*Interesse socialmente tipico*» e *obbligazioni pecuniarie in Emilio Betti*, in *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, Napoli, 2019, p. 303 e ss.. V. ancora, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ristampa, Napoli, 2002, p. 81. «E poiché tali interessi «si collocano nella vita di una società e [...] operano prima ancora della disciplina giuridica», presentandosi l'intervento da parte dell'ordinamento statale «come un riconoscimento [...], qualcosa di aggiunto e logicamente posteriore» ai dati che la realtà sociale esprime, da questi bisogna partire per comprendere appieno la *ratio* e la funzione delle regole poste», così C. PERNICE, *op.ult.cit.*, *passim*. Sulla presunta contrapposizione tra interesse pubblico e privato, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 2020, III, p.48 e ss. e P. PERLINGIERI - P. FEMIA, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017, p. 53, rilevano che «la rigida distinzione tra diritto pubblico e diritto privato secondo la quale l'uno disciplinerebbe gli interessi dell'intera collettività e l'altro regolerebbe gli interessi dei singoli individui è oggi insostenibile»..

⁵⁶ Per il quale approfondimento si rimanda a F. RIZZO, *op.ult.cit.*, §§ 4,5,6,7.

⁵⁷ P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 937.

per la collettività avrà un maggior costo o una minore qualità rispetto a quanto si sarebbe verificato senza il reato. Pertanto, l'interesse di questi soggetti dà vita all'interesse pubblico finale tutelato dalla p.a. e prevale (deve prevalere) su quello del singolo, reo dell'attività criminosa e portatore di un interesse non meritevole di tutela ma anzi censurabile sotto vari punti di vista»⁵⁸. Tale impostazione consente la prosecuzione del rapporto ad opera della P.A. qualificando questa forma di esecuzione quale «nuova» obbligazione che ai sensi del 1173 c.c. nasce dalla stessa previsione normativa⁵⁹, ovvero dal medesimo art. 32 cit.. Questo potrebbe essere possibile qualificando, dal punto di vista giuridico, questo “nuovo” rapporto quale forma di esecuzione della “nuova” obbligazione che ai sensi dell’art. 1173 c.c. nasce dalla legge⁶⁰, e cioè proprio dall’art. 32 cit., «che individua nel Presidente dell’ANAC e nel Prefetto competente per territorio i soggetti deputati, quali titolari di un ufficio pubblico, ad assumere la decisione di dare vita a questo nuovo rapporto⁶¹ che affonda le sue radici nella fonte legale e che segue ed è soggetto a quanto già previsto nel contratto e nella *lex specialis* della procedura al fine di attuare l’interesse pubblico»⁶².

⁵⁸ P. PERLINGIERI - P. FEMIA, *Nozioni introduttive e princípi fondamentali, op.ult.cit.*, p. 53.

⁵⁹ Tenuto conto che «nel contesto dell’attuale art. 1173 c.c. il riferimento alla legge ha perso l’arcaico significato garantistico dell’autonomia privata, per assumere, nel modello attuale ispirato a valori sociali» e che «(...) all’origine dell’imposizione di obblighi – del tipo *obbligazione* – si possa porre *pleno iure* anche la norma di legge. Il passaggio va colto attribuendo alla legge non già il significato di *limite* all’autonomia dei privati ma quello, più pregnante, di *fonte di obbligazione* di pari grado e rango rispetto a quella costituita da atti di autonomia privata», così A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1988, p. 226 e F. RIZZO, *op.ult.cit.*, § 5.2.

⁶⁰ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1988, p. 226, avverte che nel contesto dell’attuale art. 1173 c.c. il riferimento alla legge ha perso l’arcaico significato garantistico dell’autonomia privata, per assumere, nel modello attuale ispirato a valori sociali, «il ben diverso valore di legittimare ufficialmente il fatto che all’origine dell’imposizione di obblighi – del tipo *obbligazione* – si possa porre *pleno iure* anche la norma di legge. Il passaggio va colto attribuendo alla legge non già il significato di *limite* all’autonomia dei privati ma quello, più pregnante, di *fonte di obbligazione* di pari grado e rango rispetto a quella costituita da atti di autonomia privata».

⁶¹ Coerente con la conclusione formulata nel testo, la posizione di C. SOLINAS, *Il contratto amministrato. La conformazione dell’operazione economica privata agli interessi generali*, Napoli, p. 2018, *passim*, la quale analizza i casi nei quali il contratto viene conformato dagli interventi delle varie Autorità di regolazione di natura pubblica. Secondo l’A. uno dei possibili modelli della conformazione potrebbe essere rappresentato dal meccanismo della sussidiarietà orizzontale di origine comunitaria; in base a questo meccanismo è invero possibile disapplicare l’atto privato e far spazio alle disposizioni emanate dalle Autorità di regolazione (si veda p. 41-44).

⁶² Sul tema v. anche F. RIZZO, *op.ult.cit.*, § 5.2 che sulla possibilità che attraverso il meccanismo comunitario di sussidiarietà orizzontale, con il quale è possibile disapplicare l’atto privato e far spazio alle disposizioni delle Autorità di regolazione, in nota 56 richiama C. SOLINAS, *Il contratto amministrato. La conformazione dell’operazione economica privata agli interessi generali*, Napoli, p. 2018, *passim*, e P. FEMIA, *Sussidiarietà e princípi nel diritto contrattuale europeo*, in P. PERLINGIERI - F. CASUCCI, *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2004, p. 145 e ss..

3. Il tema della lotta alla corruzione implica, necessariamente, un riferimento al *Foreign Corrupt Practices Act* (da ora FCPA), atto legislativo del Congresso statunitense, con il quale si proibisce alle società USA di corrompere funzionari stranieri con la finalità di ottenere o mantenere affari⁶³.

Il FCPA è considerato lo schema ispiratore della Convenzione OECD, in seguito ad alcuni casi di rilevanza internazionale⁶⁴ è stato poi modificato in seguito alla eccezionale rilevanza che la lotta alla corruzione a livello globale. A onor del vero, tale normativa non è l'unico tentativo da parte degli Stati Uniti di combattere condotte legate alla corruzione al di fuori del proprio ambito territoriale. Discipline simili sono previste anche per reati, quali il trasferimento di fondi all'estero con finalità di corruzione, i viaggi all'estero in connessione con il pagamento di tangenti, il trasporto di grosse somme di denaro senza la necessaria comunicazione alle autorità fiscali⁶⁵.

Nel dettato normativo il testo del FCPA è estremamente dettagliato e – nella sua impostazione trans-nazionale – comprende due tipologie di disposizioni. La prima prevede che tutte le società attive sul mercato mobiliare statunitense debbano mantenere una rendicontazione contabile dettagliata, onde poter facilmente individuare eventuali pagamenti sospetti; inoltre, quale doppio sistema di controllo, le società sono obbligate per legge a mantenere un sistema interno di controlli che vigili su eventuali irregolarità e differenze fra ciò che viene riportato nei libri contabili e l'effettivo flusso finanziario della società.

Questo sistema di controllo interno, obbligatorio, è teso a creare una maggiore responsabilità diffusa all'interno delle società e – sostanzialmente – permette alle autorità statunitensi di perseguire legalmente i trasgressori per diversi illeciti sulla base di un unico comportamento, il pagamento⁶⁶, appunto.

La seconda tipologia di disposizioni, invece, bandisce il pagamento di tangenti a funzionari pubblici stranieri. Inoltre, il legislatore statunitense si è sforzato di descrivere dettagliatamente i «pagamenti illegittimi» per evitare vuoti legislativi che permettano di aggirare le norme⁶⁷.

⁶³ G. ACQUAVIVA, *op. ult. cit.*, p. 2.

⁶⁴ A.F. MATHEWS, *Defending SEC and DOJ FCPA Investigations and Conducting Related Corporate Internal Investigations: the Triton Energy/Indonesia SEC Consent Decree Settlements*, in *Journal of International Law and Business*, 18 Nw. J. Int'l L. & Bus. 303 (1997-1998).

⁶⁵ G. ACQUAVIVA, *op.ult.cit.*, p. 3; v. anche H. LOWELL BROWN, *The Extraterritorial Reach of the U.S. Government's Campaign against International Bribery*, 22 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.*, 407 (1999): https://repository.uchastings.edu/hastings_international_comparative_law_review/vol22/iss3/1.

⁶⁶ G. ACQUAVIVA, *op.ult.cit.*, p. 5 e ss. A parere di chi scrive è particolarmente interessante riscontrare un'obbligatorietà di sistema di controllo interno, inserita in una norma risalente agli anni Settanta, se raffrontiamo il tutto con le prime obbligazioni in ambito compliance che in Europa sono state adottate quasi 30 anni dopo.

⁶⁷ «L'elemento oggettivo del reato è costituito da una offerta, un'autorizzazione al pagamento o un pagamento a funzionari stranieri identificati dall'atto. Sono, altresì, illegali i pagamenti a terzi se il destinatario della proposta è a conoscenza che il pagamento finirà, direttamente o indirettamente, in tutto o in parte, ad uno dei soggetti indicati nella

In particolare, il testo normativo specifica che l'atto di pagamento vietato, appunto, deve essere effettuato con finalità corruttive, ossia per influenzare le decisioni del funzionario straniero nell'espletamento dei suoi compiti ufficiali, inducendolo ad agire - o viceversa - in violazione dei doveri prescritti per legge, in modo da assicurare un vantaggio ingiusto o in modo da far sì che lo stesso influenzi le decisioni di altri organi di governo stranieri. Inoltre, un atto risulta «corrotto» se compiuto volontariamente ed intenzionalmente con il fine di raggiungere uno scopo illegale o uno scopo legale con metodi illegali⁶⁸.

Le procedure di controllo sui terzi coinvolti in rapporti d'affari con società e governi stranieri messe in atto dalle società statunitensi prevedono spesso che sia inserita una clausola contrattuale specifica sulle politiche anticorruzione accettate da entrambi i contraenti. Tali clausole sono anche inserite in contratti con società controllate e *joint-ventures*.

Destinatari delle disposizioni, ovvero i soggetti su cui le autorità statunitensi pretendono di esercitare la giurisdizione sono: a) ogni persona fisica o giuridica statunitense o residente negli Stati Uniti - «*domestic concern*»⁶⁹ - e b) ogni società che compra o vende titoli negli Stati Uniti «*issuer*»⁷⁰, che può essere chiamata a rispondere per sospette azioni di corruzione all'estero; sono inclusi dipendenti, agenti, azionisti e funzionari che agiscono per conto di quelli.

Altresì, la normativa in esame si applica anche ai soggetti che agiscono negli Stati Uniti onde favorire e/o contribuire in qualche misura al pagamento di una tangente all'estero, pertanto le corti statunitensi potranno esercitare la giurisdizione laddove come da previsione⁷¹ i comportamenti sospetti implicino l'uso della posta negli Stati Uniti o di altri mezzi di «*interstate commerce*»⁷² per favorire una pratica corruttiva all'estero, oppure, quando oggettivamente sia stata favorita la corruzione con atti compiuti al di fuori degli Stati Uniti, ma da soggetti in qualche modo collegati con gli Stati Uniti. Infine, il FCPA si applica

norma. Questa responsabilità in capo a terzi soggetti, che agiscono come intermediari per favorire comportamenti illeciti, è stata concepita onde consentire ai prosecutor statunitensi di agire, dovendo gli stessi dimostrare solo che fosse ragionevolmente prevedibile l'illegalità del pagamento, per poter determinare che il terzo fosse 'a conoscenza' della sua finalità. In altre parole, il terzo non sfugge alla responsabilità per il fatto di rimanere deliberatamente all'oscuro dei fatti che porterebbero una *reasonable* persona concludere che il fine del pagamento è illecito», G. ACQUAVIVA, *op.ult.cit.*, p. 6.

⁶⁸ «*A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act. Second Edition*» del *Department of Justice* degli Stati Uniti, 2020, «*Domestic concern*», p. 11, disponibile su: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-resource-guide>.

⁶⁹ «*Domestic concern*», v. guida del *Department of Justice* degli Stati Uniti indicata in nota precedente, p. 9-10.

⁷⁰ «*Issuers*» sono quei soggetti che sono registrati sulla base del §12 del *Securities Exchange Act* del 1934 o che sottopongono alla SEC i rapporti periodici sulla base del §15(d) del *Securities Exchange Act*; in pratica le società che emettono titoli negli Stati Uniti. V. guida FCPA richiamata in nota 31, e G. ACQUAVIVA, *op.ult.cit.*, p. 7.

⁷¹ FCPA, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, 78dd-2, 78dd-3, 78m, 78ff. V. guida FCPA, indicata in nota 31, p. 87 e ss..

⁷² V. norme FCPA indicate in nota precedente.

anche a società e persone fisiche straniere operanti in territorio statunitense, per azioni collegate a pratiche di corruzione al di fuori degli Stati Uniti⁷³.

Rimangono escluse dall'ambito di azione del FCPA le società possedute o controllate da società statunitensi che agiscano solamente all'estero e non abbiano rapporti diretti con gli USA.

Nonostante il dettaglio normativo, non sempre le autorità statunitensi hanno poi agito applicando la norma specifica anticorruzione. Più frequentemente, sono state applicate le norme relative alla violazione dei principi contabili specificamente previsti dal FCPA e/o dalle altre norme ad esso collegate⁷⁴. Ciò ha fatto sì che le imprese multinazionali con sede legale negli Stati Uniti, in larga parte, abbiano sviluppato ed attuato procedure interne onde adattare la propria struttura alle disposizioni del FCPA. In pratica, i *compliance programs* in ambito anticorruzione sono partiti da qui.

D'altronde, una vera e propria *compliance*, intesa quale cultura aziendale ed applicazione pratica, deve necessariamente prevedere che le policies adottate siano fatte proprie dalla governance societaria con attuazione in ogni livello di gestione presente, andando al di là di ciò che viene «rappresentato su carta» nei documenti e/o nelle dichiarazioni rese dalla Società.

4. Nel luglio 2011 è entrato in vigore nel Regno Unito il “*Bribery Act 2010*” (BA)⁷⁵, con il quale è stata disciplinata sia la corruzione nell'ambito

⁷³ Ad esempio: «nel 2008 la francese Alcatel è stata coinvolta in un procedimento per pagamenti corruttivi effettuati in Costa Rica, sul presupposto che la società aveva registrato ADRs al N.Y. Stock Exchange e gli esborsi contestati erano stati effettuati attraverso un bonifico bancario dall'Europa al Costa Rica, ma passato per Miami60. (...) Prima della succitata novella del 1998, questa era l'unica possibilità per una società estera di rientrare nella sfera applicativa del FCPA. Invece, per effetto del sec. 104A. (§ 15 USC 78dd-3), innestata nel FCPA con gli *amendments* del 1998, “qualsiasi persona” e quindi anche una *non-U.S. company*, potrà essere chiamata a rispondere penalmente del compimento, all'interno del territorio statunitense, di un qualsiasi atto effettuato in vista di un pagamento corruttivo. In tal caso, quindi, il criterio di collegamento con la giurisdizione statunitense è esclusivamente il nesso della condotta compiuta *corruptly* con il territorio degli Stati Uniti», così V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, Napoli 2012, p. 366 e ss., che richiama anche il caso *United States v. Christian Sapsizian and Edgar Valverde Acosta* (S.D. Fla. 5 dicembre 2006).

⁷⁴ Notissimo il «Caso Montedison», società italiana indagata dalla SEC nel 1996 per violazione della normativa anti-corruzione e delle disposizioni contabili per le società operanti con titoli sul mercato statunitense, ed in particolare per la presunta corruzione di pubblici ufficiali. Indagata, anche in assenza di collegamento diretto con gli USA, le uniche violazioni poi contestate furono irregolarità nella compilazione dei registri contabili collegate ai pagamenti sospetti. Probabilmente l'indagine fu avviata per il timore di effetti sul mercato e sugli investitori statunitensi delle dichiarazioni fuorvianti presentate dalla Montedison e destinate al pubblico. Anche in tal caso, come spesso si verifica il FCPA, non determina poi grandi applicazioni pratiche per i fenomeni corruttivi. Per la completa disamina del caso, si rimanda a G. ACQUAVIVA, *op. ult. cit.*, p. 19-20.

⁷⁵ Con tale normativa sono state previste varie fattispecie di reato in relazione a fenomeni corruttivi e «viene introdotta nell'ordinamento britannico la responsabilità penale dell'impresa per i reati di corruzione commessi da soggetti che operano in nome e per conto

della Pubblica Amministrazione sia la corruzione privata, con abrogazione della precedente normativa.

Con tale norma viene ridefinito il concetto di corruzione preesistente e viene recepita la convenzione internazionale Ocse sui pagamenti illeciti a funzionari stranieri, contemplando il *bribery* come la concessione di un vantaggio ad un altro soggetto, affinché quest'ultimo adotti un comportamento «*improper*», ovvero inappropriato.

In capo all'impresa si configura una responsabilità penale, «*strict liability*», attribuita attraverso il reato di «mancata prevenzione della corruzione»⁷⁶. La società risponde per le azioni delle «*associated persons*»⁷⁷ che, svolgendo attività di servizi per suo conto, commettono il reato di corruzione al fine di ottenere o mantenere affari o vantaggi per il business della stessa società. Inoltre, la *Section 8* della norma in esame prevede una presunzione di azione – fino a prova contraria – per conto dell'impresa laddove, intercorrendo un rapporto di lavoro subordinato tra la stessa e l'agente per proprio conto, venga a determinarsi un diretto collegamento.

Palesi le similitudini ed il parallelismo tra la disciplina britannica ed il d. lgs. 231/2001⁷⁸ italiano in tema di responsabilità per i reati di corruzione per le organizzazioni private, mentre per enti ed organizzazioni di natura pubblicistica, la disciplina di riferimento è data dalla legge n. 190/2012, unitamente alle norme ad essa collegate⁷⁹ e/o le delibere dell'ANAC ed il PNA.

Restando al parallelismo con il d.lgs. 231/2001, è da evidenziare come anche la disciplina britannica, preveda la possibilità per l'organizzazione di andare esente da responsabilità con l'adozione di adeguate procedure di prevenzione dei fenomeni corruttivi, secondo dei principi elencati nelle linee guida pubblicate dal Governo britannico.

della medesima, ogni qual volta l'azienda non si sia dotata di Modelli Organizzativi interni, volti a prevenire tali reati, ovvero la società non sarà ritenuta responsabile per le azioni delle «*associated persons*» se riuscirà a dimostrare di aver adottato procedure adeguate «*adequate procedures*» alla prevenzione della corruzione», così, C. STRAZZERI, *L'UK Bribery Act e le analogie con il D.Lgs. 231/01*, http://www.asso231.it/1/monografie_1039937.html e <https://www.gov.uk/government/publications/bribery-act-2010-post-legislative-scrutiny-memorandum>.

⁷⁶ «*Failure of commercial organizations to prevent bribery*» Section 7, <https://www.gov.uk/government/publications/bribery-act-2010-guidance>.

⁷⁷ «All'interno della categoria «*associated person*» vi rientrerebbero sia le joint ventures che le società controllate e i relativi singoli azionisti, indipendentemente dall'ampiezza della partecipazione societaria. Inoltre, Il *Bribery Act* non richiede che tra la società e l'«*associated person*» intercorra un rapporto contrattuale, nè che l'impresa sia in grado di esercitare un certo grado di controllo su di essa. Si richiede, invece, espressamente la valutazione concreta di tutte le relative specifiche circostanze e non solo della natura del rapporto intercorrente tra l'impresa e l'«*associated person*»»; C. STRAZZERI, *op.ult. cit., passim*.

⁷⁸ Come anche le differenze con la norma italiana; il *Bribery Act* ad esempio non prevede alcun organo di controllo interno all'impresa, che svolga le funzioni dell'Organismo di Vigilanza.

⁷⁹ Quali ad esempio il d.lgs. n. 165/2001 (T.U. «Pubblico Impiego», in cui è stato inserito l'art. 54 *bis* sul *whistleblowing*) ed il d.lgs. n. 33/2013 (sulla «Trasparenza»).

Da sottolineare che tali indicazioni non hanno natura prescrittiva, dato che è lasciata libertà di azione alle Società di adottare le misure preventive ritenute più idonee, anche in relazione alle attività svolte.

Non a caso il primo principio è appunto: 1 «Proportionate Procedure»: le procedure devono essere proporzionate al rischio di corruzione che l'organizzazione deve "affrontare" e la natura, dimensioni e complessità delle attività svolte.

Si procede poi col 2 «Top-level commitment»: la cultura anti-corruzione viene promossa attraverso il commitment delle figure apicali e senior della Società. Deve essere cristallizzata una cultura della lotta alla corruzione all'interno dell'organizzazione, indipendentemente dalle dimensioni della stessa, purchè ciò avvenga con messaggi siano chiari, privi di ambiguità e regolarmente ripetuti a tutto lo staff e ai partner commerciali.

Necessario il 3 «Risk Assessment»: monitoraggio e conoscenza del rischio di commissione di fatti corruttivi nel settore e nel mercato di appartenenza. La succitata Guida include tra i rischi quello paese, di settore, delle transazioni, il rischio di nuove opportunità di business ed il rischio rappresentato dai partners commerciali. Vanno, inoltre, affrontati anche rischi interni, quali ad esempio difetti di programmazione, mancanze del sistema di controllo interno e/o delle iniziative di training.

Ad esso strettamente connesso è il 4 «Due Diligence»: conoscere i propri partner commerciali e concludere accordi reciproci per la lotta alla corruzione, conducendo le relazioni commerciali in maniera trasparente ed etica, con un approccio proporzionato e basato all'*assessment* del punto precedente.

Tutto quanto sopra deve poi essere accompagnato da quanto consigliato al 5 «Communication (including training)»: le policies devono essere ben note all'interno della Società attraverso attività di comunicazione interne ed esterne. Inoltre, non solo la politica anti-corruzione della Società deve essere comunicata, ma devono anche essere organizzate attività di training (continuativo) per fornire quelle competenze e capacità necessarie all'attuazione delle procedure, oltre che allo sviluppo di un'idonea capacità di *problem solving*. In pratica è richiesto di andare oltre la stretta compliance normativa e documentale, integrando azioni per la lotta alla corruzione nel sistema dei controlli interni, attuando politiche di selezione del personale e di remunerazione, iniziative di comunicazione e di formazione sia esterna che interna all'organizzazione.

Ed infine, 6 «Monitoring and review»: applicazione di piani di *audits* e di controllo interno, anche di terza parte – ovvero compiuti da soggetti esterni muniti di certificazione ed accreditamento – con procedure trasparenti ed operando una regolare valutazione periodica delle stesse, sulla base della quale procedere alla revisione o aggiornamento delle procedure e *policies* adottate.

Assolutamente da evidenziare è poi un'altra differenza col d.lgs. 231/01, ovvero la previsione nel *bribery act* del *self reporting*, in virtù del quale le

società possono beneficiare delle ricadute positive dell'auto-denuncia alle autorità dei casi di corruzione⁸⁰.

Nel sistema britannico le società possono validamente beneficiare delle ricadute positive dell'auto-denuncia alle autorità dei casi di corruzione. A tal fine, il *Serious Fraud Office* (SFO) ha pubblicato delle Linee guida⁸¹ per un'efficace e corretta gestione del *self reporting*.

La riformulazione da parte del SFO della politica sull'autodichiarazione aziendale prevede che, nel determinare se perseguire o meno, il fatto che un ente si sia segnalato sarà una considerazione rilevante nella misura stabilita nelle linee guida al prosieguo dell'azione penale.

Secondo le stesse, affinché un'autodenuncia sia presa in considerazione come fattore di interesse pubblico tendente all'azione penale, deve rientrare in un approccio realmente proattivo adottato dal *management* aziendale quando viene portato a conoscenza dell'illecito, adottando l'auto-segnalazione segnalazione e azioni correttive, compreso il risarcimento delle vittime.

La «guida» spiega inoltre che, nel valutare se un ente auto-dichiarante è stato realmente proattivo, i *prosecutors* valuteranno se lo stesso ente ha fornito informazioni sufficienti, inclusa la messa a disposizione di testimoni e la divulgazione dei dettagli di eventuali indagini interne, sul suo funzionamento nella sua interezza.

I pubblici ministeri saranno inoltre consapevoli del fatto che la mancata denuncia dell'illecito entro un termine ragionevole dalla scoperta dello stesso, costituisce un fattore di interesse pubblico a favore – invece – dell'esercizio dell'azione penale, così come la mancata comunicazione in modo corretto e completo della reale portata dell'illecito.

Va tenuto presente, infatti, che il *Serious Fraud Office* può avere informazioni su illeciti provenienti da fonti diverse dall'autodenuncia dell'ente. La tempistica di qualsiasi autovalutazione è, quindi, molto importante ai fini dei benefici previsti⁸².

5. Vi sono poi Paesi, dove l'approccio normativo di lotta alla corruzione resta di stampo più puramente penalistico, in un certo senso tralasciando ciò che a livello internazionale abbiamo visto svilupparsi in tema di responsabilità delle persone giuridiche e *corporate social responsibility*.

Un esempio è rappresentato dalla vicina Svizzera, dove rispetto al tema della responsabilità penale ed amministrativa delle imprese, convivono regimi concepiti in tempi diversi, in maniera settoriale e non organica, i

⁸⁰ O. FOGGIANO, *La responsabilità delle imprese nel UK Bribery Act: prime riflessioni su strategie di compliance e implicazioni per le società italiane*, in *Rivista 231*, 3/2022, *passim*, <https://www.rivista231.it/Pagine/Pagina.asp?Id=856>.

⁸¹ Disponibili al link: <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/guidance-for-corporates/corporate-self-reporting/>

⁸² O. FOGGIANO, *passim*; v. anche guida Governo UK, indicata in nota precedente.

quali si collocano in un rapporto controverso e complesso con la disciplina della responsabilità individuale⁸³.

L'art. 102 CP introduce una forma di responsabilità complessa per l'impresa, composta da una responsabilità sussidiaria (rispetto all'autore persona fisica) e da una *tout court* in capo alla stessa⁸⁴.

«In un'unica disposizione il legislatore racchiude, quindi, due archetipi differenti di sanzionabilità per l'impresa. Nella prima ipotesi, è la carente organizzazione dell'impresa a determinarne la perseguibilità per il reato commesso nello svolgimento della sua attività⁸⁵. Nella seconda ipotesi, invece, si disegna una responsabilità «originaria» per l'impresa, la quale, qualora sia commesso un determinato reato presupposto, viene punita a prescindere dalla sanzionabilità dei soggetti attivi del reato, perché indipendente da quella penale personale dei componenti o dei dirigenti dell'impresa»⁸⁶.

Inoltre, nel sistema penale svizzero imprese e soggetti giuridici collettivi possono incorrere in una pena in altri ordini di casi: ai sensi dell'art. 7 della legge federale sul diritto penale amministrativo (DPA); qualora una norma speciale lo preveda espressamente (ad es. art. 181 legge federale sull'imposta federale diretta del 14.12.1990 –LIFD– e art. 57 legge federale sull'armonizzazione delle imposte dirette del 14.12.1990 –LAID)⁸⁷.

«Tali norme esprimono una sorta di “umanizzazione” della persona giuridica, che pare agire direttamente, così sposandosi evidentemente la teoria della c.d. *réalité technique*, e mostrano come il legislatore svizzero

⁸³ In tal senso, A. ASTROLOGO – F. DE ROSSA GISIMUNDO, *La responsabilità penale ed amministrativa delle imprese: regime disapplicato o effetto preventivo raggiunto?*, in *Revue penale suisse*, 133, Berna, 2015, p. 441 e ss.

⁸⁴ La responsabilità sussidiaria è stabilita qualora nello svolgimento dell'attività di impresa, nell'ambito del proprio settore di mercato, sia commesso un crimine o un delitto che, per carente organizzazione interna, non può essere ascritto ad una persona fisica determinata; l'autore resta sconosciuto, o non è possibile tra più soggetti sospettati, individuare quello cui ascrivere il reato. Al secondo capoverso, invece, è stabilita una responsabilità *tout court* per il soggetto collettivo, a prescindere cioè dalla punibilità delle persone fisiche, qualora in presenza di uno dei reati presupposto normativamente previsti, si possa far valere una responsabilità in capo al soggetto collettivo per non aver adottato le misure necessarie organizzative ad impedirlo.

⁸⁵ «L'obiettivo che siffatta impostazione vuole perseguire è quello del rafforzamento della tutela dei beni giuridici contro i rischi specifici d'impresa, attraverso competenze personali da organigramma chiaramente definite ed attribuite all'interno dell'organizzazione un organigramma con competenze personali chiaramente definite all'interno dell'organizzazione. Tale concezione di responsabilità appare condivisibile se si considera che spesso la ripartizione del lavoro, così come accade in un'azienda, può rendere praticamente impossibile individuare l'autore di un reato». Così G. HEINE, *La responsabilità penale delle persone giuridiche in Svizzera*, in *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, M. Catenacci/G. Marconi (a cura di), Torino 2009, p. 267.

⁸⁶ G. HEINE, *op. loc. ult. cit.* . e A. ASTROLOGO – F. DE ROSSA GISIMUNDO, *op.ult.cit.*, p. 442.

⁸⁷ «L'art. 181 (LIFD) e l'art. 57 co.2 LAID (...) prevedono la punibilità della persona giuridica che in ambito fiscale (...) e di sottrazione di imposta abbia partecipato o favorito un terzo nella commissione del reato». In tal senso, E.E. PICCATI, *La responsabilità penale delle imprese e dei soggetti giuridici collettivi nell'ordinamento svizzero*, in *Rivista 231*, <https://www.rivista231.it/Pagine/Pagina.asp?Id=856> .

già tempo fa non soffrisse, nella materia fiscale, di quelle perplessità dogmatiche, legate al principio *societas delinquere non potest* ed alla ritenuta incompatibilità ontologica dello statuto penale con la struttura degli enti collettivi, che per lungo tempo hanno impedito a molti Paesi, Svizzera inclusa, per lo meno in relazione alla parte generale del codice penale, di emanare previsioni penalistiche relative a soggetti collettivi»⁸⁸. Altro aspetto interessante nelle norme è la mancanza della previsione di un legame qualificato tra l'autore dell'illecito persona fisica e la persona giuridica in favore della quale l'illecito è commesso, ai fini dell'ascrivibilità della responsabilità a quest'ultima.

Oltre alla responsabilità penale degli enti espressa dalle norme di cui sopra, v'è una responsabilità introdotta dalla legge federale sul diritto penale amministrativo (DPA)⁸⁹ ex art. 7 che disciplina reati di minor gravità, in gran parte contravvenzioni, classificati all'art. 1 come quelli per i quali il procedimento e il giudizio sono demandati a un'autorità amministrativa della Confederazione.

L'art. 6 DPA, rubricato «infrazioni commesse nell'azienda da mandatari e simili», stabilisce che «alla responsabilità penale personale dell'autore materiale di un' "infrazione" commessa nella gestione degli affari di enti, o nell'esercizio di incombenze d'affari o di servizio per terze persone, si aggiunga la responsabilità per lo meno colposa del datore di lavoro, mandante, persona rappresentata, padrone d'azienda, e, in relazione a persone giuridiche ed enti, del membro di organi o comunque effettivo gestore, dirigente, liquidatore di queste, il quale abbia omesso di impedire l'infrazione di cui sopra "intenzionalmente o per negligenza, in violazione di un obbligo giuridico" pur potendo e dovendo intervenire»⁹⁰.

La responsabilità delle imprese è prevista dall'art. 7 DPA, a norma del quale, se l'ammenda applicabile non supera i 5.000 franchi e se la determinazione delle persone punibili a norma dell'articolo 6 esige «provvedimenti d'inchiesta sproporzionati all'entità della pena», si può prescindere da un procedimento contro dette persone e, in loro vece, condannare al pagamento dell'ammenda l'impresa stessa. L'ammenda deve essere considerata come quella da infliggere in concreto⁹¹ e le condizioni per l'inflizione di essa (che essa non superi i 5.000 franchi e che la determinazione delle persone punibili secondo l'art. 6 DPA implichi provvedimenti d'inchiesta sproporzionati alla pena) devono essere realizzate cumulativamente⁹².

«La previsione dell'art. 7 DPA configura evidentemente una responsabilità oggettiva, non essendo richiesto, diversamente che per le persone fisiche, alcun tipo di colpevolezza dell'ente al fine dell'inflizione

⁸⁸ E.E. PICCATI, *op.loc.ult.cit., passim*.

⁸⁹ Legge federale del 22 marzo 1974 sul diritto penale amministrativo (DPA; RS 313.0).

⁹⁰ A.M. GARBARSKI e A. MACALUSO, *La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit pénal administratif*, AJP/PJA, 7/2008, 833 ss., ivi,837; E.E. PICCATI, *op.loc.ult.cit., passim*.

⁹¹ A.M. GARBARSKI e A. MACALUSO, *op.loc.ult. cit.*, p. 836.

⁹² In questo senso si è espressa la giurisprudenza, Trib. Pen. Fed., sent. Kassationshof in Strafsachen, 2007.

della sanzione. La scelta legislativa si giustifica considerando la modestia della sanzione e lo scopo dell'art. 7 DPA, appunto previsto al fine di evitare alle autorità preposte al perseguimento delle infrazioni un dispendio di risorse e di tempo eccessivo per la ricerca dell'autore di violazioni bagatellari»⁹³.

Una forma di responsabilità, quindi, definibile «a cascata» che col cpv. 3 dell'art 6 della legge federale si sovrappone con quella dell'art. 29 CP⁹⁴ che, altresì, «si intreccia con la disciplina della responsabilità dell'impresa di cui all'art. 102 CP, prevedendo in sostanza la cd. *Geschäftsherrenhaftung*, ovvero la formulazione in capo al superiore gerarchico dell'obbligo di vigilanza ed eventuale responsabilità per non aver preso tutte le misure e disposizioni necessarie ad impedire la commissione di un reato»⁹⁵.

Di fronte ad un'abbondanza normativa di tale portata, la realtà fattuale dimostra tuttavia un regime di quasi impunità delle imprese. «Appare evidente che in giurisprudenza mancano casi di applicazione delle disposizioni in questione e che, in genere, la responsabilità penale delle imprese non assume quella significatività e concretezza come in altri ordinamenti, quali ad esempio quello italiano, dove in seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001 si susseguono incessanti interventi colmativi del legislatore e si sviluppa altresì un'ininterrotta applicazione giurisprudenziale della normativa»⁹⁶.

Tale «disapplicazione» dell'art. 102 CP dipenderebbe proprio, paradossalmente, dalla «efficacia»⁹⁷ della disposizione, nel senso che la sola esistenza della stessa esplicherebbe quell'effetto preventivo-deterrente auspicato dal legislatore. Il quale, evidentemente persegue una finalità preventiva nella misura in cui impone al soggetto collettivo un onere di corretta e consapevole organizzazione ispirata al moderno concetto di «etica di impresa»; l'approccio resta però conservatore⁹⁸.

Tale tipologia di approccio ha sinora prodotto soluzioni legislative minimaliste. «Sul piano degli obblighi internazionali, la Svizzera ratifica le convenzioni internazionali sulla corruzione, ponendo però sistematicamente tutta una serie di riserve che ne limitano la portata: significativo, in tempi recenti, è il caso del traffico di influenze illecite, che il nostro Paese si ostina

⁹³ E.E. PICCATI, *op.loc.ult. cit.*

⁹⁴ In tal senso, A. ASTROLOGO – F. DE ROSSA GISIMUNDO, *op.ult.cit.*, p. 443.

⁹⁵ A. ASTROLOGO – F. DE ROSSA GISIMUNDO, *op.ult.cit.*, p. 444.

⁹⁶ A. ASTROLOGO – F. DE ROSSA GISIMUNDO, *op.ult.cit.*, p. 445. In tal senso e per approfondimenti: M. LEVIS - A. PERINI., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna, 2014, *passim*; G. CANZIO - L. D. CERQUA - L. LUPARIA (a cura di), in *Diritto Penale delle società*, I, Padova 2014, 861 e ss..

⁹⁷ L'«effettività» definisce il tasso di applicazione reale di un atto statale; l'«efficacia» consiste nella convergenza del risultato ottenuto con quello voluto dal legislatore e l'«efficienza» valuta il rapporto tra i mezzi impiegati e i risultati ottenuti nel contesto economico globale», queste le accezioni riferibili ai suddetti concetti nel lavoro citato. Così, A. ASTROLOGO – F. DE ROSSA GISIMUNDO, *op. ult. cit.*, in nota 18; v. anche al riguardo M. BORGHI - F. DE ROSSA GISIMUNDO, *Compendio di diritto dell'economia*, Lugano – Basilea, 2007, p. 136 e ss.

⁹⁸ M. BORGHI – F. DE ROSSA GISIMUNDO, *Convegno internazionale sulla lotta alla corruzione. Risultanze e interesse per il Cantone*, in *Rivista di Diritto Ticinese*, I, Lugano - Basilea, 2014, p. 464.

a non voler incriminare, mentre studi scientifici hanno dimostrato che esso costituisce in Svizzera uno dei fenomeni più diffusi e più tipici di corruzione, prodotto da un sistema collusivo e associativo di clientele interdipendenti che sovente sfocia in vincoli di connivenze occulte, in particolare tra potere politico e potere economico»⁹⁹.

La Svizzera ha infatti posto una riserva all'applicazione dell'art. 12 della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa (RS 0.311.55), adducendo che «non esiste alcuna necessità di intervenire con forme di repressione di natura penale in simili legami che rappresentano anzitutto un “fenomeno di società” e che le forme più gravi del traffico d'influenza sono comunque già punibili»¹⁰⁰. In conseguenza di tale posizione il GRECO ha criticato la posizione svizzera al riguardo¹⁰¹, avviando anche una procedura di non conformità avendo ritenuto insufficienti alcune misure adottate dalle autorità svizzere in tema di trasparenza per finanziamenti ai partiti; critica in seguito alla quale, come si dirà a breve, è cambiata la strategia del Paese.

