

Anno 14 – Numero 16

7 settembre 2016

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

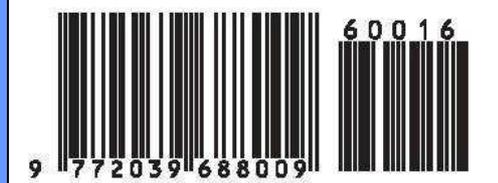
COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

IN QUESTO NUMERO:

- Rischio giuridico e diritto delle assicurazioni
- D. lgs. 231/2001: un primo bilancio
- Responsabilità per rischio tecnologico

ItaliaOggi

ISSN 2039-6880



9 772039 688009

DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili di:
Bergamo, Biella, Busto Arsizio, Casale Monferrato, Crema, Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza, Verbania



NDS collabora con:



SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Annapaola Tonelli

COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Patrizia Grosso, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Gabriele Racugno, Paolo Reviglionio, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

COMITATO DI INDIRIZZO

Carlo Luigi Brambilla, Alberto Carrara, Paola Castiglioni, Luigi Gualerzi, Stefano Noro, Carlo Pessina, Ernesto Quinto, Mario Rovetti, Michele Stefanoni, Mario Tagliaferri, Maria Rachele Vigani, Ermanno Werthhammer

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

Alessandro Bollettinari, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Massimiliano Desalvi, Salvatore De Vitis, Elena Fregonara, Giulia Garesio, Sebastiano Garufi, Stefano Graidi, Alessandro Monteverde, Leonardo Nesa, Giuseppe Antonio Policaro, Irene Pollastro, Enrico Rossi, Riccardo Russo, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Andrea Sacco Ginevri, Maria Venturini

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Oreste M. Calliano, Nadia Coggiola e Patrizia Grosso

I saggi pubblicati sotto la rubrica "Studi e Opinioni", quando espressamente indicato, sono sottoposti a blind referees, scelti tra professori universitari appartenenti al Comitato scientifico dei referee, competenti nei vari settori scientifici oggetto della Rivista.

La valutazione degli atti di convegni e degli scritti già pubblicati o di prossima pubblicazione è riservata ai Direttori.

Ogni scritto è accompagnato da un abstract in italiano e in inglese. Vengono pubblicati scritti, oltre che in italiano, in: inglese; francese; spagnolo e portoghese.

INDICE

	<i>Pag.</i>
STUDIE OPINIONI	
Avoid, transfer, retain. <i>Aspetti giuridici dell'enterprise risk management e diritto delle assicurazioni (a cura di Oreste M. Calliano)</i> <i>Recensione</i> di Oreste Cagnasso	9
<i>Introduzione. Gestione del rischio giuridico e diritto delle assicurazioni</i> di Oreste M. Calliano	14
<i>Il d.lgs. n. 231/2001 come strumento di prevenzione della corruzione: un primo bilancio</i> di Patrizia Grosso	52
<i>La responsabilità per rischio tecnologico</i> di Nadia Coggiola	64
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	87
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	95

SOMMARIO

STUDI E OPINIONI

Avoid, transfer, retain. Aspetti giuridici dell'enterprise risk management e diritto delle assicurazioni (a cura di Oreste M. Calliano)

Recensione. Il volume è presentato, illustrandone caratteristiche e finalità, con una sintesi del contenuto dei vari saggi in esso compresi.

by **Oreste Cagnasso**

Introduzione. Gestione del rischio giuridico e diritto delle assicurazioni

L'introduzione ai diversi contributi rappresenta una cornice dei diversi problemi giuridici relativi ai sistemi di risk management. Dopo una breve introduzione storica della nozione di rischio economico e della sua valutazione mediante metodi probabilistici, l'attenzione viene posta sui rischi aziendali e, in particolare, su quelli legali, sulla loro tassonomia e sui metodi e procedure di gestione.

Decisioni sul risk management (avoid, transfer, retain) sono specificatamente connesse con la possibilità di "assicurarsi" dai rischi d'impresa secondo quanto consentito dalle leggi in materia di assicurazione.

di **Oreste M. Calliano**

Il d.lgs. n. 231/2001 come strumento di prevenzione della corruzione: un primo bilancio

Il saggio ha ad oggetto il provvedimento in materia di corruzione nella prospettiva di trarne un primo bilancio, alla luce degli obiettivi perseguiti dal d. lgs. 231/2001 ossia, da un lato, di prevenire e, dall'altro di sanzionare più severamente i comportamenti attraverso i quali gli atti corruttivi vengono posti in essere.

di **Patrizia Grosso**

SOMMARIO

La responsabilità per rischio tecnologico

Scopo del presente lavoro è quello di costruire uno schema teorico dei differenti problemi giuridici derivanti dal rischio tecnologico e fornire un panorama sulle soluzioni offerte dall'ordinamento e dalla giurisprudenza, usando gli strumenti del diritto privato comparato.

In questa prospettiva, dopo una breve introduzione storica e comparata sulla nascita e la diffusione dei danni derivanti dal rischio tecnologico, l'attenzione si sofferma sulle caratteristiche loro tipiche.

Il tema viene analizzato anche attraverso l'analisi di casi concreti, selezionati in ragione delle precipue caratteristiche dei danni tecnologici: la causa incerta, la pressione dell'opinione pubblica, l'accertamento scientifico della causa e i divergenti criteri utilizzati nell'accertare le responsabilità.

L'analisi si concentra sulla reazione delle corti e i legislatori ai problemi in gioco.

Infine, viene offerta una ricostruzione delle soluzioni adottate per risolvere i problemi relativi ai danni derivanti dal rischio tecnologico. Tra esse, possiamo ricordare l'applicazione di una stringente disciplina in materia di responsabilità, l'inversione dell'onere della prova sull'imputato, il principio "more probable than not" e altri criteri simili più flessibili, per individuare le cause, l'uso dell'assicurazione e dei fondi collettivi.

di Nadia Coggiola

INDEX-ABSTRACT

	<i>Page</i>
STUDIE OPINIONI	
Avoid, transfer, retain. Legal Aspects of Enterprise risk management and Insurance law (directed by Oreste M. Calliano)	9
<i>Review. The volume is introduced showing all the characteristic features, synthesizing the contents of all the essays included in the book.</i>	
by Oreste Cagnasso	
Legal risk management, Insurance law and Legal Company Strategies	14
<i>The introduction to the various contributions presents a frame of the different legal problems arising out of risk management systems. After a short historical introduction on the concept of economic risk and its assessment by probabilistic methods, the attention is devoted to enterprise risks, and in particular legal risks, their taxonomy and risk management methods and procedures. Envisaging, in information economy, the firm as a lean subject, knowledge on legal risks is described by the example of SMEs internationalization strategies and their consonance and risonance with legal rules. Decisions on risk management (avoid, transfer, retain) are specifically connected to the insurability of enterprise risks as well as to insurance law rules.</i>	
by Oreste M. Calliano	
Italian d.lgs. n. 231/2001 as a corruption prevention tool: a first assessment	52
<i>The new act on corruption pursues the objective of preventing, on the one hand, and sanctioning more strictly, on the other, behaviours by which the act of corruption takes place. The control system has therefore been reinforced, directly as well as indirectly; thus, prevention and control foreseen by legislative decree n. 231/2001 receive new impulse from this intervention by the legislator. However, legislative decree n. 231/2001 is of voluntary application, and its management raises high costs because of constant updates needed for the organization and management model as well as for the supervising body: further extending the latter's tasks increases the risk that bodies, stating saving as reason for the decision, might avoid applying this system of prevention not only of corruption, managing the activity with lack of professionalism.</i>	
by Patrizia Grosso	

INDEX-ABSTRACT

Liability for technological risks

64

This paper aim is to construct a theoretical scheme of the different legal problems arising out of the damages caused by technological risks, and of the solutions offered by the courts or legislators, using the tools of comparative and private law.

To this purpose, after a short historical and comparative introduction on the birth and diffusion of damages caused by technological risks, the attention will be set on the typical features that generally characterize these damages.

The issue will be analysed using actual cases, chosen on the basis of the main characters of technological damages: the uncertain causation and the pressure of public opinion, the scientific ascertainment of causation, and the divergent criteria used to ascertain liability. The investigation will concentrate on the reactions of courts and legislators to the problems at stake.

Finally, a reconstruction of the solutions adopted to handle the problems related to damages arising from technological risks will be offered. Among them, we can remember the application of strict liability rules, the inversion of the onus of probation on the defendant, the recourse to the “more probable than not” rule and similar more flexible criteria to determine the causation, and the use of insurance or collective funds.

by **Nadia Coggiola**

STUDI E OPINIONI

AVOID, TRANSFER, RETAIN **ASPETTI GIURIDICI DELL'ENTERPRISE** **RISK MANAGEMENT E DIRITTO DELLE** **ASSICURAZIONI** (a cura di Oreste M. Calliano)

Recensione

Il volume è presentato illustrandone caratteristiche e finalità, con una sintesi del contenuto dei vari saggi in esso compresi.

di **ORESTE CAGNASSO**

Il volume, inserito nella Collana CEDIC - Centro Europeo di Diritto dell'Informatica e del Consumo - Sezione di Diritto dell'Economia - Dipartimento di *Management* - Università di Torino, è curato da Oreste M. Calliano, con la collaborazione di Cristina Barettoni e Nadia Coggiola, edito da Giappichelli nel 2016. Gli Autori sono docenti universitari e professionisti. Sono presenti le introduzioni di Paolo Montalenti e Alessandro De Felice.

Come osserva Paolo Montalenti, “*il controllo dei rischi rappresenta oggi l'architave di una buona corporate governance*”. Rileva, a sua volta, Alessandro De Felice come “*negli ultimi anni le imprese siano state chiamate a fronteggiare sfide sempre più complesse*”.

I saggi che compongono il volume potrebbero essere suddivisi in tre settori. Il primo, che contiene la trattazione di Oreste Calliano, offre un suggestivo quadro storico comparatistico dei due temi di fondo, la gestione del rischio e il diritto delle assicurazioni. Gli articoli presenti nella seconda parte approfondiscono vari profili del *risk management*, mentre l'ultima offre un'analisi di singoli rischi ritenuti di particolare rilievo e delicatezza nell'attuale contesto socio economico.

L'opera presenta vari motivi di grande interesse, non solo per il tema trattato, di fondamentale rilievo nell'economia moderna, ma anche per il metodo utilizzato, caratterizzato da un fecondo dialogo tra approcci giuridici ed aziendalistici, profili concernenti la responsabilità e il diritto delle assicurazioni, scienza ed esperienza. In tal

STUDI E OPINIONI

RECENSIONE

modo è possibile un'analisi che tenga conto dei vari aspetti e possa fornire un quadro complessivo esaustivo e particolarmente stimolante.

La prima parte del volume contiene il saggio introduttivo di Oreste Calliano, dedicato alla gestione del rischio giuridico ed al diritto dell'assicurazione. Dopo una trattazione molto interessante volta, da un lato, ad un panorama storico e, dall'altro, all'individuazione ed all'analisi dei rischi aziendali e dei rischi giuridici ed ai possibili approcci a questi ultimi, l'Autore si sofferma ampiamente sull'*enterprise risk management* in un dialogo costante tra analisi del dato fattuale, profili aziendalistici e profili giuridici. *“Nel quadro dell'economia della conoscenza - sottolinea l'Autore - l'impresa viene definita come un'organizzazione che acquisisce, trasforma e distribuisce informazioni. E' quindi un'organizzazione che riceve input dall'esterno (innovazioni tecnologiche, organizzative, giuridiche), le trasforma (progettazione, produzione, assemblaggio) e le distribuisce (immissione nel mercato di beni, servizi, software)”*.

Individuati i rischi insiti nell'esercizio dell'attività d'impresa l'atteggiamento dell'operatore può consistere nella prevenzione o eliminazione del rischio oppure nel suo trasferimento ad un'impresa assicuratrice o al subfornitore. Naturalmente non tutti i rischi aziendali sono assicurabili, ma risultano tali quelli che consentono *“la gestione in modo imprenditoriale da parte dell'assicuratore: omogeneità, indipendenza e misurabilità, non casualità”*.

I saggi che potrebbero essere collocati in una seconda parte del volume analizzano gli aspetti più rilevanti del *risk management*.

