



MARIA FRANCESCA TOMMASINI

Professore associato di Istituzioni di Diritto Privato – Università di Messina

## IL MERCATO TRA ETICA E DIRITTO. BREVI RIFLESSIONI A MARGINE

SOMMARIO: 1. La svolta etica del diritto. – 2. La diffusione dei codici etici tra autoregolamentazione del mercato e normativa nazionale. – 3. Etica ed Autorità garanti. – 4. Il difficile contemperamento tra etica, politica e diritto.

1. – L'epoca attuale impone al giurista di riflettere su talune problematiche ed anomalie del sistema. In particolar modo occorre chiedersi come mai gli studiosi del diritto siano chiamati, sempre più spesso, a rinunciare alla propria autoreferenzialità<sup>1</sup> ed a dialogare con uomini di finanza, con filosofi e sociologi, con i cultori delle scienze sociali. In tal senso, basti pensare alle problematiche attinenti al mercato “la cui conformazione appare in grado di racchiudere e sintetizzare, anche sul piano storico, oltre che lessicale, il senso ... di una identità culturale”<sup>2</sup>. Riflettere oggi sul mercato e sulla sua evoluzione significa, infatti, a ben vedere, interrogarsi innanzitutto sul ruolo e sui confini del diritto civile e verificare, di seguito, gli aspetti collegati alle neuroscienze che studiano i fondamenti biologici della natura umana<sup>3</sup>. Se, come autorevolmente sostenuto, “il mercato è la legge, che lo governa e costituisce; e prende forma dalla decisione politica e dalle scelte normative”<sup>4</sup>, non può sfuggire come decisioni politiche e scelte normative siano influenzate dalla realtà quotidiana della vita.

Il sistema giuridico non costituisce, dunque, più un quadro definito “dal quale si possano ricavare conclusioni univoche e soluzioni per ogni possibile caso, ma ha assunto le sembianze di un punto di riferimento tendenziale”<sup>5</sup>. Le categorie, non poggiando più su un contesto sociale omogeneo, hanno perso il loro carattere di absolutezza assiomatica divenendo, per così dire, fluttuanti, bisognose di un continuo aggiornamento alla luce dell'evoluzione, da un lato del sistema normativo e, dall'altro, del quadro sociale di riferimento<sup>6</sup>. Invero, già da alcuni decenni,

---

<sup>1</sup> GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano 2013, 135 e ss. in cui l'autore afferma la ineludibile esigenza dei giuristi di rinunciare finalmente a quella autoreferenzialità della cultura giuridica che ha contrassegnato due secoli di giuspositivismo. Secondo l'autore ciò significa aprirsi tanto agli apporti del diritto commerciale, pubblico, penale, costituzionale, comunitario, che a quelli dell'economia, della filosofia, della sociologia, delle scienze. Già BARCELLONA, *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari 1998, 34, evidenziava che la mancanza di ogni fondamento metafisico e di ogni legittimità trascendente rende l'ordine giuridico contingente ed artificiale. Con la conseguenza che l'inevitabile scenario che si apre è quello di un fenomeno assiologico ed avalutativo.

<sup>2</sup> OLIVIERI, *Dal mercato delle cose al mercato delle idee*, in *Riv. soc.* 2017, 4, 815.

<sup>3</sup> BALCONI-ANTONIETTI, *Scegliere, comprare. Dinamiche di acquisto in psicologia e neuroscienze*, Milano 2009, 5 e ss.

<sup>4</sup> IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari 1998, 12.

<sup>5</sup> BALESTRA, *A proposito delle categorie del diritto civile*, in *Riv. trim dir. proc. civ.* 2015, 25.

<sup>6</sup> LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano 2013, 32.

# JUS CIVILE



si vanno faticosamente ricercando nuovi valori non più espressi dagli ordinamenti (pubblico e privato) nelle loro formulazioni ed interpretazioni tradizionali. In questo contesto gioca un ruolo certamente fondamentale anche la rottura del monopolio della volontà statale nell'attività di produzione normativa<sup>7</sup>: i soggetti produttori del diritto sono plurali, con la conseguenza che non è più possibile definire, una volta per tutte, una gerarchia unitaria di fonti del diritto<sup>8</sup>. L'ordinamento giuridico è, ormai, una realtà complessa in cui confluiscono fonti legislative, ma anche "formanti" diversi<sup>9</sup>. Viene così a trovare sempre più significativo riscontro l'idea post-positivista di un diritto alla cui formazione concorrono anche fenomeni extra-giuridici. La innovativa logica dei "formanti" in cui dialogano diritto vivente e regole tradizionali, si arricchisce di nuove o altre fonti del diritto promananti da organi diversi, come le *Authority*, alle quali il nostro ordinamento fa sempre più ricorso per controllare e regolamentare determinati settori, la *lex mercatoria*, ed anche i codici deontologici, chiamati ad integrare la normativa primaria in campi sempre più estesi, nella crescente consapevolezza della innegabile interdipendenza tra valori etici, giuridici e sociali. Punti di riferimento rimangono soltanto i valori enunciati nella Carta Costituzionale e nelle norme di derivazione comunitaria. La complessità di fonti, proiettata verso valori dotati di forte carica morale e politica, fornisce, nel passaggio dalla ontologia alla funzionalità assiologica, complessi di regole improntate a più avvertite e ragionevoli esigenze valoriali del sentire sociale. È anche in considerazione di ciò che, probabilmente, gli studi giuridici stanno vivendo un'autentica svolta etica<sup>10</sup>. Di là dalle diverse forme di etica (cattolica o laica<sup>11</sup>, pragmatica<sup>12</sup>, utilitarista<sup>13</sup> o neocontrattualista<sup>14</sup>) già declinate dagli studiosi, si va affer-