La cooperazione internazionale si muove su alcuni principi dell'ordinamento elvetico molto chiaramente espressi dalla giurisprudenza. A titolo di esempio in alcune pronunce in tema di doppia imposizione fiscale (Italia-Svizzera), il Tribunale Federale partendo dalla «sussistenza di un sospetto di comportamento contrario al diritto fiscale» ha sancito che «l'autorità richiedente deve presentare i fatti che indicano un possibile comportamento illecito da parte delle persone appartenenti al gruppo o alla lista [presentata dalla Stato richiedente]»¹⁰² e che per «[4.4.1] *il principio della buona fede* (cfr. art. 26 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati [RS 0.111; di seguito: CV]) trova applicazione, quale principio d'interpretazione e d'esecuzione dei trattati, nell'ambito dello scambio d'informazioni ai sensi delle Convenzioni di doppia imposizione (cfr. DTF 146 II 150 consid. 7.1; 143 II 224 consid. 6.3; 143 II 202 consid. 8.3; [tra le tante] sentenze del TAF A- 506/2018 del 15 novembre 2019 consid. 3.1.4 con rinvii; A-2325/2017 del 14 novembre 2018 consid. 4.3.4 con rinvii), come la CDI CH-IT. La buona fede di uno Stato è presunta nelle relazioni internazionali (*principio dell'affidamento*). Nel contesto dell'assistenza amministrativa in materia fiscale, detta presunzione implica che lo Stato richiesto non può, di principio, mettere in dubbio le allegazioni dello Stato richiedente, a meno che sussistano dei seri dubbi. (...) In tale contesto, non si può esigere dallo Stato richiedente che, oltre a dover menzionare nella domanda la fattispecie rilevante, l'esposizione fornita sia priva di lacune o totalmente priva di contraddizioni.

⁹⁹ M. BORGHI – F. DE ROSSA GISIMUNDO, *op.ult.cit.*, p. 465.

¹⁰⁰ V. Rapporto e avamprogetto relativo all'adesione alla Convenzione penale del Consiglio d'Europa sulla corruzione e al relativo Protocollo aggiuntivo e modifica del Codice penale e della Legge federale contro la concorrenza sleale, 2003, pag. 32 e ss. e M. BORGHI – F. DE ROSSA GISIMUNDO, *op.ult.cit.*, nota 22, p. 465.

¹⁰¹ GRECO, *Rapporto di conformità sulla Svizzera del 18 ottobre 2013. «Incriminationi» e «Trasparenza del finanziamento dei partiti politici»*, pag. 5; il documento è reperibile all'indirizzo internet:

<https://www.bj.admin.ch/bj/it/home/themen/kriminalitaet/korruptiongreco.html>

¹⁰² Sent. Trib Federale (*Bundesverwaltungsgericht*) A-1730/2021 del 07.03.2022, www.swisslex.ch.

Ciò non sarebbe infatti compatibile con lo scopo dell'assistenza amministrativa, poiché proprio con le informazioni ed i documenti richiesti allo Stato richiesto, lo Stato richiedente cerca di chiarire i punti rimasti all'oscuro (cfr. DTF 142 II 161 consid. 2.1.1; 139 II 404 consid. 7.2.2; [tra le tante] sentenze del TAF A-1730/2021 del 7 marzo 2022 consid. 4.4.1; A-1296/2020 del 21 dicembre 2020 consid. 4.2.3.1 con rinvii). [4.4.2] (...) salvo nel caso in cui la presa in considerazione di un fatto notorio lasci trasparire immediatamente che le indicazioni fornite dall'autorità richiedente nella propria domanda di assistenza amministrativa sono manifestamente erranee o che lo Stato richiesto sospetta l'esistenza di una situazione descritta all'art. 7 LAAF, rispettivamente nel caso in cui vi sia un palese abuso di diritto o emergano domande legittime circa la tutela dell'ordine pubblico svizzero o internazionale»¹⁰³.

Anche per questo, nonostante quanto visto precedentemente in tema di minima attività al riguardo, la Svizzera resta un paese con bassi livelli di corruzione e ottima reputazione a livello globale che, allo scopo di mantenere tali caratteristiche, sta anche cambiando impostazione rispetto alle Convenzioni internazionali cui partecipa e agli strumenti interni di lotta e prevenzione.

Non a caso il Consiglio Federale ha recentemente elaborato, ed è la prima volta, una «strategia contro la corruzione»¹⁰⁴ articolata in undici obiettivi con indicazione delle situazioni iniziali e delle misure adottabili dalle imprese rispetto alle stesse, allo scopo di fornire linee guida di concreta applicazione.

Si può quindi ritenere che anche le posizioni inizialmente diverse, stiano convergendo verso quel sistema internazionale precedentemente descritto, pur non mancando salde posizioni giurisprudenziali ferme, in tema di cooperazione ed assistenza agli Stati esteri, fondate, però, sulle peculiarità dell'ordinamento elvetico¹⁰⁵. Resta da comprendere che tipo di incidenza sulle imprese possano avere tali strumenti normativo-regolatori.

¹⁰³ Sent. Trib Federale (*Bundesverwaltungsgericht*) A-1732/2021 del 22.03.2022, www.swisslex.ch.

¹⁰⁴ *Strategia del Consiglio Federale contro la corruzione 2021–2024*, reperibile sul sito della Confederazione Svizzera: https://www.eda.admin.ch/eda/it/dfae/dfae/publikationen.html/content/publikationen/it/eda/schweizer-aussenpolitik/Strategie_BR_gegen_Korruption_2021-2024.

¹⁰⁵ Ebbene il Tribunale Federale Svizzero respingendo il ricorso presentato per la richiesta dei documenti relativi ai fatti citati, fa una serie di interessanti considerazioni sul tema della cooperazione in ragione della proporzionalità della richiesta. Alla base della pronuncia il fatto che «nello specifico, al termine delle attività ispettive, è stata constatata l'esistenza in Italia di una stabile organizzazione occulta di B._____». Il procedimento amministrativo tributario si è concluso mediante il versamento all'Erario italiano di una somma pari a circa 101 milioni di euro. (...) Parallelamente alle attività di verifica fiscale, lo stesso Reparto del Corpo ha, altresì, effettuato indagini di polizia giudiziaria delegate dalla Procura della Repubblica di Milano, nell'ambito di un procedimento penale acceso per l'ipotesi di riciclaggio quale presupposto per la responsabilità amministrativa delle società ed enti ex D.Lgs. n. 234 del 2001 che disciplina la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche. Le investigazioni hanno consentito di accertare in capo a B._____ (principale società del Gruppo) responsabilità specifiche per aver omesso di adottare ed efficacemente attuare modelli di organizzazione e gestione idonei ad evitare la commissione del reato di

riciclaggio di fondi di provenienza delittuoso (ex artt. 5, comma 1, lett. a) e b), 6, 7, 8, 21 e 25 octies del D.Lgs. n. 231 del 2001). Il procedimento penale, previa richiesta di patteggiamento, si è concluso con una sentenza di condanna ex D.lgs. n. 231 del 2001 in relazione al reato presupposto di riciclaggio, a seguito della quale B._____. Ha versato la somma complessiva di 8,5 milioni di euro». Da qui, con un collegamento col sistema bancario svizzero, è derivata una richiesta di assistenza sulla quale il Tribunale Federale asserisce che «[4.1.1] L’assistenza amministrativa con l’Italia è retta dall’art. 27 CDI CH-IT. Tale disposizione, insieme a quelle del Protocollo aggiuntivo, si fonda, sul piano formale e materiale, sul Modello di convenzione dell’Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE; di seguito: MC OCSE) e sulla politica svizzera in materia di convenzioni in questo ambito (cfr. Messaggio del 12 agosto 2015 concernente l’approvazione di un Protocollo che modifica la Convenzione tra la Svizzera e l’Italia per evitare le doppie imposizioni, FF 2015 5631, 5635 e 5637 [di seguito: Messaggio CDI CH-IT]). Per analogia alla giurisprudenza del Tribunale federale resa in merito alla Convenzione del 26 febbraio 2010 tra la Confederazione Svizzera e il Regno dei Paesi Bassi per evitare la doppia imposizione in materia di imposte sul reddito (RS 0.672.963.61; di seguito: CDI CH-NL; cfr. DTF 143 II 136 consid. 5.3.2 [concernente la CDI CH-NL]), anche la CDI CH-IT e il Protocollo aggiuntivo che ne fa parte integrante devono essere qui considerati come un’unità interpretativa. Da ciò deriva che sia la CDI CH-IT che il Protocollo aggiuntivo sono qui vincolanti ex art. 190 Cost. Nella loro versione in vigore dal 13 luglio 2016, modificata dagli artt. I e II del Protocollo di modifica del 23 febbraio 2015, l’art. 27 CDI CH-IT e le disposizioni del Protocollo aggiuntivo trovano applicazione per quelle domande di informazioni presentate al 13 luglio 2016 o dopo tale data, che si riferiscono a fatti e, o, circostanze esistenti o realizzate il 23 febbraio 2015 o dopo questa data (cfr. art. III par. 2 del Protocollo di modifica del 23 febbraio 2015; RU 2016 2769, 2771; Messaggio CDI CH-IT, FF 2015 5631, 5637; sentenza del TAF A-1296/2020 del 21 dicembre 2020 consid. 3.3.1). Tale è segnatamente il caso della domanda di assistenza amministrativa in oggetto. (...) Il Protocollo aggiuntivo precisa inoltre che queste esigenze (lett. i-v) non devono essere interpretate in modo da ostacolare uno scambio effettivo di informazioni (cfr. lett. ebis n. 3 del Protocollo aggiuntivo (...)) la giurisprudenza del Tribunale federale considera che detta lista è concepita in modo tale che se lo Stato richiedente vi si conforma scrupolosamente, lo stesso è di principio reputato fornire le informazioni sufficienti a dimostrare la “rilevanza verosimile” della sua domanda. (...) [4.3.1] Il riferimento a informazioni “verosimilmente rilevanti” ha lo scopo di garantire uno scambio di informazioni in ambito fiscale il più ampio possibile, senza tuttavia consentire agli Stati contraenti di intraprendere una ricerca generalizzata e indiscriminata di informazioni (*fishing expedition*) o di domandare informazioni la cui rilevanza in merito agli affari fiscali di un determinato contribuente non è verosimile (cfr. lett. ebis n. 3 del Protocollo aggiuntivo; art. 7 lett. a LAAF; DTF 146 II 150 consid. 6.1.2; 144 II 206 consid. 4.2; 143 II 136 consid. 6; sentenza del TF 2C_1162/2016 del 4 ottobre 2017 consid. 9.1; [tra le tante] sentenza del TAF A-5893/2017 dell’8 ottobre 2019 consid. 2.4 con rinvii). Il divieto delle *fishing expeditions* corrisponde al principio della proporzionalità (cfr. art. 5 cpv. 2 Cost.), al quale deve conformarsi ogni domanda di assistenza amministrativa», Sent. Trib Federale (*Bundesverwaltungsgericht*) A-1730/2021 del 07.03.2022, www.swisslex.ch.

Capitolo II

Implicazioni dell'adozione dei modelli organizzativi di prevenzione.

Sommario: 6. Incidenza sulla governance. 6.1. Diligenza. – 6.2. Responsabilità degli amministratori. – 7. Incidenza sulla libertà contrattuale. – 8. Funzione economico sociale dei modelli di prevenzione alla luce dei principi di meritevolezza, (8.1) proporzionalità e ragionevolezza. – 9. Possibile futuro dei modelli organizzativi di prevenzione. Cenni.

6. «L'art. 2555 c.c. fornisce la nozione di azienda definendola come «il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa»; e così è anche per lo stesso imprenditore, che l'art. 2082 c.c. qualifica come colui che «esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi». Una definizione diretta di impresa non c'è, benché all'impresa il codice faccia ripetutamente riferimento. Non è difficile però desumerla indirettamente da quella di imprenditore che si è appena riportata»¹⁰⁶. L'impresa è l'attività economica organizzata esercitata professionalmente per le finalità di produzione o scambio di beni o servizi. Da ciò è derivata l'individuazione tra i connotati caratteristici dell'impresa, accanto allo scopo economico cui l'attività è diretta ed alla professionalità di chi la esercita, dell'organizzazione dei mezzi mediante i quali quell'attività si svolge. Elemento, questo, su cui soprattutto si fonda la differenza ancora ben radicata nell'ordinamento nazionale tra attività d'impresa e prestazione d'opera professionale¹⁰⁷.

Autorevole dottrina riteneva che all'origine della codificazione, l'impresa costituisse un «*rechtsleerer Raum*», uno spazio vuoto di diritto¹⁰⁸, quello che certamente appariva presente era il riferimento all'elemento organizzativo senza, però, un intervento diretto del legislatore in merito al modo in cui l'imprenditore dovesse organizzare le risorse, i mezzi ed i beni a sua disposizione.

Negli ultimi trenta anni, il cambiamento è stato radicale e si sono moltiplicati gli interventi legislativi focalizzati proprio sull'organizzazione dell'impresa: dalla normativa bancaria a quella del testo unico della finanza, dalla previsione dei modelli organizzativi e gestionali volti a prevenire la

¹⁰⁶ G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Studi giuridici*, I, Padova, 1992, p. 242.

¹⁰⁷ R. RODORF, relazione svolta il 22 settembre 2021 in occasione dell'incontro di studi organizzato in Napoli dalla Scuola superiore della Magistratura, *Gli assetti organizzativi dell'impresa ed i doveri degli amministratori di società delineati dal novellato art. 2086, comma 2, c.c.*, in *Le Società*, Milano, 2021, 12, p. 1325.

¹⁰⁸ Al riguardo, F. GALGANO, *Le teorie dell'impresa*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, III, *L'impresa*, Padova 1979, p. 4 e ss. V. anche R. RODORF, *op.ult.cit.*, p. 1325 e ss.

consumazione di reati, previsti dal d.lgs. n. 231 del 2001, al Testo Unico delle società pubbliche, ai già citati modelli di prevenzione su anticorruzione e trasparenza, a quelli dell'antiriciclaggio ai sensi del d.lgs. 231/2007 e così via¹⁰⁹.

Per quanto sopra, le attività di gestione di impresa degli ultimi anni hanno visto sorgere una nuova applicazione, anche in relazione alla responsabilità sociale di impresa, delle norme sulla responsabilità degli amministratori di società, e cioè quella derivante da una mancata diligente amministrazione, laddove gli stessi non adottino adeguati assetti o non assumano idonee iniziative¹¹⁰.

Recentemente, con l'emanazione del codice di composizione della crisi di impresa, è stato rafforzato il dovere di attivarsi senza indugio per utilizzare gli strumenti che l'ordinamento pone a disposizione per superare la crisi e per il recupero della continuità aziendale.

Dovere, enunciato dal comma 2 dell'art. 2086 c.c., di reagire tempestivamente al primo apparire dei sintomi della crisi e legato da un evidente nesso sistematico con il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ed in particolare con i principi generali espressi nell'art. 3 CCII, ove infatti, come già sottolineato, si richiama espressamente il citato art. 2086 c.c. ed inoltre si parla del dovere della «assunzione di idonee iniziative» per far fronte alla crisi incipiente¹¹¹.

Si tratta di un dovere di ordine generale, riguardante qualsivoglia impresa, che anche nelle amministrazioni pluripersonali non può non investire l'organo amministrativo nel suo complesso, giacché involge la sopravvivenza stessa della società. Se vi sono amministratori delegati, essi dovranno quindi immediatamente investire della questione il consiglio di

¹⁰⁹ Per i cenni ai modelli su anticorruzione e trasparenza, si veda il capitolo precedente ed anche P. PUPO, *L'omessa adozione del piano triennale di prevenzione della corruzione*, Napoli, 2022, p.11 e ss. Non meno importanti le previsioni del codice antimafia, d. lgs. n. 159/2011 e s.m.i., sul quale si veda G. SPANGHER – A. MARANDOLA, *Comm. breve al Codice antimafia ed alle altre procedure di prevenzione*, Milano, 2019. Sugli assetti organizzativi delle imprese d'investimento si veda M. DE MARI, *Diritto delle imprese e dei servizi d'investimento*, Milano, 2018, p. 44 e ss.; per le banche, A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1165 ss. Per i modelli di gestione e controllo ex d.lgs. 231/2001, si vedano: C. ZANICHELLI e L. MULAZZI, *Assetti organizzativi: profili di attinenza tra il modello 231 e il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Resp. amm. società e enti*, 2019, 177 ss; D. CASTRONUOVO – G. DE SIMONE – E. GINEVRA – A. LIONZO – D. NEGRI – G. VARRASO, *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, *passim*; G. LA BIANCA, *231 e abusi di mercato*, Pisa, 2019, p. 159 e ss.; F. SBISÀ, *Responsabilità amministrativa degli enti (d.lgs. 231/2001)*, Milano, 2017, p. 52 e ss. Per le società pubbliche si vedano: M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 5 ss.; e G. D'ATTORRE, *La governance delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2020, I, p. 262 e ss.

¹¹⁰ A. BUSANI, *Regole di corporate governance*, Milano, 2021, p. 28 e ss. V. anche R. FONTANA, *Appunti in tema di misure di allerta: struttura e finalità del sistema*, in C. Cracolici – A. Curletti – B.G. Tedeschi (a cura di), *Sovraindebitamento del consumatore e crisi d'impresa*, Milano, 2021, p. 352 e ss.

¹¹¹ Così, R. RODORF, *op.ult.cit.*, *passim*. V. sul tema anche A. DANOVÌ – G. ACCIARO, *Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, in *Crisi di impresa*, 2, Milano, 2019.

amministrazione e riferire del proprio operato ai componenti dell'organo collegiale, i quali sono a loro volta tenuti a rispettare l'obbligo di agire informati *ex art.* 2381, ultimo comma, c.c..

Il dovere di attivarsi per l'adozione di strumenti idonei a fronteggiare la crisi vincola anche gli amministratori di società non assoggettabili alle procedure di allerta ed abbraccia ogni possibile strumento offerto dall'ordinamento in vista di quello scopo¹¹². Non soltanto, dunque, i già collaudati istituti previsti dalla legge fallimentare¹¹³ e dalla normativa applicabile alle grandi imprese, o la negoziazione assistita di recente introdotta dal d. l. n. 118 del 2021, ma più in generale ogni iniziativa - anche atipica - che possa rivelarsi utile per il superamento della crisi e l'auspicato recupero della continuità aziendale¹¹⁴.

A ben guardare, d'altronde, il dovere degli amministratori di attivarsi nei modi più opportuni per fronteggiare sintomi di crisi che potrebbero preludere ad una vera e propria insolvenza è da sempre implicito nel loro più generale dovere di gestire diligentemente l'impresa e di fare quanto occorre per conseguire l'oggetto sociale¹¹⁵.

Non a caso «gli obblighi assunti dall'amministratore con l'accettazione della carica sono spesso trascurati al momento della nomina, salvo emergere in maniera dirompente nel caso insorgano fasi patologiche della gestione sociale. Essi, infatti, rappresentano non solo la garanzia per i soci che la società da essi partecipata sarà gestita correttamente, ma altresì costituiscono il limite posto alla libertà di gestione attribuita all'amministratore. Tra i vari obblighi dettati dal codice, ed integrati dalle eventuali ulteriori norme statutarie, quello della gestione con diligenza commisurata alla natura dell'incarico *ex art.* 2392 c.c., rappresenta sicuramente il paradigma dei doveri che l'amministratore deve adempiere nell'assumere le proprie scelte gestionali»¹¹⁶.

La codificazione esplicita del dovere degli amministratori di istituire adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili per qualsiasi tipo di società «fuga ogni dubbio sulla rilevanza giuridica di siffatta regola, che altrimenti potrebbe ritenersi confinata nell'ambito delle regole tecniche elaborate dalla scienza aziendalistica»¹¹⁷. Donde l'ineludibile conseguenza che l'eventuale violazione di questo dovere, come di qualsiasi altro obbligo previsto dalla legge o dallo statuto, espone gli amministratori al rischio di azioni di responsabilità promosse nei loro confronti sia da parte della società sia da parte dei creditori sociali (o, più frequentemente, da parte del curatore

¹¹² R. RANALLI, *Le misure di allerta*, Milano, 2019, *passim*; R. FONTANA, *op.ult.cit.* p. 353.

¹¹³ Sul tema, A. DANOVÌ – M. SALA, *Gestire la crisi di impresa. Processi e strumenti di risanamento*, A. Danovi - A. Quagli (a cura di), Milano, p. 255 e ss.

¹¹⁴ C. VIAZZI, *Codice della crisi dell'impresa e specializzazione del giudice concorsuale: un'occasione mancata*, https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/codice-della-crisi-dell-impresa-e-specializzazione-del-giudice-concorsuale-un-occasione-mancata_678.php

¹¹⁵ I. PAGNI - M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *www.Dirittodellacrisi*, 2021; R. RODORF, *op.ult.cit.*, p. 1328.

¹¹⁶ G. PENZO, *Gli obblighi assunti dagli amministratori di società di capitali*, in *Le Società*, 3, Milano 2020.

¹¹⁷ R. RODORF, *op.ult.cit.*, p. 1326.

in caso di fallimento della medesima società), sempre che ovviamente ne sia derivato un danno¹¹⁸.

6.1 Il citato dovere posto agli amministratori di adottare misure adeguate, pone la necessità di fare riferimento al concetto di «diligenza» che, secondo autorevole dottrina, andrebbe intesa quale «impiego doveroso dei mezzi idonei a evitare la verifica di un fatto legalmente disapprovato» o nell'«adeguato impiego delle energie e dei mezzi utili alla realizzazione di un determinato fine».¹¹⁹

Di conseguenza la «negligenza» viene ad essere «l'antitesi tra il comportamento tenuto e quelle regole sociali che prescrivono di svolgere certe azioni con date modalità»¹²⁰.

In tale prospettiva, la diligenza viene ad essere una clausola generale, oggettivamente intesa, per la cui determinazione contenutistica la norma rimanda a criteri e regole esterne, che spetterà all'interprete «concretizzare».

Uno di questi criteri normativi è fuor di dubbio l'adeguatezza, principio regolativo di delimitazione della responsabilità che, intuitivamente, consente di individuare le regole di diligenza la cui violazione dà luogo a colpa.

Ne deriva, in relazione alla delimitazione della responsabilità per le ipotesi colpose, l'emersione di un altro criterio da tener presente, ossia quello del «rischio consentito»¹²¹.

Tale assunto riconduce la condotta diligente a quella che, pur comportando dei pericoli per i beni giuridici non oltrepassi la misura del «consentito» di cui sopra¹²². Pertanto, onde poter operare tale valutazione va innanzitutto chiarito che, ovviamente, non vi può essere un totale disinteresse del criterio di imputazione soggettiva, in quanto l'agente potrebbe aver agito per incapacità o ignoranza da cui scaturisce la colpa appunto. Detto ciò, onde poter concretizzare il rischio o il pericolo, sopraccennati, cui parametrare poi la diligenza dell'agente è necessario fare riferimento ad una «figura modello» di riferimento¹²³.

«La “figura modello” rappresenta lo *standard* attraverso il quale viene riempita di contenuto la “regola di diligenza”, la cui violazione, nelle singole circostanze concrete, darà luogo a colpa»; ed ancora, «lo strumento concettuale [cui si fa riferimento (figura modello) non [è] un'unica figura indifferenziata, ma piuttosto come una serie di una “figure differenziate”

¹¹⁸ S. AMBROSINI, *Doveri degli amministratori e azioni di responsabilità alla luce del Codice della crisi e della "miniriforma" del 2021*, in [www. Diritto bancario](http://www.Diritto bancario), 2021.

¹¹⁹ C.M. BIANCA, *Negligenza (diritto privato)*, in *Noviss. Dig.*, XI, Torino, p. 191.

¹²⁰ G. D'AMICO, *Negligenza*, in *Digesto civile*, 1995, www.studiolegale.leggiditalia.it, consultato l'1.09.2022.

¹²¹ Sul tema della colpa oggettivamente o soggettivamente intesa, sui criteri di delimitazione si veda G. FORTI, *Colpa ed evento*, Milano, 1990, p. 368 e ss.. Per l'ambito puramente civilistico P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 19 e ss..

¹²² G. D'AMICO, *op.ult.cit.*, *passim*.

¹²³ G. FORTI, *op.ult.cit.*, pp. 239 e 454.

[quali] il “buon banchiere”, [il “buon amministratore”] il “buon automobilista”, il “buon costruttore”, ecc.»¹²⁴.

«Gli amministratori, dice la legge nella formulazione ante riforma dell’art. 2392 c.c., devono adempiere i propri obblighi con la diligenza del mandatario»¹²⁵. Il riferimento al mandato era effettuato allo scopo di cristallizzare il tipo di diligenza richiesto, indicando che il rapporto di amministrazione riproduce, sostanzialmente, il conferimento di incarico da parte di un soggetto per il perseguimento del suo interesse.

Tale tipologia di diligenza, individuata dall’art. 1710 cod. civ. primo comma, è quella del “buon padre di famiglia”, «ovvero quella diligenza che è normalmente richiesta, ex art. 1176 cod. civ., ad un qualsiasi debitore nell’adempimento della propria obbligazione. Trattasi di un criterio di commisurazione dell’adempimento che “riassume in sé quel complesso di cure e cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nel soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto e a tutte le circostanze di fatto che concorrono a determinarlo”»¹²⁶.

In ogni caso, non è concretamente sostenibile l’assoluta indifferenza verso considerazioni di natura soggettiva, basate sulle capacità e qualità personali dell’obbligato.

«Il parametro di riferimento, pertanto, andrà necessariamente costruito in relazione al caso concreto, avuto riguardo all’aspettativa del creditore (società o soci) ed al tipo speciale del singolo rapporto»¹²⁷.

Il comportamento dell’amministratore dovrà essere valutato, pertanto, con riferimento alla «diligenza che avrebbe usato un amministratore normalmente diligente che si fosse trovato in quella circostanza»¹²⁸.

Per di più, «il giudizio sarà diverso di caso in caso, perché i doveri degli amministratori variano, sotto questo aspetto, a seconda delle situazioni, a seconda anche dell’oggetto sociale e forse anche a seconda delle caratteristiche peculiari che ogni impresa presenta, e dovrà fondarsi su quella media diligenza che può attendersi da persone che accettano di far parte di un consiglio di amministrazione, tenendo conto della speciale

¹²⁴ G. FORTI, *op.ult.cit.*, p. 239 e G. D’AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *Iure Praesentia*, 1989, pp. 426-461.

¹²⁵ Anche la nuova formulazione – che fa riferimento all’adempimento dei doveri loro imposti dalla legge dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze – non elimina il richiamo alle previsioni dirette della vecchia disciplina. In tal senso, A. STIRPE, *Rassegna di giurisprudenza su “La diligenza come criterio di responsabilità dell’amministratore”* – sull’omonimo scritto allegato alla relazione di G. Visentini nel corso del convegno “*Principi civilistici nella riforma del Diritto Societario*”, c/o l’Università degli Studi di Genova (Imperia, 26-27 settembre 2003) – CERADI, Roma, 2004, p. 1.

¹²⁶ A. STIRPE, *op.ult.cit.*, p. 2 che richiama in note 4-5 la *Relazione al codice civile, n. 559* (con riferimento al criterio della diligenza, richiamato in via generale nell’art. 1176), nella quale «la diligenza è un criterio obiettivo e generale, non soggettivo ed individuale: sicchè non basterebbe al debitore, per esimersi da responsabilità, dimostrare di aver fatto quanto stava in lui per cercare di adempiere esattamente l’obbligazione. Ma, d’altra parte, è un criterio che va commisurato al tipo speciale del singolo rapporto».

¹²⁷ A. STIRPE, *op.ult.cit.*, p. 3.

¹²⁸ Così F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo - G.B. Portale, IV, Torino, 1994, p. 352.

struttura data alla singola società e al suo stesso consiglio in conformità della legge»¹²⁹.

Da ciò deriva che è innegabile l'esistenza di una graduazione dell'attività amministrativa, cui corrisponde una graduazione della diligenza dovuta dal singolo amministratore, perché inscindibile dalle qualità soggettive dello stesso e dalla tipologia di incarico assunta¹³⁰, cui scaturiranno le scelte gestorie.

6.2. In termini di responsabilità, il problema che si pone per gli amministratori ogni volta che effettuano una scelta gestionale, è sapere se hanno adeguatamente curato la ricerca e l'analisi di investimenti in grado di incrementare il valore dell'impresa e se hanno esercitato in modo appropriato il loro potere discrezionale¹³¹. Il problema, quindi, è trovare il modo di distinguere fra «cattive» scelte e scelte che hanno avuto un esito negativo, tenendo conto del principio per cui gli amministratori non rispondono per l'insuccesso della società, ma rispondono per non aver rispettato i loro obblighi fra cui, ovviamente, vi è quello di agire – e quindi decidere – con diligenza¹³².

Queste ultime, sono l'attuazione pratica della «visione» degli amministratori – che non dimentichiamo operano come degli imprenditori – dell'attività di impresa nel mercato e, come tali, rappresentano quindi la messa in campo di azioni che da un lato sono rese secondo il dovere di diligenza che fa capo agli amministratori, dall'altro lato sono accompagnate

¹²⁹ A. STIRPE, *op.ult.cit.*, p. 3. V. anche G. FRÈ – G. SBISÀ, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, F. Galgano (a cura di), Bologna – Roma, 1997, p. 838; A. DE GREGORIO, *Responsabilità degli amministratori*, in *Il codice di commercio commentato*, IV, Torino, 1938, p. 336.

¹³⁰ Così, A. DE GREGORIO, *op.ult.cit.*, p. 336.

¹³¹ «I momenti, o le fasi, identificati nella scelta operativa di un imprenditore sono due: la cd. fase cognitiva - attraverso l'assunzione di informazioni sufficienti e la corretta elaborazione delle medesime – preposta all'accrescimento del valore dell'impresa; quella cd. discrezionale, volta a valutare l'adeguatezza di tale discrezione, rispetto all'aver effettuato gli investimenti più opportuni per l'impresa in rapporto alle condizioni della medesima». In tal senso, C. SOTTORIVA, *o.u.c.*, p. 12. Non a caso «(...) nella gestione di un'impresa esiste un legame imprescindibile tra (...) gli “obiettivi” che l'organizzazione si prefigge di raggiungere, i “rischi” [ossia quegli] eventi che possono incidere negativamente sul perseguimento degli obiettivi imprenditoriali e sulla sostenibilità di medio lungo termine dell'impresa (...) ed i “controlli”, ovvero le protezioni da mettere in atto per prevenire/mitigare/contenere gli effetti negativi generati dal concretizzarsi di eventi rischiosi», così A. BUSANI, *Regole di corporate governance*, Milano, 2021, in premessa.

¹³² C. SOTTORIVA, *o.u.c.*, p. 13 ed in nota n.8 v. F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, p. 65 ss.. V. anche R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, p. 168, che afferma che «gli amministratori non si obbligano ad ottenere un risultato economico positivo, ma ad esplicitare una condotta conforme a certi requisiti di impegno e di abilità professionale per conseguire lo scopo voluto (dirigere e promuovere l'attività economica nel modo più idoneo a realizzare l'interesse sociale)».

dalla cd. *business judgment rule*¹³³, ossia l'insindacabilità delle scelte gestionali degli stessi amministratori¹³⁴.

Il che evidenzia la necessità di distinguere concettualmente la nozione di organizzazione dell'impresa, che essenzialmente attiene alla sua nervatura interna, alla definizione dei ruoli ed al modo in cui si rapportano ed informano reciprocamente coloro che vi operano, nonché alle modalità con le quali le relative attività vengono registrate e contabilizzate, dalla vera e propria gestione, che invece si riferisce alle attività attraverso cui l'impresa opera sul mercato per realizzare le proprie finalità, quali enunciate nell'oggetto sociale¹³⁵.

Certo è che anche quando si tratti di ravvisare una qualche responsabilità degli amministratori di società per non essersi fatti carico dell'adeguatezza organizzativa dell'impresa, occorre tener conto dell'inevitabile margine di discrezionalità che neppure in questo campo può essere negato.

«La scienza aziendalistica è certamente in grado di fornire utili parametri di valutazione in proposito, che possono agevolare la verifica della correttezza dell'operato degli amministratori, come pure possono agevolarla i modelli elaborati da associazioni d'impresе, ma resta il fatto che l'organizzazione è sempre un ambito peculiare e specifico per ogni singola realtà imprenditoriale e che, sia pure nel quadro di principi generali noti e condivisi, vi sono comunque diversi possibili modi per organizzare adeguatamente un'impresa»¹³⁶.

La nozione di adeguatezza, d'altro canto, è per sua stessa natura relativa, ed infatti il legislatore esplicitamente la riferisce «alle dimensioni ed alla natura dell'impresa», di talché qualsiasi valutazione voglia farsi in proposito - ed è superfluo aggiungere che deve trattarsi sempre di valutazioni da farsi *ex ante* - è essenziale attenersi ad un criterio di proporzionalità e ragionevolezza¹³⁷.

¹³³ «La *business judgment rule* assolve la funzione di circoscrivere il rischio per gli amministratori di società di essere giudicati responsabili per aver assunto decisioni imprenditoriali che si rivelino errate e comporta l'in-sindacabilità giudiziale del merito di quel tipo di scelte», L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Rivista delle società*, 2-3, 209, Milano, p. 413 e ss. Ed ancora: C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 675 e 688 ss.; D. SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, p. 208; R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, p. 225 e ss.

¹³⁴ C. SOTTORIVA, *La responsabilità degli amministratori e degli organi societari*, Milano 2017, p. 11. V. anche G. PERUZZO, *La Business Judgment Rule: spunti per un confronto tra l'esperienza statunitense e l'esperienza italiana*, www.orizzontideldirittocommerciale.it. In tal senso anche C. DIONISIO, *Business judgment rule tra vecchio e nuovo diritto*, in *Giur. It.*, 2014, 10, p.2208. Contra, per alcuni la *business judgment rule* potrebbe riguardare solo le responsabilità propriamente gestorie e non anche quelle organizzative; sul tema si vedano: A. BARTANENA, *Aspetti organizzativi e business judgment rule*, in *Società*, 2020, 1346 ss.; V. DI CATALDO e D. ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, in *Giur. comm.*, 2021, I, p. 69 e ss.; e di L. BENEDETTI, *op.ult.cit.*, p. 413 e ss. .

¹³⁵ R. RODORF, *op.ult.cit.*, p. 1327.

¹³⁶ R. RODORF, *op.ult.cit.*, p. 1328.

¹³⁷ In tal senso, R. RODORF, *op.ult.cit.*, p. 1328.

Il proliferare dei riferimenti ai profili organizzativi dell'impresa ha contribuito a fare assumere anche a tali profili una precisa valenza giuridica, vista la precedentemente citata nozione di «adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili», cui consegue il dovere di prendersi cura dell'adeguatezza degli assetti in prima battuta sugli organi delegati (se istituiti), fermi ovviamente restando sia il dovere degli altri amministratori di valutare come ciò avvenga sia, quello degli organi di controllo (se sussistenti) di vigilare.

In ogni caso, trattandosi di obblighi degli amministratori non appare congruo immaginare un'assenza totale di controllo sul loro operato. Da questo punto di vista, è possibile andare a leggere le nuove formulazioni: *a.* del criterio di diligenza di cui all'art. 2392 c.c., che ha enfatizzato il rapporto fra la natura dell'incarico e le specifiche competenze dell'amministratore; *b.* l'esplicitazione della centralità per gli amministratori del dovere di agire in modo informato *ex art.* 2381, comma 6, c.c.; *c.* l'ampliamento delle modalità con cui è possibile promuovere un'azione sociale di responsabilità come disposto dall'art. 2393-bis, c.c., favorendo così, almeno sulla carta, il controllo nei confronti degli amministratori¹³⁸.

Quanto sopra rappresentato determina, indubbiamente, un controllo più esteso nei confronti dell'operato dell'organo di governo, con la conseguenza di veder aumentata la possibilità di condanna per *mala gestio* e ridotta la propensione al rischio degli amministratori, i quali, anche in presenza di un adeguato studio delle prospettive di investimento, preferiranno assumere scelte tendenzialmente conservative per evitare future contestazioni.

Problema gestionale di non poco conto, quindi, per il quale una possibile soluzione è offerta dalla disciplina degli assetti organizzativi *ex art.* 2381, c.c.. La necessità che le società verifichino quale sia la struttura più adatta per le dimensioni e la natura della loro impresa per garantire i flussi informativi all'interno del consiglio di amministrazione e fra questo e gli altri organi sociali è ormai stata assorbita dal nostro ordinamento. Questa previsione normativa, infatti, si colloca in un contesto culturale – sia giuridico sia più strettamente economico-aziendale – particolarmente attento e sensibile alla necessità di rispettare le *best practices* al fine di ridurre situazioni di *mala gestio*¹³⁹.

Dopo un primo periodo nel quale la giurisprudenza propendeva per l'assenza di dubbi in merito alle ipotesi riferibili alla *mala gestio* degli amministratori, lo sviluppo giurisprudenziale successivo, relativo ai casi giudicati, ha puntualizzato alcuni aspetti in merito alla fattispecie dell'insindacabilità. Da un decennio, ormai, la giurisprudenza di

¹³⁸ C. SOTTORIVA, *op.ult.cit.*, p. 13. Sul tema anche A. BUSANI, *op.ult.cit.*, Milano, 2021, p.30; per approfondimenti anche sulla distinzione tra amministratori con delega e non operativi si veda S. SERAFINI, *Responsabilità degli amministratori non operativi: dal dovere di vigilanza al dovere di informarsi solo in presenza di segnali di allarme*, in *Società*, 2017, p. 218.