Paolo Prandi dedica il suo scritto alle principali cornici normative del *risk management* integrato, *“che parte dal presupposto che, per ottenere il massimo risultato in termini di efficacia ed efficienza nella gestione dei rischi aziendali, è necessario analizzare e valutare l'impatto che i fattori di incertezza esercitano sull'impresa ponendo la massima attenzione non solo sui loro effetti diretti, ma anche su quelli indiretti e sequenziali”*. *“In tal modo, non solo è possibile, come sottolinea l'Autore, definire un quadro completo dei rischi che minacciano l'azienda, ma possono emergere nuove opportunità in conseguenza di una corretta e attiva gestione degli elementi di incertezza”*.

Nel saggio di Elio Marchetti, dal titolo *“Dal risk management all'enterprise risk management: ruolo della regolazione e della formazione”*, attraverso un'attenta analisi degli strumenti di controllo dei rischi e del rilievo dell'assicurazione, perviene alla conclusione che il processo di *risk management* *“può apportare rilevanti benefici ad aziende non quotate”*, con *“il passaggio da semplici acquirenti passivi di servizi assicurativi a minor costo ad una gestione proattiva dei rischi assicurabili”*.

Particolare rilievo assume il saggio di Patrizia Grosso su di un tema centrale nella prospettiva aziendalistica e giuridica: si tratta della disciplina contenuta nel d. lgs.

STUDI E OPINIONI

RECENSIONE

231/2001 concernente la c.d. responsabilità penale della società e l'esimente della creazione di modelli organizzativi. L'Autrice ricostruisce la relativa disciplina indagando ogni profilo nella prospettiva di un bilancio della sua applicazione. Perviene alla conclusione per cui *"la predisposizione di un "modello" adeguato ed efficiente può essere certamente onerosa, nelle società più grandi e complesse, ma la prevenzione del rischio reato è sicuramente la strada più corretta da seguire per avere la ragionevole certezza di ottenere l'esimente in caso di commissione dell'atto illecito. Questa ragionevole certezza è stata in una prima fase di applicazione della normativa fortemente scossa da una rigida interpretazione ex post che riteneva che comunque la commissione del reato dimostrasse l'assoluta inefficacia del modello (se presente) l'analisi della giurisprudenza più recente dimostra un orientamento diverso che tiene nella giusta considerazione il comportamento dell'ente e quello del soggetto persona fisica che ha commesso il reato, oltre ad un'attenta considerazione, nel momento della comminazione delle sanzioni, del profilo socio-economico delle conseguenze attivate dalle stesse"*.

Nella terza parte del lavoro sono stati analizzati dai vari Autori, in modo molto approfondito, alcuni rischi considerati particolarmente rilevanti.

In primo luogo, il rischio tecnologico e la conseguente responsabilità, oggetto del saggio di Nadia Coggiola: l'Autrice sottolinea che *"il crescente numero di episodi dannosi causati dal progresso tecnologico ha inevitabilmente richiamato l'attenzione dei giuristi e dei legislatori, a causa del rilevante impatto giuridico, sociale ed economico di tali fattispecie. Conseguentemente, la disciplina della responsabilità civile, da materia tradizionalmente ritenuta "secondaria" del diritto, ha rapidamente assunto il rango di settore di grande rilievo, sia per quanto concerne il numero dei casi giudiziali, sia per quanto riguarda l'elaborazione dottrinale"*.

Pier Franco Dagasso ha dedicato il suo saggio alla gestione dei rischi incendio e catastrofali, rispetto ai quali particolare rilievo assume il principio indennitario e quindi la determinazione del valore del bene. *"In base a tale principio, l'indennizzo corrisposto dall'assicuratore deve svolgere unicamente la funzione di risarcire il danno subito, senza che ciò divenga fonte di lucro per l'assicurato. In caso contrario, infatti, l'indennizzo si rivelerebbe un incentivo a provocare il sinistro e costituirebbe per l'assicurato un arricchimento senza giusta causa"*.

Un tema specifico, ma sicuramente importante nell'ambito dell'economia moderna, è il trasporto multimodale, oggetto di ampia indagine da parte di Barbara Veronese. A tal proposito assume particolare rilievo tale tipo di trasporto e conseguentemente la necessità di inquadrare la relativa responsabilità e di individuare le modalità di gestione del rischio. Come rileva l'Autrice *"allo stato attuale sul piano normativo - sia in una prospettiva prettamente interna che transnazionale - difetta una regolamentazione uniforme ed organica del fenomeno, mentre esistono svariate leggi"*

STUDI E OPINIONI

RECENSIONE

interne e molti accordi multilaterali che determinano un quadro frammentato e diversificato che può alimentare il grado di incertezza della materia, a fronte della sempre maggior diffusione nella pratica di tale modalità di trasporto. Risulta, quindi, estremamente difficile la ricerca della soluzione da applicare al singolo caso concreto - sia a causa della sovrapposizione di regole sia per la presenza di evidenti lacune nei vari ordinamenti giuridici - anche con specifico riferimento alla gestione dei rischi, connessa all'individuazione delle obbligazioni e delle relative responsabilità gravanti sul vettore multimodale".

Estremamente interessante il discorso sulla filiera produttiva alimentare dei prodotti geografici di qualità. Come sottolinea Stefano Cerrato nella sua approfondita indagine, *“seguendo una curiosa traiettoria parabolica negli ultimi anni la globalizzazione, che aveva annullato le barriere e le distanze rendendo consueto per il consumatore l'acquisto di prodotti provenienti da qualsiasi parte del mondo, sta perdendo terreno a favore di un movimento "di ritorno", già da alcuni denominato con acuto gioco di parole, "glocalizzazione". “Il fenomeno ha assunto una particolare dimensione proprio nel settore agroalimentare, dove l'originale territoriale ha, per comune sentire, un'influenza decisiva sulla qualità dei cibi”*. Il saggio ricostruisce il quadro normativo ed i sistemi di controllo utilizzabili ai vari livelli, dedicando particolare attenzione ai loro costi e benefici ed a possibili interventi *de iure condendo*.

I rischi nel settore alimentare sono poi oggetto di ulteriore indagine da parte di Diego Saluzzo con particolare attenzione alle imprese vitivinicole. In tale settore, rileva l'Autore, *“i rischi erano gravissimi, perché al danno alla salute si aggiungeva il rischio commerciale che portava i consumatori interni e internazionali a considerare, ingiustamente, i vini prodotti in Italia come di qualità modesta ed inaffidabile”*. L'ultimo rischio preso in considerazione è quello reputazionale, oggetto di ricostruzione da parte di Dario Giovara. L'Autore rileva come le varie definizioni di tale rischio portino *“a pensare che non esista una sola reputazione: essa è diversa a seconda dei portatori di interesse cui si riferisce, ognuno di essi ha infatti diverse esigenze, diversi interessi e diversi criteri di giudizio. Una definizione organica del concetto di reputazione è pertanto il frutto della mediazione tra punti di vista diversi; un approccio multidisciplinare al problema è infatti un punto di partenza imprescindibile per comprendere al meglio le questioni legate alla reputazione”*.

L'opera offre pertanto complessivamente un quadro molto approfondito, documentato ed aggiornato: come sottolinea nel saggio conclusivo Oreste Calliano, *“dall'analisi dei contributi contenuti nel volume si deduce che la valutazione dei rischi richiede un approccio interdisciplinare, meglio transdisciplinare tra Statistica e teoria della probabilità, Teoria delle decisioni, Economia comportamentale, Psicologia e Sociologia economiche, Diritto pubblico dell'economia, Diritto comparato privato e*

STUDI E OPINIONI

RECENSIONE

commerciale, Teoria dell'allocazione efficiente delle risorse aziendali, Teoria dell'organizzazione aziendale”.

Di seguito, per gentile concessione degli Autori e dell'Editore, sono riprodotti i saggi di Oreste Calliano, di Patrizia Grosso e di Nadia Coggiola.

INTRODUZIONE. GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI*

L'introduzione ai diversi contributi rappresenta una cornice dei diversi problemi giuridici relativi ai sistemi di risk management. Dopo una breve introduzione storica della nozione di rischio economico e della sua valutazione mediante metodi probabilistici, l'attenzione viene posta sui rischi aziendali e, in particolare, su quelli legali, sulla loro tassonomia e sui metodi e procedure di gestione. Decisioni sul risk management (avoid, transfer, retain) sono specificatamente connesse con la possibilità di "assicurarsi" dai rischi d'impresa secondo quanto consentito dalle leggi in materia di assicurazione.

di **ORESTE M. CALLIANO**

1. Introduzione

Dal caso del sedativo talidomide, che dopo aver provocato oltre 400.000 casi di neuriti periferiche e 10.000 casi di malformazioni in bambini esposti al farmaco in gravidanza¹ è stato ritirato nel 1961 dal mercato, al caso Chevrolet Corvaire, che ha introdotto in US dal 1965 la *product liability* per *design defect*², sino ai recenti casi delle auto diesel della Volkswagen³ e del talco cancerogeno⁴, la produzione di massa ha

* Il saggio è tratto dal volume "AVOID, TRANSFER, RETAIN - Aspetti giuridici dell'enterprise risk management e diritto delle assicurazioni", inserito nella Collana CEDIC - Centro Europeo di Diritto dell'Informatica e del Consumo - Sezione di Diritto dell'Economia - Dipartimento di Management - Università di Torino, curato da Oreste M. Calliano, con la collaborazione di Cristina Barettoni e Nadia Coggiola, edito da Giappichelli nel 2016.

¹ E. Giavini, *Talidomide: la nuova vita di un farmaco nefasto*, in *Scienze e Ricerche*, n. 24, 1° marzo 2016.

² *Nader v. General Motors Corp.*, Court of Appeals of New York, 1970; v. anche *R. Nader, Unsafe at any speed*, Grossman, New York, 1965.

³ Numerosi sono i primi commenti, tra cui quello di P. Russo, all'ord. Trib. Venezia 12 febbraio 2016 sulla inammissibilità della class action intentata da Altroconsumo per pratica commerciale sleale, relativamente ai dati comunicati sulle emissioni, in <http://www.altalex.com/documents/news/2016/02/05/volkswagen-dati-sulle-emissioni-inquinanti-class-action>.

⁴ Caso *Hogans et al. v. Jhonson & Johnson*, St. Louis Circuit Court, n. 1422-CC09012, in cui l'impresa farmaceutica è stata condannata ad un risarcimento del danno, comprensivo di *punitive damages*, di 72 milioni di dollari per un singolo caso, appellabile, mentre giacciono

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

evidenziato che possono essere introdotti nel mercato prodotti che sviluppano potenziali rischi economici, anche relativi alla salute umana. Inoltre invenzioni e scoperte imprevedibili, i cigni neri di Nassim Taleb⁵ (si pensi all'invenzione del container, che ha reso globale lo scambio di merci, del w.w.w. che ha aperto la strada al commercio elettronico, alla scoperta della doppia elica del DNA che, consentendone il sequenziamento, ha aperto ai nuovi sviluppi delle biotecnologie), possano mutare rapidamente i paradigmi delle scienze collegate all'attività d'impresa.

Il caso Volkswagen ha, poi, evidenziato come certe teorie giuseconomiche relative all'attività d'impresa trovino conferma nei fatti: dal puro a scopo di lucro si è passati ad una valutazione della responsabilità sociale d'impresa⁶; sono stati coinvolti, secondo lo stakeholder approach⁷, tutti i soggetti interessati alla corretta gestione dell'impresa (azionisti, distributori, consumatori, dipendenti, rappresentanze sindacali, Land); sono emerse profonde interrelazioni tra economia, organizzazione aziendale e diritto con prevedibili responsi penali, amministrative e civili.

Infine il caso ha fatto emergere il ruolo rilevante dell'analisi propria del diritto comparato (in tema di *class action*, *punitive damages*, danni reputazionali, danni esistenziali), in quanto, mentre i mercati coinvolti sono globali, i sistemi giuridici di riferimento sono statuali o areali.

I danni poi, per ora non quantificabili, paiono emergere in relazione ai costi di informazione e di pubblicità preventiva e successiva, ai costi delle campagne di richiamo⁸, alle sanzioni penali e amministrative delle varie *Authority* nazionali, alla perdita di valore dei titoli per gli azionisti, ai risarcimenti dei danni ai consumatori per i difetti di conformità dei prodotti e per le perdite di valore del bene usato, per il

circa altri 12.000 lawsuits, in <http://www.reuters.com/article/us-johnson-johnson-verdict-IDUSKCN0VW20A>.