---

<sup>7</sup> PERASSI, *Teoria dogmatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, in *Riv. dir. internaz.* 2017, 195, qualificava le fonti come quei fatti largamente intesi "cui l'ordinamento giuridico riconnette la nascita o l'estinzione di una norma giuridica". Nello stesso senso CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970, 44; ID., *Voce Fonti del diritto* (diritto costituzionale), in *Enc. dir.* XVII, Milano 1968, 925. Lungo questa linea si è articolata tutta la dottrina del positivismo giuridico, secondo la quale la categoria delle norme sulla produzione giuridica, in definitiva, "copre la categoria delle norme di riconoscimento: una norma che stabilisce quali sono le procedure di norme valide per il sistema, serve per lo più ad identificare quali sono le norme valide del Sistema, cioè funge da norma di riconoscimento" (BOBBIO, *Ancora sulle norme primarie e secondarie*, in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino 1970, 187).

<sup>8</sup> Già RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, 6, esplicitamente rifiuta il modello delle fonti e brutalmente accantona quella che chiama la "forza simbolica di categorie e riti tramandati", riconoscendo che il giurista non può fare i conti soltanto con "diritti che scendono dall'alto, *octroyés* dal sovrano o esito del potere costituente democratico, bensì pure con diritti che germogliano quasi spontaneamente dall'infinito pullulare di iniziative diverse da una molteplicità sempre cangiante di soggetti, con una spontaneità e un vitalismo che sarebbero insofferenti d'ogni collocazione in un qualche schema istituzionale".

<sup>9</sup> Secondo LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 5, "si è ormai definitivamente superato il paradigma delle fonti del diritto quale dato formale che preesiste al procedimento interpretativo".

<sup>10</sup> L'espressione è di BARBERIS, *Etica per i giuristi*, Roma 2006, 15, ma stessa riflessione è condotta da numerosi studiosi stranieri. Le considerazioni di RAWLS (*Una teoria della giustizia*, Roma 1975) sulle scelte deontologiche e sui principi di giustizia, la distinzione di DWORKIN (*Questioni di principio*, Milano 1985) tra regole e principi, la concezione procedurale di ALEXY, (*Concetto e validità del diritto*, Torino 1995) pur muovendo da diverse impostazioni approdano alla visione di un diritto aperto alla dimensione morale ed alla sfera dei valori etici, superando i rigidi steccati del passato.

<sup>11</sup> Mentre l'etica a base *religiosa* fissa norme di comportamento che pretende valide per tutti, l'etica *laica*, inve-



mando un'etica sociale tendente a coinvolgere in un quadro complessivo ed avvolgente la vita della collettività storicamente definita in tutti i suoi aspetti, economici e giuridici. Invero il profilo dei rapporti tra etica e diritto ha trovato applicazione sul piano della bioetica e del biodiritto,

---

ce, non mira ad imporre valori eterni e si dimostra solitamente attenta alle esigenze umane che tengano conto delle condizioni e delle trasformazioni storiche. In realtà parlare di una etica laica presuppone già il confronto con l'etica religiosa, ovvero con un sistema di valori dogmaticamente e universalmente individuati; in realtà è più opportuno parlare di un approccio laico al problema etico, definendo questo approccio come scevro da riferimenti a una ideologia predeterminata e più portato a misurarsi con le problematiche dell'individuo e del concreto contesto storico in cui esso si esprime (PASSARELLO, *Dilemmi etici*, Milano 2008, 111).

<sup>12</sup> L'etica pragmatica che sostiene che l'attività pratica, intesa nel senso di un comportamento mentale o scientifico diretto alla realizzazione di un fine concreto, esercita un primato su quella teoretica astratta. Questa corrente di pensiero si afferma verso la fine del XIX SECOLO negli Stati Uniti e successivamente si diffonde anche in Europa. Il pragmatismo fu la prima filosofia americana elaborata autonomamente. Il padre ispiratore di questa corrente di pensiero fu Ralph Waldo Emerson, considerato un protopragmatista o anche un vero e proprio pragmatista (SORESSI, *Ralph Waldo Emerson: il pensiero e la solitudine*, Roma 2004). Il filosofo e pedagogista americano John Dewey, sulla base del pensiero di Emerson, elaborò il pragmatismo in una nuova filosofia che chiamò Strumentalismo. (OTTOBRE, *Arte, esperienza e natura. Il pensiero estetico di John Dewey*, Milano, 2012; PEZZANO, *Il giovane John Dewey. Individuo Educazione Assoluto*, Roma, 2007; ID., *L'assoluto in John Dewey. Alle origini della comunità democratica educante*, Roma, 2007).