¹³⁹ C. SOTTORIVA, *op.ult.cit.*, p. 14.

legittimità¹⁴⁰ e quella di merito¹⁴¹ hanno stabilito che il controllo non può riguardare le scelte di gestione, le modalità e le circostanze di tali scelte, ma riguarda soltanto l'omissione delle cautele, delle verifiche ed informazioni preventive necessarie per le scelte che è chiamato ad operare»¹⁴².

In tal senso, la Suprema Corte¹⁴³, ha stabilito che l'insindacabilità nel merito delle scelte gestionali compiute dall'organo amministrativo di una società di capitali trova un limite rappresentato dalla valutazione sulla ragionevolezza delle stesse. Tale valutazione, nello specifico, dovrebbe

¹⁴⁰ Sent. Cass. 12 febbraio 2013 n. 3409 nella quale si statuisce che «all'amministratore di una società non può essere imputato, a titolo di responsabilità, di aver compiuto scelte inopportune sotto il profilo economico, atteso che tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e che, al limite, può rilevare come giusta causa di revoca, ma non di responsabilità civile. Il giudizio sulla diligenza dell'amministratore, nello svolgimento delle mansioni al medesimo affidato, non può investire scelte di gestione o modalità di attuazione di tali scelte, anche se presentano profili di rilevante alea economica, ma solo la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere quali, ad esempio, l'eventuale omissione di quelle cautele, verifiche ed informazioni normalmente richieste per scelte di quel tipo, operate in quelle circostanze e con quelle modalità»; disponibile su <https://www.rivistadirittosocietario.com/amministratori-societa-privi-deleghe-obbligo-agire-informati>, visitato il 23.08.2022.

¹⁴¹ Sent. Trib. di Roma del 28 settembre 2015 n. 19198 «la c.d. *business judgment rule*, elaborata dalla dottrina statunitense al fine di limitare il sindacato dell'autorità giudiziaria nell'ambito delle azioni di responsabilità contro gli amministratori di società di capitali, impedisce al giudice di sindacare nel merito le scelte di gestione degli amministratori, i quali non hanno l'obbligo di amministrare la società con successo. Ciò che forma oggetto del sindacato del giudice, infatti, riguarda esclusivamente le modalità di esercizio del potere discrezionale che deve riconoscersi in capo agli amministratori e, cioè, il rispetto degli obblighi generali e specifici dell'ordinamento. Tale principio, tuttavia, non può ritenersi assoluto, ma al contrario è soggetto a due limiti: a) il primo è il c.d. sindacato sul modo in cui la scelta gestionale è stata compiuta, la quale è sottoposta a sindacato di merito solamente se compiuta illegittimamente, e quindi senza adottare la diligenza dovuta nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, esponendo l'impresa a perdite altrimenti prevenibili; b) il secondo è il c.d. sindacato sulle ragioni per cui la scelta compiuta è stata preferita ad altre. Affinché l'amministratore di una società vada esente da responsabilità non basta che lo stesso abbia assunto tutte le informazioni necessarie e abbia eseguito tutte le verifiche del caso, essendo necessario che le informazioni e le verifiche così assunte abbiano indotto l'amministratore ad una scelta razionale», <https://www.dirittobancario.it/art/la-responsabilita-degli-amministratori-di-societa-di-capitali-e-la-cd-busines/>, visitato il 25.08.2022.

¹⁴² C. SOTTORIVA, *o.u.c.*, Milano 2017, p. 15. «All'amministratore di una società non può essere imputato, a titolo di responsabilità, 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 sua revoca, ma 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, anche se presentano profili di rilevante alea economica, ma solo la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, e quindi, l'eventuale omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità», così Corte Cass. Sent. N. 25056 del 9/11/2020, <https://www.e-lex.it/it/la-business-judgment-rule-nella-recente-sentenza-della-corte-di-cassazione/>, visitato il 28.08.2022.

¹⁴³ Sent. Cass. Civ., I sez., del 22 giugno 2017 n. 15470, <http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/17562>, visitato il 24.08.2022.

essere compiuta dal giudice secondo i parametri di diligenza del mandatario, da porre nell'ottica del disposto dell'art. 2392 c.c., tenendo altresì conto della mancata adozione, da parte dell'organo amministrativo, di quelle cautele, informazioni e verifiche che normalmente si considerano richieste prima di adottare una scelta gestoria della natura di quella poi concretamente adottata.

Tra queste ultime, rientrano sicuramente le politiche di responsabilità sociale di impresa, una volta che questa fosse sanzionata per aver agito non in conformità con le regole liberamente adottate secondo i modelli organizzativi.

7. A tal punto, vista l'incidenza diretta sulla governance, viene da chiedersi se la scelta relativa all'adozione di un modello di responsabilità sociale di impresa sia poi, nei fatti, libera.

Per le società pubbliche, la disciplina *ex d. lg. 175/2016* prevede espressamente l'obbligo di valutare – in relazione alla dimensione ed alla complessità della struttura ed attività di impresa – l'adozione degli strumenti di autoregolamentazione adeguati alla situazione con l'obiettivo di «regolare» la correttezza dell'attività imprenditoriale.

Locuzione di non immediata comprensione. In tema di disciplina *ex d. lg. 231/01*, ad esempio, mentre «i soggetti privati sicuramente vi sono sottoposti – per quanto non sia ancora previsto formalmente un obbligo all'adozione dei modelli ivi previsti – e gli enti pubblici territoriali e non economici risultano esplicitamente esclusi dal perimetro applicativo della norma in base all'art. 1), esistono delle figure ibride che coniugano, nello stesso tempo, tratti privatistici e pubblicistici, come le società partecipate (controllate o “meramente partecipate” secondo le definizioni dell'art. 2 del d. lg. 175/2016) da soggetti pubblici e/o costituite per la gestione di servizi pubblici, o anche le fondazioni e le associazioni che svolgono funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore della P.A. o di gestione dei servizi pubblici»¹⁴⁴.

Inoltre, gli interventi¹⁴⁵ del Legislatore degli ultimi anni sono stati tutti orientati al rafforzamento dei controlli allo scopo di migliorare la trasparenza di tutti questi enti, con l'ovvia conseguenza che la gestione e le attività di prevenzione da porre in essere per le società a partecipazione

¹⁴⁴ Linee guida CNDCEC, *Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, 2018, p. 25.

¹⁴⁵ Legge 6 novembre 2012, n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione* (Legge Anticorruzione); Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, anche «Codice dei Contratti Pubblici».

pubblica sono disciplinate da un vasto insieme di norme e sottoposte al controllo di diversi soggetti¹⁴⁶.

Peculiari, ed in un certo senso diverse, sono le società *in house*, che non vanno confuse con quelle genericamente a partecipazione pubblica. Per quest'ultime l'unica particolarità di rilievo è rappresentata dalla circostanza che parte del capitale sociale fa capo ad enti pubblici, mentre nelle società l'intero capitale (salvo alcune deroghe) appartiene ad enti pubblici. Tipologia societaria fortemente condizionata dalle particolari caratteristiche di tali persone giuridiche, che sono sì soggetti di diritto privato, ma al contempo si differenziano per più aspetti dalle società in cui non compare un socio pubblico o in cui questi non detiene la totalità del capitale sociale¹⁴⁷.

A tali imprese, nessun particolare trattamento giuridico è riservato dall'ordinamento tanto in tema di crisi economica e patrimoniale – non rilevando la presenza nella compagine sociale di un soggetto di natura pubblica, come il particolare legame corrente fra questo socio e la persona giuridica, e per la natura delle attività prestate dalle società *in house* le quali di regola garantiscono alla collettività di un determinato territorio prestazioni e servizi di interesse o rilievo pubblico di particolare importanza (si pensi al trasporto in città o a servizi mensi o alla gestione dell'acqua pubblica ecc.) – quanto in tema di responsabilità (anche penali) degli amministratori. In proposito, infatti, la giurisprudenza è ormai costante nel sostenere che tali persone giuridiche possono essere senz'altro soggette alle diverse procedure di esecuzione concorsuale, giacché la natura pubblica di uno dei soci è irrilevante rispetto alla ragione sociale della società, la quale essendo di regola una società per azioni si vede destinataria della relativa disciplina dettata dal codice civile¹⁴⁸: «la relazione inter-organica sussistente tra l'ente pubblico e la società *in house providing* non incide sull'alterità soggettiva dell'ente societario nei confronti dell'amministrazione pubblica, dovendosi mantenere pur sempre separati i due enti - quello pubblico e quello privato societario - sul piano giuridico-formale»¹⁴⁹.

Come detto, le società *in house*, sono un modello di gestione dei servizi pubblici attraverso il quale uno o più enti pubblici affidano la gestione di servizi pubblici locali ad una società di capitali, a partecipazione interamente pubblica e le Pubbliche Amministrazioni riconoscono

¹⁴⁶ «Si pensi, ad esempio, oltre ad ANAC, a Corte dei Conti e AGCM, cui devono essere inviati lo schema di atto deliberativo, di costituzione della società o di acquisto di una partecipazione di una società preesistente da parte di un ente pubblico», Linee guida CNDCEC, *Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, 2018, p. 26.

¹⁴⁷ Così, C. SANTORIELLO, *Società a partecipazione pubblica, procedure fallimentari e responsabilità penali degli amministratori e dirigenti*, in *Società*, 2021, 3, p. 328 e ss..

¹⁴⁸ Al riguardo v. F. FIMMANÒ, *Insolvenza delle società pubbliche, strumenti di allerta e prevenzione, piani di risanamento*, in AA.VV. (a cura di F. Fimmanò - A. Catricalà - R. Cantone), *Le società pubbliche*, II, p. 1067; Id., *La natura delle società pubbliche e la conseguente fallibilità*, in www.giustiziacivile.it.

¹⁴⁹ C. SANTORIELLO, *op. ult. cit.*, p. 326, in ripresa della sent. Cass. Civ. n. 5346 del 2019.

nell'affidamento *in house* uno strumento particolarmente utile per il perseguimento delle loro finalità istituzionali, senza che ciò alteri il regime delle responsabilità degli amministratori. Anzi, si è ritenuto¹⁵⁰ di riconoscere in capo al Sindaco il «ruolo dell'amministratore, non come amministratore di "fatto" nel senso classico del termine, ma come soggetto che, in ragione della peculiare natura della società è dotato di poteri di amministrazione e di gestione propri dell'amministratore».

In base agli elementi sin qui analizzati, appare chiaro, dunque, che nell'elaborazione del modello per le società a partecipazione pubblica si dovrà tenere conto della necessità di integrare gli strumenti di prevenzione previsti dal d. lg. 231/2001 con i presidi indicati da altre norme – prevalentemente dalla legge «Anticorruzione» – valutando al meglio i punti di convergenza e le principali differenze tra i diversi impianti normativi.

Tra i principali elementi comuni richiamati dall'A.N.A.C. – già con la determinazione n. 8/2015 – figura la necessità di effettuare un'attività di rilevazione e gestione dei rischi. Tale valutazione, secondo l'A.N.A.C., «deve condurre a una rappresentazione, il più possibile completa, di come i fatti di *maladministration* e le fattispecie di reato possono essere contrastate nel contesto operativo interno ed esterno dell'ente». Come già rilevato per ciò che concerne il Modello 231, anche ai fini della *compliance* alla legge anticorruzione – art. 1, comma 9, lett. a e b –, dunque, sarà necessaria una mappatura delle aree e delle attività a rischio e delle misure di prevenzione già presenti all'interno dell'ente». Altra attività assolutamente rilevante riguarda la necessità di integrare i protocolli previsti dal modello 231 con strumenti di controllo¹⁵¹ tesi ad evitare anche la commissione di reati posti in essere a danno della società.

¹⁵⁰ Sentenza del GIP Trib. di Salerno n. 606 del 2019, «(...) il punto di interesse della sentenza è rappresentato dalla parte in cui la stessa espone le ragioni per cui di tali criticità debba risponderne penalmente anche il sindaco del Comune socio unico dell'impresa ovvero un soggetto che - stante l'assenza di qualsiasi ruolo all'interno della persona giuridica fallita - non risulta formalmente ricompreso nell'alveo di quanti (amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società) possono commettere il delitto di bancarotta. La risposta positiva al quesito è motivata essenzialmente richiamando le caratteristiche delle società *in house*, rispetto alla cui gestione - specie allorquando risultino, come accaduto nel caso di specie, accertate delle situazioni tali da compromettere la sana gestione finanziaria dell'ente -, l'azionista pubblico ha un potere di ingerenza diretta riconducibile non già alle facoltà ordinarie riconosciute dal codice civile in capo al socio dell'ente collettivo, ma quale espressione di una sorta di rapporto gerarchico nei confronti degli organi amministrativi dell'impresa, sostanzialmente riconducibili ad uffici dipendenti della stessa pubblica amministrazione azionista. Sulla scorta di questa ricostruzione, secondo la sentenza in esame il Sindaco deve ritenersi quale amministratore della società *in house* ovvero soggetto che, in ragione della peculiare natura della persona giuridica controllata dall'ente locale, è titolare "di un pregnante potere di controllo e di direzione sugli organi amministrativi della società, e dunque in grado di condizionarne concretamente i poteri di gestione, organizzazione e controllo sui fattori produttivi nell'attività economica svolta dalla società", così rientrando pienamente nel *genus* dei soggetti attivi del reato proprio oggetto di contestazione», C. SANTORIELLO, *op. ult. cit., passim*.

¹⁵¹ «Nell'ambito della creazione dei protocolli e dei presidi di prevenzione, può essere utile fare riferimento anche allo Standard Anticorruzione ISO 37001, che elabora un nuovo modello internazionale di gestione e mitigazione del rischio, volto a prevenire gli episodi di corruzione sia attiva che passiva (a danno dell'ente), sulla scorta di quanto previsto dalla L.

Nonostante la costante attenzione per il fenomeno corruttivo, è da evidenziare che in larga parte questo è rimasto confinato, negli ultimi trent'anni, all'ambito pubblico, pur essendo presenti nei rapporti tra privati le medesime dinamiche. Anzi, potremmo quasi sostenere che la corruzione fra privati, realizzandosi per la maggior parte in un contesto di tipo industriale e imprenditoriale, è un fenomeno forse anche più diffuso. Peraltro, col notevole impatto, cui già si è accennato, sul sistema economico globale, le cui dinamiche vengono completamente falsate.

Nel circuito imprenditoriale, infatti, riferendosi ovviamente alla sola parte che determina effetti teratogeni, la tangente è valutata alla stregua di un comune investimento. Più specificamente, sembra essere giudicato un necessario ed aggiuntivo "investimento" per poter investire, con la differenza non ignorabile che lo stesso sarà effettuato soltanto nell'ipotesi in cui l'impresa riuscirà ad ottenere un maggior profitto di quello che avrebbe ottenuto, rispetto all'investimento "puro", ovvero privo del costo aggiuntivo (tangente). Ne deriva – a livello microeconomico – un'alterata valutazione e realizzazione degli investimenti dell'impresa, tenuto conto che certe operazioni saranno valutate non sulla base dei criteri tipicamente di stampo economicistico, ma sulla base di criteri "atipici" non legati ad economicità ed efficienza che, invece, sono quelli alla base dell'attività di impresa.

«Sul piano macroeconomico, un sistema affetto da questo circolo vizioso, in cui la competitività delle imprese è condizionata da dinamiche distorsive, avrà meno capacità di attrarre capitali di investimento, con conseguenze dannose che si riverseranno, in ultima analisi, sulla collettività dei consumatori, venendo ad essere, quindi, la corruzione privata, un costo diretto ed incidente sui singoli cittadini»¹⁵².

Per i più, una delle più diffuse forme di corruzione tra privati avviene all'interno delle imprese: le stesse, infatti, essendo un insieme di parti, collegate ed interagenti tra loro, consentono che in tali dinamiche possa intervenire il fattore distorsivo della corruzione. Per comprendere, basta pensare ai gruppi d'impresa, dove per la grande complessità strutturale e interoperatività dei rapporti societari, un controllo efficace sul corretto operato dei membri dirigenziali, appare molto difficile.

Possibile che i dirigenti, non limitandosi agli apicali, ma ricomprendendo tra di essi anche quelli intermedi, «con l'obiettivo di realizzare un interesse personale, pongano in essere pratiche corruttive dirette all'adozione di

190/2012». Linee guida CNDCEC, *Principi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, 2018, p. 28. V. anche M. IPPOLITO, *Il modello organizzativo ex D.Lgs. 231/2001 «integrato» dalle misure anti-corrruzione nelle società partecipate non in controllo pubblico*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, n. 3/2016. Per altri richiami effettuati dall'ANAC, v. la Determinazione n. 1134/2017 con utili indicazioni ai fini dell'integrazione tra i vari sistemi normativi e i diversi strumenti di prevenzione, tra cui spiccano, ovviamente, il MOGC ex D.Lgs. 231/2001 e il PTPC introdotto dalla L. 190/2012.

¹⁵² Così, D. BADODI, *D. LGS. 231/2001: evoluzione normativa e prospettive di applicazione*, disponibile su <https://www.repository.unipr.it/bitstream/1889/1797/1/Tesi%20Dottorato%20Domizia%20Badodi.pdf>.

decisioni che, pur a fronte di una momentanea ed iniziale redditività, nel lungo periodo si rivelino dannose per l'impresa»¹⁵³. Questo anche perché spesso nei grandi gruppi, o comunque nelle imprese di grandi dimensioni e molto strutturate, la fissazione di target ambiziosi di breve termine – con l'obiettivo di tenere alta la prestazione dell'azienda – ha spinto la pratica di legare ad essi premi ed utili da assegnare ai manager e dirigenti; pensiamo ai premi in stock options o agli incentivi fine anno legata al raggiungimento di certi volumi di vendita o di fatturato¹⁵⁴.

Passando alle imprese private, non si possono non tenere in considerazione le linee guida di Confindustria che, in tema di d. lg. 231/01 richiamandone l'art. 6, si riferiscono espressamente ad alcune attività correlate ad un «processo di sana e prudente gestione dei rischi».

Gestione del rischio intesa quale «rischio accettabile»¹⁵⁵, valutazione per la quale è richiesta l'integrazione con altri sistemi di gestione¹⁵⁶, data

¹⁵³ D. MENDES ALDRIGHI, *Corruption inside the enterprise: corporate fraud and conflict of interests*, in *Global Corruption Report 2009*, p. 13; J. COFFEE, *What Caused Enron? A Capsule of Social and Economic History of the 1990s*, in P. Cornelius - B. Kogut (a cura di), *Corporate Governance and Capital Flows in a Global Economy*, New York, 2003.

¹⁵⁴ Non a caso negli ultimi anni nelle grandi imprese sono nate figure specifiche per gestire e regolare, con specifiche policies, l'incentivazione dei dipendenti. Al riguardo, M. BUONGIORNO – M. CAPRA, *Finanza e gestione d'impresa*, in *Bilancio, vigilanza e controlli*, giugno 2013, disponibile su http://www.theseusconsulting.it/media/14_bvc0613_1488789670_85.pdf. Inoltre, «dal fenomeno della corruzione non sono inoltre immuni i lavoratori: è anzi assai probabile che i rappresentanti dei lavoratori vengano corrotti per favorire decisioni dell'impresa a scapito degli interessi dei lavoratori stessi. La seconda categoria di atti corruttivi a natura privata riguarda quelli che avvengono nella catena produttiva, ovvero sia in quell'insieme di passaggi che portano il prodotto, dopo la lavorazione, la distribuzione, la vendita al dettaglio, nel mercato dei consumatori. È, infatti, prassi diffusa che le imprese produttrici preferiscano concedere la vendita dei propri beni a determinati distributori piuttosto che ad altri non sulla base del possesso di determinati requisiti tecnici o per una migliore capacità imprenditoriale, ma semplicemente per aver pagato una tangente. Lo stesso dicasi anche nei rapporti fra fornitori e subappaltatori. Altra ipotesi si ha nel caso in cui il responsabile vendite di un'impresa corrompa determinati fornitori, inducendoli ad acquistare beni dell'impresa per poter poi dimostrare di aver adempiuto agli impegni di vendita. L'ultima categoria comprende gli atti di corruzione che alterano la concorrenza sul mercato, di solito adottati da operatori che si collocano sullo stesso livello produttivo. Possiamo fare riferimento ad accordi restrittivi della concorrenza, alla formazione di cartelli per la fissazione, diretta od indiretta, dei prezzi dei prodotti o dei servizi offerti o per la predeterminazione di clausole contrattuali favorevoli», così D. BADODI, *op.ult.cit.*, *passim*; N. GIOCOLI, *Impresa, Concorrenza, Regole*, Torino, 2009, p. 150..

¹⁵⁵ «Il rischio è ritenuto accettabile quando i controlli aggiuntivi “costano” più della risorsa da proteggere», *Linee guida CNDCEC ult.cit.*

¹⁵⁶ *Internal Control Integrated Framework* (CoSO Report) emesso nel 1992 dal *Committee of Sponsoring Organizations Commission* (CoSO) ed aggiornato nel 2013 in tema di sistema di controllo interno; *Enterprise Risk Management Framework* (c.d. ERM), sulla gestione dei rischi, anch'esso emesso dal CoSO nel 2004. «In questo senso, per migliorare l'efficienza dei modelli organizzativi richiesti dal decreto 231, sarà importante valorizzare la sinergia con la documentazione (articolata di solito in manuali interni, procedure, istruzioni operative e registrazioni) dei sistemi aziendali in materia antinfortunistica (UNI-INAIL o OHSAS 18001), ambientale (EMAS o ISO14001), di sicurezza informatica (ISO 27001) e di qualità (ad esempio ISO 9001, nonché le altre norme volontarie distinte per tipologia di prodotti e/o servizi offerti)». Così, le Linee guida CNDCEC, *Principi consolidati per la*

l'esigenza che ogni impresa costruisca e mantenga in efficienza il proprio sistema di gestione dei rischi e di controllo interno, anche in ottica di «*compliance* integrata».

Quanto impatto abbiano sulla organizzazione di un'impresa e sulla sua attività tali norme, è facilmente deducibile anche dalla necessaria previsione di un sistema disciplinare – esigenza confermata anche dalla giurisprudenza¹⁵⁷ – come pure dall'adozione di un codice etico, quale parte integrante del sistema di controllo¹⁵⁸ e contenente l'insieme dei diritti, dei doveri e delle responsabilità dell'ente nei confronti dei «portatori d'interesse», ossia amministratori, dipendenti, fornitori, clienti, Pubblica Amministrazione, azionisti, mercato finanziario, ecc..¹⁵⁹

Molti, in realtà, gli specifici àmbiti ove poter verificare l'incidenza sull'attività di impresa di molte norme relative a controlli e *corporate social responsibility*, ed in generale a sistemi di sana gestione. Basti pensare ai settori bancario, finanziario ed assicurativo.

La Banca d'Italia¹⁶⁰, ad esempio, evidenzia la necessità di «accertare l'efficacia di tutte le strutture e funzioni coinvolte nel sistema dei controlli e l'adeguato coordinamento delle medesime, promuovendo gli interventi correttivi delle carenze e delle irregolarità rilevate».

«Piú in generale è da rilevare che accordi internazionali, politiche europee, regole, linee guida e princípi di autodisciplina stanno da tempo promuovendo una crescente collaborazione tra pubblico e privato in tema di sostenibilità. Nel 2018 le grandi società europee hanno dovuto pubblicare la prima rendicontazione obbligatoria in materia di informazioni non finanziarie (la c.d. Dichiarazione Non-Finanziaria o DNF)»¹⁶¹.

Tale dichiarazione ha lo scopo di rappresentare al pubblico in generale – e agli stakeholder della società in particolare – le scelte a supporto della «sostenibilità», con la quale si intende la condizione di uno sviluppo economico, ambientale e sociale, in grado di assicurare il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente, senza compromettere la possibilità

redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, 2018.

¹⁵⁷ Tribunale di Bari, Ufficio del Gip, Ordinanza del 18 aprile 2005, disponibile al seguente link: <http://www.aodv231.it/images/pdf/Cass%2032627-06.pdf> , visitato il 04.09.2022.

¹⁵⁸ Corte di Appello di Milano, Sentenza n. 1824 del 21 marzo 2012, disponibile al seguente link: <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org/d/1607-la-corte-d-appello-di-milano-assolve-un-ente-imputato-ex-dlgs-n-2312001-in-ragione-dell-adequatezza> , visitato il 02.09.2022.

¹⁵⁹ Linee guida CNDCEC, *Princípi consolidati per la redazione dei modelli organizzativi e l'attività dell'organismo di vigilanza e prospettive di revisione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, 2018.*

¹⁶⁰ Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, aggiornamento n. 11, *Disposizioni di vigilanza per le banche, rischi, funzione di conformità alle norme, funzione antiriciclaggio) e terzo livello (internal audit).*

¹⁶¹ P. SCHWIZER, *Corporate Social Responsibility, La sostenibilità nell'agenda dei board: dieci princípi guida*, Telos, 2, 2019, p. 8 e ss. Per approfondimenti sul tema della DNF, L. MARCHEGIANI, *Riflessioni su informazione non finanziaria, comunicazione di impresa e fiducia degli stakeholders*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, Bologna, 2021, pp.105-136.

delle generazioni future di realizzare i propri, divenendo oggi l'orientamento strategico cruciale e della sopravvivenza duratura dell'impresa¹⁶².

Inoltre, l'entrata in vigore del d. lg. 254/2016 e la successiva delibera Consob n. 20267, introducendo anche in Italia l'obbligo della dichiarazione non finanziaria, prevista dalla direttiva europea 2014/95/UE, hanno determinato una rinnovata centralità degli aspetti di sostenibilità, *corporate social responsibility* e i fattori *E.S.G. – Environmental, Sustainability and Governance* nelle strategie di grandi imprese e gruppi aziendali¹⁶³.

La novità è di non poco conto ed interessa i cc.dd. «Enti di interesse pubblico»¹⁶⁴ che nella suddetta DNF chiariscono le politiche di *governance* e le aspettative dell'impresa in merito agli aspetti ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani, alla lotta alla corruzione attiva e passiva e che derivano dalle attività dell'impresa, dai suoi prodotti, servizi o rapporti commerciali, incluse, se rilevanti, le catene di fornitura e subappalto¹⁶⁵.

Tali ultime disposizioni, unite a quelle del d.lgs. n. 50/2016, attribuiscono un «pesante onere» a quelle imprese di dimensioni (e fatturati) minori che per avere accesso al mercato, sono obbligate a passare dai percorsi di qualificazione per l'accesso agli appalti ed alle gare delle grandi imprese, con adesione totale alle procedure e ai codici di condotta e/o agli standards di CSR dalle stesse adottate.

Innegabile, la differente posizione contrattuale in termini di imposizione delle condizioni e gestione del contratto di appalto, fornitura o manutenzione che sia. Peraltro, proprio tali sistemi di controllo innescano il ricorso ad opera delle imprese minori al raggruppamento temporaneo di imprese e/o dei consorzi, onde poter ottenere una più facile qualificazione ed accesso al mercato che, quasi sempre poi – a cascata – vede sistematicamente il ricorso al subappalto.

Spesso, in questo meccanismo di subappalto si annidano i pericoli di infiltrazione e di fenomeni corruttivi¹⁶⁶ per i quali poi sorgono e vengono

¹⁶² F. PERRINI, *La dichiarazione non finanziaria: obbligo o opportunità per la nuova rotta della sostenibilità?*, Telos, 2, 2019, p.76.

¹⁶³ M. PROIETTI -V. FORTUNATO, *La Responsabilità Sociale d'Impresa come strumento di gestione*, Telos, 2, 2019, p. 60. Sugli sviluppi in tema di strategie e sostenibilità si veda: A. DEL GIUDICE, *Finanza sostenibile. Strategie, mercato ed investitori istituzionali*, Torino, 2019, pp. 7-77.

¹⁶⁴ Ossia: società emittenti valori mobiliari ammessi alla negoziazione su mercati regolamentati; banche; imprese di assicurazione e di riassicurazione. Tali enti redigono per ogni esercizio finanziario una dichiarazione conforme a quanto previsto dall'articolo 3 del d.lg. 254/2016, qualora abbiano avuto, in media, durante l'esercizio finanziario, un numero di dipendenti superiore a cinquecento e, alla data di chiusura del bilancio, abbiano superato almeno uno dei due seguenti limiti dimensionali: a) totale dello stato patrimoniale: 20.000.000 di euro; b) totale dei ricavi netti delle vendite e delle prestazioni: 40.000.000 di euro. V. anche M. PROIETTI -V. FORTUNATO, *op.ult.cit.*, in nota 11.

¹⁶⁵ In tal senso, M. PROIETTI - V. FORTUNATO, *op.ult.cit.*, p. 60.

¹⁶⁶ Basta andare a leggere i provvedimenti delle sezioni di misure di prevenzione dei vari Tribunali, per scoprire in quali e tanti casi le imprese, attraverso il ricorso ai «noli» non solo «a freddo», ma anche «a caldo», favoriscono o, come più spesso accade, subiscono il fenomeno delle infiltrazioni mafiose, con conseguente applicazione di misura di prevenzione

adottati i suddetti sistemi di controllo che producono – e produrranno nel lungo termine – comunque l’effetto di migliorare e favorire una corretta ed adeguata gestione delle imprese.

In questo quadro, il *World Economic Forum* ha diffuso nel gennaio 2019 proprie linee guida per un efficace sistema di *governance* da parte dei consigli di amministrazione delle società, dove una maggiore responsabilità degli amministratori, la stessa composizione dell’organo amministrativo, l’*assessment* dei rischi materiali e delle opportunità, l’integrazione del tema nel processo strategico, i sistemi di incentivazione, *reporting* e *disclosure*, sono considerati gli aspetti più importanti su cui far leva per favorire un cambiamento di rotta nella guida delle società¹⁶⁷.

Nella medesima direzione si muovono anche la Relazione 2018 sull’evoluzione della *corporate governance* delle società quotate¹⁶⁸ – che evidenzia la preminente importanza di un’adeguata professionalità e competenza dei componenti del Consiglio prescindendo dalla qualifica formale di indipendenza –, come anche il Codice di Autodisciplina delle società quotate di Borsa Italiana – dove si reputa necessaria la predisposizione di adeguate procedure per la successione degli esecutivi e del management –, che prevedono il coinvolgimento di azionisti diversi da quelli di controllo, ai fini di un’adeguata composizione del Consiglio di Amministrazione per una efficace gestione dell’impresa.

Il contesto descritto – senza alcuna pretesa esaustiva – delinea molto chiaramente l’importanza che i temi della responsabilità sociale d’impresa, della sostenibilità e della gestione dei rischi stanno assumendo tanto nella pratica economico-aziendale, quanto in quella professionale¹⁶⁹.

e/o sequestro. Per approfondire i presupposti applicativi di una misura di prevenzione ex art. 34 d.lgs. 159/2011, G. SPANGHER – A. MARANDOLA, *Commentario breve al Codice Antimafia*, Milano, 2019, p. 172 e ss. Ed ancora: M.L. DI BITONTO, *Sulla ricostruzione giudiziaria della corruzione internazionale*, in M. Del Vecchio – P. Severino (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, 2014, § 4, p. 189 e ss..

¹⁶⁷ Cosí, M. PROIETTI - V. FORTUNATO, *op.ult.cit.*, p.60. In tal senso le analisi di MOODY’S, *The impact of environmental, social and governance risks on bank ratings*, 1 July 2019.

¹⁶⁸ La Relazione 2018 sull’evoluzione della *corporate governance* delle società quotate è pubblicata dal Comitato per la Corporate Governance, costituito, ad opera delle Associazioni d’impresa (ABI, ANIA, Assonime, Confindustria), investitori professionali (Assogestioni) e da Borsa Italiana S.p.A. Per approfondimenti in tema di trasparenza e governance, G. BERTI DE MARINIS, *Regolamentazione del mercato finanziario e principio di trasparenza*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2016, p. 992 e ss..

¹⁶⁹ Per approfondimenti sulle tante teorie sul soddisfacimento dei bisogni di tutti i portatori di interesse quale condizione necessaria per la creazione di valore sostenibile nel tempo, si vedano: M. TALIENTO - C. FAVINO - A. NETTI, *Responsabilità sociale e creazione di valore: un nuovo paradigma della gestione*, *Telos*, 2, 2019, p. 29. V. anche T. DONALDSON - L.E. PRESTON, *The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence, and Implications*, *The Academy of Management Review*, 1, 20, 1995, pp. 65-91; M. B. E. CLARKSON, *A Stakeholder Framework for Analyzing and Evaluating Corporate Social Performance*, *The Academy of Management Review*, 1, 20, 1995, pp. 92-117.

Altresì, numerosi autori sostengono che la responsabilità sociale possa essere una significativa fonte del «vantaggio competitivo aziendale»¹⁷⁰, come evidenziato anche da alcune ricerche che, empiricamente, hanno dimostrato come i comportamenti socialmente responsabili hanno un effetto positivo sulle *performance* aziendali¹⁷¹, incidendo sul miglioramento di parametri fondamentali quali la riduzione dei costi operativi e finanziari, il miglioramento dell'efficienza e della competitività, l'aumento della reputazione della società e della fiducia dei consumatori¹⁷².

Tutto quanto sopra, ma non solo.

8. Pur rappresentando, infatti, un onere ad alto impatto, ai sopracitati modelli di prevenzione – nelle varie forme e settori precedentemente descritti (senza alcuna pretesa esaustiva) – può essere riconosciuta una funzione economico sociale giuridicamente fondata e meritevole¹⁷³.

«Il concetto di “meritevolezza” - codificato in Italia dall'art. 1322, comma 2, c.c. - nella materia contrattuale, indica un controllo generale, che non può non estendersi a tutti i contratti, tipici o atipici che siano (...) e che adeguato alla grande complessità dell'ordinamento italo-europeo, [consente] di coglierne la valenza attuale»¹⁷⁴.

Storicamente tale principio risale all'impostazione «sociale» di Emilio Betti che lo distingueva dalla «liceità» e per il quale «il contratto doveva essere non soltanto lecito, cioè non dannoso per la società, ma anche meritevole di tutela, ossia socialmente utile». Inoltre, lo formulò quale limite generale dell'autonomia negoziale, nel senso che i poteri dalla stessa

¹⁷⁰ M. TALIENTO - C. FAVINO - A. NETTI, *op.ult.cit.*, p. 29; S. HART, *A natural source based view of the firm*, in *Academy of management review*, 20, pp. 986-1014.

¹⁷¹ M. TALIENTO - C. FAVINO - A. NETTI, *op.ult.cit.*, p. 29 su WADDOCK and GRAVES, 1997; P. VAN BEURDEN - P. T. GÖSSLING, *The Worth of Values - A Literature Review on the Relation Between Corporate Social and Financial Performance*, in *Journal of Business Ethics* 82, 407-424 (2008),

¹⁷² M. TALIENTO - C. FAVINO - A. NETTI, *op.ult.cit.*, p. 29 su A. Mackey – T.B. Mackey – J.B. Barney, *Corporate Social Responsibility and Firm Performance: Investor Preferences and Corporate Strategies*, in *The Academy of management review*, 2005; S.A. HAMMOND, - J.W. SLOCUM, *The impact of prior firm financial performance on subsequent corporate reputation*, in *Journal of Business Ethics*, 15, 1996, p. 159-165; M.E. PORTER – M.R. KRAMER, *Strategy and Society: The Link Between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility*, in *Harvard Business Review*, 84, 2007, p. 78-92; F. BIRD – J. SMUCKER, *The Social Responsibilities of International Business Firms in Developing Areas*, in *Journal Business Ethics*, 73, 2017, p. 1-9; C. FLAMMER, *Competing for government procurement contracts: The role of corporate social responsibility*, in *Strategic management Journal*, 39, 2018, p. 1299-1324.

¹⁷³ Anche perché, come mirabilmente detto «... porre “l'accento sulla realtà sociale e ‘poi’ sulla realtà giuridica ... si traduce in un atteggiamento sempre più orientato a negare che la realtà è unica, per definizione sociale e giuridica», V. RIZZO, *Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa. Sessione conclusiva teoria dell'interpretazione, in L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, Napoli, 2019, p. 1053 ss..

¹⁷⁴ M. PENNASILICO, *Dal «controllo» alla «conformazione» dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contratto e Impr.*, 2020, 2, p. 823 e ss. .

generati «non debbono essere esercitati in contrasto con la funzione sociale cui sono destinati»¹⁷⁵.

Con l'avvento della Costituzione, infatti, il criterio della liceità non risultava più essere quello più adatto o bastevole, confluendo in esso tanto contratti decisamente meritevoli (di tutela), quanto contratti soltanto leciti e permessi. «L'immeritevolezza deve, dunque, ravvisarsi ogni qual volta il contratto si ponga in contrasto con valori costituzionalmente protetti, all'esito di un vaglio di conformità della regola contrattuale alla legalità costituzionale».¹⁷⁶

Per di più, l'evoluzione interpretativa verso la causa in concreto, non può che sfociare nell'interpretazione evolutiva o adeguatrice dell'art. 1322, comma 2, c.c. e nel conseguente allargamento delle maglie del controllo di meritevolezza, ora destinato a ogni singolo contratto, tipico o atipico che sia¹⁷⁷.