⁵ I cigni neri sono eventi di scarsa prevedibilità e di effetto enorme, da utilizzare, nelle analisi, come punto di partenza, soprattutto nelle “pratiche dell'incertezza”, come la speculazione finanziaria, il gioco d'azzardo, l'attività imprenditoriale a rischio, secondo l'irriverente N.N. Taleb, *The Black Swan. The Impact Effect of Improbably*, Penguin, 2007, trad. it. *Il cigno nero. Come l'improbabile governa la nostra vita*, Il Saggiatore, Milano, 2009, p. 12 ss. preceduto da *Fooled by Randomness. The Hidden Role of Chance in the Markets and Life*, Texere, 2001, trad. it. *Giocati dal caso. Il ruolo della fortuna nella finanza e nella vita*, Il Saggiatore, Milano, 2003.

⁶ Il titolo VW ha perduto in borsa nella prima seduta il 18% in conseguenza del disinvestimento dei fondi, timorosi che il comportamento non socialmente responsabile del management fosse penalizzante per gli stessi investitori.

⁷ V. per tutti C. Carnevale, *Stakeholder, CRS ed economie di mercato. La complementarità delle sfere economico-istituzionali*, Franco Angeli, Milano, 2014; R.F. Freeman, G. Rusconi, M. Donizetti, *Teoria degli stakeholder*, Franco Angeli, Milano, 2007.

⁸ Von Harkus Balser e al., *Aufauhr im Autoland*, in *Süddeutsche Zeitung*, 23/24 Aprb., 2016, p.1.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 16/2016

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

risarcimento dei danni ai distributori per la perdita di vendite, oltre agli eventuali danni esistenziali per i soggetti legittimati a richiederli.

Queste esperienze bene evidenziano quanto nel 1971 Roberto Vacca prevedeva nel suo *Il medioevo prossimo venturo*: “I grandi sistemi organizzativi, tecnologici, associativi, continuano a crescere disordinatamente fino a raggiungere dimensioni critiche e instabili” in quanto “queste crisi sono dovute alla congestione cronica di quasi tutti i grandi sistemi, progettati e strutturati in modo errato o, peggio, proliferati senza piani per le inadeguate capacità direttive e diponibilità di informazioni di coloro che dovrebbero governarli e prevederne gli sviluppi ulteriori”⁹.

È la società del rischio individuata dai sociologi economici (Luhmann, Beck, Baumann, Giddens)¹⁰ e regolata dai principi di responsabilità e di precauzione proposti, nella società tecnologica, dal filosofo Hans Jonas¹¹, che impone una attenta valutazione dei rischi prima che prodotti pericolosi vengano immessi nel mercato e comportamenti individuali e collettivi rischiosi si realizzino.

Occorre quindi una tipologia di professionisti che individuino, valutino, prevenano e gestiscano i rischi, ben rammentando la contrapposizione, fatta nel '500, epoca di transizione tra alchimia e scienza¹², dal Garzoni¹³ tra l'attività “de' pronostichi la cui opera ovvero discorsi e giudicii ... , adducendo con che ragione o metodo o scienza o forma, si sogliono far da coloro che fanno oggidì la professione d'astrologo, anzi di srtralochi, ... e quella di astrologi¹⁴, la utilità della cui scienza è notissima ... per

⁹ R. Vacca, *Medioevo prossimo venturo. La degradazione dei grandi sistemi*, Mondadori, Milano, 1971.

¹⁰ N. Luhmann, *Soziologie des Risiko*, Walter de Gruyter, Berlin, 1991, trad. it. *Sociologia del rischio*, Bruno Mondadori, Milano, 1996; U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1986, trad. it. *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2005; A. Giddens, *The Consequences of Modernity*, Polity, Cambridge, 1990, trad. it. *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, il Mulino, Bologna, 1994; Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, il Mulino, Bologna 1999.

¹¹ H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1979, trad. it. *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino, 2002.

¹² S. Shapin, *The Scientific Revolution*, The University of Chicago, 1996, trad. it. *La rivoluzione scientifica*, Einaudi, Torino, 2003; A.W. Crosby, *The Measure of Reality. Quantification and Western Society 1250-1600*, Cambridge Univ. Press, 1997, trad. it., *La misura della realtà. Nascita di un nuovo modello di pensiero in Occidente*, Dedalo, Bari, 1997.

¹³ T. Garzoni, *De' formatori de' prognostichi, tacuini, lunari e almanachi*, in *La piazza universale di tutte le professioni del mondo. Offerta ad Alfonso II da Este Duca di Ferrara, 1585*, riedita a cura di P. Cherchi e B. Collina, Einaudi, Torino, 1996, p. 212 ss.

¹⁴ Id., *Degli astronomi e astrologi*, p. 615. Evidenzia il ruolo di previsori e di valutatori di rischi,

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

fuggire molti pericoli, dà quali ci fa cauti”, che evidenziava come si iniziasse a distinguere i metodi dotti (di tipo scientifico) dalle ciarlatanerie¹⁵.

2. Dal mercante, al giocatore, al *risk manager*: l'evoluzione dei metodi di valutazione del rischio economico

Il concetto di rischio è un concetto polisemico e diacronicamente variabile. La storia della individuazione e valutazione dei rischi economici è connaturata alla realtà socio-economica delle varie civiltà.

Le società arcaiche che, avendo un debole incremento demografico, dovuto alla elevata mortalità neonatale e a una relativa breve durata della vita, unite alla autoproduzione, disponevano di risorse perfettamente adatte al modo di vita nomade basato sulla caccia e la raccolta, non avevano divisione del lavoro, tipica delle società urbane, né sviluppavano scambi tra gruppi. Si era in balia della natura madre e non matrigna e pare non emergesse una reale consapevolezza dei rischi, né strumenti per individuarli e prevenirli¹⁶.

Quando la pastorizia sostituì la caccia molte tribù, avendo disponibilità di ampi territori vergini da sfruttare e sviluppando una stanzialità periodica (v. la tribù di Abramo prima della stanzialità nella terra di Canaan¹⁷) ebbero un aumento di popolazione, il che richiedeva maggior quantità di cibo. Il pericolo prevalente era perciò quello della razzia¹⁸ da parte di clan dediti alla predazione: l'unica possibilità di sventare il pericolo era la fuga o la lotta, cioè o la prevenzione o il conflitto, cioè l'eliminazione del pericolo.

Con l'avvento della società agricola e i grandi regni fluviali mesopotamici¹⁹ il rischio prevalentemente percepito era quello delle condizioni climatiche e delle calamità naturali²⁰. Tra i Sumeri, che veneravano Enlil, il dio del destino, che stabiliva, con

sulla base di metodi ritenuti affidabili, A. Grafton, *Cardano's Cosmos. The Worlds and Works of a Renaissance Astrologer*, Harvard Univ. Press, Cambridge (Mass.)-London, 1999; trad. it. *Il Signore del tempo. I mondi e le opere di un astrologo del Rinascimento*, Laterza, Bari, 2002.

¹⁵ Parla di “stregonerie” in tema di controlli di qualità, negli anni '80, F. Vergnano, *Qualità, la chimera del management*, in *L'impresa*, marzo 2014, 3, p. 53 s., che recensisce M. Galgano, S. Gainotti, *Il movimento della qualità in Italia*, Guerini e Associati, Milano, 2014.

¹⁶ J. Cauvin, *Naissance des divinités. Naissance de l'agriculture. La Révolution des symboles au Néolithique*. CNRS, Paris, 1994, trad. it. *Nascita delle divinità, nascita dell'agricoltura. La Rivoluzione dei simboli nel Neolitico*, II ed., Jaca Book, Milano, 2010.

¹⁷ V.C. Sgorlon, *I racconti della terra di Canaan*, ed. San Paolo, Milano, 2008, p. 9 ss.

¹⁸ Genesi, 14, *La campagna dei quattro re*.

¹⁹ G. Buccellati, *Il paese delle quattro rive. Corpus mesopotamico* (1), Jaca Book, 2013; G. Gullini (dir.), *Mesopotamia. Archeologia, epigrafia e storia orientale antica*, Ist. di Archeologia dell'Univ. di Torino, 1966.

²⁰ Esodo, 7-10, *Le piaghe d'Egitto*.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

decreti immutabili le sorti del mondo, vi era una categoria di sacerdoti, la casta degli usipu, cui ci si rivolgeva per ottenere indicazioni sull'opportunità di iniziative dall'esito incerto, e si era sviluppata un'arte, la mantica, volta a interpretare i segni divini e a sviluppare pratiche magiche propiziatorie tese ad allontanare eventi non desiderati e pratiche esecratorie volte a distruggere oggetti simboli di cose o forze ostili di cui si desiderava la scomparsa. Tale modalità di previsione del futuro (siccatà, carestie, invasione di cavallette) indusse alla programmazione (stoccaggio dei prodotti della caccia e della raccolta) e conseguentemente alla nascita della promessa di restituzione di beni in futuro²¹ anche in assenza di linguaggio comune tra le parti. La gestione del rischio era fondata sulla fiducia connessa alla reciprocità e sanzionata dalla vendetta²².

In Grecia e a Roma si distinse il fato (*fatum*), segno della divinità, cui non ci si può che adeguare, dal destino (*fortuna*) prospero o avverso, che può essere dall'uomo modificato tramite la provvidenza (*providentia*)²³, preveggenza di eventi futuri e incerti che potevano essere "divinati" da veggenti o profeti: gli aruspici etrusco-romani, le sibille, gli sciamani²⁴. A Roma, società in cui il commercio mediterraneo era assai sviluppato, si distingueva poi l'*alea* (gioco dei dadi e per traslato il rischio legato al caso), dal *periculum*, rischio che si correva nel mondo degli affari²⁵.

Tra gli arabi il Corano vietò la divinazione mediante il lancio delle frecce (*azlām*), il gioco dei dadi (*al-zahr*) da cui azzardo, e i contratti fondati sulla speculazione (*maysir*) e sull'incertezza, sull'*alea* (*gharār*), in quanto ogni accadimento era considerato opera del volere di Allāh. Problemi sorsero per l'assicurazione, ma vennero risolti con la mutua (*takāful*) in quanto lo scopo di profitto veniva sostituito con quello solidaristico²⁶.

²¹ R. Sacco, *Antropologia giuridica*, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 307-309.

²² Sanzione propria di società a potere diffuso come quella degli inuit, ma anche presente nella società transnazionale (vendette economiche verso il contraente inadempiente o boicottaggio verso lo Stato non rispettoso degli accordi internazionali).

²³ Cicerone, *De fato*, p. 17.

²⁴ Dal sanscrito *sramana* che significa "monaco". Il richiamo ai *sacerdotes* ci ricorda che i primi giuristi romani "*juris dicebant*" richiamandosi al sacro.

²⁵ Per il diritto romano il *periculum in mora* era il rischio connesso al ritardo nel pagamento o nella consegna della merce.

²⁶ Sul diritto islamico classico v. D. Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1938; sul diritto assicurativo moderno G.M. Piccinelli, *I principi e gli istituti finanziari islamici: alcuni aspetti giuridici relativi alle banche islamiche*, in *Oriente Moderno*, Nuova serie, Anno 7 (68), n. 1/9, *Il sistema bancario Islamico* (gennaio-settembre 1988) e Id., *Banche islamiche in contesto non islamico*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1996. Sugli aspetti economico-aziendali v. P. Biancone, *Il bilancio della banca islamica e la rappresentazione dei principi contabili finanziari*, Franco Angeli, Milano, 2012.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

Con l'aumento della produzione e della popolazione dopo il Mille in Europa, la nascita delle repubbliche marinare e l'aumento degli scambi marittimi, il *periculum* è essenzialmente il rischio del naufragio, della pirateria e della perdita della merce, che quindi necessita delle prime forme di assicurazione navale, pur in presenza del divieto di usura²⁷: il prestito marittimo, la vendita della merce a prezzo maggiorato (premio) sotto condizione di arrivo (*Si navis ex Asia veneris*), il prestito a cambio marittimo effettuati dal "sensale di sicurtà", valutatore del rischio marittimo, intermediario tra mercante e "sicuratori"²⁸ Per il Casaregi²⁹, il *risicum* dipende da un sinistro della nave buono o cattivo, dunque dalla fortuna. *Risicum*, infatti deriva dal linguaggio giuridico *reseclare*, interattivo di *resicare*, cioè tagliare, ed indicava nei contratti i pericoli incombenti sulle parti in conseguenza di divisioni (tagli) fatte arbitrariamente³⁰.

I primi studi sulla probabilità, sviluppatasi con riferimento ai giochi aleatori, non si estesero inizialmente ai rischi economici. Iniziarono i Bernoulli, in particolare Nikolaus che, sviluppando la "Legge dei grandi numeri", consentì all'inglese Thomas Bayes di valutare la probabilità delle ipotesi statistiche alla luce dei dati forniti dall'esperienza, attraverso metodi induttivi e a John Graunt, che compì studi sulla popolazione londinese calcolandone il rischio di morte, di elaborare le prime tavole di mortalità, base delle assicurazioni sulla vita.