<sup>13</sup> L'etica utilitaristica si fonda su valori quali la felicità, il benessere, la soddisfazione dei bisogni. In Età moderna, il moralista inglese Jeremy Bentham, fondò il suo programma di riforme del diritto civile e penale, della morale e delle norme della convivenza sociale sull'obiettivo di ottenere «la massima felicità per il maggior numero». Egli si proponeva, per esempio, di eliminare gli antichi criteri della giustizia criminale, ispirati dall'idea della pena e del premio, e i castighi inflitti ai trasgressori delle leggi con il pretesto di anticipare su questa Terra il giudizio divino (LUDOVICI, SAMEK., *L'utilità del bene. Jeremy Bentham, l'utilitarismo e il consequenzialismo*, Vita e Pensiero, Milano 2004; RIPOLI, *Itinerari della felicità, la filosofia giuspolitica di J. Bentham, J. Mill, J. S. Mill*, Giappichelli, Torino 2001; LECALDANO, *J. Bentham e la riforma utilitaristica delle leggi*, Introduzione a J. Bentham, Introduzione ai principi della morale e della legislazione, Torino 1998; LOCHE, *Jeremy Bentham e la ricerca del buon governo*, Milano 1999). Tra il 18° e il 19° secolo le teorie dell'etica utilitaristica furono sviluppate da filosofi come Pietro Verri e Francis Hutcheson, che discussero a lungo sul cosiddetto «calcolo dei piaceri e dei dolori», gettando le basi di concetti fondamentali dell'economia politica, come la nozione di «bisogno» e l'analisi dei sentimenti che vi si ricollegano. Utilitarista fu John Stuart Mill, secondo cui l'azione individuale poteva proporsi non soltanto la ricerca di ciò che risulta più o meno piacevole, ma anche dei più elevati valori conoscitivi, estetici, morali. L'utilitarismo investiva l'intera gamma dei valori morali tradizionali, pur mantenendo fermi i criteri di giudizio fondati sulla pratica, sull'esito dell'agire individuale e sociale, sul bene comune, sulla filantropia (LANARO, *L'utopia praticabile. J. S. Mill e la scuola sansimoniana*, Milano 1998; PICCHETTO, *John Stuart Mill*, Milano 1996; CRESSANTI, *La libertà e le sue garanzie. Il pensiero politico di J. S. Mill*, Bologna 1988; RESTAINO, *J. S. Mill e la cultura filosofica britannica*, Firenze 1968; BRITTON, *Introduzione a J. S. Mill*, Firenze 1965; CASELLATO, *Stuart Mill e l'utilitarismo inglese*, Padova 1951). Questa linea di pensiero fu ulteriormente sviluppata da Henry Sidgwick e da altri filosofi detti neutilitaristi (BARRECA, *H. Sidgwick e il dissidio tra egoismo e utilitarismo*, in *Riv. storia e filosofia* 2007, 1; PELLEGRINO, *Dieci anni di studi su Henry Sidgwick*, in *Riv. filosofia* 2003, 3; SCHULTZ, *Essays on Henry Sidgwick*, Cambridge 1992, SCHNEEWIND, *Sidgwick's ethics and Victorian moral philosophy*, Oxford 1977; MOORE, *Principia Ethica*, Torino 1964).

<sup>14</sup> La teoria etico-giuridica del contrattualismo affonda le sue radici in epoca molto antica. Essa intende risolvere il problema relativo al fondamento ultimo della società e dare una legittimazione teoretica alla *potestas* dello Stato. Secondo questa teoria se lo Stato si fonda sul contratto stipulato fra le diverse componenti presenti nella società, il potere di chi comanda non sarà mai assoluto, ma dipenderà sempre dalla base contrattuale su cui si fonda e, in altri termini, avrà sempre un fondamento democratico. A fondamento di una visione democratica della realtà politica, il contrattualismo può considerarsi come teoria che evidenzia il dovere morale di rispettare i diritti fondamentali del singolo, ma che spinge pure verso concezioni individualistiche e privatistiche dello Stato, frutto dell'utilità privata dei singoli cittadini (LEONE-PRIVITERA, *Dizionario di Bioetica*, Roma 2004).

# JUS CIVILE



in settori, cioè, legati a valori tipicamente personali (vita, morte, inseminazione artificiale, interruzione della gravidanza). Ma in questa visione antropocentrica l'interesse per l'etica ha finito con il contagiare altri settori ed aspetti nei quali è coinvolto il cittadino con la sua vita ed i suoi molteplici interessi. Nel tempo, dopo i diritti di libertà ed i diritti sociali, si sono affermati i diritti del mondo naturale, collocati nella terza generazione dei diritti, ai quali sono seguiti i diritti di quarta generazione<sup>15</sup>, tra i quali rientrano a pieno titolo, come precisato nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, i diritti delle generazioni future<sup>16</sup>. Ma la tutela dei diritti di qualsivoglia generazione, implica una riflessione sul rapporto che esiste tra gli aspetti collegati all'economia ed al mercato<sup>17</sup> che certamente incidono sulla attuazione dei diritti attuali, presenti e futuri e quindi sulla logica delle garanzie che si pretendono per tentare di dare ad essi attuazione almeno in una visione programmatica e/o prospettica, in un quadro di responsabilità individuale, collettiva e soprattutto politica.