Il principio in esame diviene, quindi, strumento di controllo e conformazione della regola contrattuale ai principi apicali dell'ordinamento italo-europeo, per lo svolgimento positivo di attività negoziali d'interesse generale, giustificate dal principio di sussidiarietà.

Allora, così come accaduto per «l'emissione dei c.dd. *social impact bond*, titoli di investimento mediante i quali i privati finanziano servizi sociali in funzione di un guadagno che dipende dall'effettivo miglioramento di determinate variabili sociali, traducibili in un risparmio di spesa pubblica (riduzione della recidiva criminale, della dipendenza da droghe o alcol, delle visite mediche, ecc.), [che] in quanto strumento di cooperazione tra privati e pubblica amministrazione, abbraccia[no] interessi ulteriori rispetto a quelli economici dei contraenti, il *social impact bond* travalica la semplice dimensione dell'autoregolamento, con efficacia tra le parti, ed accede alla dimensione della regolamentazione», allora la clausola

¹⁷⁵ E. BETTI, *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1957, p. 33; M. PENNASILICO, *op.ult.cit.*, p. 823 e ss.. La mancanza di contrasto è, ovviamente, da intendersi anche nei confronti dell'ordine pubblico, sul quale per un approfondimento si veda G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 15 e ss.

¹⁷⁶ M. PENNASILICO, *op.ult.cit.*, p. 823 e ss. che in nota 25 pone «il fondamento dell'autonomia contrattuale non è soltanto nella disposizione dell'art. 41 cost., ma si rinviene in una pluralità di principi costituzionali» ed ancora che «la meritevolezza vale a indicare la verifica di conformità all'ordine pubblico costituzionale, ossia un controllo che trova fondamento non tanto nella disposizione dell'art. 1322, comma 2, c.c., quanto piuttosto nel sistema ordinamentale e, in particolare, nelle disposizioni degli artt. 2, 3, 41 e 118 cost.». Per approfondimenti su meritevolezza e legalità costituzionale: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, p. 193 e ss.; M. PENNASILICO, *Interpretazione e integrazione dei contratti nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 163 e ss..

¹⁷⁷ «Intesa come predicato dell'autonomia privata, la meritevolezza può consentire invece un ampliamento, e non già esclusivamente una limitazione, dello spazio d'azione dell'agire dei consociati, assumendo la funzione di grimaldello per il riconoscimento di nuovi schemi convenzionali (...) anche nel campo dell'immateriale – nella prassi mercantile» così F. MEZZANOTTE, *Atipicità contrattuale e conformazione dell'appartenenza secondo autonomia*, in *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, Napoli, 2019, p. 603 ss.; v. anche per approfondimenti G. PERLINGIERI, *Introduzione. Garanzie «atipiche» e rapporti commerciali*, in *Riv. Dir. Impr.*, I, 2017.

di adozione ed accettazione dei modelli di prevenzione e/o di CSR e/o dei codici di condotta, può essere intesa quale attuativa delle funzioni sociali «con rilevanza esterna, di attività che sono destinate ad incidere sui terzi nella misura in cui rivestono una funzione [applicativa] dei diritti fondamentali degli utenti»¹⁷⁸.

Basti pensare agli effetti nocivi che ogni modello di prevenzione, in attuazione della *ratio* normativa posta alla base della sua genesi, cerca di annullare o quantomeno di mitigare, quali ad esempio la mancata alterazione della concorrenza, la corretta gestione degli appalti pubblici, al costo sociale dei fenomeni corruttivi e così via.

8.1 «L'identificazione delle interferenze tra ragionevolezza, proporzionalità e buona fede non è compito facile dal momento che (...) «non sono concepibili isolatamente»¹⁷⁹, concorrendo al medesimo obiettivo ossia contribuendo insieme (e in ottica sistematica) alla soluzione dei problemi pratici sottoposti all'attenzione del giurista»¹⁸⁰.

Tenuto conto della proporzionalità, quale efficace strumento per valutare la meritevolezza degli atti di autonomia privata, nonché dell'interesse primario dell'ordinamento alla «giustizia contrattuale»¹⁸¹, «è fuor di dubbio che il principio di proporzionalità tra le prestazioni contrattuali»¹⁸², è divenuto parte integrante dell'ordine pubblico nazionale»¹⁸³.

¹⁷⁸ M. PENNASILICO, *op.ult.cit.*, p. 823 e ss.

¹⁷⁹ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 124 e ss..

¹⁸⁰ M. ANGELONE, *Interferenze tra ragionevolezza, proporzionalità e buona fede in tema di garanzie*, in *Riv. Dir. Priv.*, 3,2018, p. 465 e ss..

¹⁸¹ Al riguardo M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, 2^a ed., Torino, 2015, p. 66, per il quale «la finalità ultima dell'ermeneutica contrattuale «è quella di far valere, nell'ordinamento del caso concreto, il senso di giustizia ispirato alle indicazioni costituzionali e sovranazionali. Qui si radicano le ragioni del ricorso a criteri quali la buona fede, conservazione, proporzionalità, la ragionevolezza, l'equità e si prendono le distanze dal metodo positivistic della "sussunzione"», v. anche R. SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *Digesto civ., Agg.*, VII, Torino, 2012, p. 534 e ss., nonché M. ANGELONE, *op.ult.cit.*, p. 465 e ss..

¹⁸² P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 429 e ss. e ID. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006, p. 354; ID., *Sui contratti iniqui*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 480 ss..

¹⁸³ In tema di ordine pubblico «quale complesso dei principi fondamentali devono essere ricercati esclusivamente nei valori supremi e/o fondamentali della Carta costituzionale» v. M. ANGELONE, *op.ult.cit.*, p. 469. e G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *op.ult.cit.*, Napoli, 2019, p. 15 ss. Al riguardo, «la ragionevolezza è essenziale anche nell'interpretazione e nella concretizzazione delle clausole generali [sul tema delle clausole generali quale tecnica redazionale-legislativa e sulla loro evoluzione di pari passo con l'ordinamento, v. P. PERLINGIERI, *Obbligazioni e contratti*, in *Annuario del contratto 2016*, diretto da A. D'Angelo – V. Roppo, Torino, 2017, p. 213 e ss.]. Ad esempio, la distinzione, spesso sopravvalutata, tra ordine pubblico interno e internazionale [anche V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in G. Perlingieri - M. D'Ambrosio (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato. 10-11 novembre 2016*, Napoli, 2017, p. 409 ss. e G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *op.ult.cit.*, *passim*] non è altro che la distinzione tra principi fondamentali o disposizioni legislative

Indubbiamente anche grazie alla «ragionevolezza che, [induce] ad una lettura interpretativa orientata alle conseguenze, si scongiurano risultati ermeneutici illogici facendo sí che gli stessi siano anche conformi ai valori fondamentali»¹⁸⁴.

Va tenuto a mente che tra i principi sopra citati non vi è equivalenza, e che la proporzionalità necessita della ragionevolezza e trova in essa il suo completamento, nel senso che va apprezzata secondo ragionevolezza.

Infatti, «(...) la proporzionalità consiste nella giusta proporzione, quantificazione, e quindi configura un parametro ulteriore e successivo rispetto a quello della ragionevolezza (intesa come astratta giustificabilità), una diversa modalità di valutare l'entità dell'interesse patrimoniale, ovvero la misura della sua protezione giuridica in comparazione e bilanciamento con quella di altri interessi»¹⁸⁵, pertanto imperniandosi su un meccanismo relazionale di tipo quantitativo, misurando due (o piú) entità omogenee a confronto, gode di autonomia concettuale, ma non di autosufficienza, atteso che «ciò che è proporzionato non sempre è ragionevole» ed equo¹⁸⁶. Non a caso l'interprete, per operare in maniera effettivamente proporzionata, deve rapportarsi al caso concreto ovvero è tenuto a modulare gli interessi ed i principi normativi coinvolti, cercando volta per volta il soddisfacimento delle istanze sollevate dalla fattispecie concreta in esame¹⁸⁷.

espressione di principi identificativi della Repubblica italiana (e, in quanto tali, in alcun modo derogabili né da fattispecie interne né da fattispecie con elementi di estraneità) e principi o norme imperative conformi a Costituzione, ma non espressione di principi fondamentali (e quindi derogabili dalla legislazione straniera e applicabili al cittadino straniero a condizione di reciprocità *ex art. 16 disp. prel. c.c.*). Pertanto, la questione se una consuetudine internazionale, una legge straniera o un lodo di un arbitrato internazionale possano derogare una "legge" italiana, o se una norma debba essere applicata a condizione di reciprocità, si risolve non tanto in distinzioni astratte tra ordine pubblico interno e internazionale [così, Corte Cass. Sent. N. 9978/2016, in *Giur. It.*, p. 1854 e ss.], ma in un problema di gerarchia dei valori normativi (non delle fonti) e di bilanciamento, secondo ragionevolezza, tra norme e principi in concorso», G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 10, febbraio 2019, p. 29 e ss..

¹⁸⁴ M. ANGELONE, *op.ult.cit.*, p. 470.

¹⁸⁵ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. Dir. Civ.*, Napoli, 2, 2001, p. 341.

¹⁸⁶ Così - e per approfondimenti sul tema - G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 138.

¹⁸⁷ A conferma della necessità di riferimento alla fattispecie concreta, nei *Principi di diritto europeo dei contratti*, l'art.1:302: "Ragionevolezza" si sostiene che «nella valutazione di ragionevolezza si dovrà tenere conto, in particolare, della natura e dell'oggetto del contratto, delle circostanze del caso e degli usi e pratiche dei traffici o delle professioni coinvolte». «D'altro canto, il bilanciamento dei valori si attua per definizione in riferimento ad un caso concreto, la valutazione del quale vi concorre in forma decisiva», così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, Napoli, 2020, p. 391. *Contra*, «lo schema ricognitivo della decisione giurisdizionale è smentito dall'importanza che nell'interpretazione viene riconosciuta all'individuazione dello scopo della norma, appunto perché la scelta utilitaristica, condizionata dal risultato, rimane propria della norma, vale a dire del legislatore, e non si traduce in un "utilitarismo dell'atto"», così L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p.7.

«La dimensione applicativa della ragionevolezza, [così delineata], pur nella sua autonomia, riveste un ruolo complementare rispetto alla proporzionalità e alla buona fede con le quali interagisce per integrarne e perfezionarne il funzionamento, fornendo un criterio esegetico che realizza una sintesi tra normazione astratta e realtà concreta che garantisce così – attraverso la composizione, il temperamento e il bilanciamento tra i contrapposti interessi – l’elaborazione della soluzione interpretativa più aderente al quadro situazionale e al complessivo sistema; il che assicura altresì la costruzione di ragionamenti giuridici che non soltanto si emancipano dal rigido e fallace schematismo del sillogismo, ma che al contempo producono inferenze teleologicamente e assiologicamente orientate per “far sí che anche la decisione secondo diritto non sia una decisione incongrua”¹⁸⁸».¹⁸⁹

Con questa prospettiva, la ragionevolezza viene ad essere strumento per un idoneo e giusto¹⁹⁰ soddisfacimento degli interessi fondanti la domanda, facendo in modo che la regola del caso concreto scelta dall’interprete «sia realmente quella piú adeguata e congrua – non già rispetto al diritto vivente e alla mera prassi giurisprudenziale, né al mero dettato letterale, ma – agli interessi richiamati (secondo l’interpretazione funzionale) e al diritto vigente, ossia all’ordinamento giuridico esistente in un dato momento storico e ai suoi valori normativi».¹⁹¹

¹⁸⁸ G. PERLINGIERI, *op.ult.cit.*, p. 126 e ss..

¹⁸⁹ M. ANGELONE, *op.ult.cit.*, p. 478..

¹⁹⁰ «Il metodo ermeneutico è giudizio di valore che non può essere disgiunto dal momento applicativo. In quest’ottica, la ragionevolezza si estrinseca nel bilanciamento di valori che è la sintesi assiologicamente orientata tra eguaglianza, razionalità e bilanciamento strettamente inteso. Bilanciamento di valori che deve essere condotto in concreto», così e per approfondimenti E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010.

¹⁹¹ G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 131; v. anche ID., *Sul criterio di ragionevolezza*, in C. Perlingieri - L. Ruggeri (a cura di), *L’incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 29 e ss. ed ancora S. POLIDORI, *L’incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nell’appalto: proporzionalità, ragionevolezza e «giusto rimedio» nella soluzione dei problemi applicativi*, in C. Perlingieri - L. Ruggeri (a cura di), cit., p. 230.

Inoltre, «l’individuazione della *ratio iuris* della norma, o meglio, il ricorso al criterio teleologico rappresenta uno strumento imprescindibile nel procedimento interpretativo che si pone a completamento di quello logico e che si sostanzia in una «“valutazione comparativa degli interessi in gioco” [così E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 2° ed. riv. e ampl. da G. Crifò, Milano, 1971, p. 261]. L’attività ermeneutica non deve essere ridotta ad una mera operazione di sussunzione sillogistica caratterizzata da rigido automatismo. La legge, infatti, non si sottrae al controllo di ragionevolezza» si veda, P. PERLINGIERI, *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012, p. 449 e ss. Ed ancora, «l’intendere giuridico è tale perché, non soltanto ricognitivo, è – ai fini o dell’azione o della decisione – in funzione applicativa. Le peculiarità delle circostanze, che caratterizzano l’agire e il caso concreto da decidere, richiedono al giurista non operazioni sillogistiche o logiche, di carattere quasi aritmetico - e quindi tipiche -, ma «apprezzamenti interpretativi, nei quali entrano in vibrazione la sensibilità dei valori giuridici nella percezione degli interessi protetti dal diritto» P. PERLINGIERI, «*Principi generali*» e «*interpretazione integrativa*» nelle pagine di Emilio Betti, in *Rass. Dir. Civ.* 1/2019, p. 107. Per di più, «La valutazione degli interessi implicati dalle conseguenze della proposta interpretazione, sebbene postuli la conoscenza fattuale in termini realistici e pratici, è pur sempre argomentazione che il giurista assume, qualora ravvisi una giustificazione in base ai principi rilevabili nel sistema ordinamentale,

Ragionevolezza, quindi, e giusto soddisfacimento degli interessi. L'indagine giuridica, da sempre, auspica che il che un contratto disciplinato dal diritto, sia giusto. Istintivamente dall'interprete è respinta l'idea di un contratto che sia allo stesso tempo ingiusto ed efficace. Il diritto dovrebbe, quindi, essere in grado di spiegare cosa si intenda, o debba essere inteso, per contratto giusto.

«Giustizia che non [è meramente riferibile a]lla proporzione fra il prezzo e la merce, ma [a]lla ragionevolezza con cui si trattengono le priorità dei bisogni da soddisfare»¹⁹².

Giustizia del contratto non è nemmeno, semplicisticamente, da intendersi quale legalità dello stesso. Un contratto è ingiusto¹⁹³, infatti, quando le prestazioni sono sperequate¹⁹⁴, o quando le clausole «punitiscono il merito o la quantità della prestazione, e premiano l'incuria o la pigrizia, o distribuiscono in modo strano i rischi»¹⁹⁵.

Allora, se il tema da affrontare è la sproporzione considerata in sé, rispetto ad un parametro onnipresente, l'interprete si domanderà e si muove alla ricerca di un criterio generale. «La ragionevolezza è il miglior criterio pensabile¹⁹⁶. La ragionevolezza del contratto manca se la volontà [da cui sempre nasce un contratto] è male accompagnata da fattori conturbanti. (...) Non c'è contratto senza che colui che assume un impegno lo abbia voluto, o, almeno, abbia fatto credere di volerlo: così dicono gli artt. 1321 e 1325, 1326, 1322, 1372 c.c.. Il contratto è espressione dell'autonomia»¹⁹⁷ e dell'iniziativa economica privata che la carta costituzionale ha stabilito essere libera (art. 41 cost.).

Ogni contratto rientra nell'iniziativa economica, sulla cui libertà, però, la costituzione ha posto dei limiti relativi ai valori dell'«utilità sociale, della sicurezza, della libertà e dignità umana». Il codice civile ha poi ulteriormente fissato il limite della contrarietà alle norme imperative, ordine pubblico e buon costume.

beninteso come sistema aperto. Pertanto, l'argomentazione attenta alle conseguenze è ad un tempo pratica e teorica: il suo procedimento di concretizzazione si avvale soprattutto della «ragionevolezza» quale patrimonio potenzialmente presente nella complessiva cultura del sistema. Essa, quale adeguata soluzione al problema concreto prospettato all'interprete, è operativa sempre», così P. PERLINGIERI, *op.ult.cit.*, p. 386.

¹⁹² R. SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *Digesto Civile*, 2012, www.studiolegale.leggiditalia.it, consultato il 2.09.2022. Sul tema degli interessi, per approfondimenti si veda anche G. CARAPEZZA FIGLIA, *L'interesse del creditore nell'ermeneutica di Emilio Betti*, in G. Perlingieri – L. Ruggeri (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, Napoli, 2019, pp. 287 -302.

¹⁹³ Sul tema, U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005.

¹⁹⁴ F. VOLPE, *I Principii di Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Riv.Dir.Priv.*, 1999, p. 40 e ss.; ID., *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv.Dir.Priv.*, 2, 2002, p. 303 e ss..

¹⁹⁵ Così, R. SACCO, *op.ult.cit.*, *passim*.

¹⁹⁶ Per approfondimenti P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2001, p. 334 e ss.; S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.

¹⁹⁷ Così, R. SACCO, *op.ult.cit.*, *passim*.

Alcun limite, quindi, alla autoresponsabilità dei contraenti in tema di giustizia del contratto che, a questo punto, inserendosi in un contesto di vita sociale delle parti dello stesso, deve essere indagata in relazione al mercato.

Quest'ultimo, luogo degli scambi per eccellenza, può far ritenere giusta una contrattazione se ad esso aderente¹⁹⁸. Un mercato è sano se in esso non è alterato il meccanismo della concorrenza. Da ciò, il contratto giusto è adeguato al mercato e, affinché ciò avvenga, è necessario che il regime della concorrenza funzioni e di conseguenza vi sia giustizia contrattuale.

Più semplicemente e brevemente, «la giustizia contrattuale si realizza attuando il sistema della concorrenza e cautelando il concorrente contro i vizi della sua volontà»¹⁹⁹.

9. Il prossimo futuro dei modelli organizzativi potrebbe essere rappresentato dalla tecnologia *blockchain*²⁰⁰. Quest'ultima²⁰¹ è un database distribuito, condiviso e crittografato che serve come un *repository* pubblico informativo, irreversibile e incorruttibile la cui prima applicazione – e probabilmente la più nota – è stata il suo utilizzo sul mercato delle criptovalute e specificamente con *bitcoin*.

L'indubbia innovatività di tale tecnologia, fa propendere per un suo utilizzo in ambiti anche diversi da quello monetario. «La più nota ipotesi di implementazione alternativa della *blockchain* è quella che ha a oggetto gli “*smart contract*”²⁰², ovvero contratti intelligenti in cui l'esecuzione delle condizioni contrattuali si verifica automaticamente senza la necessità di un

¹⁹⁸ «Nessuno scambio è giusto perché contraddice al mercato. Nessuno scambio è ingiusto perché è coerente al mercato», R. SACCO, *op.ult.cit.*, *passim*.

¹⁹⁹ G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2000, p. 31 e ss.

²⁰⁰ Si vedano anche F. VITELLI, *Blockchain e modelli organizzativi: nuove opportunità di governance*, in *Resp. amm. soc.*, 2, 2021, p. 339 e ss.; S. PREZIOSI, *Responsabilità da reato degli enti e intelligenza artificiale*, in *Resp. amm. soc.*, 4, 2020, 173 ss.

²⁰¹ «La *blockchain* è una banca dati cronologica che raccoglie tutte le transazioni. È composta da vari sottosistemi più piccoli, denominati "blocchi". In ogni blocco sono memorizzate un certo numero di transazioni. Ogni blocco è collegato ad un blocco successivo e questo ha l'effetto di creare una catena. La *blockchain*, inoltre, può essere *permissionless* o *permissioned*. Nel primo caso, tutti gli utenti possono essere *miner*, ovvero nodi dell'infrastruttura. Nel secondo caso, possono esserlo solo alcuni. Quella utilizzata dal sistema *Bitcoin* appartiene alla prima tipologia», così G. J. SICIGNANO, *I modelli di comportamento dell'ente nel riciclaggio mediante criptovalute*, in *Società*, 2021,11, p.1271 e ss..

²⁰² Sul tema, M.T. GIORDANO – R. BATTAGLINI, *Blockchain e smart contract: funzionamento, profili giuridici e internazionali, applicazioni pratiche*, Milano, 2019; D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2, 2017, p. 378; A. CAGGIANO, *Il contratto nel mondo digitale*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 7-8, 2018, p. 1152 e ss.; P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessione sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 107 ss., G. J. SICIGNANO, *op.ult.cit.*, *passim*; L. PAROLA - P. MERATI - G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *Contratti*, 2018, p. 681 ss.; S. A. CERRATO, *Appunti su smart contract e diritto dei contratti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, I, p.370 ss.; G. NUZZO, *Gli smart contract tra esigenze di “calcolabilità” e gestione delle “sopravvenienze”*, disponibile su <https://www.economia.unimore.it/site/home/ricerca/seminari-algoritmi-e-diritto-dellimpresa/documento890068006.html> .

intervento umano»²⁰³, con – si immagina – un grande impatto²⁰⁴ anche in ambito giuridico in ragione del fatto che la blockchain «confermerà l'essersi verificato di un evento o di una condizione, senza la necessità di una terza parte e senza possibilità di contestazione»²⁰⁵.

Una delle possibili, ulteriori, applicazioni della tecnologia in commento è, come detto, nell'ambito dei modelli organizzativi quali ad esempio il modello organizzativo di gestione e controllo ai sensi del d.lgs. 231/01. Questo perché, la predisposizione, l'aggiornamento ed il collegamento di detto modello con altri sistemi di prevenzione – quali per esempio le procedure anticorruzione e l'antiriciclaggio – con cui il MOGC 231 si intreccia ha, indubbiamente, un'alta complessità e dei costi alti²⁰⁶. «Pertanto, il ricorso a un *database* distribuito, condiviso e crittografato che serve come un *repository* pubblico informativo, irreversibile e incorruttibile, potrebbe rappresentare [una] soluzione»²⁰⁷.

Inoltre, l'utilizzo della blockchain quale registro pubblico immodificabile, consentirebbe anche di migliorare e rendere più agevole il rapporto impresa/fornitore, in generale, ma ancor più efficacemente, in quel sistema di qualificazione oggi posto alla base di contratti – ed obbligazioni scaturenti – tipicamente adottato dalle società del mercato attuale²⁰⁸.

²⁰³ Sul tema della conclusione del contratto nell'attuale scenario tecnologico di digitalizzazione ed automazione si vedano: M. P. MANTOVANI, *Il diritto dei contratti nell'era delle nuove tecnologie*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino – Studi* – n. 10/2021; R. FAVALE, *La conclusione del contratto telematico*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2553 e ss.; M. GAMBINI, *Algoritmi e sicurezza*, in *Giur. It.*, 7, 2019, pp.1726-1740.

²⁰⁴ «Per il "World Economic Forum" entro il 2025 il 10% del PIL del mondo sarà generato da attività basate sui principi della *blockchain*», così e per altri approfondimenti A. LONGO, *Datemi una blockchain e vi cambierò il mondo*, https://nova.ilsole24ore.com/progetti/datemi-una-blockchain-e-vi-cambiero-il-mondo/?refresh_ce=1.

²⁰⁵ G. J. SICIGNANO, *op.ult.cit.*, p.1271 e ss..

²⁰⁶ A. R. CARNÀ, *La normativa antiriciclaggio nel contrasto dei fenomeni di corruzione e di criminalità di impresa. Sinergie regolatorie ed integrazione dei sistemi di controllo*, in *Resp. amm. soc.*, 2016, 3, p. 98; G. BILLO, *Art. 25 octies. Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita*, in A. Cadoppi - G. Garuti - P. Veneziani (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2010, p. 435; C. MANCINI, *Riciclaggio e responsabilità degli enti. I modelli organizzativi*, in E. Cappa - L. D. Cerqua (a cura di), *Il riciclaggio del denaro*, Milano, 2012, p. 104 e ss.

²⁰⁷ G. J. SICIGNANO, *op.ult.cit.*, p.1274.

²⁰⁸ «[Altresì], l'adozione su ampia scala della tecnologia *blockchain* renderebbe più difficoltosa la commissione di tutti quegli illeciti che richiedono il coinvolgimento di somme di denaro, pubblico o privato e l'emissione di documenti, certificazioni e autorizzazioni. Va inoltre considerato che l'utilizzo della *blockchain* come registro pubblico, per conservare informazioni e per effettuare operazioni in automatico, come calcoli di risultati e statistiche, potrebbe aumentare l'affidabilità dell'azienda sul mercato. Tutti gli utenti potrebbero avere accesso alle informazioni dell'ente contenute nel *repository* pubblico. Allo stesso tempo, l'utilizzo della *blockchain* consentirebbe di aumentare la trasparenza delle transazioni e dei processi di scambio, essendo ogni operazione tracciata. (...) anche i fornitori dell'azienda potrebbero avere vantaggi dall'utilizzo di questo sistema: essendo tutte le transazioni e i contratti archiviati in modo non modificabile sul registro pubblico, potrebbero utilizzare questa catena di controllo per dimostrare la propria solvibilità», G. J. SICIGNANO, *op.ult.cit.*, in conclusione del contributo cit..

Capitolo III

Ritorno sociale dei modelli di prevenzione.

Sommario: 10. La responsabilità sociale delle imprese secondo Milton Friedman. – 11. Visioni opposte. – 12. Profitto, ecologia giuridica ed etica. – 13. Il Social ROI. Effetti sull'economia. – 14. Compliance e sanzioni. – 15. Modelli di organizzazione e prevenzione come investimento (?).

10. Sinora, si sono presi in esame gli aspetti più prettamente giuridici, ma il tema centrale del lavoro non può prescindere da un approccio anche economico degli strumenti in commento.

Si è detto dei modelli di prevenzione ed organizzazione, soprattutto in ambito di responsabilità sociale, adottati dall'impresa. Resta da chiedersi quest'ultima, da un punto di vista economico, che funzione abbia.

Ebbene, secondo Friedman «la società assegna all'impresa il compito di produrre ricchezza che, dunque, rappresenta la sua prima e sola responsabilità. E la sua etica»²⁰⁹. Ovviamente nel «rispetto delle regole fondamentali della società, sia quelle incorporate nelle sue leggi, sia quelle dettate dai suoi costumi etici». Più precisamente, «c'è una e sola responsabilità sociale dell'impresa: avvalersi delle proprie risorse e svolgere attività miranti ad accrescere i suoi profitti, a patto, ovviamente di rispettare le regole del gioco, vale a dire entrare in concorrenza aperta e libera con gli altri soggetti presenti sul mercato, senza inganni o frodi»²¹⁰.

Friedman fu molto critico con le teorie della *corporate social responsibility* (CSR) che, negli anni settanta dello scorso secolo, iniziavano a diffondersi negli Stati Uniti. La sua logica prendeva le mosse dal tentativo di definizione del concetto di «responsabilità sociale dell'impresa»²¹¹.

La prima cosa evidenziata dall'economista fu che solo le persone hanno responsabilità, mentre l'impresa è una «persona artificiale», pertanto i responsabili erano da intendersi i proprietari o quelli che dirigono l'impresa. Inoltre, i dirigenti sono direttamente responsabili verso il datore di lavoro, *rectius* azionista/proprietario dell'impresa, che ha come obiettivo la realizzazione del profitto più alto possibile. Pertanto, dire che l'impresa ha responsabilità sociale, vorrebbe dire che deve agire in modi diversi rispetto all'interesse dei suoi «principali». Inoltre, la critica dell'A. in commento continua ponendo in evidenza la circostanza, eventuale, del caso in cui la

²⁰⁹ F. DEBENEDETTI, *Fare profitti. Etica dell'impresa*, Venezia, 2021, p.25.

²¹⁰ M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, Chicago, 1962, in trad. D. Perazzoni (a cura di), *Capitalismo e libertà*, Torino, 2010, p.205.

²¹¹ Ovviamente, la società del tempo non aveva ancora sviluppato tutto l'apparato normativo cui si è accennato nei capitoli precedenti, ma l'analisi svolta all'epoca è comunque utile per la comprensione delle logiche economiche che ci interessano per l'analisi in svolgimento.

scelta socialmente responsabile, operata da un dirigente, vada a ridurre l'utile degli azionisti, come nel caso di assunzioni non di personale qualificato e necessario all'impresa, quindi tecnicamente fondato, ma effettuato per ragioni etico-sociali – per esempio tra disoccupati cronici – che incidono direttamente sugli utili degli azionisti e che porterebbero alla spendita del denaro degli stessi ad opera del dirigente²¹².

Temì, che sono tipici della politica e non dell'economia. L'unico caso in cui viene «accettata» una politica di CSR da parte di un'impresa, è nel caso in cui la stessa sia monopolista. Questo perché, tali imprese, per giustificare ed in un certo senso legittimare – socialmente parlando – l'esistenza del monopolio, tendono ad utilizzare le ampie risorse di cui dispongono a beneficio delle comunità intorno a loro presenti facendo appello a loro presunte responsabilità sociali²¹³.

Le *policies* aziendali di responsabilità sociale di impresa, secondo Friedman, altererebbero la concorrenza di mercato, politicizzando il funzionamento dell'impresa laddove i manager, gli azionisti o chi per loro, vadano a compiere scelte «non di prezzo», ma politiche.

«Solo se le aziende hanno una posizione di monopolio possono perseguire un obiettivo diverso dal profitto: quelle di piccole dimensioni finirebbero per fallire. In sostanza: in un mercato concorrenziale, se la CSR è realmente altruistica, porta l'azienda al fallimento; se è perseguita per ragioni di profitto, è fraudolenta; se non genera utili, ma continua a essere praticata, segnala una situazione di monopolio. In tutti i casi induce i manager a comportarsi da politici: per ridurre gli attacchi alla posizione di monopolio, per deviare le critiche o per avere una influenza politica». ²¹⁴ Ciò ovviamente riferito ad un modello sociale tipicamente occidentale; questo discorso, infatti, avrebbe poco senso in Giappone, dove il cd. «modello Toyota» della *lean-line*, del miglioramento continuo volto alla massima efficacia ed efficienza o, qualunque sia il modello di business scelto dall'impresa, il rapporto lavoratore-impresa-datore è completamente improntato su parametri e criteri completamente diversi dal nostro modello sociale.

Molti, ma non tutti gli economisti, però, condividevano la visione di Friedman.

11. Di segno completamente opposto allo *shareholder value* sopra espresso è il pensiero di Stout²¹⁵, per la quale «per quanto riguarda la legge, massimizzare lo *shareholder value* non è un obbligo, [ma] è solo uno dei

²¹² Per questo e per altri esempi della critica di Friedman alla CSR, si veda F. DEBENEDETTI, *op.ult.cit.*, p. 27 e ss.

²¹³ Esempio recentissimo di tale approccio è il caso italiano di Atlantia che più volte si era detta disponibile a finanziare la “rinascita” di Alitalia quale assunzione di responsabilità sociale, finalizzata al mantenimento e rafforzamento di una concessione vantaggiosa. In tal senso, F. DEBENEDETTI, *op.ult.cit.*, p. 32.

²¹⁴ Così, riportando il pensiero di Milton Friedman, F. DEBENEDETTI, *op.ult.cit.*, p. 32.

²¹⁵ L. STOUT, *The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholder First Harms Investors*, San Francisco, 2012.

tanti possibili obiettivi della società. Gli amministratori e i manager possono gestirla in questo senso, ma a meno che lo statuto sociale non preveda diversamente, sono liberi di perseguire ugualmente anche qualsiasi altro obiettivo legale. Massimizzare lo *shareholder value* non è un obbligo, è una scelta manageriale»²¹⁶.

La «massimizzazione del valore»²¹⁷ di lungo termine è il criterio indicato per decidere i *trade-off*²¹⁸ tra i vari stakeholder e che, con la derivante crescita dell'impresa, porterebbe di riflesso anche un benessere sociale. Al riguardo, la storia economica, dell'era industriale prima e di quella digitale poi, indica che «il benessere sociale cresce se le imprese fanno profitti, perché valore sociale si crea quando l'output [prezzo al pubblico] di un'impresa è valutato dai suoi clienti più dell'input (prezzi dei fornitori) che consuma per produrlo, [in sintesi i ricavi superano i costi]. Il valore di un'azienda, [quindi], non è altro che il valore di mercato a lungo termine di questo flusso di profitti»²¹⁹.

Secondo la Stout, però, massimizzare il valore di un'impresa resta comunque una scelta e non sarebbe nemmeno un «obbligo» degli amministratori/dirigenti, in ragione dell'esistente regola della *business judgment rule*, che esimerebbe loro da responsabilità in caso di perdite.

Contrario alle teorie di Friedman anche Meyer, per il quale la società deve avere uno scopo, una *purpose*, che viene ad essere più di un obiettivo aziendale da inserire nello statuto della società, in modo che gli amministratori abbiano l'obbligo di perseguirla²²⁰.

Bebchuk e Tallarita, offrono una chiave diversa da quelle esposte precedentemente. I due autori²²¹ sono critici verso la cd. teoria dello «*stakeholderism*, ovvero quella tesi per la quale i vertici aziendali dovrebbero perseguire non solo gli interessi degli [azionisti], ma anche quelli di tutte le *constituency* della società, ossia per le imprese è venuto il momento di passare dalla *shareholder governance* alla *stakeholder governance*»²²². Questa sarebbe una tesi (*stakeholderism*) da respingere, in quanto portatrice di una illusoria promessa, perché troppo generica e non identificativa delle categorie che dovrebbero ottenere benefici a spese degli shareholder, con dannose conseguenze per tutti: società, azionisti e *stakeholder*.

Da preferire, invece, lo *stakeholder value*, perché la specifica identificazione dei beneficiari e dei precisi benefici, consentirebbe ai vertici aziendali di tener conto degli interessi degli stakeholder come mezzo per

²¹⁶ Così, F. DEBENEDETTI, *op.ult.cit.*, p. 43, che richiama L. Stout, *op.ult.cit.*, p.32.

²¹⁷ M. JENSEN, *Value maximization, stakeholder theory and the corporate objective function*, in *Business Ethics Quarterly*, 2, 2002.

²¹⁸ Ovvero la situazione in cui si deve operare una scelta tra due opzioni ugualmente desiderabili, ma tra loro contrastanti.

²¹⁹ F. DEBENEDETTI, *op.ult.cit.*, p. 38.

²²⁰ Per approfondimenti, C. MAYER, *Prosperity, better business makes the greater good*, Oxford, 2018.

²²¹ L. BEBCHUK – R. TALLARITA, *The illusory promise of stakeholder governance*, in *Cornell Law Review*, 106, 2020, pp. 91-178, disponibile al link: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3544978, visitato il 9.09.2022.

²²² F. DEBENEDETTI, *op.ult.cit.*, p. 51.

massimizzare il valore per gli shareholder e per l'impresa. Una tesi diversa, ma più in linea con Friedman.

Approccio questo calzante in larga misura con lo stato dell'attuale quadro sociale e normativo, caratterizzato da spinte protezionistiche del «bene comune» (socialmente inteso), che non rinnega il profitto per l'impresa, ma che non lo persegue «ciecamente» (peraltro non funzionerebbe) come sostenuto da Friedman, a onor del vero, anche in ragione dell'epoca cui apparteneva²²³.

12. Gli economisti, come visto, si sono per tanto tempo concentrati sul profitto. Negli ultimi anni, però, qualcosa sta cambiando. Si può notare come nel periodo più recente vi sia un ritorno ad una visione ecologica della vita sociale, con lievissimi accenni in iniziative ed approcci normativi di «ecologia giuridica».

Precedentemente si è accennato alla visione economica del profitto ed alla conseguente gestione ad opera delle imprese e come queste riescano ad incidere attraverso l'influenza nel mercato sulla vita sociale dei cittadini/consumatori. Basta pensare allo strapotere economico delle grandi aziende dell'economia digitale, per renderci conto di come Microsoft e Google (solo per citarne due) abbiano cambiato la vita delle persone o a come Amazon abbia rivoluzionato il mondo non solo dell'e-commerce, ma soprattutto, per i suoi effetti (economici) dirompenti, il mercato globale della vendita al dettaglio.

L'impatto è enorme e muove esclusivamente in un'ottica di profitto per gli azionisti proprietari di queste società, ed è talmente grande che ci si è accorti che è necessario avere un approccio diverso se si vuole, in un certo senso, salvare la *societas* quale luogo di realizzazione dell'individuo appartenente ad una comunità.

Ed ecco allora le prime iniziative sorte a difesa dei beni comuni, il cd. *commoning*²²⁴, onde evitarne lo sfruttamento privato. Esempi sono state le due iniziative di Acqua Bene Comune – prima azienda a trasformare una rete idrica della città di Napoli sia nella proprietà che nella gestione a servizio della comunità – e Eau de Paris – che a Parigi ha assunto un'iniziativa simile per tutelare la natura pubblica del bene acqua – che hanno inserito negli statuti delle rispettive società l'obbligo di perseguire fini ecologici proibendo ogni operato finalizzato al profitto e vincolando i consigli di amministrazione²²⁵.

La ri-collocazione dei beni comuni al centro del panorama (anche) giuridico avrà un peso sempre maggiore. Stiamo assistendo, ormai da tempo, al dibattito sulla salvaguardia dell'ambiente e del clima nell'interesse della collettività in generale e proprio in quest'ambito si può dire vi sia stata la prima spinta normativa a tutela della collettività e volta

²²³ In questo senso il pensiero di L. ZINGALES, in *L'eredità di Friedman: dalla dottrina al teorema*, riportato in sintesi da F. Debenedetti, *op.ult.cit.*, pp. 82-83.