La strada era aperta per sviluppare una valutazione scientificamente fondata dei rischi che prese tuttavia varie direzioni. La moderna storia della probabilità³¹ evidenzia i differenti paradigmi e le relative metodologie:

a) **Paradigma frequentista.** La probabilità è una caratteristica dei fenomeni empirici, che si esprime attraverso la frequenza con cui essi si manifestano all'osservazione. Suo oggetto sono dunque i fenomeni ripetibili, considerati non già singolarmente, ma attraverso l'andamento casuale – e in quanto tale imprevedibile – delle serie cui danno luogo. Dal comportamento di tali serie possono trarsi rapporti di

²⁷ G. Cassandro, *Genesi e svolgimento storico del contratto di assicurazione*, in *Saggi di storia del diritto commerciale*, ESI, Napoli, 1982, p. 495 ss.

²⁸ Benvenuto Stracca nel più diffuso trattato mercantile *De mercatura seu Mercatore*, Editore, Venetiis, 1575, riprende la questione del Santarem P.I, 1 se "*Mercatores maris pericula pensitantes, an res suas in casu adversae fortunae per stipulationem tueri possint*".

²⁹ J.L.M. De Casaregis, *Discursus legales de Commercio*, Jo.C. Tartinium, Floretiae, 1719, XV, p. 87.

³⁰ G. Devoto, *Avviamento alla etimologia italiana, Dizionario etimologico*, Le Monnier, Firenze, 1968, da cui il proverbio fiorentino: "Chi non risica, non rosica".

³¹ M.C. Galavotti, *Probabilità*, in *Enciclopedia Filosofica*, Bompiani, Milano, 2006 e *Philosophical Introduction to Probability*, Centre for the Study of Language and Information, Stanford, 2005. Una sintesi descrittiva si ha in P.L. Berstein, *Against the Gods. The remarkable Story of Risk*, John Wiley & Sons, New York, 1996, trad. it. *Più forti degli dei. La straordinaria storia del rischio*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2002.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

frequenza, che tendono a stabilizzarsi all'aumentare del numero dei casi considerati³². Applicabile ai fenomeni ripetuti o a quei fenomeni che si presentano su scala di massa, non consente di riferire la probabilità agli eventi singoli. Tale approccio è collegato alla ipotesi di lavoro (*congettura*, secondo Popper) dell'esistenza di un agente perfettamente razionale che, prevedendo gli eventi, può "razionalmente" decidere quale comportamento tenere: prevenire, eliminare, accettare il rischio.

b) **Paradigma logicista**³³. La probabilità è una relazione logica tra enunciati esprimenti un'ipotesi e un insieme di dati sperimentali (informazioni) portati a supporto. I gradi di probabilità esprimono i gradi di credenza razionale in cui è rilevante il ruolo del giudizio individuale nell'attribuzione di probabilità alle alternative possibili. I metodi usati sono l'analogia, la somiglianza e la dissomiglianza tra gli eventi considerati, che devono precedere l'analisi quantitativa e la ponderazione degli argomenti fondati sulle evidenze disponibili. Parte dalla ipotesi che l'agente è in grado di valutare soggettivamente, con un ragionamento induttivo, il peso degli elementi che compongono l'evento rischioso, attraverso argomentazioni convincenti di natura "retorica"³⁴.

c) **Paradigma soggettivista**. La probabilità è considerata una nozione epistemica (relativa alle nostre conoscenze) e non reale. Frank Ramsey³⁵ sostituì le relazioni logiche poste alla base della probabilità con le opinioni che il soggetto valutante nutre circa l'accadimento degli eventi. La probabilità è quindi il grado di credenza soggettivo, peraltro misurabile sulla base dei metodi con cui erano state studiate le scommesse fin dal seicento (Pascal, Fermat, Huygens), quali la quota di una certa somma che un individuo è disposto ad accettare di scommettere all'accadimento, o meno, di un evento. Al concetto di "scommessa", ritenuto poco scientifico, venne sostituito il concetto di "preferenza", derivante dal convincimento che gli uomini agiscono in base alle loro credenze secondo il principio della *speranza matematica* di ottenere certi beni in relazione alle alternative esistenti. Parte dall'ipotesi che l'agente sia soggetto in grado di valutare le proprie preferenze

Per De Finetti³⁶ "la probabilità non è nient'altro che il grado di fiducia (speranza, timore, ...) nel fatto che qualcosa di atteso (temuto, o sperato, o indifferente)

³² M.C. Galavotti, *op. cit.*, p. 8976.

³³ Ipotesi sviluppatasi da Leibniz a Keynes.

³⁴ Ch. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, PUF, Paris, 1958, trad. it. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Einaudi, Torino, 1966.

³⁵ F.P. Ramsey, *Truth and Probability*, 1926, in *I fondamenti della matematica e altri scritti di logica*, Milano, Feltrinelli, 1964.

³⁶ B. De Finetti, *La prévision: ses lois logiques, ses sources subjectives*, in *Annales de l'Institut Henry Poincaré*, Gauthier-Villars, Paris, 1937; *Probabilità*, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino, 1980.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

si verifichi e risulti vero”. Rilevante è la scambiabilità degli eventi, cioè il numero dei casi positivi e negativi che si osservano, non il modo in cui si dispongono, in quanto l'ordine con il quale si presenta l'evento in oggetto non influisce sulla valutazione delle probabilità. Tale approccio consente un apprendimento più rapido dall'esperienza, individuando un metodo scientifico per il processo induttivo, in modo da rendere possibile l'interazione fra probabilità soggettiva e frequenze osservate. Il processo di valutazione risulta assai complesso, in quanto largamente dipendente dal contesto, ed investe vari elementi di natura psicologica, risultando però più “elastico”, e non determinista come l'approccio frequentista, più “rigido” e ritenuto inadeguato per valutare i fenomeni sociali. Parte dall'ipotesi che l'agente sia condizionato nelle sue valutazioni sia dal “frame” culturale e sociale in cui è immerso che da quello psicologico e dalla limitatezza della razionalità di cui dispone.

d) **Paradigma psico-economico.** Nel 1955 Herbert Simon, psicologo e vincitore del Nobel di economia, evidenziò che “agenti dalla razionalità limitata sperimentano limiti nella formulazione e risoluzione di problemi complessi e nel processare (ricevere, memorizzare, recuperare, trasmettere) informazione”. La razionalità con cui gli individui nelle organizzazioni prendono decisioni è quindi limitata³⁷. L'unica forma di razionalità valutabile e controllabile è la “razionalità procedurale”, cioè il controllo *ex post* del percorso razionale effettuato dal decisore nella scelta³⁸.

Nel 1974 Daniel Kahneman e Amos Tversky³⁹ esaminarono le distorsioni cognitive prodotte dalle procedure mentali di semplificazione delle scelte (*heuristics*) e dagli errori cognitivi (*biases*). Tra le prime rilevati sono l'**euristica della rappresentatività**, che induce ad utilizzare le informazioni maggiormente disponibili, e meno costose, ignorando quindi segnali deboli che emergerebbero all'interno o all'esterno dell'impresa, con conseguenti errori cognitivi fondati sulla **disponibilità** dei dati. È il caso dei reclami dei consumatori che, se adeguatamente esaminati, come indicava sin dagli anni '70 Albert Hirschman⁴⁰, possono consentire all'impresa di prevenire rischi commerciali e di reputazione.

Nel valutare un rischio spesso si ricorre all'**euristica dell'ancoraggio**, richiamando alla mente benchmark noti, normalmente numerici, che possono provocare

³⁷ H.A. SIMON, *Administrative Behaviour*, Macmillan, New York, 1947, trad. it. *Il comportamento amministrativo*, il Mulino, Bologna, 1958, p. 141 ss.

³⁸ H.A. SIMON, *Models of Bounded Rationality*, MIT, Boston, 1997, trad. it. *Scienza economica e comportamento umano*, il Mulino, Bologna, 2000, p. 193 ss.

³⁹ A. Tversky, D. Kahneman, *Judgment under uncertainty. Heuristic and Biases*, in *Science*, 1974, nn. 185, 211, pp. 1124-1130.

⁴⁰ A.O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1970, trad. it., *Lealtà, defezione, protesta. Rimedi alla crisi delle imprese, dei partiti e dello stato*, Bompiani, 2002.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

errori di **overconfidence**. È il caso delle prassi consolidate che si reputano efficaci anche se sono mutate le condizioni tecnologiche, ambientali, socio-economiche, normative in cui si sono sviluppate.

Infine spesso i controlli sono effettuati a campione, in base all'**euristica dei piccoli numeri**, che può creare l'errore dell'**illusione di controllo**. Fu il caso della BSE (mucca pazza) in Scozia dove il controllo veterinario su ogni singolo capo di bestiame, per motivi di riduzione dei costi, era stato trasformato in controllo a campione, per di più da professionisti non più legati al Ministero della Sanità, come in Italia, ma a quello dell'Agricoltura, con evidenti conflitti di interesse.

Daniel Kahneman e Amos Tversky elaborarono poi la "*Prospect Theory*" che, esaminando le decisioni in condizioni di rischio, evidenzia come gli esseri umani violino, sistematicamente, i principi di razionalità creando nelle valutazioni effetti indesiderati.

Effetto cornice (framing). Il modo in cui il problema viene formulato influisce sul modo in cui viene percepito lo status quo da cui partire nella valutazione dei possibili esiti delle proprie azioni. Ne è esempio la diversa valutazione dell'errore: un manager a cultura calvinista⁴¹, perfezionista, che collega l'errore al peccato, ne avrà una percezione negativa, un manager a cultura cattolica che lo ricollega, tramite la confessione, alla penitenza lo riterrà rimediabile⁴², un manager agnostico, a cultura imperfettista⁴³, lo potrà ritenere un esperimento da cui imparare.

Effetto di avversione alle perdite. La motivazione ad evitare una perdita è, per molti soggetti, superiore alla motivazione a realizzare un guadagno. Questo principio psicologico, probabilmente legato all'istinto di sopravvivenza, provoca valutazioni diverse dello stesso rischio se rappresentato come pericolo o come opportunità.

Effetto di isolamento. La propensione dei valutatori è ad isolare probabilità consecutive, anziché valutarle congiuntamente. Si pensi al caso di rischi sistemici conseguenti ad azioni di più soggetti (inquinamento fluviale) o a comportamenti che singolarmente sono non significativi, ma che, realizzati contestualmente, possono divenire pericolosi (incidenti sul lavoro).

Effetto di inversione. Il valutatore è tendenzialmente portato ad evitare un rischio, ma in presenza di effetti negativi (costi ritenuti rilevanti) può sviluppare il "*reflection effect*", cioè invertire l'ordine delle preferenze, tendendo a considerare solo le conseguenze economiche dirette e non le eventuali perdite indirette derivanti dal

⁴¹ M. Weber, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, Mohr, Tübingen, 1934, trad. it. *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Sansoni, Firenze, 1945.

⁴² U. Giuliani Balestrino, *Il capitalista svelato. L'origine cattolica del capitalismo*, Cavinato, Brescia, 2005.

⁴³ S. Ricossa, *La fine dell'economia. Saggio sulla perfezione*, Rubettino, Soveria Mannelli (Cz), 2006.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

verificarsi dell'evento rischioso. È il caso del ricorso alla autoassicurazione anche nei casi in cui la valutazione di possibili danni indiretti (business interruption, reputazione) potrebbe indurre a trasferire il rischio ad una impresa di assicurazione.

Effetto di escalation, in cui i decisori “persistono” nell’impegno assunto in scelte precedentemente effettuate, seppur fallimentari, per giustificare o provare che investimenti precedentemente fatti erano buoni⁴⁴, il che può comportare perdite di tempo, di energie e di denaro. Anziché riconoscere che il tempo e le spese già investiti sono *sunk costs*, i decisori, anche nel quadro di un’organizzazione, rimangono intrappolati vuoi perché interpretano positivamente dati ambigui vuoi perché i costi psicologici e sociali all’abbandono della decisione sono ritenuti troppo elevati. Determinanti sono, inoltre, il tempo in cui la modificazione della situazione si presenta: se nella fase della prima decisione (risk assessment) o nella fase finale dell’esecuzione (risk management e risk communication) nonché l’eventuale ipotesi di “trappola competitiva”, in cui l’escalation, come nel dilemma del prigioniero, induce il decisore a persistere nella supposizione di sopravanzare così il concorrente⁴⁵.