2. – I valori etici sono entrati a far parte del diritto positivo con l'avvento delle Costituzioni, assurdo a principi supremi ordinanti, ma pur sempre interni al sistema normativo e codificati in regole giuridiche<sup>18</sup>. Le valutazioni etiche penetrano nell'ordinamento attraverso il filtro degli *standards* valutativi impiegati dal diritto positivo, in maniera esplicita o anche implicitamente<sup>19</sup>, per inserire nel contenuto precettivo delle norme i valori cui è improntato il sentire della società,

---

<sup>15</sup> BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990, VIII, 71. Secondo l'autore i diritti appartengono alla storia e non ha senso la ricerca di un loro fondamento assoluto. Nascono all'inizio dell'età moderna e "diventano uno dei principali indicatori del progresso storico"; hanno una continua espansione, ma sono sempre il frutto di una lotta per la difesa di "nuove libertà contro vecchi poteri": la libertà di culto nasce dalle guerre di religione, le libertà civili dal ruolo dei parlamenti contro i sovrani, le libertà politiche e sociali dalle lotte dei movimenti dei lavoratori, i diritti di terza e quarta generazione dalle opportunità e dalle manipolazioni offerte dalla tecnica. I diritti insomma non nascono tutti in una volta, ma via via che aumenta il potere dell'uomo sull'uomo e il potere di dominare la natura. Da qui l'esigenza di rimedi che sono rivolti sempre a impedire i malefici o a ottenere i benefici del potere.

<sup>16</sup> La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (in *G.U.C.E.* 202 del 7 giugno 2016), proclamata ufficialmente a Nizza nel dicembre 2000 e diventata giuridicamente vincolante nell'UE con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, a dicembre 2009, nel suo Preambolo, testualmente riafferma "nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. In tale contesto, la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del *praesidium* della Convenzione che ha redatto la Carta e aggiornate sotto la responsabilità del *praesidium* della Convenzione europea. Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future".

<sup>17</sup> VETTORI, *Il tempo dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 881.

<sup>18</sup> VETTORI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in AA.VV., *Persona e mercato. Lezioni* a cura di Vettori, Padova 1996, 39.

<sup>19</sup> FALZEA A., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. Teoria generale del diritto*, I, Milano 1999, 369 e ss.

# JUS CIVILE



in un meccanismo circolare che implementa la qualità delle regole e le adegua in sede applicativa agli incessanti mutamenti.

L'etica costituzionale è positiva, perciò legata alla rigidità delle formule adottate dal legislatore; l'etica generale, per inverso, è reale, fortemente storicizzata ed in costante divenire. Come tale essa assurge a *standard* valutativo di ordine generale al quale implicitamente si riferiscono tutte le regole giuridiche, così divenendo modello di comportamento e criterio di valutazione della conformità dei comportamenti concretamente tenuti.

Un'altra rilevante modalità in virtù della quale il diritto fa esplicito rinvio all'etica è rappresentata dai codici deontologici ed etici che sempre più ampia diffusione trovano in diversificati settori del sistema. I primi documenti etici sono stati adottati negli Stati Uniti d'America solo intorno agli anni '70 del secolo scorso<sup>20</sup> e contenevano dichiarazioni generalissime di impegno etico (*credo aziendali*) su temi quali il conflitto di interessi, l'integrità dei documenti societari, il divieto di *insider trading* e di corruzione<sup>21</sup>. Solo successivamente i codici etici hanno assunto connotazioni più mature e ciò in coincidenza dell'entrata in vigore nel 1991 delle *Federal Sentencing Guidelines* (FSG) che prevedevano da un lato, un inasprimento a carico delle aziende condannate per reati federali delle sanzioni pecuniarie, nel caso in cui queste avessero tentato "di occultare una violazione di legge o ostacolato l'investigazione, e, dall'altro lato, la possibilità di una riduzione rilevante di tali sanzioni, se l'azienda avesse denunciato di propria iniziativa la violazione, avesse cooperato con le autorità nella fase di investigazione ed attuato, precedentemente alla commissione dell'illecito, un efficace programma per prevenire e segnalare violazioni di legge, cioè un rigoroso programma di conformità alle leggi"<sup>22</sup>.

In Europa l'interesse verso l'aspetto etico degli affari si è sviluppato più tardi rispetto all'America a causa della diversa cultura ed attenzione ai comportamenti morali. Era, infatti, preminente l'idea della poca utilità dei codici etici come condizionamento del comportamento degli impiegati e le poche aziende che adottavano codici etici erano affiliate a multinazionali estere. In Italia si è diffusa l'esigenza di codici etici intorno ai primi anni Novanta, tanto che, nel corso di appena un decennio, sono stati promulgati il Codice etico e dei valori associativi di Confindustria (1991), il Codice di condotta del gruppo FIAT (1993), il Codice etico di Eni (1994), il Codice etico delle Ferrovie dello Stato e di Glaxowellcome Italia (1998), il Codice di Autodisciplina delle società quotate (1999)<sup>23</sup>, la Carta dei valori aziendali da parte di ACEA di

---

<sup>20</sup> Circa l'evoluzione storica dei codici etici negli Stati Uniti d'America si veda BENATTI, *Etica, impresa, contratto e mercato. L'esperienza dei codici etici*, Bologna 2014, *passim*.