²²⁴ In tal senso, F. CAPRA – U. MATTEI, *Ecologia del diritto*, Sansepolcro, 2017, p. 203.

²²⁵ Si veda, F. CAPRA – U. MATTEI, *op.ult.cit.*, p. 207.

alla partecipazione diretta dei singoli all'obiettivo comune, ma anche allo sviluppo economico del mercato.

Il settore dell'energia, infatti, è stato orientato ad una forte transizione energetica verso un'economia a impatto carbonico neutro e di crescita sostenibile, anche in ragione dei diciassette *Sustainable Development Goals* (SDGs) adottati dall'ONU con l'Agenda 2030²²⁶.

A tali finalità risponde la dir. UE 2018/2001, sulla promozione dell'uso di energia da fonti rinnovabili (RED II). In tale direttiva, l'autoproduzione e consumo di energia rinnovabile occupa un ruolo centrale, anche sulla base del fondamentale convincimento che un approccio bottom up possa stimolare il cambiamento. Ecco, allora, come l'autoconsumo diventa (anche) un importante strumento, al di là della lotta contro i cambiamenti climatici, per stimolare il mercato, rendendolo più competitivo. Tale ultimo obiettivo è perseguito in maniera più esplicita dalla dir. UE 2019/944, sulle norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica. In Italia, l'art. 42 bis del d.l. cd. milleproroghe (convertito in l. 28 febbraio 2020, n. 8) ha dato ingresso nell'ordinamento a due nuove figure, rubricate «autoconsumo collettivo» e («comunità energetiche») «*Renewable Energy Communities*» (REC), previste dalla normativa europea in materia di promozione dell'uso delle fonti di energia rinnovabile. Entrambi, meccanismi di condivisione dell'autoproduzione e consumo di energia rinnovabile, adoperati da tempo con successo in tanti paesi, non solo europei²²⁷. La normativa introduce meccanismi di condivisione che vanno dall'utilizzo di piccoli impianti domestici, a beneficio di un intero edificio, fino a progetti più ambiziosi che coinvolgono un'intera comunità²²⁸. Tutto ruota attorno alla figura del

²²⁶ Sul nesso tra decarbonizzazione e la sostenibilità ambientale si rimanda per approfondimenti a L. RUGGERI, *Legislative Policies and Jurisprudence on Climate Change: New Tools for Removing the Barriers to New Forms of Energy Consumption*, in *Needs and barriers of prosumerism in the Energy Transition Era*, in L. Ruggeri (ed.), Dykinson, (Madrid, 2021), 98 e ss.. Si evidenzia che sarà necessario attendere per comprendere se gli obiettivi fissati dall'Onu non saranno modificati in un termine più lungo; ciò, in ragione del conflitto in corso – al momento in cui si scrive – tra Russia ed Ucraina che, anche per le aree geografiche coinvolte, avrà conseguenze sul mercato globale dell'energia non ancora valutabili.

²²⁷ M. MELI, *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di energy sharing*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 3 (Milano, 2020), p. 630; Si veda anche: L. TRICARICO sull'esperienza londinese della Banister House Solar, in *Community Energy Enterprises in the Distributed Energy Geography: A review of issue and potential approaches*, in *International Journal of Sustainable Energy Planning and Management*, (Milano, 2018), p. 81 e ss.; M. SOKOLOWSKI, *Renewable Energy Communities in the Law of the EU, Australia and New Zealand*, in *European Energy and Environmental Law Review*, (Milano, 2019), p. 34 e ss..

²²⁸ Soprattutto con riferimento a questa seconda ipotesi, la nuova figura introdotta viene spesso rappresentata nei termini di un vero e proprio processo di democratizzazione del sistema energetico. Si tratta, infatti, di una fattispecie che realizza una forma di comproprietà dei mezzi di produzione (dell'energia rinnovabile) ed una gestione condivisa dei meccanismi di distribuzione: tutti gli utenti, in altre parole, possono diventare produttori, consumatori e gestori, dando vita ad un nuovo modello di sviluppo del settore. Al riguardo, G. OSTI, *Energia democratica: esperienze di partecipazione*, in *Aggiornamenti sociali*, (2017), p. 113 e ss..

*Prosumer*²²⁹, ovvero un soggetto nello stesso tempo produttore e consumatore, ma anche in grado di generare benefici sociali che scaturiscono da nuovi modelli di economia condivisa.

Un'economia condivisa che, per i profili in commento, vede l'interesse maggiore incentrato sulla «comunità di energia rinnovabile»²³⁰ rispetto alla quale valgono le considerazioni relative al processo di trasformazione e di (supposta) democratizzazione del mercato elettrico²³¹.

A monte, la decisione di dar vita ad una comunità energetica, e dunque di far sì che più soggetti insieme diventino produttori di energia rinnovabile, per soddisfare il loro bisogno comune, può transitare dalle soluzioni più disparate: si potrà procedere ad una raccolta diffusa di capitali per reperire i mezzi necessari allo scopo, si potrà beneficiare dell'iniziativa di investitori privati, ci si potrà affidare a meccanismi di *project financing*, cooperazione o altre forme di aggregazione.

Partecipazione, quindi, diretta ed organizzata di una comunità alla produzione di beni ed al mercato.

D'altra parte, non poteva non esserci una «reazione» considerando che gli ultimi secoli della società moderna dell'era industriale ha generato un grave squilibrio costituzionale con una tutela – quasi esclusiva – del privato contro il pubblico, con uno sviluppo in tal senso anche della tradizione giuridica occidentale, impostata nella tutela degli interessi economici dei privati (quando però erano deboli!) dal governo²³².

Sinora, «sotto l'influenza degli economisti, appartenenti alle scuole di pensiero prevalenti, i professionisti del diritto hanno condiviso una visione dominante del diritto, evoluta gradualmente da insieme di concetti

²²⁹ Neologismo creato da A. TOFFLER, in *The Third Wave* (1987), con la previsione che i ruoli di produttore e consumatore avrebbero cominciato a fondersi e confondersi. Concetto cardine della transizione energetica, definito nella direttiva UE 2018/2001 all'art. 2 co.2 n.14, dove l'«auto-consumatore di energia rinnovabile [è] un cliente finale che, operando in propri siti situati entro confini definiti o, se consentito da uno Stato membro, in altri siti, produce energia elettrica rinnovabile per il proprio consumo e può immagazzinare o vendere energia elettrica rinnovabile autoprodotta purché, per un auto-consumatore di energia rinnovabile diverso dai nuclei familiari, tali attività non costituiscano l'attività commerciale o professionale principale». Al riguardo, v. anche: M. GIOBBI, in *Energy transition and E-mobility: a difficult combination*, M. Giobbi - G. Russo, 2021, in *Needs and barriers of prosumerism in the Energy Transition Era*, in L. Ruggeri (ed.), Dykinson, 2021; M. GIOBBI, *Dal consumatore al prosumer: l'evoluzione della protezione del cliente nei servizi di fornitura energetica*, in *Le Corti Umbre*, n. 1, 2017, pp. 23-39. R. GARETTO, *Overcoming energy poverty through becoming a prosumer*, in *Needs and barriers of prosumerism in the Energy Transition Era*, L. Ruggeri (ed.), Dykinson, 2021, p. 43 e ss..

²³⁰ La dir. RED II del 2018 all'art. 22 definisce la «comunità di energia rinnovabile», come «un soggetto giuridico che: a) conformemente al diritto nazionale applicabile, si basa sulla partecipazione aperta e volontaria, è autonomo ed è effettivamente controllato da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono o sono sviluppati dal soggetto in questione; b) i cui azionisti o membri sono persone fisiche, PMI o autorità locali, comprese le amministrazioni comunali; c) il cui obiettivo principale è fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari».

²³¹ M. MELI, *op.ult.cit.*, in nota 2, p. 630.

²³² Per approfondimenti, F. CAPRA – U. MATTEI, *op.ult.cit.*, p. 155.

scientifici assoluti da cui dedurre regole a una sorta di ingegneria sociale, uno strumento per il raggiungimento di un fine: l'efficienza del mercato»²³³.

A tale concetto si è affiancato quello di etica, nel senso ampio di «complesso di norme morali e di costume che identificano un preciso comportamento nella vita di relazione con particolare riferimento a situazioni storiche»²³⁴. In tal senso, ritorna quanto detto in tema di «spinta normativa» volta ad indurre un cambiamento sociale ed economico, quindi, per le relazioni tra individui e società e per le relazioni, economico-giuridiche, per le imprese. Un ruolo importante, al riguardo, possono sicuramente averlo le Società Benefit, date le loro peculiarità.

Le società con oggetto sociale ibrido devono la loro formalizzazione in testi di legge, al continuo e progressivo accreditamento presso il mercato mondiale di un ente di certificazione privato statunitense, il B-Lab. Quest'ultimo, dall'anno 2006, attribuisce, con soli «effetti sociali», e non giuridici, la possibilità di far uso della denominazione B-Corp a quelle società che si determinino ad esercitare un'impresa commerciale nel rispetto degli *stakeholders* coinvolti²³⁵.

Il vantaggio per una società di diventare una società benefit è dato dalla possibilità di ottenere la certificazione B Corp, che è una certificazione rilasciata alle aziende da B Lab²³⁶, ente non-profit statunitense, laddove rispettino elevate performance di sostenibilità sociale ed ambientale. L'ottenimento di tale certificazione permette alle aziende di differenziarsi sul mercato e di essere incluse in un'élite di enti di eccellenza che perseguono, unitamente al profitto, un impatto positivo sulla società e sull'ambiente²³⁷.

Le *benefit corporation*, dunque, accolgono un oggetto sociale in cui il tradizionale perseguimento dello *shareholders value*²³⁸, risulta mitigato o, comunque, diluito da altri valori incondizionatamente adottati dai soci in sede di costituzione della società o di modificazione dello statuto. In tal modo, le *benefit corporation* si allineano ad un filone di modelli con cui diversi sistemi giuridici, di *common* e di *civil law*, hanno offerto agli attori del mercato la possibilità di adottare strumenti alternativi per l'esercizio dell'impresa collettiva nel segno della sostenibilità sociale²³⁹.

²³³ Così, F. CAPRA – U. MATTEI, *op.ult.cit.*, p. 142.

²³⁴ Così definita in voc. Treccani, <https://www.treccani.it/vocabolario/etica/>

²³⁵ A. GALLARATI, *Incentivi e controllo del mercato nella società benefit. Un'analisi economica e comparata*, in *Contratto e Impr.*, 2, Milano, 2018, p. 806 e ss.. Per ulteriori dettagli, anche: <https://www.bcorporation.net/what-are-b-corps/about-b-lab>.

²³⁶ Certificazione alternativa è rilasciata secondo gli standards da *Global Reporting Iniziative* (GRI).

²³⁷ A. RUOTOLO, *Questioni notarili*, in *Ufficio Studi del Consiglio Nazionale del Notariato*, (2016).

²³⁸ Sul tema si vedano: M. FRIEDMAN, *The social responsibility of Business is to Increase its Profits*, in *New York Times Magazine*, 13, 1970, <http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-respbusiness.html>; M. JENSEN, *Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function*, in *Journal of Applied Corporate Finance*, 3, 2001, p. 14; H. HANSMANN – R. KRAAKMAN, *The End of History of Corporate Law*, in *Geo. L. J.*, 89, 2001, p. 439.

²³⁹ «Negli Stati Uniti, in particolare, le *benefit corporation* rappresentano una risposta dell'ordinamento ad una precisa domanda di modelli di questo tipo proveniente dai

Altra tipologia di società con scopi a beneficio comune è la *Community Benefit Society*, o Ben-com²⁴⁰. Una forma di Società, registrata presso la *Financial Conduct Authority* (FCA), che deve esistere ed operare a beneficio della comunità, con la prevista limitazione della responsabilità per i suoi membri al capitale sociale della società. Protegge gli amministratori dalla responsabilità personale per atti compiuti nell'ambito dei loro poteri gestionali, in modo che possano operare senza il rischio di responsabilità operative.

Tale forma societaria deve reinvestire gli eventuali profitti nell'attività a beneficio della comunità per cui è stata creata. Se il suo scopo è esclusivamente di beneficenza, può richiedere il riconoscimento come ente di beneficenza e, se accettato, può godere degli stessi benefici fiscali degli enti di beneficenza registrati. Allo stesso modo, una Ben-com può non avere scopi interamente caritatevoli, ma in ogni caso la FCA la registrerà solo se «l'industria, l'attività o il commercio della società siano o siano destinati a essere condotti a beneficio della comunità». V'è, inoltre l'obbligo continuo di portare avanti l'attività di impresa, pena la cancellazione dal registro.

Venendo all'Italia, nel 2016 le società benefit sono state introdotte dai commi da 376²⁴¹ a 384 dell'art. unico della l. 28 dicembre 2015, n. 208 (Legge di stabilità 2016). Non si tratta in alcun modo di un nuovo tipo sociale, tanto che possono essere società benefit le società di persone e di capitali e le società cooperative e mutue assicuratrici. In sostanza, l'unica peculiarità di tali società è rappresentata da un affiancamento allo scopo proprio del tipo del perseguimento di finalità di beneficio comune²⁴²; è,

consumatori, dagli investitori e dagli stessi imprenditori», così A. GALLARATI, *op.ult.cit.*, p. 806. Si veda anche: W.H. CLARK – E.K. BABSON, *How Benefit Corporations Are Redefining the Purpose of Business Corporations*, in *W. Mitchell Law Review*, 38, 2012, p. 819.

Nel Regno Unito, per restare a sistemi di *common law*, la *Community Interest Companies* (CIC) è emersa per l'assenza da molti evidenziata di una forma di società con scopi sociali e senza scopo di lucro, simile alla benefit corporation degli USA. Lo scopo della CIC è principalmente un vantaggio di comunità, piuttosto che profitto privato. Sebbene i rendimenti per gli investitori siano consentiti, questi devono essere equilibrati e ragionevoli, per incoraggiare gli investimenti nel settore dell'impresa sociale, garantendo al contempo un vero beneficio per la comunità. Principali norme di riferimento sono: 1. the Companies Act 2006, subordinate legislation made under that Act, and related legislation, such as, the Insolvency Act 1986. In essa, generalmente, si fa riferimento a “Companies Legislation”; 2. the Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004 Part 2 and Schedules 3 to 7. In essa si fa riferimento al “CAICE Act”; 3. the Community Interest Company Regulations 2005, dove ci si riferisce al “CIC Regulations 2005”. Si veda, C. WITCHARD, *Office of the Regulator of Community Interest Companies: Information and guidance notes*, UK, (London, 2016), C. 1, § 1.2.

²⁴⁰ Per approfondimenti: www.stoneking.co.uk.

²⁴¹ G. MARASÀ, *Imprese sociali, altri enti del terzo settore, società benefit*, Torino, 2019, p. 13: «L'incipit di tale comma precisa che il legislatore italiano si prefigge l'obiettivo di promuovere la costituzione delle società benefit e favorirne la diffusione. Dunque, anche tale disciplina di inserisce nell'ambito della legislazione premiale e di sostegno alle imprese».

²⁴² «Per beneficio comune, in particolare, si intende il “perseguimento, nell'esercizio dell'attività economica della società benefit, di uno o più effetti positivi” ovvero della “riduzione degli effetti negativi”, che debbano prodursi rispetto a: (i) persone; (ii) comunità; (iii) territori e ambiente; (iv) beni ed attività culturali e sociali, (v) enti e associazioni; nonché (vii) altri portatori di interesse (cioè il soggetto o i gruppi di soggetti che la società coinvolge,

infatti, inserito il requisito obbligatorio dell'indicazione nell'oggetto sociale dell'obbligo di operare «in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse».

Quanto sopra osservato comporta, perlomeno, che l'oggetto sociale includa un impegno a perseguire una politica di *social responsibility* – in parte generica ed in parte mirata al perseguimento del beneficio comune – che potrà, a seconda dei casi, concretizzarsi in una vera e propria attività no profit, collocandosi entro l'area di azione riservata alle associazioni, alle fondazioni e ad altre entità privi di scopo di lucro.

Viene quindi in considerazione una prima differenza con la benefit corporation, come recepita, sull'insegnamento della *Model Benefit Corporation Legislation* (Model Act), nella maggior parte degli Stati nord-americani.

La benefit corporation, infatti, affianca allo scopo (di lucro) tradizionale un *general public benefit*, riconducibile al nostro «operare in maniera sostenibile, responsabile e trasparente», a cui i soci possono eventualmente affiancare uno «*specific public benefit*»²⁴³, riconducibile in una certa misura al «beneficio comune» previsto dalla nostra legislazione in materia. «Il primo, che consiste in un «*material positive impact on society and environment*», considerati nel loro insieme²⁴⁴, costituisce elemento imprescindibile di questo tipo di enti. Il secondo, invece, che rappresenta un elemento eventuale, non può in alcun modo limitare il primo e va rintracciato in qualsiasi ulteriore determinato beneficio per la società o l'ambiente, tra cui, si elencano, a mero titolo esemplificativo, l'azione della società in favore di individui o comunità specifiche, la creazione di posti di lavoro oltre l'ordinario corso degli affari, la preservazione dell'ambiente e della salute, la promozione di arti, scienze e, in generale, della conoscenza, nonché il finanziamento di enti e organizzazioni no profit»²⁴⁵.

Sembrerebbe, pertanto, che tali società (statunitensi) debbano prima di tutto operare nel rispetto generale di ambiente e società, con la conseguenza di adottare per statuto una politica di *corporate social responsibility*, a cui potrà essere associato altro scopo no profit, caratteristico di organizzazioni per l'appunto prive dello scopo di lucro²⁴⁶.

«Nell'ordinamento italiano, invece, per le società benefit è indicato sia lo scopo di lucro, sia lo scopo di beneficio comune, senza precisare se l'uno o l'altro debba prevalere. Ne risulta un modello societario, funzionalmente molto elastico, che si presta a ricomprendere una vasta gamma di fattispecie concrete. La conseguenza è che l'autonomia dei soci può attribuire allo scopo di beneficio comune un ruolo funzionalmente preponderante oppure

direttamente o indirettamente, nella propria attività d'impresa, come i lavoratori, i clienti, i fornitori, i finanziatori, i creditori, la pubblica amministrazione e la società civile, nel suo complesso)», così A. GALLARATI, *op.ult.cit.*, p. 806 ss..

²⁴³ Si veda per il Maryland, MD Corp. & Assn. Code § 5-6C-06 (2015) e la Model Benefit Corp. Leg. § 102.

²⁴⁴ Model Benefit Corp. Leg. § 102.

²⁴⁵ A. GALLARATI, *op.ult.cit.*, p. 806 e ss..

²⁴⁶ In tal senso, A. GALLARATI, *op.ult.cit.*, p. 806 ss. .

minimo cosicché, specularmente, lo scopo di lucro – oggettivamente inteso quale produzione di massimo profitto – ne risulterà più o meno compresso»²⁴⁷. Questo aspetto differenzia le suddette società dagli Enti del Terzo Settore nei quali il perseguimento di finalità solidaristiche e di utilità sociale deve costituire lo scopo esclusivo o principale dei partecipanti.

Inoltre, può considerarsi superato il dubbio relativo al problema se un'ordinaria società ex art. 2247 c.c., così come un'ordinaria società cooperativa²⁴⁸ ex art. 2251 c.c. – considerato che, al comma 377 della legge introduttiva delle società benefit, è alle stesse consentito l'accesso – possano perseguire scopi di beneficio comune quali ora definiti dalla legge. «Ebbene, prima dell'introduzione nell'ordinamento delle società benefit, tale dubbio era pressoché inesistente in ragione del fatto che tali scopi di beneficio comune, potessero essere facilmente ricondotti a politiche di responsabilità sociale di impresa adottate dagli amministratori, in piena compatibilità col perseguimento di scopi lucrativi e/o mutualistici dei soci. (...) impostazione oggi condivisibile tenuto conto che il dettato normativo del comma 379 della succitata legge, che obbliga alla modifica statutaria per il perseguimento di scopi di beneficio comune, può essere considerato come un onere a carico di quelle società che vogliono acquisire la qualifica di società benefit e non come un divieto per le altre (non benefit) a perseguire scopi di beneficio comune»²⁴⁹.

Gli scopi a beneficio delle comunità delle società sinora descritte determinano la deduzione che almeno, ma non solo, sul piano ideologico, i citati cambiamenti stanno influenzando anche sulle scelte di governance e gestorie in genere nella convinzione che siano ormai maturi i tempi per prediligere interessi sociali in chiave «allargata» e non limitati all'interesse dei soci.

Occorre necessariamente avere consapevolezza dell'idea secondo la quale l'attività di impresa, ovviamente inclusiva dell'interesse dei soci, non può essere distaccata dal contesto in cui l'impresa opera e dagli interessi di

²⁴⁷ G. MARASÀ, *op.ult.cit.*, p. 112.

²⁴⁸ Per approfondimenti sul tema dei modelli di società cooperativa in relazione agli attuali aspetti e funzionamento del mercato economico, si veda: F. CASALE, *La sostenibilità delle imprese collaborative*, in *L'impresa sostenibile*, D. Caterino - I. Ingravallo, Euriconv, 2020, p. 111 -133.

²⁴⁹ G. MARASÀ, *op.ult.cit.*, p. 20. Conferme in tal senso sono ricavabili anche dall'attuale normazione, anche di matrice europea, in tema di sostenibilità, dove gli obblighi degli obiettivi SDGs vanno chiaramente perseguiti da tutte le società, che scelgono *policies* riconducibili ad una ESG identity, ma che prescindono dalla qualifica di società benefit che, in un certo senso, può essere considerato un ulteriore impegno sul piano valoriale con ricadute gestionali operate da tale «scelta». *Contra*, L. VENTURA, *Benefit corporation e circolazione di modelli: le «società benefit», un trapianto necessario?*, in *Contratto e Impr.*, Milano, 2016, p. 1134: parrebbe perlomeno dubbia la possibilità che le cooperative adottino la clausola benefit nell'oggetto sociale. Più precisamente all'Autore pare «asistemático il richiamo alle società cooperative. Queste, infatti, non possono essere collocate all'interno della categoria delle società lucrative di cui all'art. 2247 c.c. e, dunque, non rientrano nella definizione generale di società benefit fornita dal legislatore all'art. 1, comma 376, della legge di stabilità 2016, in quanto caratterizzate da un diverso scopo, quello mutualistico (artt. 2511 e 2515 c.c.)».

tutti i soggetti, stakeholders appunto, diversi dai soci che a vario titolo entrano in contatto con l'impresa stessa²⁵⁰.

La conclusione deducibile è che l'inclusione di tali tematiche nelle scelte degli amministratori è doverosa, laddove essa contribuisce alla ricerca e alla definizione di strategie che mirano all'efficienza gestionale e alla continuità nella produzione di valore, ma che rimangono comunque orientate allo scopo del profitto sebbene a lungo termine.

Con riguardo alle società benefit, è da evidenziare che pur essendo richiesto agli amministratori di tali società di bilanciare l'interesse dei soci con l'interesse di coloro sui quali l'attività sociale possa avere un impatto, queste debbono attuare la propria attività in modo da svolgere quel bilanciamento²⁵¹, che è uno strumento necessario per l'operatività e la sopravvivenza dell'impresa, esprimendo la ricerca di un equilibrio fra produzione ed effetti della stessa²⁵².

«Resta evidente, altresì, che le Società Benefit sono e restano società lucrative nelle quali la compagine sociale ha scelto volontariamente di vincolare l'organo amministrativo a rispettare la missione di beneficio comune (pena la responsabilità degli amministratori secondo le disposizioni del tipo societario coinvolto) rispondendo ad una logica fondata sulla capacità del business e sulla forza sottesa all'interesse personale, per produrre un risultato vantaggioso per la collettività. Ed è proprio tale aspetto che può spingere un capitalismo evoluto che aspira a risolvere i problemi sociali più impellenti senza rinunciare, ma anzi avvalendosi, delle logiche del profitto».²⁵³

Un'idea questa, che viene sollecitata anche da quelle ideologie che sono molto attente ai temi del sociale e dell'individuo. Per meglio comprendere vale la pena riportare qui testualmente le seguenti considerazioni: «Nell'Enciclica *Centesimus annus* Giovanni Paolo II parla in una prospettiva etico-culturale sia dell'impresa che del profitto. Di ambedue queste complesse realtà Egli coglie, tra l'altro, due aspetti di una semplicità disarmante e, contemporaneamente, di una ricchezza assai profonda. Dell'impresa dice che è prima di tutto e soprattutto una «comunità di

²⁵⁰ A. BUSANI, *Regole di corporate governance*, Milano 2021, p. 10. «Da ultimo, l'associazione dei CEO delle più importanti società per azioni statunitensi (Business Roundtable) ha rilasciato un comunicato su "Lo scopo di una società per azioni", nel quale si afferma che, pur perseguendo ciascuna società il proprio scopo sociale, gli amministratori esecutivi firmatari condividono un impegno essenziale verso «tutti» (sottolineato, nel testo della dichiarazione) i loro stakeholders. All'affermazione segue una lista di destinatari di tale impegno: primi i clienti, seguono lavoratori, fornitori, comunità di riferimento, e solo ultimi si menzionano gli azionisti, verso i quali si promette di generare valore nel lungo periodo. Ciascun gruppo di stakeholders viene qualificato come essenziale»; così N. CIOCCA, *Sostenibilità. Profili giuridici, economici e manageriali delle PMI Italiane*, F. Massa (a cura di.), Torino, 2019, p. 91 e *Business Roundtable, Statement on the Purpose of a Corporation*, 19 agosto 2019: «While each of our individual companies serves its own corporate purpose, we share a fundamental commitment to all of our stakeholders». Per diverse chiavi di lettura del documento, M. ROE, *Why Are America's CEOs Talking About Stakeholder Capitalism Now?*, 2019, su www.law.ox.ac.uk.

²⁵¹ In tal senso, G. MARASÀ, *op.ult.cit.*, p. 112.

²⁵² N. CIOCCA, *op.ult.cit.*, p. 95.

²⁵³ Così, A. BUSANI, in nota 18, p. 10.

uomini» (n. 35). Del profitto afferma che «è un indispensabile indicatore del buon andamento dell'azienda», ma non è l'unico (Idem). Affermazioni di una grande semplicità e apparentemente povere di contenuto. Eppure ricche di rimandi in due precise direzioni: a) nessuno dei due elementi - impresa e profitto - si qualifica veramente per quello che intimamente è per i suoi soli aspetti materiali (la comunità di uomini non è, infatti, qualcosa di materiale e il profitto è l'indice, non unico, di un «buon funzionamento», cioè di qualcosa di immateriale); b) impresa e profitto rimandano ad un contesto antropologico, che trascende entrambi e conferisce loro un senso preciso: si tratta della centralità e totalità della persona, ovvero del primato del lavoro sul capitale. Il riferimento alla persona umana offre, non solo, si badi, un senso etico, ma anche - non ci si stupisca! - un senso economico. In altre parole, il Santo Padre indica che l'impresa e il profitto, che sembrano essenzialmente e primariamente realtà economiche, non si spiegano con la sola economia nemmeno nei loro aspetti economici. Mi sembra un'interessante sfida sia all'etica che all'economia»²⁵⁴.

Profitto, quindi, ma accompagnato da un'attenzione ai risvolti ed agli effetti sociali dell'attività d'impresa esercitata.

13. La valutazione dell'impatto sociale, ha assunto particolare rilievo in ragione dell'orientamento in materia dettato a livello europeo²⁵⁵, che ha indotto anche l'avvio della Riforma del Terzo settore italiano.

Detto ciò, per valutazione dell'impatto sociale si intende la valutazione qualitativa e quantitativa, sul breve, medio e lungo periodo, degli effetti delle attività svolte sulla comunità di riferimento rispetto all'obiettivo individuato.

Inoltre, «il valore sociale creato rimanda alla capacità di un'organizzazione di determinare un cambiamento tangibile e duraturo in un determinato contesto d'azione, modificando significativamente le condizioni di vita dei destinatari della missione sociale»²⁵⁶. Queste imprese,

²⁵⁴ Card. R. R. MARTINO, *L'impresa tra etica e profitto*, intervento presso la "Fondazione Antonio Genovesi – SDOA" di Salerno, per il master in "Direzione di impresa" in data 18.06.2004, disponibile al seguente link, visitato il 9.09.2022: https://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20040618_martino-vietri_it.html.

²⁵⁵ Comitato Economico Sociale Europeo (CESE) 2013, «che [ha previsto] che l'obiettivo della misurazione dell'impatto sociale sia "misurare gli effetti sociali e l'impatto sulla società determinati da specifiche attività di un'impresa sociale" e che "qualsiasi metodo di misurazione va elaborato a partire dai risultati principali ottenuti dall'impresa sociale, deve favorire le attività, essere proporzionato e non deve ostacolare l'innovazione sociale. Il metodo dovrebbe prefiggersi di trovare un equilibrio tra dati qualitativi e quantitativi, nella consapevolezza che la 'narrazione' è centrale per misurare il successo"», così S. ZAMAGNI – P. VENTURI – S. RAGO, *Valutare l'impatto sociale. La questione della misurazione nelle imprese sociali*, in *Impresa sociale. Dossier valutazione e dintorni*, 2022, p. 25 e ss.. Il parere del CESE in merito è disponibile al link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IE6135&from=GA>.

²⁵⁶ Per approfondimenti: F. PERRINI – C. VURRO, *La valutazione degli impatti sociali. Approcci e strumenti applicativi*, Milano, 2013; F. PERRINI, *Social entrepreneurship. Imprese innovative per il cambiamento sociale*, Milano, 2007; ID., *Management. Economia e gestione*

infatti, diffondono i valori di equità, tolleranza, solidarietà e mutualità, coerentemente con gli scopi statutari e con trasparenza, all'interno della comunità creando valore nei confronti degli stakeholder.

Per di più, le stesse imprese producono ricchezza economica e finanziaria e laddove in linea con un interesse per la società, o molto spiccatamente nel caso delle imprese sociali, contribuiscono a generare «valore istituzionale contribuendo al rafforzamento della sussidiarietà a diversi livelli istituzionali influenzando le politiche del territorio, istituendo partnership pubblico-private e condividendo visioni e obiettivi comuni con le istituzioni»²⁵⁷.

Chiarito quanto sopra, è da evidenziare che a livello globale le modalità di calcolo della valutazione in commento sono tante²⁵⁸. Tutte, però, si basano su *input*, *output*, *outcome* ed impatto.

«Gli *input*, sono tutte quelle risorse di diversa natura (denaro, competenze e tempo di individui e organizzazioni, edifici e altri beni fissi come macchinari) impiegate nelle attività, ovvero il lavoro intrapreso utilizzando le risorse con lo scopo di fornire il risultato desiderato»²⁵⁹.

«Gli *output* sono prodotti, beni capitali e servizi risultanti da un intervento, ovvero, i risultati immediati delle attività svolte dall'organizzazione. [Tra essi rientrano] anche i cambiamenti risultanti dall'intervento suddetto e che sono rilevanti per il raggiungimento dell'*outcome*. Gli *output* sono, quindi, risultati che l'azienda ottiene nel breve periodo, i cui effetti sono direttamente controllabili e sotto la responsabilità dell'organizzazione stessa»²⁶⁰. «Gli indicatori di *output* misurano, [pertanto], la quantità, e a volte la qualità, dei beni e dei servizi prodotti dall'organizzazione (*output*) e l'efficienza della produzione, risultato di un'azione, di un progetto o di un programma che l'organizzazione mette in atto»²⁶¹, «senza però estendersi all'efficacia dell'intervento, che è invece contemplata nei risultati e nell'impatto»²⁶².

«Gli *outcome* sono gli effetti (cambiamenti comportamentali, istituzionali e sociali) osservabili nel medio-lungo periodo, 3 /10 anni,

delle imprese, Milano, 2013. Ed ancora: L.R. CRUTCHFIELD – H.M. GRANT, *Forces for Good: The Six Practices of High-Impact Non profits*, San Francisco, 2008; C. ROCHE, *Impact Assessment for Development Agencies: Learning to Value Change*, Oxford, 1999, disponibile al link: <https://policy-practice.oxfam.org/resources/impact-assessment-for-development-agencies-learning-to-value-change-122808/>; Si vedano anche: S. ZAMAGNI – P. VENTURI – S. RAGO, *op.ult.cit.*, p. 27.

²⁵⁷ S. ZAMAGNI – P. VENTURI – S. RAGO, *op.ult.cit.*, p. 27.

²⁵⁸ Per un'elencazione esaustiva si rimanda a: S. ZAMAGNI – P. VENTURI – S. RAGO, *op.ult.cit.*, tabella 1.

²⁵⁹ GECES, *Approcci proposti per la misurazione dell'impatto sociale, Sottogruppo GECES sulla misurazione dell'impatto 2014*, Commissione Europea, Luxembourg, 2015, disponibile al link: <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=13401&langId=it>.

²⁶⁰ S. ZAMAGNI – P. VENTURI – S. RAGO, *op.ult.cit.*, p. 27.

²⁶¹ OECD (Organization for Economics Co-operation and Development), *Principles for the Evaluation of Development Assistance*, DAC (Development Assistance Committee), Parigi, 1991, p. 3-11, disponibile al seguente link: <https://www.oecd.org/development/evaluation/2755284.pdf>.

²⁶² Così, GECES, *op.ult.cit.*, *passim* e S. ZAMAGNI – P. VENTURI – S. RAGO, *op.ult.cit.*, p. 28.

raggiunti o presumibili degli output dell'intervento (azione, progetto, programma). Gli indicatori di *outcome* misurano (...) i risultati intermedi generati dagli output di un programma/progetto/azione, aiutando a verificare che i cambiamenti positivi ipotizzati abbiano davvero avuto luogo»²⁶³. Evidente, pertanto, che tali risultati, oltre che dall'azione intrapresa dall'organizzazione, sono recisamente influenzati anche da fattori esterni che pur devono essere considerati al momento della costruzione degli indicatori (situazione economica e sociale dei beneficiari, eventuali resistenze culturali, ostacoli al raggiungimento degli obiettivi prefissati, ecc.)²⁶⁴.

Per la definizione di impatto, la prima cosa da evidenziare è che non è in tal caso riferito alla sua accezione comune²⁶⁵ in ambito di analisi dei rischi, quale componente per il calcolo del rischio.

Per quel che qui ci riguarda, invece, l'impatto è «definito come il cambiamento sostenibile di lungo periodo (positivo o negativo; primario o secondario) nelle condizioni delle persone o nell'ambiente che l'intervento ha contribuito parzialmente a realizzare, poiché influenzato anche da altre variabili esogene (direttamente o indirettamente; con intenzione o inconsapevolmente)»²⁶⁶.

Per di più, soltanto attraverso la misurazione e la contabilizzazione dei fattori suddetti che si può effettivamente valutare l'impatto che un'attività sta avendo. Non si operasse con tale analisi contro-fattuale, si correrebbe il rischio di «investire» in iniziative che non avrebbero gli effetti auspicati. Pertanto, la verifica e validazione degli *outcome* calcolati, consente di mitigare il rischio sopraccennato e consentire le giuste valutazioni, laddove si scegliesse di adottare iniziative ad impatto sociale.

Una delle fasi che portano, appunto alla definizione corretta dell'impatto è quella della *deadweight*²⁶⁷, ovvero di quella valutazione (controfattuale)

²⁶³ Al riguardo, OECD (Organization for Economics Co-operation and Development), *op.ult.cit.*, p. 3-11 e S. ZAMAGNI – P. VENTURI – S. RAGO, *op.ult.cit.*, p. 27.

²⁶⁴ Per approfondimenti, anche sulla modalità di costruzione degli indicatori, si veda S. ZAMAGNI – P. VENTURI – S. RAGO, *op.ult.cit.*, p. 29-31.

²⁶⁵ Nell'analisi dei rischi, l'impatto viene ad essere una delle due componenti necessarie per la misurazione e valutazione del rischio stesso. Per ogni evento (minaccia o opportunità) di rischio, infatti, vanno valutate la probabilità che possa accadere e l'impatto che avrebbe se accadesse. Generalmente si utilizza quale strumento di valutazione la matrice di impatto (o di rischio), ovvero un diagramma che rappresenta visivamente i rischi associati ad un determinato processo lavorativo, tenendo in considerazione la gravità e la probabilità, entrambi graduati secondo la scala prescelta. L'impatto, quindi viene a coincidere con la gravità, col danno verificabile.

²⁶⁶ S. ZAMAGNI – P. VENTURI – S. RAGO, *op.ult.cit.*, p. 28.

²⁶⁷ «La *deadweight* viene calcolata in percentuale. Ad esempio, una valutazione di un programma di rigenerazione urbana ha rilevato che c'era stato un incremento del 7% dell'attività economica nell'area prima dell'inizio del programma. Al contrario, l'economia nazionale, nello stesso periodo, era cresciuta del 5%. (...) per analizzare quanto l'economia locale è cresciuta grazie ai cambiamenti economici generali e quanto grazie all'intervento specifico che viene preso in esame, si [dovrà] fare riferimento a gruppi di comparazione o benchmark», così su Creazione Impresa al link: <https://creazioneimpresa.net/2017/11/21/la-definizione-dellimpatto-outcome-nel-calcolo-del-sroi-deadweight-spiazzamento/#:~:text=Il%20deadweight%20%C3%A8%20la%20misura,Viene%20calcolato%20in%20percentuale>.

di cosa sarebbe accaduto se non vi fosse stata l'iniziativa adottata dall'organizzazione²⁶⁸.