Recentemente Kahneman ha proposto la *Teoria del doppio pensiero*⁴⁶. Le valutazioni e le decisioni vengono prese attraverso un processo bifasico. In una prima fase, sistema di pensiero 1, il pensiero veloce, legato alla parte arcaica del cervello, che è istintivo, induttivo, olistico, dà una prima valutazione complessiva dell’evento; in seguito il pensiero lento, che è razionale, deduttivo, sequenziale, controlla la prima valutazione e ne dà una giustificazione ragionevolmente accettabile. Ne consegue che il valutatore di rischi, e poi il decisore, uniscono processi intuitivi e giustificazioni razionali.

Da ultimo lo sviluppo della neuroeconomia⁴⁷ ha evidenziato come spesso le valutazioni di situazioni a rischio, coinvolgendo la corteccia prefrontale e l’amigdala,

⁴⁴ Brockner e Rubin, 1985, citati da R. Rumiati, *La decisione degli esperti. Psicologia cognitiva delle decisioni manageriali*, il Mulino, Bologna, 1996, p. 137.

⁴⁵ È stato forse questo il caso per cui il top management della VW non è intervenuto immediatamente a seguito dei primi esiti delle analisi dell’[International Council on Clean Transportation](#) degli inizi del 2014, o sin dall’allarme nel 2013 del Joint Research Center UE? Per l’applicazione di tale approccio all’analisi economico aziendale v. N. Miglietta, E. Battisti, *Impresa, Management e distorsioni comportamentali: un approccio cognitivo alla gestione dell’impresa. L’Ego Biased Learning Approach (EBLA)*, Giappichelli, Torino, 2011.

⁴⁶ D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, Macmillan, New York, 2012, trad. it. *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milano, 2012.

⁴⁷ Su cui v. E.J. Johnson, R. Ratcliff, *Computational and Process Models of Decision Making in Psychology and Behavioural Economics*, p. 35 ss. e gli altri contributi in P.W. Glimcher, E. Fehr, *Neuroeconomics. Decision Making and the Brain*, Elsevier, Amsterdam, 2013 e, più in generale, C. Schmidt, *Neuroéconomie. Comment les neurosciences transforment l’analyse économique*, Odile Jacob, Paris, 2010, trad. it. *Neuroeconomia*, Codice, Torino, 2013, p. 173 ss.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

inducono i soggetti alla fuga o alla paralisi, comportamenti entrambi nefasti, in particolare di fronte alla necessità di gestire rapidamente situazioni di rischio⁴⁸.

3. I rischi aziendali

3.1. La definizione di rischio aziendale

La dottrina economico-aziendale⁴⁹ ha affrontato i problemi dei rischi connessi allo sviluppo industriale a partire dai primi anni del '900. Già dal 1918, Henry Fayol⁵⁰, affermava che tra le funzioni primarie del *management* era necessario includere anche quella di gestione dei rischi aziendali. A partire da quel momento, molti sono stati i contributi dottrinali in materia di risk management e numerose ne sono stati gli approcci definitivi e strutturali.

Nel 1921 Knight⁵¹, sviluppando la distinzione tra rischio ed incertezza, presentò il rischio aziendale come “incertezza legata alla quantità”, quindi “suscettibile di valutazione misurabile” distinguendo tra **incertezza soggettiva**, derivante dall'insufficienza di informazioni utili per una valutazione delle ipotesi circa eventi

⁴⁸ Numerosi casi aziendali nei più svariati settori: farmaceutico, giocattoli, automotive (tra cui i casi Johnson & Johnson, Mattel, VW) evidenziano come spesso, anche le grandi imprese multinazionali, non abbiano costruito procedure efficaci per reagire rapidamente alle conseguenze di eventi imprevisti, mentre altre (Toyota, Danone, Ikea, Moncler) abbiano evidenziato come una reazione rapida sia anche strumento di marketing efficace trasformando un pericolo in una opportunità.

In particolare la Moncler, accusata nel 2014 dalla trasmissione televisiva Report, di non ignorare che le oche, delle cui piume faceva uso, venivano spennate vive in Ungheria, reagì elaborando, la notte stessa, una strategia reattiva (comunicato stampa che minacciava una eventuale azione giudiziale) che bloccò la percezione di una eventuale immagine negativa dell'impresa da parte dei consumatori. V. <http://www.report.rai.it/dl/Report/puntata/ContentItem-3e1844c1-87db-4948b0743715bb98e66a.html> e http://www.repubblica.it/economia/rubriche/fashion-e-finance/2014/11/03/news/moncler_contro_report.

⁴⁹ Non essendo chi scrive un economista aziendale ho preso spunti da S. Rizzo, *Risk management e grado di copertura assicurativa nelle PMI del settore metalmeccanico: i rischi di compliance*, Tesi, rel. P. De Vincentiis, correl. O. Calliano, Dip. Management, Torino, 2015.

⁵⁰ H. Fayol, *Administration industrielle et générale*, I, Dunod, Parigi, 1916.

⁵¹ “*Uncertainty must be taken in a sense radically distinct from the familiar notion of Risk, from which it has never been properly separated [...]. The essential fact is that ‘risk’ means in some cases a quantity susceptible of measurement, while at other times it is something distinctly not of this character; and there are far-reaching and crucial differences in the bearings of the phenomena depending on which of the two is really present and operating ... It will appear that a measurable uncertainty, or ‘risk’ proper, as we shall use the term, is so far different from an unmeasurable one that it is not in effect an uncertainty at all.*”, F. Knight, *Risk, Uncertainty and Profit*, Hart, Schaffner & Marx, Boston, 1921.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

futuri, e **incertezza oggettiva**, derivante da fattori interni (tecnici, economico-finanziari, competitivi) ed esterni (ambientali) all'impresa. Tale approccio è confutato dalla più recente dottrina economico-aziendale anche sulla base dell'evoluzione che il concetto di rischio ha sviluppato⁵².

Rilevante è stato il contributo di Chapman e Cooper⁵³ che hanno ribaltato l'approccio tradizionale mettendo in evidenza che il rischio è *“the possibility of economic or financial loss or gains, physical damage or injury or delay as a consequence of the uncertainty associated with pursuing a course of action”*.

Da ultimo è utile richiamare il concetto di rischio proposto da Borghesi nella prospettiva simmetrica di minaccia/opportunità⁵⁴: il valutatore o il soggetto esposto al rischio può giudicare un evento come sfavorevole o favorevole a seconda della posizione in cui si trova e modificarne quindi la valenza da negativa in positiva, rivedendo la propria percezione o attitudine.

3.2. La tendenza al rischio

Uno dei primi elementi da verificare in un'impresa è la sua tendenza (*propensity*) al rischio: a quali e a quanti rischi l'impresa è esposta nel breve e nel lungo termine e la probabilità con cui questi si possono manifestare.

L'analisi deve tener conto dell'incertezza che il top management deve affrontare nella gestione ordinaria o straordinaria delle attività e del relativo sistema informativo aziendale. Infatti la capacità di acquisire ed elaborare le informazioni che supportano il processo decisionale nel monitoraggio dell'attività è uno degli aspetti maggiormente

⁵² U. Bertini, *Introduzione allo studio dei rischi nell'economia aziendale*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 23-24 associa il rischio all'impossibilità di percezione esatta della realtà, derivante dalla limitazione cognitiva dell'individuo o dell'organizzazione, oltre che dalla numerosità di elementi che influenzano ogni evento specifico. Il rischio viene associato così all'errata formulazione delle ipotesi che si elaborano al verificarsi di un evento incerto dannoso: “l'eventualità che, non verificandosi una determinata ipotesi, si abbiano conseguenze sfavorevoli per il soggetto che l'ha formulata, può essere intesa come sinonimo di rischio, nella più ampia accezione del termine. In pratica si ha il rischio ogniqualvolta, di un certo evento, può essere razionalmente formulata un'ipotesi di danno”.

⁵³ C.B. Chapman, D.F. Cooper, *Risk analysis: testing come prejudices*, in *European Journal of Operational Research*, 1983, 14, pp. 238-247.

⁵⁴ A. Borghesi, *La gestione dei rischi d'azienda*, Cedam, Padova, 1985, p. 29, evidenzia che “le difficoltà insite nel pervenire a formulare una categoria autonoma esclusivamente riferibile all'evento favorevole hanno portato ad enfatizzare, con netta prevalenza, la distinzione tra eventualità favorevoli e rischi, associando questi ultimi a quelle sfavorevoli”.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

critici nel valutare e gestire l'incertezza e, di conseguenza, l'esposizione dell'impresa ai rischi⁵⁵.

Uno degli strumenti per valutare l'esposizione al rischio di un'impresa è l'ap-proccio presentato da Simons⁵⁶, il quale analizza gli elementi di pressione interni all'impresa derivanti dalla cultura aziendale, dalla gestione dell'informazione e dall'espansione aziendale.

La cultura dell'impresa, determinata dalla storia e dallo stile di direzione del vertice manageriale, può essere causa di propensione al rischio se i manager, essendo il più possibile creativi nella ricerca di opportunità, possono essere indotti ad investire in attività troppo rischiose. Inoltre la cultura di un'impresa chiusa alle informazioni esterne può costituire barriere alla diffusione di novità e influire anche sulla propensione dei collaboratori a non informare adeguatamente i superiori dell'esistenza di potenziali pericoli per l'impresa, nel timore di diffondere notizie "incerte" a manager con bassa soglia di tolleranza all'ansia connessa ai rischi. Infine la cultura aziendale può produrre un alto livello di competizione interna tra i manager, che possono incrementare i rischi, giocando d'azzardo con le attività patrimoniali, l'esposizione creditizia e l'immagine aziendale nel tentativo di migliorarne le performance nel breve termine.

Questi fattori, alimentandosi reciprocamente, creano situazioni di incompletezza dell'informazione e conseguentemente di "gestione irrazionale" dell'incertezza⁵⁷.

La tendenza al rischio dovuta alla **gestione delle informazioni** è stata ricondotta a tre principali tipologie di fattori.

Anzitutto **la velocità delle negoziazioni** e conseguente conclusione di contratti: con l'aumento della capacità produttiva e distributiva l'impresa si trova a dover gestire più transazioni contemporanee, con possibile aumento di probabilità di errore e

⁵⁵ S. Bozzolan, *Fattori di rischi e crisi d'impresa: il ruolo dei sistemi di risk management*, in *Il Governo delle crisi d'impresa tra nuove regole e opportunità di mercato*, Month 1, Cedam, Padova, pp. 71-100.

⁵⁶ R. Simons, *Sistemi di controllo e misure di performance*, Egea, Milano, 2007.

⁵⁷ Pare essere stato questo uno degli elementi del caso Volkswagen che, di fronte alle prime informazioni sui rischi connessi agli accertamenti effettuati negli Stati Uniti sulle potenziali violazioni della normativa ambientale nei controlli di laboratorio sugli scarichi dei motori diesel ha atteso oltre un anno per riconoscere ufficialmente il pericolo e i rischi patrimoniali e reputazionali ad esso connessi. Mancanza di informazioni interne o sottovalutazione delle conseguenze di comportamenti dolosi contrari ai doveri di compliance? Se Massimo Nordio, ad di VW Italia, ha constatato su *la Repubblica* del 28 settembre 2015 che "il silenzio non funziona", *Der Spiegel*, n. 40/2015, ha titolato "*Der Selbstmord*" (il suicidio) in chiara contrapposizione alla pubblicità, ora passibile di ingannevolezza, "*Das Auto*" e *The Economist*, sept. 26-oct. 2nd 2015, ha realizzato un inserto sui "*Dirty secrets of the car industry*", la peggiore accusa viene da *Die Zeit*, 8 oktober 2015: "*Wir sind nicht VW*".

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

conseguente rischio operativo. D'altronde se la IT non avesse tenuto il passo con il forte aumento della domanda di elaborazione dei dati, gli errori sarebbero stati ben maggiori.

La presenza di **lacune nelle procedure di controllo** delle performance: gli indicatori di rischio operativo, finanziario e di credito e i sistemi di preallarme che segnalano cambiamenti nel rischio competitivo e di reputazione richiedono sistemi specializzati, perennemente attivi, di elaborazione dei dati, in grado di aggregare informazioni tra attività spesso disperse.

L'ultimo fattore in grado di incrementare il rischio è **un processo decisionale decentrato** in cui ogni manager è stimolato a prendere decisioni autonome e a creare opportunità senza essere sottoposto ad una costante attività di monitoraggio e di supervisione.