<sup>21</sup> Tra il 1971 ed il 1975, proprio a seguito di uno scandalo che vide coinvolte trentaquattro società americane accusate di aver versato tangenti all'estero e che causò la caduta di tre governi stranieri e l'incrinarsi di relazioni diplomatiche ed economiche con alcuni Stati stranieri, le imprese americane si concentrarono sulla previsione di documenti etici che regolassero il comportamento dei dipendenti e fissassero i principi a cui essi dovevano attenersi (ROSSI, *Luci ed ombre dei codici etici d'impresa*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 23, 1).

<sup>22</sup> D'ORAZIO, *Codici etici cultura e responsabilità d'impresa*, in *Notizie di Politeia*, 2003, 129.

<sup>23</sup> BRUTTI, *Codici di comportamento e società quotate*, in *Giur. comm.* 2007, I, 240; ID., *Rilevanza giuridica*

## JUS CIVILE



Roma (2001) e il Codice etico dell'ENEL (2002). Di là dalle ragioni vicine o lontane di un tale ritardo<sup>24</sup>, l'etica tende ad espandersi nelle relazioni economiche e nelle stesse regolamentazioni giuridiche, tanto che il legislatore, con il Decreto Legislativo n. 231 dell'8 giugno 2001<sup>25</sup>, ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento la disciplina della responsabilità in sede penale degli enti, la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato. La normativa in questione, nel sancire la responsabilità dell'ente per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da soggetti collocati in posizione apicale ovvero sottoposti all'altrui direzione o vigilanza<sup>26</sup>, indica, altresì, le condizioni al verificarsi delle quali l'ente può andare esente da responsabilità<sup>27</sup>. Con il Decreto 231/2001 il modo d'essere di una realtà umana e sociale, quale è quello dell'impresa, al suo interno e nei rapporti con il mondo esterno<sup>28</sup>, si traduce "in modelli concreti comunemente accettati e praticati e quindi progressivamente obiettivi in previsioni formalizzate o in comportamenti reiterati"<sup>29</sup>. I codici etici, nella loro molte-

---

*dell'autoregolamentazione: osservazioni sui codici di comportamento di società quotate*, in *Società*, 2007, 1217; MARCHETTI, *Il nuovo codice di autodisciplina delle società quotate*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 171.

<sup>24</sup> RIOLO, *Etica degli affari e codici etici aziendali*, Milano, 1995, 60, secondo cui "ragioni lontane sono la matrice cattolica (che ha reso difficile un dibattito laico sull'etica, facendo appello per il rispetto delle regole al timor di Dio, anziché all'utilità o alla razionalità), l'ideologia marxista (la classe, o meglio il partito, è la fonte delle regole) e la formazione recente dello Stato italiano (è rimasto incompiuto il processo che porta a considerare lo Stato come comunità disciplinata da regole condivise e da rispettare, a prescindere dalla sanzione della legge). Ragioni vicine sono rinvenibili nell'emersione di grossi scandali, in particolare Tangentopoli, che resero evidente il malfunzionamento di un sistema eccessivamente monopolizzato dagli individui ricoprenti alte cariche di responsabilità. Si inizia, dunque, ad avvertire la necessità di una nuova disciplina tesa a tutelare la correttezza e la trasparenza dei rapporti che intraprendono le imprese".

<sup>25</sup> Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300), in *G.U.* n. 140 del 19 giugno 2001.

<sup>26</sup> L'articolo 5, comma 1, del D.lgs. 231/2001 stabilisce che l'ente "è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)". L'ente, tuttavia, si precisa al comma 2 dello stesso articolo, "non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi".

<sup>27</sup> Nel caso in cui il reato sia stato commesso da soggetti in posizione apicale l'ente, tuttavia, non è responsabile se prova – in occasione di un procedimento penale per uno dei reati previsti – che "a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quella verificatasi; b) il compito di vigilare sul funzionamento [...] dei modelli [...] è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)" (art. 6, comma 1, D.Lgs 231/2001). Quanto previsto nell'art. 6, comma 1, lettera a) vale anche nel caso in cui il reato sia stato commesso da soggetti sottoposti all'altrui direzione (art. 7, comma 2).

<sup>28</sup> Il mondo dell'impresa non è certo l'unico a patire questa ossessione apparentemente collettiva per l'etica, ma essa ben può estendersi anche al governo societario. In tal senso ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano 2003, 71 e ss.

<sup>29</sup> LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 12.



plicità di modelli<sup>30</sup>, diventano simbolo di un mutamento di sensibilità che nobilita con i “valori” il valore del profitto”<sup>31</sup>.

3. – Anche il legislatore comunitario ha, da tempo, avviato sempre più incisivi percorsi volti a promuovere l’adozione di condotte virtuose e di codici etici da parte degli operatori commerciali. Emblematica è stata, in tal senso, la Direttiva n. 13 del 5 aprile 1993<sup>32</sup> che, in tema di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori<sup>33</sup>, invitava le organizzazioni di settore a promuovere la diffusione di prassi giudicate corrette sul piano etico e l’attuazione di codici di autoregolamentazione concordati con le imprese, integrative della disciplina legislativa<sup>34</sup>.