Uno degli strumenti maggiormente utilizzati «per comprendere, determinare e gestire il valore degli *outcome* sociali, economici e ambientali generati da un'attività o un'organizzazione, è il *Social Return On Investment* (SROI d'ora in poi); utile sia per la pianificazione strategica che per la comunicazione dell'impatto sociale generato, a sua volta in grado di attrarre investimenti»²⁶⁹.

La procedura (valutativa) di calcolo dello SROI, prevede la formulazione in termini monetari dei costi, dei benefici e delle eventuali conseguenze negative di un'attività, accompagnata da un resoconto degli effetti del progetto, sulla base di sette principi: 1. coinvolgimento degli *stakeholders*; 2. misurazione dei cambiamenti previsti e imprevisti sia positivi che negativi; 3. valutare ciò che conta con gli strumenti opportuni; 4. usare solo ciò che è materiale (rilevante); 5. non sovrastimare gli *outcome*; 6. essere trasparenti nella misurazione; 7. verificare il risultato includendo anche terze parti. Le fasi di applicazione di questi principi sono sei²⁷⁰, tutte osservabili in un classico ciclo *Plan-Do-Check-Act* (o ciclo di Deming).

Fondamentale per la costruzione di un corretto metodo di misurazione è che questo contempli al suo interno un ruolo centrale della comunità, intesa sia come beneficiari che come soggetti da coinvolgere nel processo di misurazione dell'impatto. In pratica, per l'identificazione degli stakeholder è necessario stilare un primo elenco di possibili soggetti interessati e dei relativi cambiamenti materiali che li riguardano secondo un criterio di rilevanza, ovvero di quella misura in cui gli obiettivi di una attività sono coerenti con le premesse del progetto e le esigenze degli stakeholder interni ed esterni²⁷¹.

«Con riferimento alla fase 2, la mappa dell'impatto prevede la compilazione dei campi riguardanti la quantificazione e la descrizione degli input, degli output e degli outcome di progetto o dell'organizzazione. L'identificazione degli outcome deve avvenire necessariamente con la partecipazione attiva degli stakeholder, riorganizzati se si individuano degli outcome intermedi. È fondamentale, [infatti], assegnare correttamente un singolo outcome a una singola categoria di stakeholder, per evitare il doppio conteggio (assegnare uno stesso outcome a due stakeholder)»²⁷².

²⁶⁸ Per approfondimenti, S. ZAMAGNI – P. VENTURI – S. RAGO, *op.ult.cit.*, p. 28. Per la definizione, si veda: COMMISSIONE EUROPEA, *EVALSED The resource for the evaluation of Socio-Economic Development. Evaluation guide*, Bruxelles, 2003, p. 97, disponibile al link https://ec.europa.eu/regional_policy/en/information/publications/evaluations-guidance-documents/2013/evalsed-the-resource-for-the-evaluation-of-socio-economic-development-evaluation-guide, p. 97.

²⁶⁹ Così, S. ZAMAGNI – P. VENTURI – S. RAGO, *op.ult.cit.*, p. 28.

²⁷⁰ Per approfondimenti sui principi e sulle fasi di calcolo dello SROI, si vedano S. ZAMAGNI – P. VENTURI – S. RAGO, *op.ult.cit.*, p. 25 e ss. e M. BUSACCA – A. CAPUTO, *Valutazione, apprendimento e innovazione nelle azioni di welfare territoriale. 2 Il Social Return On Investment*, in *Studi e ricerche* 21, DOI 10.30687/978-88-6969-408-0/004, p. 39-50.

²⁷¹ S. ZAMAGNI – P. VENTURI – S. RAGO, *op.ult.cit.*, p. 32.

²⁷² Testualmente: M. BUSACCA – A. CAPUTO, *op.ult.cit.*, p. 43.

Individuati e verificati le fonti ed i dati, sia qualitativi che quantitativi, si può successivamente passare alla misurazione dell’impatto, mediante la scelta della metodologia e dello strumento più appropriato rispetto agli obiettivi prefissati e al conseguente avvio del processo di misurazione.

«L’ultima fase del modello riguarda la “valutazione”, nel senso etimologico del termine: “valutare” significa infatti attribuire valore, ossia significato, ai risultati conseguiti dal processo di misurazione, riconnettendo gli esiti quali-quantitativi del processo di misurazione all’interno di un paradigma che permetta di comprendere, attraverso la sua contestualizzazione all’interno di un modello interpretativo, il contributo specifico ossia il valore aggiunto sociale delle imprese oggetto di analisi, (...) [dai quali esiti ed in ragione del contributo sociale offerto e raggiunto], l’organizzazione potrà per lo sviluppo futuro, valutare i modi di rispondere sempre più puntualmente ai bisogni insoddisfatti della propria comunità di riferimento»²⁷³.

Graficamente²⁷⁴, quanto sopra detto:



Tutto quanto sopra detto, induce una riflessione circa gli effetti economici derivanti da un’operazione/investimento sociale, ad opera di un’organizzazione.

Proviamo a fare un esercizio di stile chiarendo sin d’ora che, non essendo chi scrive un’economista, ci si avvarrà di esempi svolti altrove.

Ipotizziamo che un’impresa, cosa peraltro accaduta nei recentissimi tempi²⁷⁵ di profonda crisi, voglia distribuire compensi o premi straordinari

²⁷³ S. ZAMAGNI – P. VENTURI – S. RAGO, *op.ult.cit.*, p. 34.

²⁷⁴ Fonte elaborazione AICCON, S. ZAMAGNI – P. VENTURI – S. RAGO, *op.ult.cit.*, p. 34.

²⁷⁵ A titolo di esempio: Ferrari (Maranello), ha “condiviso con le organizzazioni sindacali italiane firmatarie dell’accordo sul Premio di competitività, basato su indicatori di performance aziendale, un’integrazione del premio per il 2020 pari a 2.100 euro lordi con

ai propri dipendenti quale forma di sostegno (operazione ad impatto sociale) in momenti di particolare difficoltà. Ebbene, quali gli effetti generati da tale gesto?

Per comprendere meglio, bisogna accennare al concetto di «propensione marginale al consumo» (PMC), in economia definita come «la proporzione di un aumento aggregato della retribuzione che un consumatore spende per il consumo di beni e servizi, invece di risparmiarlo»²⁷⁶. E' espressa dal rapporto tra l'incremento del consumo e l'incremento del reddito che ne è la causa. Misura, in altri termini, qual è l'incremento dei consumi per ogni euro di incremento del reddito. Ciò vuol dire che una propensione pari a 0,7 indica che un incremento di 100 euro del reddito produce un aumento dei consumi pari a 70 euro.

Presenta due fondamentali caratteristiche: 1. come detto, la PMC è la proporzione di un aumento del reddito che viene spesa per il consumo; 2. varia in base al livello di reddito.

Inoltre, ma non meno importante per ciò che ci riguarda, la PMC è tipicamente più bassa a redditi più alti, e ancor più importante è più alta a redditi più bassi.

Supponiamo ad esempio, che un dipendente riceva un bonus di mille euro in aggiunta ai normali guadagni annuali. Se decide di spenderne settecento e risparmiarne trecento, la propensione marginale al consumo sarà 0,7 ($\frac{€ 1.000}{€ 700}$)²⁷⁷.

Infine, è un fattore determinante del moltiplicatore keynesiano che descrive l'effetto dell'aumento degli investimenti o della spesa pubblica come stimolo economico. In breve, l'aumento della spesa pubblica determina un aumento del reddito; questo fa aumentare il risparmio e il consumo, che a sua volta fa aumentare ulteriormente il reddito, e così via²⁷⁸.

Con estrema semplificazione, possiamo intuire che un aumento di reddito genera un aumento dei consumi che, in un contesto macroeconomico e insieme ad altre componenti, genera a sua volta un ulteriore aumento di reddito, che riavvia il ciclo suddetto.

Tornando, quindi, alla ipotetica operazione sociale adottata da un'impresa a vantaggio dei suoi dipendenti, anche in ragione di quanto spiegato rispetto alla PMC per i redditi bassi, si comprende quali possano essere gli effetti benefici in tema di economia locale e/o generale.

erogazione prevista per il prossimo mese di aprile". Ciò si traduce in 7.526,14 euro lordi per ogni dipendente del Cavallino. Stellantis (Gruppo Fiat), ai propri dipendenti italiani, ha versato un premio di circa il 6% della retribuzione, pari a 1.370 euro. De Longhi ha distribuito un bonus straordinario agli oltre 10.500 dipendenti sparsi su tutto il territorio, stanziando circa 11 milioni di euro. Il Gruppo Ferrero, ha erogato un premio da 2.100 euro per 6 mila dipendenti italiani. In Barilla tutti i lavoratori della hanno ricevuto 1.000 euro in più, a prescindere dalla tipologia contrattuale, e così via: <https://initalia.virgilio.it/aziende-italiane-premio-dipendenti-covid-45399>.

²⁷⁶ Così in K.T., Enciclopedia finanziaria, al link: <https://it.kamiltaylan.blog/marginalpropensitytoconsume/>.

²⁷⁷ Per un esempio simile, K.T., Enciclopedia finanziaria, al link in nota 22.

²⁷⁸ Per approfondimenti ulteriori sul tema della PMC e del moltiplicatore keynesiano, http://www.diges.unicz.it/web/wp-content/uploads/2019/05/Daniele_notamoltiplicatore26_05.pdf.

14. Si è appena ipotizzato di imprese virtuose ed attente alla realtà sociale cui partecipano e che le circonda. Nella realtà, però, spesso accade che le imprese siano più o meno consapevolmente, poco attente al rispetto ed alle modifiche normative e che, quindi, non risultino poi essere in linea con esse, con l'ovvia conseguenza di pesantissime sanzioni.

V'è anche da dire che la produzione normativa, nazionale ed internazionale, è oggi di grande complessità e, pertanto, essere *compliant* ed evitare le sanzioni richiede particolari attenzioni ed un'organizzazione dedicata.

In tema di mancata conformità vengono immediatamente in mente le sanzioni inflitte alle imprese per violazione delle norme di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro del d.lgs. 81/2008, che in questa sede non richiameremo quale esempio, data l'estensione del tema, se non per il collegamento con il d.lgs. 231/01, disciplinante la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche.

Il d.lgs. ultimo citato, infatti, all'art. 25 *septies* richiama espressamente la violazione delle norme sulla salute e sicurezza sul lavoro, proprio per la volontà del legislatore di operare un rafforzamento della tutela della sicurezza sul lavoro attraverso l'estensione della responsabilità punitiva all'ente collettivo in caso di eventi lesivi.

Un profilo di responsabilità «moderno» addebitabile alla persona giuridica, ente collettivo o impresa che sia, laddove si ravvisi una difettosa organizzazione ed inosservanza delle norme di salute e sicurezza, che abbia conseguentemente determinato un vantaggio in capo ad essa.

In una recente pronuncia la Corte di Cassazione²⁷⁹ confermava una sanzione inflitta all'ente per violazione dell'art. 37 del d.lgs. 81/08,

²⁷⁹ Cassazione Penale, Sez. 4, 03 agosto 2021, n. 30231 dove, confermando la sanzione inflitta all'ente determinata nella misura di euro 18.000,00, così si esprimeva: «La Corte di merito individuava nella violazione dell'art. 37 d.l.vo 81/2008 un profilo di colpa specifica da addebitarsi all'imputato. (...) In sentenza [di merito] si ritiene, che la mancata o insufficiente formazione del lavoratore sia all'origine di quanto accaduto. Sul punto la Corte territoriale afferma: "il dipendente, pur lavorando già da tre mesi, non aveva un bagaglio esperienziale specifico formato nell'arco di anni di osservazione ed apprendimento"; "la breve durata dello stage non può avere consentito al lavoratore di assorbire con la dovuta coscienza e profondità le nozioni di sicurezza minime in un settore, quale quello edile, in cui il rischio di infortunio è permanente, per l'utilizzo di potenti macchinari o l'esposizione a lavorazioni potenzialmente pericolose". [Pertanto la difesa invocava] violazione e falsa applicazione dell'art. 25-septies, comma 3, d. Lvo 231/01; contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione. La Corte [d'Appello, invece] motiva la conferma della sentenza di primo grado in ragione dell'inadeguata preparazione professionale del dipendente, sostenendo che ha comportato un risparmio per l'ente, il quale non deve sostenere costi aggiuntivi per i corsi e per le giornate di lavoro perse. (...) [Inoltre, non può essere fatta valere l'abnormità del comportamento del dipendente. Questa, infatti,] può apprezzarsi solo in presenza di condotte connotate de assoluta imprevedibilità o ingovernabilità da parte di chi riveste una posizione di garanzia. Sul punto si è efficacemente sottolineato che tale imprevedibilità non può mai essere ravvisata in una condotta che, per quanto imperita, imprudente o negligente, rientri comunque nelle mansioni assegnate, poiché la prevedibilità di uno scostamento del lavoratore dagli standards di prudenza, diligenza e perizia costituisce evenienza immanente nella stessa organizzazione del lavoro.[Altresì, la difesa sosteneva] la contraddittorietà e illogicità della motivazione in punto determinazione della sanzione amministrativa. (...) La motivazione della Corte di merito, la quale non ha ridotto la sanzione

adducendo che l'inadeguata formazione del dipendente ha comportato un risparmio per l'ente.

In altra pronuncia, nota per la gravità del fatto, la Suprema Corte pur in presenza di elementi addotti dalla difesa – quali le certificazioni su standard internazionali – che avrebbero fatto pensare alla compliance ad opera dell'impresa, nella realtà – come spesso avviene – si è dimostrata una conformità di fatto, documentale, non accompagnata da un concreto e valido sistema di controllo. Pertanto, tralasciando in questa sede le condanne penali personali in ragione dell'omicidio colposo plurimo, durissima è stata la sanzione (€ 400.000,00) anche per responsabilità amministrativa dell'ente²⁸⁰.

fino alla metà, come previsto dall'art. 12, comma 2, d.lvo 231/2001, sarebbe illogica e contraddittoria. Si sostiene che la massima riduzione non sarebbe riconoscibile in quanto il risarcimento, garantito dall'assicurazione, non ha comportato un diretto esborso da parte della società. (...) La Corte di merito ha ritenuto che la società non fosse meritevole di beneficiare della massima riduzione, mettendo in rilievo la gravità del fatto, il risparmio conseguito dall'ente in conseguenza dell'omessa formazione del dipendente ed il mancato diretto esborso di somme a titolo risarcitorio, essendo stato il risarcimento riconosciuto dalla società assicuratrice. La motivazione non soffre dei vizi lamentati dalla difesa: la giustificazione offerta dalla Corte di merito non riguarda il solo aspetto del risarcimento, ma anche i più generali profili della gravità delle criticità osservate nella gestione della sicurezza dei lavoratori e del risparmio conseguito dall'ente. Ai sensi dell'art. 11 d.lgs. 231/01, nella determinazione della sanzione da applicare all'ente, il giudice deve tenere conto della gravità del fatto, del grado della responsabilità dell'ente nonché dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti. Il successivo art. 12 prevede, al comma 2, che la sanzione pecuniaria sia diminuita da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, l'ente abbia provveduto a risarcire integralmente il danno e ad eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si sia adoperato efficacemente in tal senso. E' evidente come, nella ricorrenza delle condizioni imposte nella norma da ultimo citata, l'entità della diminuzione della sanzione pecuniaria sia rimessa al prudente apprezzamento del giudice, il quale, nel compiere la valutazione farà uso di un potere discrezionale entro i parametri indicati dall'art. 11 d.lgs. 231/01. Ebbene, tale valutazione sfugge al sindacato di legittimità ove non sia espressione di manifesta illogicità. Non sono comparabili gli istituti previsti dall'art. 62, comma 1, n. 6 cod. pen. e dall'art. 12 d.lgs. 231/01. La prima è un'attenuante comune destinata ad incidere sul trattamento sanzionatorio riservato all'imputato, la seconda è un'attenuante che riguarda l'ente. Il sistema introdotto con il d.lgs. 231/01 ha disegnato un trattamento dedicato all'illecito della persona giuridica, avente proprie connotazioni peculiari, pertanto, il collegamento prospettato dalla difesa è del tutto inconferente», disponibile al link https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=26143:cassazione-penale,-sez-4,-03-agosto-2021,-n-30231-lesione-alla-mano-durante-l-utilizzo-della-sega-circolare-datore-di-lavoro,-rapp-e-responsabilit%C3%A0-amministrativa-dell-impresa&catid=134&Itemid=138.

²⁸⁰ Cass. Pen., Sez. 3, 26 maggio 2022, n. 20559, nella quale «(...) [la difesa adduce] con il quinto motivo, si denuncia violazione di legge, in riferimento agli artt. 30, comma 5, d.lgs. n. 81 del 2008, nonché 12, comma 2, lett. b), e 11, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001, nonché vizio di motivazione, a norma dell'art. 606, comma 1, lett. b) ed e), cod. proc. pen., avendo riguardo alla omessa applicazione dell'esimente di cui al d.lgs. n. 81 del 2008, ovvero dell'attenuante di cui all'art. 12, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001, e alla determinazione del valore della quota di sanzione applicata.

Si deduce che la sentenza impugnata è affetta da vizio di travisamento della prova, perché ha ritenuto mancante l'allegazione, invece effettuata, della documentazione posta a

fondamento delle richieste di applicazione dell'esimente di cui al d.lgs. n. 81 del 2008, ovvero dell'attenuante di cui all'art. 12, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001.

Quanto all'esimente, si rappresenta che la difesa ha prodotto in primo grado, all'udienza del 1° aprile 2014, la certificazione di conformità al British Standard OHSAS 18001:2007 dell'assetto organizzativo aziendale della società. Si osserva che, dal combinato disposto dei commi 1 e 5 dell'art. 30 d.lgs. n. 81 del 2008, si evince come l'ente il quale dispone della certificazione OHSAS beneficia di una presunzione iuris tantum di conformità dell'assetto organizzativo aziendale ai requisiti di cui all'art. 30 cit. Si precisa che l'art. 30 d.lgs. n. 81 del 2008 costituisce disciplina di attuazione dell'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001, e presuppone l'inesistenza di modelli organizzativi ex legge n. 231 del 2001 (...) Quanto all'attenuante, si segnala che la difesa ha prodotto in primo grado, (...) il testo del modello di organizzazione e gestione adottato dal Consiglio di amministrazione (..)

[La Corte di Legittimità, stabilisce che] per lo scrutinio della censura appare utile una precisazione, all'esito di un sintetico esame della consolidata elaborazione giurisprudenziale in materia. Secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite, in tema di responsabilità amministrativa degli enti derivante da reati colposi di evento, i criteri di imputazione oggettiva, rappresentati dal riferimento contenuto nell'art. 5 del d.lgs. n. 231 del 2001 all'«interesse» o al «vantaggio», sono: -) alternativi e concorrenti tra loro, in quanto il criterio dell'interesse esprime una valutazione teleologica del reato, apprezzabile ex ante, cioè al momento della commissione del fatto e secondo un metro di giudizio marcatamente soggettivo, mentre quello del vantaggio ha una connotazione essenzialmente oggettiva, come tale valutabile ex post, sulla base degli effetti concretamente derivati dalla realizzazione dell'illecito; -) da valutare entrambi avendo come termine di riferimento la condotta e non l'evento (così Sez. U. n. 38343 del 24/04/2014, Espenhahn, Rv. 261114-01 e 261115-01). Successive decisioni hanno precisato che, in tema di responsabilità degli enti derivante da reati colposi di evento in violazione della normativa antinfortunistica, i criteri di imputazione oggettiva rappresentati dall'interesse e dal vantaggio, da riferire entrambi alla condotta del soggetto agente e non all'evento, ricorrono, rispettivamente, il primo, quando l'autore del reato abbia violato la normativa cautelare con il consapevole intento di conseguire un risparmio di spesa per l'ente, indipendentemente dal suo effettivo raggiungimento, e, il secondo, qualora l'autore del reato abbia violato sistematicamente le norme antinfortunistiche, ricavandone oggettivamente un qualche vantaggio per l'ente, sotto forma di risparmio di spesa o di massimizzazione della produzione, indipendentemente dalla volontà di ottenere il vantaggio stesso (Sez. 4, n. 38363 del 23/05/2018, Consorzio Melinda s.p.a., Rv. 274320-01, ma anche Sez. 4, n. 2544 del 17/12/2015, dep. 2016, Gastoldi, Rv. 268065-01). Altra pronuncia ha osservato che la responsabilità amministrativa dell'ente derivante dal reato di lesioni personali aggravate dalla violazione della disciplina antinfortunistica non può essere esclusa in considerazione dell'esiguità del vantaggio o della scarsa consistenza dell'interesse perseguito, in quanto anche la mancata adozione di cautele comportanti limitati risparmi di spesa può essere causa di lesioni personali gravi (Sez. 4, n. 24697 del 20/04/2016, Mazzetti, Rv. 268066-01). Una ulteriore decisione, ancora, ha rilevato che, in tema di responsabilità amministrativa degli enti derivante dal reato di lesioni personali aggravate dalla violazione della disciplina antinfortunistica, il criterio di imputazione oggettiva dell'interesse può sussistere anche in relazione a una trasgressione isolata dovuta ad un'iniziativa estemporanea, senza la necessità di provare la natura sistematica delle violazioni antinfortunistiche, allorché altre evidenze fattuali dimostrino il collegamento finalistico tra la violazione e l'interesse dell'ente (Sez. 4, n. 12149 del 24/03/2021, Rodenghi, Rv. 280777-01).

Sviluppando queste indicazioni, sembra ragionevole affermare che il criterio di imputazione del «vantaggio» può sussistere anche in relazione ad una singola condotta, quando il «vantaggio» è oggettivamente apprezzabile ed eziologicamente collegato a questa, e la medesima integra la realizzazione di una delle fattispecie di reato previste dal d.lgs. n. 231 del 2001 ed è riferibile ad una persona agente per conto dell'ente a norma dell'art. 5 del medesimo d.lgs.», disponibile al link https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=28206:cassazi-one-penale,-sez-3,-26-maggio-2022,-n-20559-esalazioni-di-acido-solfidrico-durante-le-

A tal punto, si potrebbe essere indotti a pensare che è logico parlare di grandi rischi in tema di sicurezza sul lavoro, ma in realtà il rischio di non conformità può scaturire anche da normative apparentemente meno impattanti, come per esempio le recenti norme in tema di sostenibilità e della comunicazione ad essa afferente. E' il caso della finanza sostenibile.

L'Unione Europea, è stata la prima a regolamentare tale settore con il Reg. UE n. 2019/2088²⁸¹ e poi col Reg. UE n. 2020/852²⁸², con l'obiettivo di promuovere l'afflusso di capitali e di risparmi privati verso attività virtuose dal punto di vista della sostenibilità, e con i quali si è voluto fare chiarezza su cosa voglia dire attività economica sostenibile in relazione all'ambiente.

Numerosi i casi di imprese che nell'ambito delle loro strategie commerciali e di comunicazione con spregiudicate campagne pubblicitarie ai consumatori, suscitavano profonde perplessità tra essere produttori di beni e/o servizi realmente sostenibili, commercializzando prodotti come rispettosi dell'ambiente, quando in realtà gli standard ambientali di base non erano stati rispettati, al solo scopo di ottenere un ingiusto vantaggio competitivo. In sintesi, mettevano in pratica il *greenwashing*²⁸³. *Pertanto, quest'ultimo rappresenta un rischio per il consumatore, ma anche per l'investitore e/o finanziatore, laddove questi scegliesse un'impresa che (poi solo) apparentemente adotta politiche e strategie green.*

Noti gli interventi sanzionatori²⁸⁴ al riguardo, fino al recente caso dell'ENI per il «*green diesel*», che si assume quale esempio al solo scopo di dimostrare quanto sia semplice l'inganno, per il consumatore certamente, ma anche per l'azienda di trovarsi esposta a tale rischio; l'Ente nazionale è stato sanzionato per cinque milioni di euro.

Si potrebbe continuare a lungo, ma quello che questa breve elencazione voleva evidenziare è solo la facilità con cui si può (consapevolmente o meno) incorrere nel rischio di non conformità e nelle sanzioni che ne derivano.

Sanzioni che, rappresentano un costo notevole per le organizzazioni.

[operazioni-di-pulitura-di-un-tank-container-responsabilit%C3%A0-degli-enti-la-separazione-delle-posizioni-processuali-degli-imputati&catid=134&Itemid=138](#) .

²⁸¹ Relativo all'«informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari».

²⁸² Cd. Regolamento «Tassonomia», relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088.

²⁸³ Per approfondimenti, C. ASCIONE, *Greenwashing e Regolamento UE 2020/852 sugli investimenti sostenibili*, in *Rivista Giuridica del Molise e del Sannio*, 2, Napoli, 2021, p. 86 e ss.

²⁸⁴ Per una sintesi dei casi più noti M.E. GIANNETTO, *Cos'è il Greenwashing? Come difendersi dalle false aziende green*: «Tra i casi più noti di *greenwashing* c'è, senza dubbio, quello della compagnia petrolifera Chevron che, per convincere i propri clienti del suo valore aggiunto rispetto alla concorrenza suggerivano come i dipendenti della compagnia fossero impegnati attivamente nella tutela di orsi, farfalle, tartarughe. (...) Tra gli altri esempi, c'è quello di Shell, multata dall'Authority in Inghilterra, per via di uno spot che dichiarava che l'estrazione di petrolio dalle sabbie bituminose del Canada era sostenibile (nonostante le emissioni fossero dieci volte superiori a quelle del greggio). In Italia, tra i casi più noti di *greenwashing* c'è lo spot di Ferrarelle che pubblicizzava la bottiglia a "impatto zero" promettendo la compensazione della CO2 emessa, con la tutela di nuove foreste: l'azienda è stata multata perché "impatto zero" lascia intendere che la CO2 viene interamente compensata [e] (...) San Benedetto è stata multata per avere presentato la propria bottiglia di plastica come "amica dell'ambiente" (...)», in WiseSociety, Milano, 2020.

15. Visto quanto sopra, ed essendo chiaro a chiunque si occupi di analisi dei rischi che il rischio zero non esiste – né in tema di sicurezza sul lavoro, né per responsabilità amministrativa (con il lungo elenco dei reati presupposto del d.lgs. 231/01), né per la normativa anticorruzione o antimafia, con l'applicazione delle misure amministrative e/o di prevenzione, né per le altre normative precedentemente citate – allora la via da seguire è quella dell'utilizzo e dell'implementazione dei modelli organizzativi e di prevenzione.

Per di più, v'è da dire che le suddette regole di responsabilità sociale di impresa e/o dei modelli organizzativi e di prevenzione, sollevano anche dubbi sulla responsabilità degli amministratori in caso di mancata adozione.

Guardando alla disciplina del d. lgs. 231/2001 «è stato affermato come le regole di comportamento contenute nei modelli organizzativi acquistino un valore cogente per quanto riguarda la valutazione della condotta degli amministratori, che determina una presunzione di responsabilità senza ulteriori accertamenti»²⁸⁵.

«La disciplina in esame, assume particolare rilevanza esplicativa rispetto agli obblighi degli amministratori, perché all'art. 6 del citato d. lg. 231/2001 è espressamente previsto che la scelta dell'adozione del modello – ricordando che la stessa non è obbligatoria – è attribuita alla competenza degli amministratori, i quali dovranno decidere se adottarlo in ragione di un'eventuale esenzione di responsabilità amministrativa della società in caso di condotte riconducibili ad uno dei reati presupposto»²⁸⁶.

In tal senso, anche parte della giurisprudenza di merito²⁸⁷ dove il vertice societario è stato sanzionato per *mala gestio* proprio per la mancata adozione di un modello organizzativo 231, imponendo il risarcimento del danno poiché sono apparsi incontestabili tanto il danno, in ragione della sanzione subita, quanto la mancanza di qualsivoglia iniziativa ad opera degli organi apicali.

Inoltre, la giurisprudenza di legittimità²⁸⁸, sempre in tema di responsabilità dei membri dell'organo di governo, ha ritenuto che «la natura contrattuale della responsabilità degli amministratori e dei sindaci verso la società comporta che questa ha soltanto l'onere di dimostrare la sussistenza delle violazioni ed il nesso di causalità fra queste ed il danno verificatosi, mentre incombe sugli amministratori e sindaci l'onere di dimostrare la non

²⁸⁵ G. GUIZZI, *La disciplina della responsabilità amministrativa degli enti: alcune implicazioni civilistiche*, Roma 2004, in A. SCOTTI, *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, Milano 2019, in nota 135, pp. 91-92.

²⁸⁶ Così, C. ASCIONE, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali per mancata adozione dei modelli di corporate social responsibility*, in *Studi in onore del Prof. Flamini*, Napoli, 2020, p. .. e in tal senso anche A. SCOTTI, *op.ult.cit.*, p.87.

²⁸⁷ Trib. Milano, sez. III civ., del 13 febbraio 2008 n. 1774: «il Presidente del C.d.A e Amministratore Delegato venivano condannati penalmente per reati di corruzione, turbativa d'asta e truffa, commessi nell'ambito della suddetta posizione amministrativa, mentre la società aveva subito un procedimento ex d. lg. 231/2001 ed era stata condannata al pagamento di una sanzione pecuniaria».

²⁸⁸ Cass. civ., I sez. dell'11 novembre 2010 n. 22911, al link <http://www.studioassociatoghiglione.it/sentenze/diritto-commerciale/2010-11-11-22911.pdf>

imputabilità a sé del fatto dannoso, fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati, dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti».

Ancor piú chiaramente la previsione del d. lgs. n. 175/2016 laddove nel definire i compiti di *compliance* degli amministratori delle società pubbliche, attribuisce loro il compito di valutare «l'opportunità, in considerazione delle dimensioni dell'attività svolta e della complessità dell'organizzazione, di adottare strumenti di autoregolamentazione volti a disciplinare sia la correttezza dell'attività imprenditoriale in diversi settori, concernenti in particolare la concorrenza e la tutela dei terzi aventi interessi nell'attività imprenditoriale, sia l'attuazione dei programmi di responsabilità sociale di impresa, in conformità alle raccomandazioni della Commissione europea»²⁸⁹.

Medesime previsioni sono previste dai sistemi di *governance* di controllo delle banche, delle imprese assicurative e delle società quotate in mercati regolamentati che «presentano in comune la sussistenza di interessi pubblici, anche costituzionalmente rilevanti»²⁹⁰.

Per di piú, sia i modelli che hanno funzione meramente organizzativa, o comunque riconducibili al sistema interno all'impresa, sia quelli che si riferiscono e regolano i rapporti tra l'impresa ed i terzi²⁹¹, ferma restando la regola della *business judgment rule* e il controllo sull'adeguatezza dei modelli adottati, valgono ai fini di una responsabilità degli amministratori.

V'è un altro aspetto da considerare, e cioè che considerando, che «nessuna nozione fondamentale è concepibile isolatamente da tutte le altre», ed assodato che il diritto non si identifica nella lettera della legge, ma che il «diritto si spiega» soprattutto «con l'aiuto di criteri assiologici, mancando i quali risulterebbe assolutamente privo di determinazione»²⁹², e che tale disamina va effettuata considerando l'intero sistema dell'ordinamento giuridico, allora appare palese che i modelli di responsabilità sociale di impresa o comunque i modelli organizzativi – attraverso (come vedremo) il fondamento nei principi costituzionali, nelle clausole generali, nelle convenzioni internazionali, nelle regole tecniche internazionali di standardizzazione – hanno effettività e vincolatività; non solo quali norme privatistiche di autoregolamentazione, ma quali regole coerenti e compatibili con quelle stabilite dall'ordinamento statale ed in chiave sistematica con l'intero sistema ordinamentale.

In conclusione, considerando il fondamento costituzionale cui si è accennato, richiamando per un momento il discorso di tipo economico fatto in precedenza relativo alla possibilità per le organizzazioni di assumere azioni con un diretto effetto sulla comunità che le circonda, quanto di ciò che viene – si consenta il termine – «sprecato» nel pagamento di sanzioni, con la quasi sempre crisi ulteriore che ne deriva in termini di danno

²⁸⁹ A. SCOTTI, *op.ult.cit.*, pp. 89-90.

²⁹⁰ S. SERAFINI, *L'adeguatezza dei modelli organizzativi*, in G. GUIZZI (a cura di), *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, p.70.

²⁹¹ A. SCOTTI, *op.ult.cit.*, p. 90.

²⁹² G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, 3, §§ 10-12, p. 716 e ss..

reputazionale e di mercato, poteva essere utilizzato a beneficio dei propri dipendenti ? Quale poteva essere, in termini quantitativi, il *social return on investment* ?

Basta che le imprese comincino a considerare un investimento le somme utilizzate per l'adozione di modelli di prevenzione per avere questi effetti conseguenti: 1. un mercato più trasparente, con operatori che rispettano le regole; 2. un'organizzazione più efficace ed efficiente, con un controllo interno di maggiore capacità ed in grado di reagire più prontamente ad eventuali crisi; 3. l'eventuale disponibilità di somme da destinare all'interno o all'esterno.

Sono tutti effetti di cui beneficerebbe l'intera comunità e che metterebbero in pratica molti dei valori costituzionali che da tale ragionamento sono interessati.

Capitolo IV

Legalità costituzionale applicata attraverso i modelli di prevenzione.

Sommario: 16. Legalità costituzionale. – 17. Principi dell'ordinamento. *Rule of law*. – 18. Applicazione della legalità costituzionale attraverso i modelli di prevenzione. – 19. Ruolo dell'interprete e tecnica. – 20. Considerazioni conclusive.

16. «Sono fonti del diritto gli atti o i fatti mediante l'interpretazione dei quali si individua la norma. Le fonti, a loro volta, sono individuate anche da altre norme (c.dd norme sulla produzione giuridica), Ogni norma è posta da una norma superiore. Al vertice della gerarchia delle norme è la costituzione, che garantisce la legittimità di tutte le altre.

La legalità, dunque, è non soltanto rispetto della legge, ma soprattutto, nell'odierno sistema, esigenza di ricostruzione dei nessi tra molteplici fonti operanti sul medesimo territorio, legittimate dalla Costituzione e che, nell'unità assiologica della medesima, trovano componimento»²⁹³.

Ricostruzione assiologica tra fonti che non può prescindere, onde poter costruire un ordinamento in chiave sistematica, dal ricorso anche alle clausole generali. Al riguardo, «il particolare compito della clausola generale dell'ordine pubblico è quello di attivare un procedimento selettivo (di natura interpretativa) tra regole (in concorso o in alternativa al criterio di collegamento presente nelle norme di conflitto) di diversa origine (straniere-interne) al fine di consentire la costruzione dell'ordinamento giuridico del caso concreto»²⁹⁴.

«Ordine pubblico, [che] è un concetto unitario non per identità di soluzioni, ma per identità assiologica dei criteri di giudizio. Sono, infatti, le circostanze del caso concreto e i valori normativi in gioco che determinano le modalità con le quali tali valori vanno coniugati per raggiungere, di volta in volta, la soluzione più ragionevole»²⁹⁵.

²⁹³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, I, Napoli, 2020, p. 2. Per approfondimenti sulla gerarchia normativa: ID. – P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 35 e ss.. Sull'individuazione delle norme e sulla «produzione giuridica» si vedano: G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1992, p. 9 e ss. e A. TARTAGLIA POLCINI, *Delle fonti del diritto. Commento agli artt. 1-9 delle Disposizioni preliminari al codice civile*, in G. Perlingieri (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, I, 3^a ed., Napoli, 2010, p. 1 e ss.

²⁹⁴ F. SBORDONE, *L'incidenza del diritto internazionale sul diritto civile*, in *Atti del 5° Convegno nazionale SISDiC*, Napoli, 2011, p. 34.

²⁹⁵ G. PERLINGIERI – G. ZARRA, *L'ordine pubblico tra unitarietà e bilanciamento*, Napoli, 2019, *passim*.

Caso concreto che vuol dire fare riferimento al testo ed al contesto, in cui una situazione giuridica posta all'attenzione dell'interprete richiede, «in ragione della necessità di individuare il contesto di significato nel quale una proposizione giuridica è situata, mediante un'ermeneutica connessa con la realtà che ne determini il campo di applicazione con riferimento a fatti concreti, (...) quanto mai necessario superare il positivismo linguistico e compiere un'attività ermeneutica a fini applicativi. La scienza giuridica è pratica, si muove nella relazione tra il testo ed il contesto in cui la norma opera, con un'analisi del caso concreto, [appunto], che consenta l'individuazione della norma idonea a regolarlo, valutandone la conformità al sistema e compiendo un'interpretazione che sia secondo Costituzione»²⁹⁶. Non a caso «l'interpretazione giuridica prende le mosse dal fatto»²⁹⁷.

«L'interprete è, [infatti], chiamato a risolvere una questione o a suggerire un comportamento possibile o dovuto, dove il significato di un testo è il risultato dell'interpretazione che esso assume nel contesto (normativo e sociale), nell'esperienza vissuta. L'interpretazione è sempre scelta di un significato rispetto ad un altro [...] Tra i possibili significati l'interprete è tenuto a proporre quello che, nel rispetto del sistema ordinamentale, è il più adeguato alla fattispecie concreta: la sua è una scelta non libera, arbitraria, discrezionale, ma adeguatamente motivata [...] La soluzione sarà unica, in quanto scelta»²⁹⁸.

Interpretazione che terrà conto, ovviamente, di meritevolezza e ragionevolezza oltre che di quella calibrazione, possibilmente giusta, tra gli interessi in gioco, ovvero la proporzionalità.