Infine l'**espansione aziendale** può portare a gestire transazioni molto complesse, valutabili e controllabili da un numero molto ristretto di persone, quali accordi di fusione e incorporazione, joint venture societarie o contratti di subfornitura e distribuzione transnazionale che, per loro natura, presentano rischi giuseconomici rilevanti e non sempre attentamente valutabili o gestibili già in fase di negoziazione tramite le lettere di intenti.

3.3. Tipologie di rischi aziendali

L'analisi dei contributi dottrinali⁵⁸ sul tema del risk management ci porta ad evidenziare un'interessante classificazione delle tipologie di rischio in base agli obiettivi su cui impattano:

a) **Rischi strategici**: insieme di eventi che partendo da errate visioni strategiche e da azioni compiute danneggiano il posizionamento competitivo dell'impresa, il processo organizzativo e operativo di produzione, l'immagine aziendale e il capitale relazionale sviluppato con i vari stakeholder, in particolare fornitori e clienti.

b) **Rischi operativi**: la definizione introdotta da "Basilea II", è quella di "rischio di perdite derivanti dalla inadeguatezza o dalla disfunzione di procedure, risorse umane e sistemi interni, oppure da eventi esogeni"⁵⁹. Le regole proposte dal Comitato di Basilea delineano un sistema di rischi associati a:

⁵⁸ S. Guelfi, *Governo del rischio competitivo d'impresa. Anima del valore*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 59 ss.; G. D'Onza, *Il sistema di controllo interno nella prospettiva del risk management*, Giuffrè, Milano, 2008; G. Profumo, *La rilevanza del risk management nella gestione d'impresa*, <http://docplayer.it/1529889-La-rilevanza-del-risk-management-nella-gestione-d-impresa-giorgia-profu-mo-universita-degli-studi-di-napoli-parthenope>.

⁵⁹ Banca d'Italia, *Recepimento della nuova regolamentazione prudenziale internazionale (nuovo accordo sul capitale di Basilea e nuova direttiva C.E. sui requisiti di capitale delle banche e delle imprese di investimento*, Marzo 2006, 2. 34, su cui il contributo di P. Grosso in questo volume.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

– **Risorse umane:** perdite dovute a negligenza e incompetenza, attività non autorizzate, frodi interne ed esterne, appropriazioni indebite o violazione di leggi, regolamenti e direttive aziendali da parte di soggetti interni all'impresa;

– **Procedure:** perdite derivanti da carenze nelle procedure operative e nella gestione dei processi o nei sistemi di controllo interno;

– **Eventi esterni:** perdite originate da eventi ambientali (calamità naturali), da cause di natura politica, sociale, normativa, nonché da attività illecite commesse da soggetti esterni alla struttura aziendale (furto, vandalismo, terrorismo);

– **Tecnologie:** perdite dovute a inefficienze e malfunzionamenti degli impianti produttivi e dei sistemi informatici (indisponibilità o collasso dei sistemi informatici, malfunzionamenti di componenti hardware e software, guasti alle telecomunicazioni, ecc.);

c) **Rischi di reporting:** rischi connessi alla qualità dell'informazione che l'azienda sviluppa al proprio interno e diffonde all'esterno agli stakeholder con cui si relaziona (fornitori, investitori, azionisti e obbligazionisti, partner strategici). L'attenzione si pone, in particolare, sui documenti di bilancio, sulle informative a favore degli organi di vigilanza e sui *report* interni.

d) **Rischi di compliance:** rischi connessi con l'osservanza di norme legislative e regolamenti che disciplinano l'attività aziendale, la cui violazione porta l'impresa societaria a sanzioni di carattere penale ed amministrativo, ed eventuale perdita di reputazione. Tale tipologia di rischi assume una maggiore complessità nella individuazione e gestione nel caso in cui l'impresa operi in più paesi, in particolare se soggetti a sistemi giuridici diversi (*Common Law* e *Civil law*) o a regolamentazioni diverse degli stessi eventi (si pensi alla regolamentazione sulla responsabilità civile per prodotto difettoso, sulla responsabilità da danno ambientale, sui *corporate crimes*, ecc.). Il carattere rilevante che ha assunto tale tipologia di rischi, a seguito dell'emanazione in Italia del d.lgs. n. 231/2001⁶⁰, ha indotto le grandi imprese ad introdurre al proprio interno una funzione di *compliance* che "individua, valuta, supporta, controlla e riferisce in merito al rischio di sanzioni legali, amministrative, perdite operative, deterioramento della reputazione aziendale per il mancato rispetto di leggi, regolamenti, procedure, codici di condotta e best practices"⁶¹.

e) **Rischi finanziari:** eventi rischiosi a carattere speculativo, caratterizzati da strumenti di copertura dei rischi commerciali e finanziari, che si sono evoluti a partire dagli anni '80, di pari passo con l'incremento delle transazioni internazionali. La classificazione classica, di cui il presente volume non si occupa, proposta per gli

⁶⁰ V. i contributi di Patrizia Grosso e Nadia Coggiola, in questo volume.

⁶¹ AICOM (Associazione Italiana Compliance), www.assoaicom.org.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

intermediari finanziari, può essere agevolmente ripresentata anche con riferimento alle imprese industriali e di servizi⁶².

f) **Rischi reputazionali**: rischi connessi a scelte operative errate o ad eventi imprevedibili che minano la fiducia degli stakeholder nell'impresa, in un suo marchio o in una sua scelta strategica⁶³.

4. I rischi giuridici

4.1. L'approccio economico-aziendale

Nel 1997 due *économistes-gestionnaires* francesi Thierry Côme e Gilles Rouet hanno esaminato, dal punto di vista dell'economia aziendale *le risque juridique*⁶⁴ considerato una *notion ancienne*, che doveva essere aggiornata.

Negli anni '80 il rischio giuridico era fundamentalmente il rischio giudiziario⁶⁵ e l'*audit légal* permetteva “*de mesurer les risques d'ordre juridique en s'efforçant de rechercher les manquements à la sécurité de l'entreprise*”.

Il rischio giuridico veniva definito sia come la probabilità della comparsa di un problema giuridico che come l'ansia crescente relativa a problemi di ordine giuridico o giudiziario⁶⁶; l'insicurezza che ne conseguiva poteva derivare da una mancanza di comunicazione interna tra le varie funzioni aziendali e il servizio giuridico interno; i rischi venivano visti nella prospettiva della sicurezza dell'impresa, distinguendosi così i **rischi passivi**: rispetto delle norme e i **rischi attivi**: prevenzione o ritenzione di situazioni strutturali o statutarie a rischio.

Una analisi della realtà giudiziaria induceva lo stesso autore ad evidenziare che, poiché non è possibile il ripetersi di situazioni giuridicamente identiche, non si può dedurre da una successione di esperienze pregresse la probabilità di un esito favorevole o contrario⁶⁷. Ne conseguiva, a mio avviso erroneamente, che anche l'esame della giurisprudenza non garantisce di prevedere l'esito di un giudizio e quindi di elaborare in anticipo una regola operativa⁶⁸. La sola probabilità utilizzabile è **la probabilità soggettiva** fondata su ipotesi di verosimiglianza, sull'esperienza o sul grado di

⁶² A. Sironi, A. Resti, *Rischio e valore nelle banche*, Egea, Milano, 2008; A. Roghi, A. Sironi, *Risk Management and Shareholders' Value in Banking*, Wiley, London, 2007.

⁶³ Su cui vedi il contributo di Dario Giovara in questo volume.

⁶⁴ Th. Côme, G. Rouet, *Les stratégies juridiques des entreprises. Adapter l'entreprise pour ne plus subir le droit et la justice*, Vuibert, Paris, 1997.

⁶⁵ A. Couret, *L'audit juridique*, in *Encyclopédie de gestion*, dirigée par J. Joffre, P. Simon, Partis. Economica, 1989.

⁶⁶ A. Couret, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁷ Cito il brocardo latino “*Habent sua sidera lites*” (l'esito delle controversie è imperscrutabile come il destino dedotto dagli astri).

⁶⁸ A. Couret, *op. cit.*, p. 16.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

affidabilità che il manager nutre verso un particolare evento giuridico rischioso. Se gli agenti economici si suppongono capaci *d'anticipations rationnelles* e le informazioni utilizzabili sono quelle che hanno un rendimento marginale superiore o uguale al loro costo marginale, è inutile ricercare informazioni che non produrranno che un rendimento minimo. Di fronte ai rischi giuridici difficilmente quantificabili la razionalità strumentale è volta a realizzare un arbitraggio tra diverse scelte egualmente possibili: il decisore tenderà a conciliare obiettivi e vincoli per ottenere il miglior risultato possibile.

Seguendo Ansoff⁶⁹ si distinguevano poi le decisioni seriali (es. regole e procedure interne) da quelle in parallelo (es. scelta nella risoluzione di controversie). Nel primo caso i problemi sono individuati grazie ai loro effetti osservabili, nel secondo caso un monitoraggio costante permette, dai primi sintomi, di segnalare rapidamente i problemi emergenti.

Il diritto quindi dando ai manager *informations fiables*, limiterebbe l'area della scelta razionale sia perché, essendo prevalentemente cogente e sanzionatorio, ridurrebbe le alternative, sia perché verrebbero spesso ignorati gli *effets pervers* dell'applicazione pedissequa delle norme giuridiche, causa dell'incapacità dei dirigenti di interpretare utilmente le regole in funzione degli scopi dell'impresa costringendo ad un'ottica di prevenzione dei rischi.

Per Côme e Rouet il decisore può tentare di modificare la natura dell'incertezza giuridica, agendo sulla fonte dell'incertezza, sul suo grado e sui suoi effetti. Una visione del diritto non tradizionale, inteso non come vincolo, ma come strumento dell'agire economico, cioè come un sistema di informazioni *a priori*, essenziale per valutare correttamente costi e benefici, può permettere di ottenere tale risultato.

I rischi giuridici evidenziati dagli economisti aziendali sono pertanto: la non razionalità del diritto, l'inflazione giuridica, i vuoti giuridici e il "non-diritto", l'interpretazione giurisprudenziale, l'insicurezza giuridica dovuta alla rapidità dell'innovazione tecnologica, l'espansione di controversie di massa quali quelle di consumo e di responsabilità medica e sanitaria, la difficoltà della lotta alla contraffazione.

La valutazione più complessa appare essere la previsione dei rischi conseguenti ad un eventuale conflitto giudiziario: l'impresa in questi casi procederebbe ad un arbitraggio tra costi del processo, durata del processo, conseguenze irreversibili della decisione o possibilità di sovvertirla in appello.

⁶⁹ I. Ansoff, *Corporate Strategy*, McGraw Hill, New York, 1965.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

4.2. L'approccio giuseconomico

Visto nell'ottica del giuseconomista comparatista il rischio giuridico non è limitato alla gestione di potenziali controversie, ma si amplia alla conoscenza degli ordinamenti giuridici, delle regole operazionali, delle prassi.

Riteniamo di poter distinguere il **rischio giuridico in senso stretto**, che deriva dalla interpretazione delle regole giuridiche e dalla eventuale loro utilizzazione in sede giudiziaria, dal **rischio giuridico in senso amplificato**, che deriva dal collegamento tra elementi incerti di natura tecnica o economico-aziendale e regole giuridiche "sfocate". Ne sono esempio i rischi tecnologici⁷⁰, informatici e telematici in cui il diritto, spesso assente o nebuloso, crea aree di incertezza e quindi di rischio.

Si può esemplificare partendo dall'ipotesi della attuazione di una strategia di internazionalizzazione di una PMI, fin ora domestica.

La fase di conoscenza e analisi del contesto legale in un ambiente (paese, mercato) sconosciuto, deve considerare molti approcci ed elementi, non privi di rischi conoscitivi, verso i quali l'impresa può tenere **approcci di consonanza e di risonanza**⁷¹.

– Il sistema giuridico generale del paese e gli elementi strutturali, l'evoluzione e lo stile giurisprudenziale nel quadro della grande suddivisione in Grandi sistemi giuridici⁷² (Civil Law, Common law, Diritti religiosi e tradizionali, Diritti di paesi in transizione verso sistemi di mercato), verso il quale è utile per il giurista d'impresa un approccio comparatistico consonante, privo di errori cognitivi dovuti agli effetti cornice o ancoraggio derivanti dalla sua cultura giuridica nazionale.

– Il diritto cogente (penale, amministrativo, ambientale, tributario, laburistico, ecc.) rispetto al quale l'impresa deve realizzare risonanza, a pena di sanzioni (proibizioni, limitazioni, sanzioni amministrative, pecuniarie e restrittive della libertà) dei top manager.