Ancora più incisive sono state le tecniche adottate dalla Commissione Europea che, nell’ambito della strategia Europa 2020<sup>35</sup>, ha sviluppato una politica tesa a dare impulso alla respon-

---

<sup>30</sup>”Sotto questo nome, infatti, si possono oggi ricomprendere codici di organizzazioni internazionali, di singoli rami d’industria o categorie, enunciazioni di principi o modelli di organizzazione interna, forme ibride fra codici etici e di condotta; una stessa impresa o gruppo può avere molteplici documenti etici che devono essere valutati nel loro complesso” ... “Tuttavia il tratto fondamentale che li caratterizza è che, indipendentemente dai modelli e dagli scopi che si prefiggono, essi sono atti d’espressione d’autonomia privata che suscitano un affidamento nei terzi che a diverso titolo entrano in contatto con la società. Essi integrano tutti rapporti interni ed esterni modellandoli e conformandoli non solo a valori e principi, ma anche a direttive e comandi aventi efficacia giuridica, in questa prospettiva devono essere individuate tre funzioni dell’etica d’impresa che incidono profondamente sul modello e contenuto dei documenti etici: la prima riguarda la protezione dell’impresa da forme di responsabilità civile e penale, la seconda è connessa alla promozione della società con la creazione di un o spazio specifico di mercato, la terza, e il migliore esempio è proprio il rating di legalità, ha una valenza premiale” (BENATTI, *L’evoluzione dei codici etici: dalla funzione promozionale alla valenza giuridica*, in *Banca, borsa e tit. di credito*, 2015, 2, 241).

<sup>31</sup> IRTI, *Due temi di diritto societario (responsabilità amministrativa e codici di autodisciplina*, in *Giur. comm.* 2003, I, 699. A sottolineare l’approccio talora ipocrita da cui muovono le iniziative tese a valorizzare l’importanza dell’etica nell’ambito dei rapporti economici DI RAIMO-MIGNONE, *Strumenti di finanziamento al terzo settore o politiche di intervento locale nella società inclusiva europea (Dalla filantropia alla finanza alternativa)*, in *Giust. civ.*, 2017, 154 e ss.

<sup>32</sup> Direttiva n. 13 del 5 aprile 1993, *G.U.C.E.* del 21 aprile 1993.

<sup>33</sup> Tra i contributi più recenti, ma l’elencazione non è certamente esaustiva, si vedano: TIZZANO, *Il ruolo dei consumatori nel diritto antitrust alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. Antitrust* 2015; CAPELLI, *La tutela giuridica del consumatore (contraente-debole) in Europa e nel mondo*, Napoli 2013; CIANCIO-MILETTI, *Consumatore e impresa: I contratti e la nuova dimensione delle regole*, Napoli 2012; DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 803; GUIZZI, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 1125.

<sup>34</sup> ASTIONE M., *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto private europeo*, in *Europa dir. priv.* 2014, 1, 1; GAMBINO, *Pratiche commerciali scorrette (2007 e primo semestre 2008)*, in *Conc. e mercato*, 2008, 1, 193.

<sup>35</sup> Numerose sono state le iniziative che, proposte nell’ambito della strategia Europa 2020, hanno fatto riferimento alla responsabilità sociale delle imprese: Una politica industriale integrata per l’era della globalizzazione COM(2010)614, la Piattaforma europea contro la povertà e l’esclusione sociale COM(2010)758, Un’agenda per nuove competenze e per l’occupazione COM(2010)682, Youth on the Move COM(2010)477 e l’Atto per il mercato unico COM(2011)206. Inoltre, l’Unione dell’innovazione (COM(2010)546) mira ad aumentare la capacità delle imprese di affrontare le problematiche che riguardano la società mediante l’innovazione, mentre il contributo delle imprese è essenziale per raggiungere gli obiettivi dell’iniziativa faro “Un’Europa efficiente nell’impiego delle risorse” COM(2011)21 e COM(2011)571.



sabilità sociale delle imprese. Già nella Comunicazione per il periodo 2011-2014<sup>36</sup> estesa al quadriennio successivo, la Commissione infatti, affermava che le imprese, facendo fronte alle proprie responsabilità sociali, dovevano creare nel lungo termine fiducia tra i lavoratori, i consumi e i cittadini, quale base per modelli di imprenditoria sostenibile. E ciò sul presupposto che elevati livelli di fiducia contribuiscono a determinare un contesto in cui le imprese possono innovare e crescere. In questa direzione, le imprese devono partecipare “a processi di autoregolamentazione e coregolamentazione, ad esempio mediante codici di condotta a livello settoriale su questioni sociali rilevanti per il settore in questione”. Tali processi, infatti, se concepiti in modo adeguato, possono conquistare il sostegno delle parti interessate e costituire un mezzo efficace per garantire il comportamento responsabile delle imprese<sup>37</sup>.

Sulla scorta della normativa comunitaria, il nostro legislatore è intervenuto con la legge sullo statuto delle imprese (L. n. 180 dell’11 novembre 2011)<sup>38</sup> che ha istituito il Garante per le medie, piccolo e micro imprese<sup>39</sup>. Quest’ultimo, tra i suoi molteplici compiti<sup>40</sup>, ha anche quello di attivare un

---

<sup>36</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Strategia rinnovata DELL’UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese, in *G.U.C.E.* n. 229/77 del 31 luglio 2012.