«[Quest'ultima] consiste nella giusta proporzione, quantificazione, e quindi configura un parametro ulteriore e successivo rispetto a quello di ragionevolezza (intesa come astratta giustificabilità), una diversa modalità di valutare [...] la misura della sua protezione giuridica in comparazione e bilanciamento con quella di altri interessi»²⁹⁹.

«Il bilanciamento consiste nell'avvalersi di volta in volta, adeguatamente alla *quaestio* oggetto di decisione, di una ragionevole gerarchia degli interessi ed ei valori, espressi dai principi fondamentali nel loro inscindibile coordinamento. Tale assiologia, inevitabilmente condizionata storicamente anche dalla stessa cultura dei giuristi [...] svincola l'interpretazione dalle ferree logiche deduttive [...]. Il bilanciamento è dunque una tecnica costantemente presente nell'interpretazione a fini applicativi»³⁰⁰.

«Peraltro, il ricorso alla tecnica del bilanciamento tra principi, condotto nel rispetto dei valori e della gerarchia che il sistema (anche per eventuale scelta del legislatore) esprime, consente sempre – in ragione di una gerarchia assiologica che si fonda nella preminenza del rispetto per la persona umana e dei suoi diritti inviolabili – una forma di bilanciamento con una

²⁹⁶ P. PERLINGIERI, *op.ult.cit.*, II, Napoli, 2020, p. 303.

²⁹⁷ R. SACCO, *L'interpretazione*, in AA.VV., *Le fonti del diritto italiano*, II, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Trattato di diritto civile, diretto da R. Sacco, Torino, 1999, p.170.

²⁹⁸ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, Napoli, 2020, p. 345.

²⁹⁹ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 449.

³⁰⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, II, Napoli, 2020, p. 399.

combinazione di valori e principi diversi che, quindi, consentono sempre una risposta specifica ed adeguata al caso concreto»³⁰¹.

Più articolato risulta l'inquadramento dell'autonomia negoziale rispetto al fondamento ed alla tutela costituzionale della stessa, nonché rispetto all'individuazione di eventuali limiti imposti dalla stessa Costituzione. Ebbene, per autorevole dottrina³⁰² «l'autonomia negoziale non ha un unico fondamento costituzionale nell'art. 41, in quanto sono individuabili diversi referenti normativi in base agli interessi perseguiti».

Va considerato, altresì, che «l'utilità sociale, cui deve soggiacere l'attività economica non costituisce un limite esterno, ma il contenuto ed il fondamento del diritto, in modo da trasformare tale utilità nella ragione stessa dell'esercizio, quando sia consentito, dell'iniziativa economica privata»³⁰³.

Occorre «nell'unitarietà del sistema delle fonti e dell'ordinamento, partire dal problema concreto per comprendere se l'atto di autonomia, calato nella situazione particolare nella quale si inserisce (quali parti lo pongono in essere, in quale momento, per quale interesse, quali bilanciamenti di interessi ci sono per realizzare quel regolamento) sia, oppure no, meritevole di tutela». Inoltre, «sarebbe materialmente impossibile costruire l'autonomia se non calata nel sistema, nel suo complesso e nella sua unitarietà, nella relatività storica di un ordinamento che il giudice è chiamato ad applicare su un certo territorio nel rispetto del principio di legalità. [Per di più] l'atto sarà meritevole non soltanto se risponde all'autonomia negoziale strettamente intesa, ma se l'assetto concreto nel quale l'atto si realizza sia rappresentabile quale attuazione dell'ordine giuridico dei valori. Occorre, pertanto, trovare i fondamenti legittimanti la stessa autonomia negoziale»³⁰⁴.

17. Come detto, «nessuna nozione fondamentale è concepibile isolatamente da tutte le altre», il diritto non si identifica nella lettera della legge, ma «si spiega» soprattutto «con l'aiuto di criteri assiologici, mancando i quali risulterebbe assolutamente privo di determinazione»³⁰⁵, e che tale disamina va effettuata in chiave sistematica³⁰⁶.

«I principi dell'ordinamento giuridico dello Stato *ex art. 12 disp. prel. c.c.*, sono principi generali nel senso che sono propri di un gruppo di disposizioni tanto vasto da interessare l'ordinamento giuridico nel suo complesso o una sua parte rilevante. Questi principi vengono estratti dalle regole in quanto appartenenti ad un insieme unitario, (...) sí che non vi è

³⁰¹ P. PERLINGIERI, *op.ult.cit.*, II, Napoli, 2020, p. 410.

³⁰² Per approfondimenti, P. PERLINGIERI, *Manuale di Diritto Civile*, Napoli, p. 331-336 e p. 854.

³⁰³ P. RESCIGNO, *Impresa, proprietà, e Credito*, in *I rapporti economici nella Costituzione*, III, Milano, 1989, *passim*. Per approfondimenti, anche ID., *cit.*, VIII e IX.

³⁰⁴ P. PERLINGIERI, *op.ult.cit.*, Napoli, p. 852.

³⁰⁵ G. PERLINGIERI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, 3, §§ 10-12, p. 716 e ss..

³⁰⁶ Si veda, l'ultimo paragrafo del precedente capitolo.

alcun dubbio sul carattere normativo dei principi generali, posto che sono tratti dalle norme»³⁰⁷.

Lapalissiano, dunque, che anche i modelli di responsabilità sociale di impresa o comunque i modelli organizzativi, fondandosi anch'essi nei principi costituzionali, nelle clausole generali, nelle convenzioni internazionali, nelle regole tecniche internazionali di standardizzazione, hanno effettività e vincolatività, non solo quali norme privatistiche di autoregolamentazione, ma quali regole coerenti e compatibili con quelle stabilite dall'ordinamento statale ed in chiave sistematica con l'intero sistema ordinamentale, inteso appunto, anche sovranazionale.

«L'osservanza della [citata] *rule* rappresenta la definizione della «stessa identità dell'UE, [ed] il mancato rispetto dei fondamenti della [stessa], da parte di uno o più Stati membri, ha ripercussioni negative su tutto il sistema unionale e sullo sviluppo del mercato interno»³⁰⁸.

L'attuazione della *rule of law* si fonda a livello dell'Unione su organizzazione giudiziaria, lotta alla corruzione, garanzia del pluralismo dell'informazione e meccanismi di *checks and balances*. Il corretto funzionamento di tali contesti rappresenta la condizione necessaria per uno sviluppo ed una diffusione effettiva della di uno stato di diritto tra i cittadini e le istituzioni europee.

Al riguardo, però, si pone il problema di un'osservanza della *rule of law* che non sia soltanto formale. Problema del quale l'Italia è, purtroppo, esempio (basta osservare la cronaca nazionale) e che, in ogni caso, anche a livello UE viene sottovalutato.

Problema non di poco conto se consideriamo che tra i settori più importanti e fondanti la *rule of law*, vi sono «i principi di legalità e certezza del diritto, l'*accountability* delle singole istituzioni e l'uguaglianza di fronte alla legge»³⁰⁹, oltre che a due settori, tra i quali quello della giustizia e della lotta alla corruzione.

Su quest'ultimo fronte, il fenomeno è così articolato che richiede l'adozione di misure differenti e specifiche, in ragione dei singoli contesti socio-economici degli Stati membri, a valle di un'analisi sociologica e criminologica.

«La prevenzione della corruzione dipende in minima parte dalle singole leggi, dovendo essere semmai affrontata sul piano dell'educazione alla legalità dei giovani in età scolare e degli studenti universitari che si avvicinano ad entrare nel mondo del lavoro quali funzionari amministrativi e imprenditori. Ciò sta a significare che l'adesione ai valori compendati

³⁰⁷ Così, A. ALPINI, *Principio di solidarietà e le c.dd obbligazioni solidali*, in *Rass. Dir. Civ.*, 4, Napoli, 2014, p. 995-1007, che richiama anche: N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, pp. 257-279 e V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, p. 41 e ss..

³⁰⁸ A. CASSATELLA, *L'attuazione della Rule of Law nell'Unione Europea*, in *Giornale Dir. Amm.*, 3, 2021, p. 405 e ss.. e M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, p. 159 e ss.

³⁰⁹ A. CASSATELLA, *op. ult. cit.*, p. 407.

nella formula della *rule of law* costituisce una premessa, prima ancora che un effetto, della lotta alla corruzione»³¹⁰.

In tema di valori e principi occorre fare delle precisazioni. «Se è certo che tutti i principi fondamentali sono anche generali non è altrettanto vero il contrario. Ogni norma, comunque, è espressione di un principio che ne rappresenta la *ratio*, ossia la finalità, sí che i principi sono sempre ricavabili dalle disposizioni anche se non espressamente enunciati. (...) I principi fondamentali della Costituzione sono, invece, principi supremi. Riguardano tutto il sistema giuridico nella sua globalità e “cumulano tutte le funzioni possibili relative all’impresa di governare il comportamento sociale con le regole”»³¹¹.

Per quanto sopra, chiarito che l’art. 12 delle preleggi, non è lo strumento utile all’identificazione del diritto, e la cui problematica afferente ai principi generali faceva riferimento ad un insieme di disposizioni appartenenti tutte allo stesso piano, data la prevalenza della legislazione ordinaria, l’attualità del giusto inquadramento dei principi comporta la considerazione di un sistema giuridico aperto alle fonti esterne e sovranazionali, complesso per la molteplicità di norme, tutte da indirizzarsi verso il caso concreto e sottostanti alla gerarchia assiologica della Carta costituzionale³¹².

In generale, va tenuto in conto che «la libertà di compiere un atto, non è di per sé espressione di un valore. In un ordinamento, ispirato ai principi personalistici e solidaristici, e caratterizzato da uno stato sociale di diritto, l’atto è valido in quanto meritevole di tutela [e, quindi], suscettibile di ricevere un apprezzamento positivo dall’ordinamento»³¹³.

Dunque, se «“la persona è inseparabile dalla solidarietà”»³¹⁴, valore che esige una rilettura degli istituti civilistici che, nonostante il proprio tecnicismo, risultano caratterizzati da una logica relazionale compatibile e anzi riconducibile alla dimensione assiologica della solidarietà costituzionale»³¹⁵. «Dietro ogni tecnica vi è sempre una scelta di valore, dietro ogni principio tecnico del diritto civile vi è sempre un principio fondamentale del sistema ordinamentale»³¹⁶.

³¹⁰ Così, A. CASSATELLA, *op.ult. cit.*, p. 407; in tal senso, v. anche M. TANTARDINI - J.C. GARCIA-ZAMOR, *Organizational Social Capital and Anticorruption Policies: An Exploratory Analysis*, in *Public Organization Review*, 2015, p. 599 e ss., disponibile al link <https://link.springer.com/article/10.1007/s11115-014-0294-7>

³¹¹ A. ALPINI, *op.ult. cit.*, p. 996- 997; in tal senso anche F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Bari, 2004, p. 381.

³¹² In tal senso, A. ALPINI, *op.ult. cit.*, p. 998.

³¹³ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 443 e ss..

³¹⁴ P. PERLINGIERI, *Scuole tendenze e metodi*, Napoli, 1989 p. 315 e ss.. Sul tema si veda anche L. Di Bona, L’identità della persona tra disponibilità dei diritti fondamentali e dovere di solidarietà, in E. Caterini – L. Di Nella – A. Flamini – L. Mezzasoma – S. Polidori (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, pp. 509-528.

³¹⁵ A. ALPINI, *op.ult. cit.*, p. 998 e sul tema, anche M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in P. Perlingieri - A. Tartaglia Polcini (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 256 e ss..

³¹⁶ Così, testualmente, A. ALPINI, *op.ult. cit.*, p. 999. Per ulteriori approfondimenti anche quanto richiamato da Id., cit., in nota 16, ovvero G. PERLINGIERI, *Venticinque anni della Rassegna di diritto civile e la «polemica sui concetti giuridici». Crisi e ridefinizione delle*

«[Non a caso], sia in dottrina [che] in giurisprudenza, è stato rivisto anche il dogma dell'autonomia privata, dimostrando che il controllo di costituzionalità debba estendersi anche all'autonomia negoziale, la quale non può essere considerata un valore sovraordinato e non bilanciabile con altri, ma deve essere conforme e funzionale ad altri principi e valori del sistema dell'ordinamento»³¹⁷. Ed ancora, «come ogni clausola generale, i concetti di ordine pubblico e buon costume (...) sono concetti elastici e storicamente variabili a seconda del sistema giuridico nel quale operano. Di conseguenza, per la loro interpretazione e concretizzazione necessitano del criterio di ragionevolezza per bilanciare le esigenze del caso concreto con i valori riconosciuti dall'ordinamento. Pertanto, una costante interpretazione di una norma potrebbe essere superata essendo mutate le esigenze della società o, come spesso accade, potrebbe risultare non rispettosa delle peculiarità del singolo caso»³¹⁸.

Questo contesto ordinamentale, richiederebbe che il controllo di legalità e di meritevolezza da parte dell'interprete non si limiti ed esaurisca a struttura e forma, ma venga esteso anche ai profili sostanziali e contenutistici. Nel caso dei contratti, ad esempio, l'applicazione l'estensione del suddetto controllo dovrebbe interessare l'equilibrio, la proporzionalità e la ragionevolezza del regolamento che le parti hanno volutamente stipulato, tenendo presente che «il parametro di riferimento della “giustizia” nel regolamento è non il “voluto”, ma il sistema ordinamentale nel quale quel regolamento si inserisce»³¹⁹.

Quanto sopra, consente di comprendere pragmaticamente quanto l'attività di ogni interprete non sia avulsa dal contesto generale e quanto, invece, siano le varie attività di controllo e corretta interpretazione utili alla stabilità del mercato.

Per esempio, l'«indagine» sull'equilibrio «contrattuale risulta necessario – e sarebbe di grande ausilio – per contrastare la criminalità, in quanto gran parte delle ipotesi di reato in contratto si verificano nel caso di contratti squilibrati; ad esempio, una caparra o una penale eccessiva potrebbe nascondere un'operazione di riciclaggio»³²⁰.

categorie, Napoli, 2004, p. 568, per il quale «ogni norma è espressione di una scelta politica. Ogni norma deve essere adeguata al fatto tramite una interpretazione conforme a quei principi e quei valori normativi superiori dei quali è espressione. Il giurista pertanto deve intervenire con una decisione, tra quelle possibili, coerente con i principi, ossia con le scelte politico-culturali dell'ordine giuridico storicamente individuato».

³¹⁷ F. DELLA ROCCA, *Il controllo notarile di legalità costituzionale*, in *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, 2, 2021, p. 116.

³¹⁸ F. DELLA ROCCA, *op. ult. cit.*, pp. 118-119.

³¹⁹ Così, F. DELLA ROCCA, *op. ult. cit.*, pp. 120-121. Ed ancora in tema di controlli ad opera dell'interprete: «Più nello specifico, l'attività del notaio è interamente connotata da un confronto con la ragionevolezza e l'equilibrio delle condizioni contrattuali. (...) Non secondario nell'attività del notaio è, inoltre, il confronto con la contrattazione asimmetrica, in relazione alla quale il pubblico ufficiale dovrebbe porsi il problema di squilibrio normativo nei contratti con i consumatori, o economico in quelli con una microimpresa», *ID.*, *cit.*, pp. 123-124.

³²⁰ F. DELLA ROCCA, *op. ult. cit.*, p. 124.

Il controllo di legalità, quindi, in sintesi, si realizza attraverso un giudizio preventivo di conformità in chiave sistematica ed assiologica, e dunque, che l'atto posto in essere sia conforme al sistema ordinamentale italo-europeo e ai valori costituzionali.

Pertanto, «non si esaurisce in un controllo meramente negativo (ad esempio contrarietà a norma imperativa), ma mira ad individuare e verificare anche se il concreto contratto sia attuativo delle norme che impongono valori positivi (ad esempio artt. 2 e 3 cost.), mediante un controllo di ragionevolezza. (...) Nella fase di adeguamento alla legalità costituzionale, [l'interprete] dovrà non soltanto conformare la volontà delle parti ai valori costituzionali, ma anche applicare il diritto base alle esigenze del caso concreto, allo scopo di arrivare a realizzare un contratto ragionevole e, quindi, giusto. [Ed infine], se la causa concreta costituisce il mezzo per la verifica della conformità del contratto ai principi fondamentali racchiusi nella costituzione, allora, il controllo di legalità costituzionale [(effettuato dall'interprete)], pure nella fase di documentazione, dovrebbe focalizzarsi su di essa»³²¹.

18. In tema di principi direttamente coinvolti nell'analisi che si conduce, sicuramente va considerata la libertà di iniziativa economica.

Al riguardo, la prima cosa da evidenziare è che nella tradizione giuridica nazionale spesso v'è identificazione concettuale fra «libertà economica» e «libertà di iniziativa economica» (o «libertà d'impresa»). La conseguenza di ciò è che, essendo la «libertà di iniziativa economica», nell'art. 41 Cost., una sorta di libertà vigilata, che può essere vincolata da programmi e controlli statali, fermo restando le più assolute libertà – per esempio di ingresso nel mercato che può essere limitata soltanto in ragione di interessi pubblici quali salute, sicurezza, ecc.³²² – e stante l'illegittimità di requisiti tecnici sproporzionati³²³ rispetto alle tipicità delle attività da svolgere³²⁴.

Quanto alle modalità di svolgimento dell'attività d'impresa, sono i giudici, poi, a provvedere al bilanciamento, secondo ragionevolezza, la «libertà economica» e i suoi «limiti»³²⁵. «In questa prospettiva si pone,

³²¹ Così, F. DELLA ROCCA, *op. ult. cit.*, pp. 125-128-142.

³²² Cons. Stato, sez. VI, 3 settembre 2009, n. 5195, con riferimento a servizi di vigilanza privata (ultima di un filone giurisprudenziale che è stato, per alcuni anni, vivacissimo), su <https://www.giustizia-amministrativa.it/>; Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6060, in relazione a un regolamento comunale che imponeva limiti minimi di distanza a favore delle edicole già esistenti al link: https://www.prassicoop.it/Norme/SENT%20CONS%20STATO%206060_08.pdf, visitato il 20.11.2022.

³²³ Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2007, n. 1323, al link: <https://www.funerali.org/sentenze-complete/consiglio-di-stato-20-marzo-2007>, visitato in novembre 2022.

³²⁴ In tal senso, M. LIBERTINI, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contratto e Impr.*, Milano, 2019, 4, p. 1255 e ss.

³²⁵ Sulla legittimità o meno della limitazione della libertà di impresa si vedano tra le altre: Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2017, n. 5154: «L'obbligo di utilizzare, nell'esercizio del servizio di NCC, esclusivamente una rimessa ubicata all'interno del territorio del Comune che rilascia l'autorizzazione (...) non viola i principi di libertà economica e di concorrenza.

tradizionalmente, l'assunto per cui la regolazione amministrativa dei prezzi deve salvaguardare un margine di equo profitto per l'impresa regolata, perché altrimenti si avrebbe "il pratico svuotamento del principio di libertà economica privata"³²⁶,³²⁷. Per fugare ogni dubbio, va chiarito immediatamente che le limitazioni alla libertà suddetta rappresentano un'eccezione, per di più, indicate dalla legge e, quindi, non applicabili per analogia.

Venendo al piano privatistico, la tutela della libertà di iniziativa economica privata è ampia, non a caso si è affermato che «i patti eccessivamente limitativi della libertà economica individuale sono nulli perché in contrasto con i principi di ordine pubblico economico»³²⁸ e «che i comportamenti colpevoli, lesivi della libertà economica altrui, danno luogo all'obbligo di risarcimento del danno»³²⁹.

Come si può notare, tale accezione di «libertà economica» è sinonimo di «libertà d'impresa» e, allo stesso tempo, è concepita come una libertà individuale soggetta a protezione costituzionale, nonché a bilanciamento con altri principi costituzionalmente rilevanti.

Tale identificazione concettuale ha spesso, anche in giurisprudenza, determinato problemi di tipo applicativo come nel caso, ad esempio, dell'art. 2557 c.c. che in tema di alienazione di azienda, impone all'imprenditore cedente di non fare concorrenza per un certo periodo all'imprenditore che ha acquisito l'azienda ceduta. Divieto, temporaneamente limitato, di concorrenza che consentirebbe, *rectius* tutelerebbe, il buon funzionamento del mercato³³⁰. Non a caso la Corte di legittimità ha statuito che «l'art. 2557 c.c. esprime un principio generale di libertà economica che si traduce, normalmente, nell'esigenza che il diritto

Ciò risponde all'esigenza di assicurare che il detto servizio sia svolto, almeno tendenzialmente, a favore della comunità locale di cui il Comune è ente esponenziale», e Tar Toscana, Firenze, sez. III, 21 marzo 2016, n. 520: «deve ritenersi illegittimo il regolamento delle insegne di un Comune che consenta alle sole farmacie e non anche alle parafarmacie la facoltà di esporre insegna a bandiera con la croce conformi alle tipologie tipiche». Ed ancora la giurisprudenza costituzionale – Corte cost., 7 luglio 2006, n. 279 – che giudica compatibile con «il principio di libertà economica» la regolazione dei prezzi dei farmaci.

³²⁶ Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 1998, n. 80, <https://www.giustizia-amministrativa.it/>

³²⁷ Così, M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 1256.

³²⁸ Tar. Puglia, Lecce, sez. III, 15 gennaio 2014, n. 110 «(con riferimento ad una clausola di esclusiva contenuta in un accordo sostitutivo di provvedimento tra un privato e un Comune). Il giudice amministrativo individua i principi di ordine pubblico economico richiamati nelle disposizioni degli artt. 41 e 117, comma 2, lett. e), Cost., e nell'art. 2, l. 287 del 1990», su <https://www.giustizia-amministrativa.it/>

³²⁹ Tar Puglia, Lecce, sez. I, 28 gennaio 2013, n. 190: «la certezza e il rispetto dei tempi dell'azione amministrativa costituiscono un autonomo bene della vita, sul quale il privato, tanto più se operatore economico, deve poter fare ragionevole affidamento al fine di autodeterminarsi ed orientare la propria libertà economica», su <https://www.giustizia-amministrativa.it/>.

³³⁰ «È evidente che, rispetto al problema di cui si tratta, si pone un conflitto di interessi fra cedente e cessionario, che l'orientamento giurisprudenziale attuale risolve favorendo la conservazione dell'avviamento dell'impresa ceduta e, con esso, l'esistenza di un vivace mercato del controllo sulle imprese. Questo risultato viene raggiunto limitando la libertà di iniziativa economica del cedente, in quanto essa possa esercitarsi con effetto di sviamento della clientela dell'azienda ceduta», così M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, p. 1259.

del singolo di intraprendere un'attività economica mediante l'azienda acquistata non sia frustrato dal comportamento dell'alienante contraddittorio con tale diritto»³³¹.

In altri casi la giurisprudenza ha inteso «libertà economica» quale «libertà di adottare decisioni economiche», dunque in senso analogo a «libertà contrattuale», quest'ultima quasi sempre «impiegata nel linguaggio giuridico tradizionale, per indicare gli atti, anche occasionali, comportanti la disposizione di beni propri da parte di un privato o l'assunzione di obblighi giuridicamente vincolanti»³³².

Ed ancora, più recentemente, con l'espressione «libertà economica del consumatore», si identifica un bene giuridicamente normativamente tutelato attraverso il divieto delle pratiche commerciali scorrette³³³.

«In conclusione, l'uso linguistico corrente di “libertà economica” tende ad accomunare in un unico bene giuridico la libertà d'impresa e l'esercizio di decisioni economiche non imprenditoriali. Sotto ambedue i profili si riconosce l'esistenza di una tutela giuridica di rango costituzionale, anche se non assoluta e piuttosto necessitante un bilanciamento con altri valori costituzionali, tutelati dall'ordinamento»³³⁴.

Bilanciamento di interessi che è sempre stato al centro di un acceso dibattito in relazione alla norma in commento sul difficile contemperamento degli interessi tra il c.d. limite del comma 2 dell'art. 41, ovvero dell'utilità sociale, con l'iniziativa economica³³⁵. Il che vuol dire che la libertà di iniziativa economica sussiste anche laddove non si perseguissero «fini sociali», si è infatti rilevato che «se si ritiene che tra le attività economiche private rientrino quelle che costituiscono lo svolgimento della libertà di

³³¹ Cass., sez. I, 24 luglio 2000, n. 9682, disponibile al link: <http://www.euroconference.it/documenti/sProvvedim/20110328sD/2011032819.pdf>, visitato innovembre 2022.

³³² Trib. Pالمي, 5 marzo 2018, in *Pluris*: «in forza del principio (anche costituzionale) della libertà economica, di cui agli artt. 41 Cost. e 1321, 1322 e 1372 c.c., le parti di un rapporto di locazione possono risolvere il rapporto consensualmente» (che riprende, anche testualmente, le decisioni di Cass., sez. III, 7 febbraio 2006, n. 2530 e 10 ottobre 2003, n. 15170). Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 27 novembre 2012, n. 1045: «Le norme che limitano temporalmente l'irrevocabilità dell'offerta tutelano la libertà economica dell'offerente», il quale rimane pertanto libero di avvalersi o meno del termine di legge», su <https://www.giustizia-amministrativa.it/>.

³³³ Tar Lazio, Roma, sez. I, 11 giugno 2009, n. 5570, <https://www.giustizia-amministrativa.it/>.

³³⁴ Testualmente, M. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, § 6. In nota 18 l'A.: «Su questa base concettuale (una indistinta libertà economica, che può essere limitata in modo più o meno incisivo dalla legislazione e dalla regolazione pubblica), si collocano alcune elaborazioni, di matrice americana ma importate anche in Italia (p.e. dall'Istituto Bruno Leoni), che intendono misurare l'*Index of economic freedom*»; v. THE HERITAGE FOUNDATION, *2019 Index of Economic Freedom*, dove l'Italia è collocata all'80° posto; oppure classifica simile del FRASER INSTITUTE, *Economic Freedom of the World: 2018 Annual Report*, dove l'Italia è collocata al 54° posto.

³³⁵ R. NIRO, *Art. 41*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 854. Afferenti al tema molte le pronunce della Corte Costituzionale, v. n. n. 111/1974, (ord.) 36/1969, 27/1969, 237/1975, tutte citate in ID., *op. ult. cit.*, p. 855.

iniziativa (art. 41, 1° e 2° co.)³³⁶, la conclusione è evidente: la previsione di “fini sociali” da perseguire con programmi e controlli non può implicare negazione di quella libertà»³³⁷.

Altro orientamento invece, ritenendo la Carta costituzionale scrigno di norme precettive direttamente applicabili, anche nei rapporti intersoggettivi, intende le stesse (norme) essere sia il fondamento, ad esempio dell'autonomia negoziale, e quindi costituzionalmente tutelabile, sia il limite che dalla stessa Costituzione derivano. L'applicazione di tali norme è coordinata dal combinato disposto³³⁸.

«La portata “precettiva” dei principi costituzionali fa sì che essi non abbisognino, per essere applicati, di una attuazione/concretizzazione attraverso la legge ordinaria. Per altro verso, anche quando una legge ordinaria vi sia, la presenza di quest'ultima non esclude l'applicazione (diretta) del principio costituzionale, con il quale la norma ordinaria deve comunque “coordinarsi” (secondo la tecnica del “combinato disposto”). E non si tratta, appunto, semplicemente di interpretare la norma ordinaria “alla luce della Costituzione” (o di propugnare una interpretazione – come si dice – «costituzionalmente orientata») – formule che vengono considerate “ambigue” –, bensì di individuare la normativa applicabile al caso concreto tenendo conto sia della norma ordinaria sia del principio costituzionale pertinente»³³⁹.

Contraria a tale impostazione altra dottrina³⁴⁰ ritiene, invece, che «affermare che la disposizione costituzionale è direttamente idonea a dettare la regola del caso concreto, e che la sua applicazione “diretta” non è messa fuori gioco dall'esistenza di una disposizione di legge ordinaria riferibile al medesimo caso, è fortemente problematico. [In realtà, la

³³⁶ Corte cost. n. 78/1958, 5/1962, 30/1965 indicate da R. NIRO in nota n.90, *op.ult.cit.*, p. 858, e disponibili al link www.cortecostituzionale.it.

³³⁷ V. R. NIRO, *op.ult.cit.*, p. 858.

³³⁸ P. PERLINGIERI, *Manuale di Diritto civile*, Napoli, 2018, p. 459.

³³⁹ P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, *Rass. Dir. Civ. I*, Napoli, 1980, p. 120 e ss.

³⁴⁰ «Se esiste una norma di legge ordinaria che regola una determinata fattispecie si può bensì porre un problema di “compatibilità” (=ossia di *non contrasto*) di tale norma con uno o più principi costituzionali, e si può bensì escludere l'applicabilità di tale disposizione al caso concreto (sospendendo il giudizio in attesa che sulla legittimità della norma si pronunci la Corte) se vi sia il dubbio della incompatibilità, ma non si può invece – se è praticabile un'interpretazione che attribuisca alla norma un significato non in contrasto con la Costituzione (se pur tale da non “massimizzare” l'attuazione del valore coinvolto) – escludere l'applicazione della norma ordinaria, e applicare al suo posto una (diversa) “regola” ricavata direttamente dal giudice sulla base della (sua personale) “concretizzazione” del principio costituzionale. Non si può – insomma – pensare che un “principio” possa aspirare a ricevere sempre la “massima attuazione” possibile, anche in contrasto con il “bilanciamento” operato dal legislatore», così G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giustizia Civile.com*, sul sito internet della rivista, 3, 2016, www.giustiziacivile.com, e disponibile al link indicato di seguito: https://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj_d_Nfhv9f6AhXSSvEDHafWAowQFnoECD0QAQ&url=https%3A%2F%2Fgiustiziacivile.com%2Fgiustizia-civile-riv-trim%2Fproblemi-e-limiti-dellapplicazione-diretta-dei-principi-costituzionali-nei&usq=AOvVaw3Jx4uZoCvz07smdUTl-4qM

legittimazione a quest'ultimo esito poggia sulla premessa] che la «norma» è sempre «norma del caso concreto (o singolo)», e non esiste prima di essere individuata con riferimento (appunto) ad una fattispecie concreta³⁴¹. Ma anche questa affermazione rischia di essere quanto mai pericolosa, perché introduce una “strutturale” incertezza, atteso che nessuno potrà stabilire a priori se un comportamento è oppur no «conforme a diritto» (al più potendosi formulare una vaga e generica previsione su quello che potrà essere il trattamento giudiziale che sarà riservato a quel caso)».

Diversamente, a parere di chi scrive, ritenendo che ogni interesse è riconducibile ad un valore costituzionale del quale rappresenta l'esplicazione «oggettivizzata» in un atto di autonomia, restando all'esempio di quella negoziale – e dell'art. 41 Cost. –, questa «non può essere disancorata dalla natura degli interessi per i quali essa è in concreto esplicita» e, quindi, essendo gli interessi correlabili ad un valore, l'analisi degli stessi interessi consentirà di individuare il fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale³⁴².

Ovviamente, per ciò che riguarda il tema di questo lavoro, non possiamo non considerare i principi espressi dall'art. 2 Cost. in tema di diritti inviolabili, loro riconoscimento e tutela anche attraverso gli inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale.

Ebbene, tralasciando il lungo dibattito storico avvenuto, oggi possiamo sinteticamente asserire che la categoria dei diritti inviolabili «debba estendersi a tutti quei diritti il cui riconoscimento è intrinseco all'adozione della forma di stato democratico, sociale e di diritto»³⁴³.

Circa il valore della solidarietà da realizzarsi attraverso gli inderogabili doveri sopra citati, attualmente il principio così delineato è recepito da dottrina e giurisprudenza «non quale *ratio* giustificatrice di tutti i doveri che la Costituzione prevede, ma a quelli riferiti e finalizzati alla solidarietà politica, economica e sociale», anche se «ciò non esclude che altri doveri possano essere previsti dalla legge, purché esprimano interessi meritevoli di tutela»³⁴⁴.

Pertanto, non sorprende quanta attenzione ci sia nelle normative europee, ma anche extra UE, in tema di lesione dei diritti fondamentali dell'uomo³⁴⁵.

«Il principio personalista – [rinvenibile in una pluralità di fonti] – è principio di primaria rilevanza normativa, è cardine del sistema ordinamentale»³⁴⁶, con la conseguenza dell'inseparabilità della persona dalla solidarietà, quest'ultima intesa quale solidarietà costituzionale e

³⁴¹ P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in AA.VV., *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale* (nella collana «Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana»), Napoli, 2006, p. 60 e ss.

³⁴² In tal senso, P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018, p. 461.

³⁴³ Così, E. ROSSI, *Art. 2*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 46 e ss., oltre a A. PIZZORUSSO, *Persone fisiche*, in *Comm. Scialoja - Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 30.

³⁴⁴ E. ROSSI, *Art. 2*, in *op.ult.cit.*, p. 55.

³⁴⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, Napoli, 2020, p.112.

³⁴⁶ P. PERLINGIERI, *op.ult.cit.*, pp.160-161.

quindi, proprio in ragione della formulazione dell'art. 2 cost. in relazione all'intero sistema costituzionale³⁴⁷.

Inoltre, come sopra accennato, è da evidenziare che «il principio di solidarietà tende per sua natura a realizzare i correttivi necessari per rendere la norma adeguata alla realtà sociale e garantire quell'unità indissolubile di diritti e doveri che è la persona umana³⁴⁸, [e] coinvolgendo categorie e valori di rilevanza costituzionale, esso è un principio generale in quanto concerne tutti i rapporti obbligatori a prescindere dalla loro fonte³⁴⁹»³⁵⁰.

A tal punto, va similmente fatto riferimento all'art. 3 cost. in tema di parità dignità sociale ed uguaglianza³⁵¹.

La norma costituzionale citata riconosce l'uguaglianza tanto come divieto di (possiamo sintetizzare) ogni forma di discriminazione (co.1, cd. uguaglianza formale), quanto come impegno ad opera dello Stato di rimozione di ogni condizione di fatto che possa ostacolare lo sviluppo della persona umana (co. 2, cd. uguaglianza sostanziale).

Essa «rappresenta “un principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obiettiva struttura”³⁵² [e pertanto è possibile dedurre] che ormai l'eguaglianza costituisce un principio supremo, implicito nell'assetto stesso dell'ordinamento. [...] Costituisce un “principio generalissimo”³⁵³, una super-norma [operante] quale norma di chiusura (dell'ordinamento), costituendo un principio che influenza ed orienta in maniera decisiva l'interpretazione delle norme costituzionali»³⁵⁴.

In tema dei divieti indicati al co.1, ovviamente «non vanno intesi in senso rigido ed assoluto. Sarebbe, [infatti], eccessivo, (...) inopportuno o addirittura (...) irrazionale, ritenere che nessuna legge possa mai distinguere in base a questi profili»³⁵⁵.

La norma che ha introdotto l'uguaglianza sostanziale ha posto all'interprete una serie di interrogativi, innanzitutto in merito alla titolarità della pretesa all'uguaglianza; tra chi deve essere realizzata? La seconda questione è relativa all'oggetto dell'uguaglianza, ovvero in che cosa sono o possano essere uguali i soggetti di cui sopra. Il terzo interrogativo concerne

³⁴⁷ In tal senso, P. PERLINGIERI, *op.ult.cit.*, p.162. V. anche P. PERLINGIERI - P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali di diritto civile*, Napoli, 2004, p. 72 e ss..

³⁴⁸ Sul tema, A. ALPINI, *La “dimensione equitativa” della legalità costituzionale*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2012, p. 454 e ss..

³⁴⁹ Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 19, in *www.corte costituzionale.it*.

³⁵⁰ A. ALPINI, *Principio di solidarietà e le c.dd obbligazioni solidali*, in *Rass. Dir. Civ.*, 4, Napoli, 2014, p. 1000.

³⁵¹ L'uguaglianza, quale valore etico, morale e religioso, è stata considerata sin dall'antica Grecia quale principio giuridico essenziale della democrazia, nonché in tempi più recenti dall'art. 6 della dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e da tutte le costituzioni del XIX sec. e dallo Statuto Albertino - prima - e poi dalla nostra Carta Costituzionale. In tal senso, A. CELOTTO, *Art. 3/1°*, in R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 66 e ss..

³⁵² Corte Cost. Sent. N. 25/1966...

³⁵³ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Milano 1993, p. 71.

³⁵⁴ A. CELOTTO, *op.ult.cit.*, p. 68.

³⁵⁵ A. CELOTTO, *op.ult.cit.*, p. 73.

l'individuazione dei soggetti istituzionali in capo ai quali vi sarebbe l'obbligo di rimozione degli ostacoli citati nella disposizione in esame³⁵⁶.

Come anticipato, «la pretesa ad essere posto in una condizione di uguaglianza, non può essere una pretesa di tutti, generalizzata. Titolare di una pretesa di uguaglianza sostanziale non può, quindi, essere mai l'individuo in quanto tale, considerato nella sua natura di essere umano, ma soltanto l'individuo in concreto, considerato nella sua specifica reale posizione sociale»³⁵⁷.

E' l'appartenenza ad un'entità composta da almeno due o più parti a determinare la definizione di una qualsivoglia uguaglianza sostanziale. Per chiarire si consideri l'ambito del lavoro. In esso è la condizione di membro della comunità produttiva che determina la titolarità dei diritti costituzionali e legislativi relativi ai luoghi e momenti di lavoro³⁵⁸.

In tale contesto alcuna discriminazione, di razza, sesso, lingua, religione, opinioni politiche o condizioni personali, può essere posta in essere.

Sinteticamente sopra individuate le questioni poste dall'art. 3 cost, va detto che tale norma deve essere considerata «nella sua unitarietà, senza separare il primo comma dal secondo, l'enunciazione dell'eguaglianza formale da quella c.d. sostanziale»³⁵⁹.