– Il diritto contrattuale le cui norme imperative, garantendo un leale ed efficiente scambio e correggendo le "market failures", consentono la piena esplicazione della volontà delle parti, i rimedi in caso di inesecuzione o cattiva esecuzione del contratto e la protezione dei soggetti c.d. deboli (i consumatori, i subfornitori). Qui utile appare la risonanza, cioè la partecipazione delle controparti alle definizioni del contratto: si pensi

⁷⁰ Su cui vedi il contributo di Nadia Coggiola.

⁷¹ La consonanza nella teoria musicale è l'esecuzione simultanea di due suoni in rapporto armonico fra loro, la risonanza è in acustica la vibrazione di una sorgente sonora investita da onde sonore di frequenza uguale o simile, A. Schömborg, *Harmonie lehre*, Universal Ed., Wien, 1922, trad. it. *Manuale di armonia*, il Saggiatore, Milano, 1963, p. 20 ss.; A. Frova, *Armonia celeste e dodecafonia: musica e scienza attraverso i secoli*, RCS libri, Milano, 2006, p. 158 ss., 198; F. Alton Everest, *Manuale di Acustica*, Hoepli, Milano, 1994, p. 90ss.

⁷² R. Sacco, A. Gambaro, *Sistemi giuridici comparati*, III ed., Utet, Torino, 2008.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

alla negoziazione individuale delle clausole contrattuali che elimina il rischio di vessatorietà nei contratti con il consumatore, o la individuazione degli standard produttivi e qualitativi nei contratti di subfornitura.

– Le norme sulla concorrenza che definiscono l’ambito del gioco competitivo tra gli attori del mercato e dell’attività economica lecita per l’impresa. La risonanza comporta l’organizzazione di strategie, ad. es. di marketing, coerenti con gli obiettivi dell’impresa e con le regole cogenti legislative o giurisprudenziali. Si pensi al possibile abuso di marchi altrui al fine di utilizzarne la notorietà⁷³ o alla pubblicità comparativa priva di riferimenti tecnici specifici. La consonanza comporta lo sviluppo di relazioni di fiducia con i vari stakeholder, in particolare i distributori, che possono fornire informazioni sull’andamento dei mercati e i consumatori, che possono co-progettare, cofinanziare, informare l’impresa sulle inefficienze e i rischi, creando quella *customer loyalty*⁷⁴ che costituisce il “capitale relazionale” dell’impresa decisivo in mercati altamente concorrenziali.

– Il diritto privato dell’UE, che, pur ben noto, deve tener conto delle posizioni della Commissione (si pensi ai controlli sugli accordi anticompetitivi, sulle pratiche di abuso di posizione dominante, sui controlli preventivi in tema di acquisizioni e fusioni) e della Corte di giustizia le cui sentenze possono modificare intere strategie aziendali a dimensione europea.

La consonanza impone nell’aderire prontamente alle norme nazionali di recepimento delle direttive comunitarie. La risonanza invece nel programmare con anticipo, visto il periodo di 2-3 anni prima del recepimento, gli effetti della futura normativa sulla organizzazione dell’impresa e sulle procedure interne.

– Il diritto dei contratti transnazionali, sempre più utilizzato dalle imprese a vocazione internazionale che però comporta rischi non solo conoscitivi, ma anche di gestione in fase di redazione delle clausole contrattuali (dal diritto applicabile al foro competente), di controllo sulla corretta esecuzione del contratto e di eventuale risoluzione delle controversie, sempre più delegata alle ADR (sistemi alternativi di

⁷³ Caso *Casa del caffè Vergnano Spa c. Nestec S.a.*, Trib. Torino, Sez. propr. ind., ord. 15 giugno 2012, in http://www.dimt.it/immaginiUtenti/file/Giurisprudenza/NestleVergnano_15giu12.pdf che ha escluso tale comportamento, liberalizzando l’uso di capsule e capsule-macchina da caffè e *Caso*

Kinder joghurt C-C.552/09 *P. Ferrero v. Ohim*, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-552/09%20P>, in cui la Corte di giustizia ha escluso l’abuso di marchio per prodotto diverso, senza la dimostrazione, tramite test di somiglianza, della confusività per un pubblico generale.

⁷⁴ O. Calliano, *Some Preludes for a Critical Study on lentos and Prestos of Private and Comparative Law in the Concerto of European Integration Process. The Case of European Consumer law*, in *Comparative Law Review*, 2010, 2, pp. 1-27.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

risoluzione delle controversie: arbitrato, mediazione, negoziazione assistita). La consonanza consiste nell'utilizzare al meglio il potere contrattuale in fase di negoziazione e poi di gestione dei rapporti contrattuali. La risonanza nel prevedere che le regole contrattuali, sia pure concordate tra le parti, saranno soggette ad una valutazione dei giudici, o degli arbitri, i quali potranno valutare le clausole contrattuali in base a parametri generali (buona fede, correttezza, interesse generale) interpretabili secondo precedenti, trend giurisprudenziali e *leading cases*.

– La giurisprudenza. Le norme legislative (codici, leggi speciali, direttive comunitarie e loro attuazione) devono essere interpretate. Tale compito spetta ai giudici, alla dottrina e, per le norme amministrative, in certi casi, alla prassi. Ne consegue che uno dei rischi giuridici più frequenti è l'**incertezza dell'interpretazione normativa**.

Secondo una impostazione strettamente positivista l'interpretazione consiste nell'esame di un testo legale al fine di estrarne il significato: il giudice sarebbe la "bocca della legge" ed il suo applicatore al caso concreto.

Secondo una impostazione di ermeneutica giuridica l'interpretazione consiste in due operazioni: l'esame del testo legale e, successivamente, la conformazione del significato del testo, elaborando così la regola operativa adattata al caso concreto⁷⁵. Il giudice è, secondo questo approccio, il reale elaboratore della norma, poiché ne estrapola il vero significato e lo applica al caso concreto.

In realtà l'interprete "sapiente", prima di intraprendere la lettura del testo, sa: ha una sua cultura giuridica, che ha sviluppato negli studi e nella pratica professionale, conosce le decisioni dei giudici superiori e sempre più frequentemente la dottrina recente e a volte anche la giurisprudenza straniera. Si avvicina al caso quindi già sapendo. È la teoria della c.d. *precomprensione del diritto*⁷⁶, che non vuol dire arbitrarietà né giustizia equitativa, o peggio "giustizia sotto l'albero", cioè priva di giustificazione: il giudice deve giustificare la sua decisione motivandola, cioè usando "retoricamente" argomenti convincenti, quindi ragionevoli.

Se tale approccio suscita ansia da rischio giurisprudenziale il problema è legato alla concezione che la dottrina positivista e statualista del diritto ha dato della certezza del diritto, ritenuto immutabile e non interpretabile evolutivamente, né dalla giurisprudenza né dalla dottrina.

Nel mondo anglosassone tale concezione pur presente è affiancata dalla **concezione probabilistica della "rule of law"** che si fonda su indizi ricavati dai trend

⁷⁵ R. Sacco, *L'interpretazione*, in *Le Fonti del diritto italiano*, vol. 2, *Le Fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 1999, p. 159 ss., in part. p. 162 s.

⁷⁶ J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Fischer Athenäum Taschenbücher, Frankfurt a.M., 1972, trad. it. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, ESI, Napoli, 1983.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

giurisprudenziali⁷⁷. L'interprete privato, avvocato o giurista d'impresa e, a volte, lo stesso giudice, si pone le domande: "A quale forma di giustizia, ordinaria o ADR, mi devo rivolgere per tutelare i diritti dell'impresa? Che probabilità ha questa argomentazione giuridica di essere accolta? Qual è stata la tendenza giurisprudenziale sul punto? E, nell'ipotesi di caso nuovo, o di caso a valenza transnazionale, qual è, a livello internazionale e comparato, la casistica meritevole di essere esaminata ed eventualmente proposta? Ed anche negli ordinamenti di civil law se è pure vero che la legislazione speciale (diritto dell'ambiente, del consumo, dell'internet) può modificare regole particolari, i principi di base e le regole generali restano quelle del codice civile la cui interpretazione, in base alla dottrina e giurisprudenza prevalenti, può essere "soggettivamente" e probabilisticamente prevedibile. In particolare il riferimento alle decisioni delle Corti Superiori (Corte di Cassazione, Corte Costituzionale, Corte di giustizia) e ai *leading cases* più significativi degli ordinamenti più evoluti possono costituire indizi rilevanti. Infine l'utilizzazione di ADR virtuali: una *expert fact finding determination* (utile nelle controversie ad oggetto tecnologico) o un *mini trail*, svolto da una commissione di dirigenti delle due parti che fanno una prima valutazione concertata (utile nei casi di rischi ambientali), un *judicial appraisal* (vero processo simulato giudicato da un avvocato o giudice fuori ruolo) può individuare utili tracce da seguire⁷⁸.

Il ricorso ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie-ADR (arbitrato, mediazione, negoziazione assistita, mediazione di consumo⁷⁹), appare poi strumento idoneo a ridurre i rischi giudiziari, in particolare nei contratti relazionali (subfornitura, distribuzione, consumo), per i quali la sentenza, stabilendo la regola di diritto e conseguentemente chi ha ragione e chi ha torto, può inibire il proseguimento del rapporto economico tra le parti, mentre la giustizia c.d. "coesistenziale", elaborando una regola di equa soluzione della controversia, agevola la prosecuzione dei rapporti economici⁸⁰.

⁷⁷ V. Pascali, *Causalità ed inferenza nel diritto o nella prassi giuridica*, Giuffrè, Milano, 2011.

⁷⁸ Sul tema della valutazione quantitativa del diritto v. *Misurare il diritto, Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, ESI, Napoli, 2012. Diversa è l'utilizzazione della probabilità per determinare il nesso di causalità tra un comportamento e un evento costituente ad es. una fattispecie penale, v. F. Poggi, *Tra il certo e l'ipotesi. La probabilità nel processo*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2010; A. De Matteis, *Causalità, probabilità e probabilità nel diritto civile e in quello previdenziale*, in RDSS, 2010, pp. 1-24.

⁷⁹ Su cui vedi O. Calliano, *Efficacia ed efficienza della mediazione di consumo. Esperienze europee a confronto*, in A.M. Gambino (a cura di), *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Univ. Europea, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 72-92.

⁸⁰ O. Calliano, *Efficacia ed efficienza della mediazione di consumo. Esperienze europee a confronto*, in A.M. Gambino, *Rimedi e tecniche di protezione del consumatore*, Univ. Europea – Roma, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 72-92.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

Da tutto ciò consegue che il team di risk management deve dialogare con un legale che sappia preventivamente valutare i rischi giuridici, gestire, sotto il profilo giuridico, le conseguenze di sinistri o eventi o catastrofici, elaborare strategie di gestione delle eventuali controversie. In sostanza partecipare alla **elaborazione di strategie giuridiche d'impresa**.

5. Tipologie di *risk management*, obiettivi e metodologie

Osservava giustamente l'assicuratore belga Adam che “nell'ordine morale, come in quello materiale, ogni operazione non si manifesta che al momento opportuno, quando l'ambiente necessario è preparato a riceverla e quando gli elementi costitutivi siano stati sufficientemente raffinati per produrla e nutrirla”⁸¹.

Per “risk management” la dottrina economico-aziendale intende quel processo che individua un insieme di attività relative all'identificazione, valutazione e trattamento delle criticità strategiche, organizzative, operative, finanziarie e di *compliance* che possono danneggiare la struttura aziendale.

La definizione che maggiormente individua gli scopi dei processi di *risk management* è quella proposta dalla FERMA (*Federation of European Risk Management Associations*) che afferma: “il risk management è il processo attraverso il quale le organizzazioni affrontano i rischi legati alle loro attività con lo scopo di ottenere benefici durevoli ... e permette la comprensione dei potenziali aspetti positivi e negativi di tutti i fattori che possono influenzare l'organizzazione [...] il risk management deve affrontare sistematicamente tutti i rischi che circondano le attività dell'organizzazione nel passato, nel presente e, soprattutto, nel futuro”⁸². Il risk management partecipa quindi al perseguimento degli obiettivi di un'organizzazione, migliorando il processo decisionale e l'allocazione delle relative risorse.

A partire dal 2000, le varie crisi finanziarie e i conseguenti fallimenti societari, hanno spinto numerose istituzioni ad adottare *standard* e *framework* rivolti allo sviluppo di modelli di risk management di tipo universale. Ogni standard propone diversi modelli di processo, in particolar modo per ciò che riguarda le varie fasi del RM, pur concordando nel definire un processo di gestione integrata dei rischi, basato su alcune fasi tipiche (comunicazione e *reporting*, definizione del contesto, coinvolgimento degli stakeholders, nella definizione del *risk appetite*, ecc.).