<sup>37</sup> La Comunicazione al punto 4.3 specifica che “i processi di autoregolamentazione e coregolamentazione sono più efficaci quando: sono basati su una prima analisi aperta delle questioni con tutte le parti interessate, in presenza o, se del caso, su loro convocazione, di autorità pubbliche, come la Commissione europea; conducono, in una fase successiva, a impegni chiari da parte di tutte le parti interessate, con indicatori di prestazione; prevedono meccanismi di monitoraggio obiettivi, l’esame delle prestazioni e la possibilità di migliorare gli impegni in base alle esigenze; comprendono inoltre un efficace meccanismo di rendicontabilità per la gestione dei reclami in caso di inottemperanza”.

<sup>38</sup> Legge n. 180 dell’11 novembre 2011, in *G.U.* n. 265 del 14 novembre 2011.

<sup>39</sup> Il concetto di micro impresa è stato introdotto nel codice del consumo ad opera del Decreto legislativo n. 1 del 24 gennaio 2012 (convertito in legge n. 27 del 24 marzo 2012, in *G.U.* n. 71 del 24 marzo 2012). Secondo l’articolo 18, comma 1, lett. d *bis* del codice del consumo, infatti, statuisce che sono microimprese tutte le entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un’attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro. Le microimprese non sono equiparate ai consumatori, esse, però sono destinatarie delle norme di tutela stabilite contro le pratiche commerciali scorrette (articolo 19 Codice del consumo).

<sup>40</sup> L’articolo 17, comma 1, della L. n. 180/2011 statuisce che il Garante svolge le seguenti funzioni: a) monitorare l’attuazione nell’ordinamento della comunicazione della Commissione europea COM(2008)394 definitivo, del 25 giugno 2008, recante «Una corsia preferenziale per la piccola impresa – Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (uno “Small Business Act” per l’Europa)» e della sua revisione, di cui alla comunicazione della Commissione europea COM(2011)78 definitivo, del 23 febbraio 2011, recante «Riesame dello “Small Business Act” per l’Europa»; b) analizzare, in via preventiva e successiva, l’impatto della regolamentazione sulle micro, piccole e medie imprese; c) elaborare proposte finalizzate a favorire lo sviluppo del sistema delle micro, piccole e medie imprese; d) segnalare al Parlamento, al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai Ministri e agli enti territoriali interessati i casi in cui iniziative legislative o regolamentari o provvedimenti amministrativi di carattere generale possono determinare oneri finanziari o amministrativi rilevanti a carico delle micro, piccole e medie imprese; e) trasmettere al Presidente del Consiglio dei Ministri, entro il 28 febbraio di ogni anno, una relazione sull’attività svolta. La relazione contiene una sezione dedicata all’analisi preventiva e alla valutazione successiva dell’impatto delle politiche pubbliche sulle micro, piccole e medie imprese e individua le misure da attuare per favorirne la competitività. Il Presidente del Consiglio dei Ministri trasmette entro trenta giorni la relazione al Parlamento; f) monitorare le leggi regionali di interesse delle micro, piccole e medie imprese e promuovere la diffusione delle migliori pratiche; g) coordinare i garanti delle micro, piccole e medie imprese istituiti presso le regioni, mediante la promozione di incontri periodici ed il confronto preliminare alla redazione della relazione di cui alla lettera e).

## JUS CIVILE



meccanismo di confronto e scambio permanente con le associazioni di categoria maggiormente rappresentative mediante l'istituzione di un tavolo di consultazione permanente con "funzione di organo di partenariato delle politiche di sviluppo delle micro, piccole e medie imprese, in raccordo con le regioni" (articolo 17, comma 5, L.180/2011)<sup>41</sup>. In questa logica i più attuali indirizzi normativi riconoscono alle Autorità Garanti il potere di irrogare sanzioni volte a ripristinare l'assetto dei valori tutelati ed a scoraggiare la reiterazione di condotte illecite. L'Autorità Garante, cioè, come può evincersi dal Decreto legislativo n. 1 del 24 gennaio 2012 (Decreto "Cresci Italia")<sup>42</sup> convertito con modificazioni in Legge n. 27 del 24 marzo 2012, n. 27<sup>43</sup>, assume il ruolo di "guardiano" del mercato. La legge, integrativa del codice del consumo, introduce, infatti, l'articolo l'art. 37-bis (Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie) in cui si statuisce che l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato può addirittura essere interpellata preventivamente "in merito alla vessatorietà delle clausole che i professionisti intendono utilizzare nei rapporti commerciali con i consumatori".

In buona sostanza sono gli stessi ordinamenti statali a promuovere l'adozione di codici deontologici improntati a standard etico-sociali offrendo, anzi, di rafforzarli attraverso il ricorso ad apparati sanzionatori. E sotto questo profilo va messo in rilievo che le regole rimediali e soprattutto quelle di tipo afflittivo sono i meccanismi che riaffermano il ruolo dell'ordinamento giuridico e la sua funzione di tutela coniugando le regole dell'etica con l'apparato sanzionatorio predisposto dal diritto. In particolar modo, sia nel campo dell'economia cognitiva che in quella sperimentale, le scelte economiche non possono prescindere da valutazioni assiologiche, I valori della persona e la loro attuazione dipendono anche dalle vicende economiche del sistema.