Il contenuto del secondo comma non è antagonista rispetto a quello del primo, sono entrambi espressioni del principio personalista e, quindi, dei diritti inviolabili della persona, nonché dell'incidenza di questi anche sulle situazioni patrimoniali, ovvero proprietà ed impresa³⁶⁰.

Eguaglianza che non vuol dire egualitarismo. Come sopra detto, non si può pretendere l'eguaglianza di tutti in tutto a prescindere dai meriti. Le ragioni di distinzione devono essere meritevoli, nel senso che «in relazione al caso concreto [le diseguaglianze] devono, eventualmente, sussistere secondo l'assiologia del sistema. (...) Il principio di eguaglianza è violato sia quando, senza giustificazione costituzionalmente rilevante, situazioni uguali vengano a subire un trattamento diverso, sia quando individui in situazione differente e sperequata subiscano un trattamento identico»³⁶¹.

Tutela della persona e dei diritti, in condizioni di parità di trattamento ed in relazione al caso concreto, anche in merito all'ambito di realizzazione della stessa. Ambito che, come abbiamo visto, può essere afferente anche alle situazioni patrimoniali e quindi in senso più ampio al mercato.

Per quanto appena detto, è lineare asserire che gli strumenti normativi analizzati fino ad ora in questo lavoro, posti a tutela della trasparenza del mercato e delle modalità in cui le imprese operano all'interno di esso, attraverso il rispetto di vincoli obbligatori o liberamente adottati con regolamentazioni tecniche, norme e/o codici di settore o di comportamento,

³⁵⁶ In tal senso, A. GIORGIS, *Art. 3/2°*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 94.

³⁵⁷ A. GIORGIS, *op.ult.cit.*, p. 95.

³⁵⁸ Così, A. GIORGIS, *op.ult.cit.*, p. 95.

³⁵⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, Napoli, 2020, p.172.

³⁶⁰ P. PERLINGIERI, *op.ult.cit.*, p.173.

³⁶¹ P. PERLINGIERI, *op.ult.cit.*, p.175.

consentono la «giusta» realizzazione della capacità economica di un'impresa e per il tramite di questa di tutti i lavoratori e, quindi, di un'intera comunità di persone.

Con quest'ottica, i sistemi di *compliance* o di anticorruzione andrebbero adottati e valutati, tanto da chi deve ad essi conformarsi, tanto da chi in caso di non conformità deve applicare le sanzioni previste.

19. Fino a questo punto, si è descritto un sistema regolatorio molto articolato, vasto e complesso, in cui per quanto appena detto l'attività valutativa dell'interprete può giocare un ruolo molto importante non solo per l'impresa coinvolta, ma in linea riflessa e più generale per il mercato e la società tutta.

Partendo da questo presupposto, resta da capire con quali modalità l'interprete è portato a scegliere e, quindi, ad interpretare.

Al riguardo è interessante richiamare le teorie sulle scelte, tralasciando però quelle di scuola economica sull'utilità attesa³⁶², maggiormente incentrate sullo studio delle scelte di consumo e/o degli investitori in ambito finanziario, ma riferendosi a quelle utilizzate nello studio delle scienze sociali.

Una³⁶³ delle dottrine più interessanti relativamente alla teoria della razionalità insiste sul fatto «che la razionalità non debba essere intesa solo come strumentale o utilitaristica, ma debba includere anche quelle dimensioni che ha definito come “cognitiva” e “assiologica”. L'idea è che il modello standard della scelta razionale non tenga adeguatamente conto di questi due aspetti essenziali dell'azione e indispensabili per la sua interpretazione»³⁶⁴.

³⁶² «Per spiegare le scelte effettuate dagli individui in condizione di rischio gli economisti utilizzano il modello dell'utilità attesa di von Neumann e Morgenstern (1947). Questa teoria, accettata e applicata come modello economico del comportamento umano, considera l'uomo come un essere razionale e prevedibile, e ne studia le preferenze. La teoria dell'utilità attesa si basa su un procedimento deduttivo partendo da alcuni assiomi che definiscono i requisiti di razionalità, dove si legano le scelte e le preferenze del soggetto. Quando un individuo o un consumatore si trova di fronte a delle alternative senza conoscere con certezza quale si verificherà, ma ne conosce la distribuzione di probabilità di realizzazione, secondo la teoria, gli individui scelgono tra le varie possibilità quella alla quale è associata l'utilità attesa più elevata in base alle risorse che ha a disposizione. In altre parole, si può dire che la teoria dell'utilità attesa è un criterio che permette di selezionare la scelta del consumatore in condizione di non certezza, in condizioni aleatorie. Con il termine “utilità” possiamo identificare un indice delle preferenze del consumatore in ambito di rischio, definisce il grado di “piacere” che il soggetto ricava dal soddisfacimento dei bisogni. L'insieme delle preferenze che massimizza l'utilità del consumatore sono identificate nella funzione dell'utilità attesa, che può essere vista come funzione che associa ad ogni possibile scelta una corrispondente misura di utilità». Così, E. DONADI, *Dalla teoria dell'utilità attesa alle teorie alternative: analisi del comportamento degli individui nelle scelte di portafoglio in laboratorio*, 2013, Venezia, pp. 10-11.

³⁶³ R. BOUDON, *Le «paradoxe du vote» et la théorie de la rationalité*, in *Revue française de sociologie*, 1997, 38, 2, pp. 217-227.

³⁶⁴ P. DEMEULENAERE, *Esistono più tipi di razionalità (Are there many types of rationality?)*, punto 2, in *Quaderni di Sociologia*, p. 45-49, disponibile al link: <https://journals.openedition.org/qds/293>.

L'aspetto interpersonale, culturale, sociologico, in sintesi il *background* dell'interprete è ineliminabile e condiziona la scelta dello stesso.

Non a caso, «la prima da considerare è quella secondo la quale gli individui sono razionali quando agiscono in modo intenzionale. La decisione intenzionale di agire corrisponde al motivo che chiunque esprime nell'azione, per esempio il suo piacere di fumare, o di non fumare per evitare problemi di salute. Alla luce di ciò sarebbe irrazionale un comportamento condotto sulla base di cause involontarie. Ad esempio, [...] uno studio sulla libertà condizionale riporta che alcuni giudici [la] concedevano o meno nelle loro decisioni, tend[endo] a essere tanto più severi quanto più sono irritati dal crimine commesso: chiaramente, in questo caso, le cause non intenzionali e inconsce influenzano le decisioni intenzionali. I giudici non sono consapevoli della influenza che questi fattori possono avere sulle loro deliberazioni. Ciò significa che le motivazioni intenzionali non sono le sole a influenzare le decisioni individuali. Tuttavia, in questo esempio si tratta ancora di decisioni intenzionali, in parte determinate da tendenze inconsce»³⁶⁵.

«L'idea principale nella teoria della razionalità [sopra citata] è che le persone hanno una buona ragione per fare quello che fanno, cioè esse hanno non solo ragioni, ma appunto "buone ragioni". Data la loro situazione e alla luce delle informazioni che hanno, tendono a fare la scelta che ritengono in qualche modo più giusta tra quelle disponibili secondo il loro punto di vista»³⁶⁶.

Ciò sta a significare che le persone effettuano la scelta che appare migliore sulla base delle informazioni che hanno e delle circostanze del momento. Pertanto, quando si fa riferimento alle buone ragioni, si sta facendo riferimento al concetto di «scelta giusta», ma questa sarà tale non perché lo sia necessariamente, ma perché apparirà come la migliore possibile in relazione agli elementi al momento posseduti.

Quindi, «le persone hanno sistemi di ragioni sui valori e sulle norme che approvano, così come hanno sistemi di ragioni sulle credenze positive che accettano. Perciò è del tutto irrilevante separare gli aspetti positivi da quelli normativi, poiché essi sono entrambi unificati dall'esistenza delle credenze

³⁶⁵ P. DEMEULENAERE, *op.ult.cit.*, ai punti 7-8. E proseguendo al punto 9: «L'azione intenzionale, chiaramente, può essere vincolata e quindi dipendente da caratteristiche di tipo psicologico o da norme sociali. Quando si parla di ragioni alla base dell'agire, queste possono ovviamente includere l'accettazione di determinate norme sociali o culturali. (...) Idealmente, una decisione individuale è la decisione «giusta» che si dovrebbe prendere, secondo la propria situazione, anche se i criteri di tale correttezza non sono unilaterali e non portano a norme di decisione valide dal punto di vista interpersonale». Il medesimo autore riporta al punto 15, una teoria contraria (Coleman 1990) nonostante le ambiguità della stessa, basata sull'«idea che le persone agiscano razionalmente ogni volta che perseguono in modo efficiente il proprio interesse. Questa è una concezione molto diversa e sicuramente più stringente di razionalità: essa non fa riferimento solo alla scelta deliberata di un fine, né tanto meno ai mezzi necessari per realizzarlo, o alla sua coerenza di fondo, ma al fine dell'azione stessa, vale a dire all'interesse personale di chi la intraprende».

³⁶⁶ P. DEMEULENAERE, *op.ult.cit.*, al punto 26.

e dal fatto che queste stesse credenze sono supportate dalle ragioni che le persone, data la loro situazione, hanno per accettarle»³⁶⁷.

Va inoltre considerato che le persone agiscono non solo con fini utilitaristici, più semplicemente valutando le conseguenze delle proprie azioni, ma anche sulla base di principi morali che vengono considerati validi³⁶⁸.

Altro elemento da considerare in tema di scelte è quello dell'imparzialità, infatti, «le persone hanno un senso più appropriato del corretto atteggiamento normativo quando non è in gioco il loro interesse»³⁶⁹.

Altra questione di rilevanza attuale, è l'incidenza che la tecnologia sta avendo ed avrà sull'interpretazione e quindi l'evoluzione giuridica dei tempi a venire.

«Le tecnologie, [difatti], incidono sul tempo anticipando gli effetti dei fatti, consentendo di poterli prevedere e, dunque, anche di ostacolarli o favorirli attraverso complessi procedimenti logico-matematici. Si pensi alla c.d. giustizia predittiva. [Assumono, quindi, grande rilievo] i precedenti [giurisprudenziali], per individuare [i quali] ci si muove dal presente verso il passato secondo una logica inferenziale e del ragionamento induttivo: si raccolgono informazioni dal passato da utilizzare nel presente per prevedere e decidere»³⁷⁰.

L'analisi dei precedenti pone, però, problemi sia nel loro raggruppamento, in assenza di criteri omogenei predefiniti, sia relativamente al linguaggio degli stessi, tenendo conto del fatto che le sentenze seguono tecniche redazionali diverse, con «periodi articolati con numerose subordinate e che manifestano le ambiguità del linguaggio naturale misto a forme dei linguaggi tecnici settoriali»³⁷¹.

Per quanto una macchina possa garantire una decisione logica, il tutto dipende sempre da criteri preimpostati che non daranno mai garanzia

³⁶⁷ «Per esempio, le persone supportano la pena di morte (posizione normativa) perché credono che sia efficiente. Potranno invece rinunciarvi solo quando scopriranno che nei fatti non lo è (credenza positiva)»; P. DEMEULENAERE, *op.ult.cit.*, al punto 33.

³⁶⁸ «In questo caso sono centrali due esempi: 1) il paradosso del voto e 2) il dilemma del prigioniero. Nessuno dei due trova soluzione nel principio della razionalità strumentale. In un grande sondaggio, le persone, se fossero guidate da una ragione strumentale, non dovrebbero votare affatto, perché il loro voto non fa alcuna differenza. E invece lo fanno. La gente non dovrebbe cooperare in una situazione da «dilemma del prigioniero», perché il loro interesse li porterebbe a non collaborare. Tuttavia, essi cooperano. Questo è il motivo per cui è stato introdotto il concetto di razionalità assiologica», R. BOUDON, *op.ult.cit. passim* e P. DEMEULENAERE, *op.ult.cit.*, al punto 37.

³⁶⁹ «Gli individui valutano le proprie azioni ponendosi dal punto di vista di uno "spettatore imparziale", giudice equo interiore, il quale giudica esse in quanto "cittadino medio". E' questo il principio morale su cui si fondano le istituzioni giuridiche», così A. SMITH, *Teoria dei sentimenti morali*, BUR, 1995, *passim*.

³⁷⁰ A. ALPINI, *L'impatto delle nuove tecnologie sul diritto*, in *Comparazione e diritto civile*, 4, 2018, Napoli, pp. 1-13. Sul tema si v. anche: M. DE FELICE, *Su probabilità, «precedente» e calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2017, 6, p. 1546 e ss. e N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 923 e ss.

³⁷¹ A. ALPINI, *op.ult.cit.* p. 3. Anche, ID., *Lingua italiana e identità nazionale*, in *civilistica.com*, 2, 2018, p. 5 e ss..

assoluta di una valutazione – per di più giusta ed applicabile al caso in concreto – fondata su giudizio di meritevolezza.

Si è detto che «nel tentativo di impostare un paragone tra la decisione giudiziaria e la “decisione robotica” si osserva che vi sarebbe soltanto un’unica «parziale divergenza» nell’ipotesi della “decisione per valori” che la macchina sostituirebbe con la “funzione utilità”»³⁷².

Altra criticità è rappresentata dal vincolo posto alla macchina di decidere sulla base di precedenti anteriori, perché ciò di fatto potrebbe impedire l’evoluzione del pensiero giuridico e la sua evoluzione in relazione all’esigenze della società, con un conflitto con l’art. 101 cost. che «sancisce la soggezione del giudice soltanto alla Legge. (...) [In ogni caso], l’interpretazione non si riduce ai problemi semantici che peraltro potrebbero essere superati con un sistema di contestualizzazione. L’oggetto dell’interpretazione non si esaurisce nella ripetizione seriale e tipica di fatti. Emerge la necessità di farsi guidare dal criterio qualitativo espresso dalla meritevolezza dell’interesse, piuttosto che da criteri quantitativi che si rivelano insufficienti»³⁷³.

La scrittura di algoritmi idonei a predire i futuri orientamenti giurisprudenziali, seppur con l’ausilio di tutti gli strumenti di calcolo probabilistici e statistici oggi esistenti, «è cosa ben diversa dal ravvisare nell’argomentazione giuridica – che ha per oggetto il testo, il contesto, i principi e la *quaestio facti* – una materia esclusivamente razionale e logico-matematica. (...) Più accettabile appare, quindi, attribuire [a ciò] un ruolo integrativo e non sostitutivo dell’attività dell’interprete»³⁷⁴.

20. Dalle considerazioni sin qui svolte, è emerso come «nel corso degli ultimi anni il legislatore ha intrapreso una lotta serrata alla corruzione, soprattutto nella pubblica amministrazione, promuovendo una politica innovativa, di tipo integrato che individua i propri capisaldi, non solo nel rafforzamento dei rimedi di tipo repressivo, ma soprattutto nell’introduzione di strumenti di prevenzione volti ad incidere in modo razionale, organico e determinato sulle occasioni della corruzione e sui fattori che ne favoriscono la diffusione, nonché nella promozione di una cultura del rispetto delle regole e dell’etica pubblica»³⁷⁵.

Come detto, da decenni ormai la corruzione è studiata come un fattore che incide sui sistemi economici, oltre che di governo e di amministrazione, ed è quindi normale che anche gli strumenti di lotta alla corruzione siano informati all’esigenza di intervenire sugli effetti negativi della corruzione sull’economia.

³⁷² A. ALPINI, *op.ult.cit.* p. 4 e per approfondimenti sul tema, quanto dall’A. richiamato in nota 28, ovvero M. MOCHEGANI, *Algoritmi e diritto: i nuovi orizzonti (più o meno rassicuranti) della decisione robotica*, in *forumcostituzionale.it*, p. 3.

³⁷³ A. ALPINI, *op.ult.cit.* p. 4.

³⁷⁴ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, Napoli, 2020, pp. 451-453.

³⁷⁵ M. CORRADINO, *Prefazione. La circolarità alla lotta alla corruzione*, in M. Nunziata (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, Roma, 2017, p.18.

In Italia, prima della legge 190/2012 il sistema normativo era incentrato quasi esclusivamente sul sistema penale, quindi sulla repressione, mentre gli aspetti di prevenzione erano del tutto sottovalutati.

«Tuttavia, la sola repressione penale non ha, come sopra accennato, fornito una adeguata risposta alle esigenze di legalità che nascono dall'analisi del fenomeno corruttivo»³⁷⁶.

La spinta internazionale, come accennato agli inizi di questo lavoro, ha determinato l'evoluzione culturale e normativa che è stata sin qui descritta.

Ebbene, nonostante il percorso evolutivo non sia concluso, oggi è chiaro ed incontrovertibile che «per un'azienda è sempre più importante essere abili nel gestire le problematiche di rischio ed oggi gli aspetti relativi alla compliance sono ormai ai primi posti della scrivania dei manager al pari dei temi economici e di mercato. Il tema Governance, Risk and Compliance (GRC) sul mercato industriale italiano sta avendo un'evoluzione probabilmente più lenta rispetto ad altri Paesi Europei (gli Stati Uniti sono già passati ad una fase di revisione critica delle metodologie adottate), ma al contempo sempre più importante, capillare e significativa. Tutti i mercati sono interessati a questa evoluzione [e, come ogni cambiamento ha richiesto tempo e, in verità è ancora in atto]. Possiamo, però, dire che oggi i temi classici della gestione aziendale poggiano sempre più sulla valutazione dei rischi ovvero nella compliance»³⁷⁷.

Con la legge 190/2012, infatti, è stato introdotto nel nostro ordinamento un sistema organico di prevenzione della corruzione, che unitamente al d.lgs. 231/01 hanno determinato l'affermarsi dei modelli di prevenzione e compliance attraverso i quali la cultura della gestione (preventiva) del rischio è entrata tanto nelle aziende private – dove per la verità proprio grazie al decreto 231 era già diffusa –, quanto nella P.A. e nelle aziende pubbliche attraverso il P.N.A. (Piano nazionale Anticorruzione).

Tali adozioni nazionali, insieme al contesto regolatorio internazionale hanno determinato e costruito «“un ruolo antimafia” [a]lla disciplina dei contratti pubblici, [tanto che] oggi, si può dire che si gioca la partita della nuova codificazione (D.Lgs. 50/2016) e delle linee guida che ha predisposto e predisporrà l'Autorità nazionale anticorruzione (Anac). Ne consegue che il codice, (...) finisce per diventare uno dei banchi di prova privilegiati per vagliare l'effettiva tenuta delle misure antimafia previste dai vari settori dell'ordinamento e, a un tempo, esso stesso misura antimafia. Così facendo, si spiegano le (ineliminabili) interferenze con la disciplina antimafia e si giustifica il (necessario) coordinamento»³⁷⁸.

Si è quindi visto come tutta questa produzione normativo, regolamentare o di *soft law* abbia un forte impatto sulla governance delle aziende e sulle scelte di amministrazione, intersecandosi con il regime della responsabilità di amministratori e/o dirigenti.

³⁷⁶ G. LEOTTA, *Introduzione generale al fenomeno*, in M. Nunziata, *op.ult.cit.*, p. 32.

³⁷⁷ A. CERBONE, *Come il tema della compliance sta assumendo il ruolo di motore del business*, disponibile al link: <https://inobrec.wordpress.com/come-il-tema-della-compliance-sta-assumendo-il-ruolo-di-motore-del-business/>

³⁷⁸ V. VARONE, *La disciplina antimafia e i contratti pubblici*, in M. Nunziata, *op.ult.cit.* pp. 388-389.

Proprio tale aspetto ha determinato lo sviluppo di strumenti di gestione e controllo che dapprima nelle grandi multinazionali e poi nelle imprese via via più piccole (quelle più illuminate!), hanno trovato adozione pressoché sistematica; quantomeno ad un livello basilare di predisposizione.

Questo perché, un sistema di prevenzione è efficace se riduce i rischi e questi possono essere ridotti soltanto attraverso un sistema di controlli efficace (interno o esterno che sia), ed un'ottima conoscenza dei processi interni all'impresa o all'amministrazione.

«[Si può, pertanto], (...) immaginare un processo come una grossa scatola nera (*black box*), dove da un lato abbiamo gli input (ad esempio risorse umane, economiche, tecnologiche ecc.) e dall'altro abbiamo *output* e *outcome* (ad esempio costi, consumi, persone salvate, persone defunte ecc.) ed entrambi sono noti a tutti, anche alle persone meno esperte. Quindi, se si analizza e conosce bene nei minimi dettagli ciò che succede all'interno della *black box* si è poi in grado di risolvere fino in fondo le problematiche in quanto si conoscono i meccanismi interni. In sintesi, se si vogliono migliorare e aumentare le performance si deve agire sulla *black box* perché solo così si potranno conoscere i rischi al suo interno e si avrà la possibilità di evitarli e monitorarli. Solo attraverso una mappatura completa e puntuale dei processi si può conoscere il contenuto della *black box*»³⁷⁹.

Riduzione dei rischi per un'impresa sta a significare evitare sanzioni economiche o interdittive di partecipazione a gare o contratti con la P.A.; in sintesi e con estrema chiarezza va detto che ciò significa risparmio di costi (inutili) e bilanci più solidi.

Di riflesso, imprese sane che operano legalmente in un mercato trasparente, determinano benefici per l'intera società o, quantomeno, della comunità prossima alle stesse.

Ecco perché, ai suddetti sistemi di prevenzione e controllo può essere riconosciuta una funzione economico sociale giuridicamente fondata e meritevole.

Meritevolezza che oggi è principio cardine e diviene, quindi, strumento di controllo e conformazione della regola contrattuale ai principi apicali dell'ordinamento italo-europeo, unitamente al principio di proporzionalità.

Quest'ultima, è lo strumento più idoneo a valutare la meritevolezza tanto degli atti di autonomia privata, quanto dell'interesse principe dell'ordinamento a che vi sia giusta realizzazione contrattuale, intesa quale equilibrio tra le posizioni dei contraenti e reciproco soddisfacimento di interessi.

Il contratto è, infatti, espressione (forse la massima) dell'autonomia e dell'iniziativa economica privata, così come riconosciuta dall'art. 41 costituzione, ovvero libera, ancorché con i limiti posti dai commi della citata disposizione.

Quindi, ogni contratto rientra nell'iniziativa economica libera, ma nei limiti relativi ai valori dell'«utilità sociale, della sicurezza, della libertà e

³⁷⁹ F. BARTOCCIONI – K. PELAGAGGE, *La mappatura dei processi nei sistemi aziendali*, in M. Nunziata, *op.ult.cit.*, pp. 562-563.

dignità umana», cui si aggiungono quelli imposti dalla legislazione ordinaria della contrarietà alle norme imperative, ordine pubblico e buon costume.

Dall'analisi dei principi costituzionali emerge, però, che alcun limite, è posto alla autoresponsabilità dei contraenti in tema di giustizia del contratto che rientrando nel contesto di vita sociale delle parti di esso, deve essere indagata in relazione al mercato. A tal proposito, un mercato è sano se in esso non è alterato il meccanismo della concorrenza.

In sintesi, il contratto giusto è adeguato al mercato e, affinché ciò avvenga, è necessario che il regime della concorrenza funzioni e di conseguenza vi sia giustizia contrattuale.

Su questo punto svolge il proprio ruolo l'interprete. Figura insostituibile per la capacità di discernimento in relazione al testo, al contesto, all'interesse in concreto delle parti e al bilanciamento³⁸⁰ tra gli interessi di cui, queste, sono titolari.

Oggi, e ancor di più nel prossimo futuro, tale ruolo è e sarà messo in discussione.

Il pericolo rappresentato dalle nuove tecnologie vede, oltre ai cenni precedentemente effettuati, anche il «database *Blockchain*, [che] garantendo l'impossibilità di modificare e alterare i dati inseriti e le operazioni registrate, determinerebbe un alto grado di affidabilità al punto di ipotizzare un suo utilizzo in sostituzione dell'intervento del notaio. La regola tecnica verrebbe a sostituire la regola giuridica. Tuttavia, [è da evidenziare] che altro è la sicurezza della conservazione, altro è la garanzia della qualità del dato conservato. *Blockchain* garantirebbe la sicurezza materiale dell'avvenuto deposito di documenti e della loro conservazione, ignorando completamente il loro contenuto intrinseco: garantirebbe un risultato matematico non le valutazioni giuridiche»³⁸¹.

Ma sistemi di questo tipo, come anche gli algoritmi predittivi e di calcolo delle probabilità, «non [sono] da confondere con il tema della decisione robotica e del suo rapporto con la discrezionalità dell'interprete»³⁸².

«Tutto il sistema delle norme costituenti l'ordine giuridico ha base e fondamento in principi e criteri di valutazione, i quali presuppongono una gerarchia di valori e determinano un rango fra gli interessi che vivono e operano nella vita di relazione. L'evoluzione giuridica dipende dunque dalla sensibilità del giurista nel saper interpretare «la forza di espansione

³⁸⁰ Il bilanciamento «impedisce l'instabilità e l'arbitrarietà [di valutazioni] e giudizi» e «consiste nell'avvalersi, di volta in volta, adeguatamente alla quaestio oggetto di decisione, di una ragionevole gerarchia degli interessi e dei valori espressi dai principi fondamentali, nel loro inscindibile coordinamento. (...) E' dunque una tecnica costantemente presente nell'interpretazione a fini applicativi», così P. PERLINGIERI, *op.ult.cit.*, p. 399.

³⁸¹ A. ALPINI, *op.ult.cit.* p. 10 e C. LICINI, *Il notaio dell'era digitale*, cit., p. 146 e ss..

³⁸² Così, P. PERLINGIERI, *op.ult.cit.* p. 455, ed ancora «La prima è questione di natura essenzialmente matematica, che è utilizzabile nelle valutazioni prognostiche; la seconda, invece, coinvolge necessariamente una possibilità di scelta tra alternative nel rispetto dei parametri ermeneutici e quindi di un corretto e persuasivo uso dell'argomentazione sulla base di fondamenti logici, teleologici e assiologici rinvenibili nel sistema ordinamentale».

assiologica dei principi generali. Sí che i principi – portatori di valori – saranno sempre presenti nel procedimento interpretativo-applicativo»³⁸³.

Ed allora, l'interprete è e deve continuare ad essere l'ultimo e preminente strumento attuativo dell'assiologia dei principi generali, dell'applicazione pratica della legalità costituzionale³⁸⁴ operando quelle valutazioni a monte e a valle, con tutte le implicazioni che sono nel mezzo in termini di responsabilità giuridiche e benefici conseguenti, dell'adozione di tutti gli strumenti di gestione prevenzione e controllo che, così, possono concretamente essere assunti ad ulteriori strumenti di applicazione pratica della legalità costituzionale.

³⁸³ P. PERLINGIERI, “*Principi generali*” e “*interpretazione integrativa*” nelle pagine di Emilio Betti, in *Rass. Dir. Civ.*, 1, Napoli, 2019.

³⁸⁴ Sulla quale è stato detto che: «La legalità costituzionale esige un metodo ermeneutico che abbia le seguenti caratteristiche: a) riconoscere che la costituzione, come ogni altra legge, è sempre e anzitutto un atto normativo, che contiene disposizioni precettive e che tanto i giudici ordinari, nel risolvere sulla base di norme costituzionali le controversie sottoposte alla loro decisione, quanto i giudici costituzionali, (...) come giudici di costituzionalità delle leggi, si trovano vincolati dai testi costituzionali; b) argomentare su norme-principi, l'applicazione delle quali non assume la forma sillogistica della sussunzione, ma quella dell'ottimizzazione nel realizzare il precetto, secondo la gerarchia delle fonti e dei valori ispiratori del bilanciamento da compiere in riferimento al caso concreto da decidere; c) prendere atto che mediante la rilevanza dell'idea di società e di etica sottese alla Costituzione penetrano nel sistema ordinamentale valori e principi storicamente connotati», così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, Napoli, 2020, pp. 252-253.

Indice Autori*

ACCIARO G., [111].
ACQUAVIVA G., [8],[63],[65],[66],[67],[70],[74].
ADDANTE A., [7].
ALPINI A., [307], [311], [312], [315], [316], [348], [350], [370], [371], [372], [373],[381].
AMBROSINI S.,[118].
AMORE A.,[35].
ANGELICI C., [133].
ANGELONE M.,[180],[181],[183],[184],[189].
ARCIDIACONO D., [134].
ASCIONE C., [17],[283],[286].
ASTROLOGO A.,[83],[86],[94],[95],[96],[97].
BABSON E.K.,[239].
BADODI D.,[152],[154].
BARBA V., [183].
BARTANENA A., [134].
BARTOCCIONI F., [379].
BATTAGLINI R., [202].
BEBCHUK L.,[221].
BENEDETTI L.,[133],[134].
BERTI DE MARINIS G.,[168].
BETTI E.,[55],[175],[191].
BIANCA C.M.,[119].
BILLO G.,[206].
BIRD F. [172].
BISIO L., [37],[39],[41].
BOBBIO N., [307].
BONELLI F., [128],[132].
BORGHI M.,[97],[98],[99],[100].
BORLINI L.,[8].
BOUDON R.,[363],[368].
BUONGIORNO M.,[154].
BUSACCA M.,[270],[272].
BUSANI A.,[110],[131],[138],[250],[253].
CAGGIANO A.,[202].
CANTONE R.,[51],[52],[53].

CANZIO G.,[96].
CAPRA F.,[224],[225],[232],[233].
CAPRA M.,[154].
CAPUTO A.,[270],[272].
CARAPEZZA FIGLIA G., [192].
CARNÀ A. R.,[206].
CASALE F., [248].
CASSATELLA A.,[308],[309],[310].
CASTELLANETA M., [9].
CASTRONUOVO D.,[14],[109].
CASUCCI F., [62].
CAVINO M., [35].
CELOTTO A.,[351],[354],[355].
CERBONE A.,[377].
CERQUA L.D.,[96].
CERRATO S.A.,[202].
CIOCCA N.,[250],[252].
CLARICH M.,[308].
CLARK W.H.,[239].
CLARKSON M.B.E.,[169].
CLEMENTUCCI F., [11],[12].
COCCAGNA B.,[51],[52],[53].
COFFEE J., [153].
COMMANDATORE C., [18],[19],[22],[27],[28],[34],[35].
CORRADINO M., [2],[375].
CRISAFULLI V.,[307].
CRUTCHFIELD L.R.,[256].
CUCCURU P., [202].
D'AMICO G., [120],[122],[124],[340].
D'ATTORRE G., [109].
DANOVI A.,[111],[113].
DE FELICE M., [370].
DE GREGORIO A., [130].
DE MARI M., [109].
DE ROSSA GISIMUNDO F., [83],[86],[94],[95],[96],[97],[98],[99],[100].
DE SIMONE G., [14],[109].
DEBENEDETTI F.,[209],[212],[213],[214],[216],[219],[222].
DELLA ROCCA F.,[317],[318],[319],[320],[321].

DEMEULENAERE P.,[364],[365],[366],[367].
DI BITONTO M.L.,[166].
DI BONA L., [314].
DI CATALDO V.,[134].
DI MAJO A., [59],[60].
DI MARIA R.,[35].
DI SABATO D., [202].
DIONISIO C., [134].
DONADI E., [362].
DONALDSON T.,[169].
FABIANI M.,[115].
FAVALE R.,[203].
FAVINO C.,[169],[170],[171],[172].
FEMIA P.,[55],[58],[62],[293],[347].
FIMMANÒ F., [148].
FLAMINI A., [54].
FLAMMER C.,[172].
FONTANA R.,[110],[112].
FORTI G., [121],[123],[124].
FORTUNATO V.,[163],[165],[167].
FRANCHINI C., [26].
FRÈ G.,[129].
FRIEDMAN M., [210],[238].
GALGANO F.,[108].
GALLARATI A.,[235],[239],[242],[245],[246].
GAMBINI M., [203].
GANDINI F., [10].
GARBARSKI A. M.,[90],[91].
GARCIA-ZAMOR J.C.,[310].
GARETTO R., [229].
GAVOTTI G.,[202].
GIANNETTO M. E.,[284].
GINEVRA E.,[14],[109].
GIOBBI M., [229].
GIOCOLI N., [154].
GIORDANO M.T.,[202].
GIORGINI E., [190].
GIORGIS A.,[356],[357],[358].

GÖSSLING T., [171].
GRANT H. M., [256].
GUERINI T.,[46],[50].
GUIZZI G., [285].
HAMMOND S.A., [172].
HANSMANN H.,[238].
HART S.,[170].
HEINE G.,[85],[86].
IPPOLITO M., [151].
IRTI N., [370].
JENSEN M., [217], [238].
KRAAKMAN R.,[238].
KRAMER M.R., [172].
LA BIANCA G., [109].
LEOTTA G., [376].
LEVIS M.,[96].
LIBERTINI M.,[109],[324],[327],[330],[334].
LICINI C., [381].
LIONZO A.,[14],[109],
LONGO A., [204].
LOWELL BROWN H.,[65].
LUPARIA L.,[96].
MACALUSO A., [90],[91].
MAGRINI P.,[8].
MANCINI C., [206].
MANCINI F., [35].
MANTOVANI M.P., [203].
MARANDOLA A., 109],[166].
MARASÀ G.,[241],[247],[249],[251].
MARCHEGIANI L.,[161].
MARTINO R.R., [254].
MATHEWS A.F., [64].
MATTEI U., [224],[225],[232],[233].
MAYER C.,[220].
MAZZAMUTO M., [34].
MAZZIOTTI DI CELSO M.,[353].
MELI M., [227],[231].
MENDES ALDRIGHI D., [153].

MENZIONI L., [187].
MERATI P., [202].
MEZZANOTTE F., [177].
MINTO A., [109].
MOCCHIGIANI M., [372].
MONGILLO V., [73].
MULAZZI L., [109].
NEGRI D., [14], [109].
NETTI A., [169], [170], [171], [172].
NIRO R., [335], [336], [337].
NITTI G.M.F., [22].
NUZZO G., [202].
O. FOGGIANO, [80], [82].
OPPO G., [106].
OSTI G., [228].
PAGNI I., [115].
PARISI N., [11], [12].
PAROLA L., [202].
PELAGAGGE K., [379].
PENNASILICO M., [174], [175], [176], [178], [181], [315].
PENZO G., [116].
PERFETTI U., [193].
PERINI A., [96].
PERLINGIERI G., [175], [177], [179], [183], [186], [188], [191], [292], [295], [305], [316].
PERLINGIERI P., [1], [55], [57], [58], [62], [176], [182], [183], [185], [187], [191], [196], [293], [296], [298], [299], [300], [301], [302], [304], [313], [314], [338], [339], [341], [342], [345], [346], [347], [359], [360], [361], [374], [380], [382], [383], [384].
PERNICE C., [55].
PERRINI F., [162], [256].
PERUZZO G., [134].
PICCATTI E.E., [87], [88], [90], [93].
PIZZORUSSO A., [343].
POLIDORI S., [191].
PORTER M.E., [172].
PRESTON L.E., [169].
PREZIOSI S., [200].
PROIETTI M., [163], [164], [165], [167].
PUPO P., [109].

RAGO S., [255], [256], [257], [258], [260],[262], [263], [264], [266], [268], [269], [271], [273], [274].

RANALLI R., [112].

RESCIGNO P., [303].

RIZZO F., [48], [49], [56], [59], [62].

RIZZO V., [173].

ROCHE C., [256].

RODORF R.,[107], [108], [111], [115], [117], [135], [136], [137].

ROSSI E., [343], [344].

RUGGERI L., [54], [226].

RUOTOLO A., [237].

SACCO R., [181], [192], [197], [198], [297].

SAITTA F., [21].

SALA M., [113].

SANTORIELLO C., [147], [149], [150].

SBISÀ F., [16], [109].

SBISÀ G., [129].

SBORDONE F., [294].

SCHWIZER P., [161].

SCOCA F.G., [35].

SCOTTI A., [285], [286], [289], [291].

SEMEGHINI D., [133].

SERAFINI S.,[138], [290].

SGUBBI F., [46], [50].

SICIGNANO G.J., [201], [202], [205], [207], [208].

SLOCUM J.W., [172].

SMITH A., [369].

SMUCKER J., [172].

SOKOLOWSKI M., [227].

SOLINAS C., [61], [62].

SOTTORIVA C., [131], [132], [134], [138], [139], [142].

SPANGHER G., [109], [166].

STIRPE A., [125], [126], [127], [129].

STOUT L., [215].

STRAZZERI C., [75], [77].

TALIENTO M., [169], [170], [171], [172].

TALLARITA R., [221].

TANTARDINI M., [310].

TARTAGLIA POLCINI A., [293].
TOFFLER A., [229].
TRICARICO L., [227].
TRIMARCHI P., [121].
TROIANO S., [196].
VAN BEURDEN P., [171].
VARONE V., [378].
VARRASO G., [14], [109].
VENTURA L., [249].
VENTURI P., [255], [256], 257], [258], [260],[262], [263], [264], [266], [268], [269],
[271], [273], [274].
VETTORI G., [199].
VIAZZI C., [114].
VIOLA F., [311].
VITELLI F., [200].
VOLPE F., [194].
VURRO C., [256].
WEIGMANN R.,[132], [133].
ZACCARIA G., [311].
ZAGREBELSKY G., [293].
ZAMAGNI S., [255], [256], 257], [258], [260],[262], [263], [264], [266], [268], [269],
[271], [273], [274].
ZANICHELLI C., [109].
ZARRA G., [175], [183], [295]
ZINGALES L., [223].

* Le cifre in parentesi indicano il numero di nota in cui l'autore è citato.
E' possibile che un autore sia anche citato più volte, per opere diverse, nella
stessa nota.