4. – Il dialogo culturale che ha consentito di rinvenire strumenti giuridici nuovi volti a tutelare l'individuo in un sistema che coglie la sua espressione nella vita economica, mal si concilia con talune scelte politiche ben lontane dai valori di uguaglianza, solidarietà e sussidiarietà. Se, infatti, per un verso, tra gli operatori economici vi è la tendenza a ritrovare una legittimazione ed una copertura etica per accreditare lo svolgimento delle attività di mercato, per altro, l'economia ha conquistato una sorta di meta-potere attraverso forme quali ad esempio la *corporation mobility* in forza della quale le imprese, operando in uno spazio globale di mercato possono trasferire i processi produttivi in aree che offrono manodopera sottocosto e condizioni giuridiche, politiche ed economiche più favorevoli rispetto a quelle dei paesi di appartenenza<sup>44</sup>. Ed

---

<sup>41</sup> In questa logica il Governo, su proposta del Ministro dello sviluppo economico e sentite le parti interessate, deve presentare ogni anno alle Camere un disegno di legge per la tutela e lo sviluppo delle micro e piccole imprese volto a definire gli interventi in materia per l'anno successivo (articolo 17, comma 2, L. 180/2011).

<sup>42</sup> Decreto legge n. 1 del 24 gennaio 2012 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività), in *G.U.* n. 71 del 24 marzo 2012.

<sup>43</sup> Legge n. 27 del 24 marzo 2012, in *G.U.* 24 marzo 2012, n. 71.

<sup>44</sup> SITZIA-SEGA, *Le "dimensioni" della responsabilità sociale dell'impresa e le fonti di regolazione: questioni in materia di impresa, lavoro e sicurezza*, in *Dir. relaz. ind.*, 2011, 3, 673.

## JUS CIVILE



in questa prospettiva molti governi nazionali “sembrano avere intrapreso una gara nel rimuovere vincoli ed ostacoli allo svolgimento di attività economiche, pur di invogliare le imprese a operare nei confini dei propri mercati domestici”<sup>45</sup>.

Una politica che ragiona nell’ottica del principio di utilità di pochi, non guardando alla crescente disoccupazione, al problema degli esodati e degli inoccupati; che tende a “padroneggiare il processo attuativo delle leggi, incidendo in vario modo sulle istituzioni per la bramosia di svolgere il proprio ruolo sia nella produzione delle leggi che nella loro attuazione”<sup>46</sup> ... smarrisce il suo ruolo di interprete delle esigenze e delle aspirazioni della collettività.

La liberazione dalla minaccia della ragione calcolistica richiede, dunque, che la sovranità del mercato ritrovi l’interlocuzione di un’altra politica che assolve all’esigenza di funzionalizzazione sociale dell’attività economica promossa dall’articolo 41 della Costituzione. Il rispetto dell’utilità sociale non è, infatti, da intendersi come mera utilità economica bensì come valore comprensivo di “sicurezza, libertà e dignità umana” (articolo 41, comma 2, della Costituzione)<sup>47</sup> da perseguire non solo nei rapporti interni all’impresa ma nei confronti della collettività intera. Ed una politica che operi nell’ottica del rispetto dei suddetti principi non può non essere integrata da “un diritto che si inveri nella inviolabilità di un corpo di principi di portata ed estensione universale”<sup>48</sup>. Se, infatti, le relazioni mercantili costruiscono rapporti squilibrati, le regole giuridiche non possono esimersi dall’indicare limiti e correttivi che storicamente mutano, si ampliano o si restringono, tracciando i mobili confini dell’autonomia privata. Vanno allora ricercati idonei criteri di temperamento e di bilanciamento degli interessi in campo, apprestando rinnovata attenzione ai contenuti e agli obiettivi della legge, nel difficile compito di ritrovare un equilibrio tra libertà e giustizia sociale.

La funzione promozionale tipica delle regole giuridiche va considerata nel lungo periodo e solo prospetticamente può essere orientata a rendere l’economia ed il mercato ispirati a comportamenti eticamente corretti. Tra l’aspirazione e l’attuazione esiste, tuttavia, uno scarto legato alle contingenze della vita economica e dei mercati che, nel bene e nel male, rimangono fattori determinanti. Al giurista residua, allora, il compito di dettare regole coerenti con i valori auspicati sperando che si possano realizzare in futuro le condizioni per una loro piena attuazione.

---

<sup>45</sup> CONTE, *La responsabilità sociale dell’impresa*, Roma 2008, 8.

<sup>46</sup> PIRAINO, *Politica e diritto*, in *Dir. fam e delle persone*, 2016, 2, 581.

<sup>47</sup> RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell’economia e la pianificazione economica nell’interpretazione dell’art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 121, secondo cui le disposizioni dell’articolo 41 della Costituzione “vanno considerate insieme, coordinate tra loro in modo tale che la libertà dell’iniziativa economica privata, dichiarata nel primo comma, si svolga in armonia con le altre fondamentali esigenze espresse nei commi successivi”. Sulla necessità di considerare unitariamente i tre commi dell’articolo 41 della Costituzione si vedano anche BASSICUCURRA, *Relazione*, in AA.VV., *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale* a cura di Occhiocupo, Bologna 1978, 277; ESPOSITO, *I tre commi dell’articolo 41 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1962, 37. In giurisprudenza: Corte Costituzionale, sentenza n. 279 del 7 luglio 2006, in *Giur. Cost.* 2006, 4, 2871; Corte Costituzionale, sentenza n. 29 del 26 gennaio 1957, in *Mass. Foro it.*, 1958.

<sup>48</sup> PIRAINO, *Politica e diritto*, cit., 583.