Per questi motivi, nel volume sono presentate le definizioni proposte all'interno dello standard ISO 31000:2009, redatto dall'International Organization for

⁸¹ Citato da A. Candian, voce *Assicurazione – Storia*, in *Enciclopedia italiana*, vol. V, Ist. dell'Enc. it., Roma, 1930.

⁸² FERMA (Federation of European Risk Management Association), *Standard di Risk Management*, p. 2002, 3.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

Standardization⁸³, e da CoSO (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*) organismo di standardizzazione che ha sviluppato i primi documenti in tema di *Enterprise Risk Management*⁸⁴.

Mentre la definizione dello standard ISO 31000:2009 si concentra sulla fasi che caratterizzano l'attività di gestione del rischio, l'approccio proposto da CoSO enfatizza il ruolo svolto dal consiglio di amministrazione, dal top management e dal team operativo e dal personale che deve tradurre in attività le politiche di risk management.

Nel corso dei decenni la modalità di gestione dei rischi aziendali si è evoluta, allontanandosi dalla visione strettamente assicurativa e proponendo metodi che includano oltre ai rischi finanziari anche i rischi puri, gestibili mediante tecniche interne. I diversi approcci, inizialmente concepiti come processi autonomi legati alle varie funzioni aziendali, sono stati gradatamente inseriti in una prospettiva di gestione dei rischi integrata e proattiva che propone obiettivi, criteri e strumenti di gestione flessibili, disegnati su misura per ogni settore aziendale e per specifica tipologia di impresa. Il RM si è quindi evoluto seguendo diversi filoni.

5.1. *Traditional Risk Management (TRM)*

Coerentemente con la valutazione negativa associata alla definizione di rischio, il traditional risk management o **insurance risk management** è “*a pure risk management process in a firm (where pure risk can be of environmental, social, personal and technological types), based on the observation of damaging events that have already occurred, the application of a premium and the subjective assessment based on the assessor’s experiences and competencies*”⁸⁵. La gestione del rischio è quindi caratterizzata da un approccio reattivo, di carattere operativo, mediante pratiche di trasferimento del rischio ad un soggetto terzo (compagnia assicurativa), precedute da un'attività di *assessment* su eventi già accaduti. Accanto al trasferimento del rischio puro, sono adottate azioni di prevenzione e protezione. Tale processo si diffonde a partire dagli anni '50 a seguito dei primi tentativi, da parte della dottrina economico-

⁸³ ISO 31000:2009: “*risk management is the systemic application of management policies, procedures and practices to the activities of communicating, consulting, establishing the context, and identifying, analyzing, evaluating, treating, monitoring and review risk*”, ISO Guide 73:2009, *Risk management – Vocabulary*; ISO/IEC 31010, *Risk management – Risk assessment techniques*

⁸⁴ CoSO: “*a process, effected by an entity’s board of directors, management and other personnel, applied in strategy setting and across the enterprise, designed to identify potential events that may effect the entity, and manage risk to be within its risk appetite, to provide reasonable assurance regarding the achievement of entity objectives*”, CoSO, *Enterprise Risk Management – Application Techniques*, 2004.

⁸⁵ S. Guelfi, *op. cit.*, p. 94 ss.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

aziendale, di definizione del rischio sotto il profilo negativo. Purtroppo per la MPI tale approccio viene ritenuto ancora attuale⁸⁶.

5.2. *Strategic Risk Management (SRM)*

A seguito dello sviluppo dell'approccio strategico alla gestione d'impresa⁸⁷, lo strategic risk management è “*an integrated and continuous process of identification and assessment of strategic risks (human, technological, brand, competition, project and stagnation risks), which are considered obstacles that prevent reaching, an organization's financial and operational goals*”⁸⁸. Le tipologie di rischi puri presi in considerazione nell'approccio integrato del SRM sono i rischi legati alla crisi del mercato di riferimento, al rischio paese, ai rischi connessi alla concorrenza e alla introduzione di nuove tecnologie, ai rischi connessi alle risorse e competenze chiave e ai rischi di immagine.

Escludendo il RM nei settori finanziari, non oggetto dei presenti studi, si sono sviluppati poi RM di settore:

5.3. *Project Risk Management (PRM)*

È il processo di identificazione, valutazione e gestione dei rischi, aventi connotazione negativa, ai quali i grandi progetti imprenditoriali sono esposti. L'approccio ha lo scopo di definire in maniera precisa gli obiettivi, identificare le fonti di incertezza, quantificandole sotto il profilo delle probabilità di accadimento e del loro impatto, massimizzando le opportunità derivanti da associare al progetto⁸⁹.

⁸⁶ C. Verbano, K. Venturini, *Managing Risks in SMEs: A Literature Review and Research Agenda*, in *Journal of Technology Management & Innovation*, 2013, vol. 8, p. 189, e v. il contributo di Elio Marchetti in questo volume.

⁸⁷ Che si sviluppa a partire dagli anni '60 con lo sviluppo della Corporate strategy di Igor Ansoff, ma viene completamente rivoluzionato dall'approccio al vantaggio competitivo di M. Porter, *Competitive Strategy. Techniques for Analysing Industries and Competitors*, Free Press, New York, 1980, N. Crockford, *An Introduction to Risk Management*, II ed., Woodhead-Faulkner, Cambridge, 1986, seguiti in Francia da A. Desmeuroux, *Stratégie*, Précis Dalloz, Paris, 1993, M. Gervais, *Stratégie de l'Entreprise*, Economica, Paris, 1995, oggi alla VI ed., in Italia G. Pellicelli, *Strategie d'impresa*, IV ed., Egea, Milano, 2014; L. Sicca, *La gestione strategica dell'impresa. Concetti e strumenti*, Cedam, Padova, 1998; G. Saloner, A. Shepard, J. Podolny, *Strategic management*, John Wiley & Sons, New York, 2001. Introducono caveat su alcuni rischi operativi A. Thompson, A.J. Strickland, J.E. Gamble, *Crafting & Executing Strategy*, trad. it. *Strategia aziendale. Formulazione ed esecuzione*, a cura di G.B. Dagnino, R. Faraci, XVI ed., McGraw-Hill, Milano, 2009, sui rischi relativi alla supply chain, p. 273, sui rischi di joint venture con partner esteri, p. 314 ss. e sui rischi di cambio, p. 295 s.

⁸⁸ S. Chatterie, R.M. Wiseman, A. Fiegenbaum, C.E. Devers, *Integrating Behavioural and Economic Concepts of Risk into Strategic Management: The Twain Shall Meet*, in *Long Range Planning*, vol. 36, 2003, pp. 61-79.

⁸⁹ V. Thevendran, M.J. Mawlwesley, *Perception of human risk factors in construction projects:*

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

Generalmente i rischi di progetto dipendono dagli obiettivi che esso comporta cioè rischi di natura tecnica, operativa, organizzativa, contrattuale, finanziaria, di tipo economico o politico.

5.4. *Supply Chain Risk Management (SCRM)*

I rischi connessi alla catena di approvvigionamento sono diventati, negli ultimi decenni, uno tra i principali rischi che le imprese, sia a livello internazionale sia nazionale, tengono sotto controllo in quanto potenziali fonti di perdita e, sino a all'appannamento dell'immagine aziendale dell'assemblatore. La diffusione della *lean production* e del *just in time* hanno fatto incrementare rischi di produzione di componenti di qualità non a norma o di prodotti pericolosi per la salute o comunque con difetti di conformità. Per questi motivi il *Supply Chain Risk Management* ha l'obiettivo di eliminare o ridurre i punti vulnerabili della catena produttiva. Adottando la definizione fornita da Normann e Lindroth (2002) il SCRM è “*a shared risk management process, developed in a collaboration with the partners in the entire supply chain, to deal with the risks (logistics, financial, information, relationships and innovation risks) and uncertainties resulting from logistic activities and resources*”⁹⁰. Da tale approccio deriva la necessità di collaborazione di tutti i soggetti coinvolti nella filiera produttiva, in particolare nelle aree critiche: logistica in e out, finanza, informatica, innovazione, sviluppi di mercato e normativi (diritto del marketing e del consumo). Un settore particolarmente esposto è il Food of Beverage la cui catena produttivo-distributiva è sempre più transnazionale e quindi necessitante di complessi controlli⁹¹.

5.5. *Disaster Risk Management (DRM)*

Il *disaster risk* è il rischio connesso a calamità naturali (alluvioni, terremoti, incendi, terrorismo, incidenti industriali, epidemie) che possono colpire l'area ove è sita l'impresa e che possono mettere a repentaglio la normale attività aziendale (*business interruption*). Il DRM è “*a holistic and flexible approach in governing any community, involving a series of actions (programs, projects and measures) and tools aimed at*

an exploratory analysis, in *International Journal of Project Management*, 2004, 22, pp. 131-137.

⁹⁰ A. Norman, R. Lindroth, *Supply Chain Risk Management: Purchasers' vs Planners' Views on Sharing Capacity Investment Risks in the Telecom Industry*. 11th International Annual IPSERA Conference, Twente University, March, 25-27, The Netherlands, 2002.

⁹¹ B. van der Meulen (ed.), *Private food law – Governing food chains through contract law, self regulation, private standards, audits and certification schemes*, Wageningen Academic, The Netherlands, 2011; v. anche i contributi di Diego Saluzzo e Stefano Cerrato in questo volume nonché I. Hanser e al., *Beyond the knowledge deficit: recent research into lay and expert attitudes to food risks*, in *Appetite*, 41 (2), pp. 111-121.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

*reducing disaster risks and mitigating the spread of disaster, following the processes, structures and rigour typical of risk management*⁹².

5.6. Control Risk Management (CRM)

Il processo di *control risk management* nasce dall'esigenza di evidenziare, all'interno dell'impresa, la conformità dell'attività aziendale a norme e regolamenti (*compliance*). Il processo assume particolare rilevanza alla luce delle nuove normative in materia di responsabilità amministrativa e penale delle società (d.lgs. n. 231/2001)⁹³, tutela della *privacy* (d.lgs. n. 196/2003) e tutela dell'ambiente (d.lgs. n. 152/2006), sicurezza sul lavoro (d.lgs. n. 81/2008). Tale approccio, permette di rispondere ai principi di trasparenza e *corporate governance* che vengono imposti alle società quotate anche dal codice di autodisciplina emanato da Borsa Italiana. Il CRM permette agli azionisti e agli stakeholders interni ed esterni di valutare l'operato dei top manager e del più ampio management, affinché siano rispettati gli obiettivi strategici stabiliti e non siano adottati comportamenti che possano danneggiare gli interessi della compagine sociale e dei partner della società. Il CRM, quindi funge da strumento di garanzia, certificazione, comunicazione e trasparenza⁹⁴.

5.7. Enterprise Risk Management (ERM)

A differenza dei precedenti approcci, l'*enterprise risk management* propone una metodologia integrata di identificazione, valutazione, gestione, monitoraggio, comunicazione e reporting dei rischi ed eventi imprevedibili che possono mettere a repentaglio il perseguimento degli obiettivi aziendali. L'ERM viene integrato in tutti i livelli dell'organizzazione e in tutti i processi aziendali affinché i profili di rischio-soglia individuati siano coerenti con gli obiettivi strategici stabiliti dal Cda.

Secondo la definizione proposta dal CoSO che pubblicò il primo documento dedicato all'ERM nel 2004, "*The enterprise risk management is a process, effected by an entity's board of directors, management and other personnel, applied in strategy setting and across the enterprise, designed to identify potential events that may affect the entity, and manage risk to be within its risk appetite, to provide reasonable assurance regarding the achievement of entity objectives*".

⁹² W. Garatwa, C. Bollin, *Disaster Risk Management: Working Concept*, in *Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ)*, 2012, <http://www2.gtz.de/dokumente/bib/02-5001.pdf>.

⁹³ Su cui v. i contributi di Patrizia Grosso e di Elio Marchetti in questo volume.

⁹⁴ A. Floreani, *Introduzione al risk management: un approccio integrato alla gestione dei rischi aziendali*, Rizzoli-Etas, Milano, 2005, pp. 58-60.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

Numerosi sono i contributi proposti dalla letteratura in tema di ERM⁹⁵. Tra i molteplici elementi che ne caratterizzano la metodologia si possono evidenziare:

– la proattività nella gestione dei rischi, che migliora la prevenzione e l'efficacia del controllo;

– l'integrazione dell'attività di risk management con gli obiettivi strategici, con i processi di pianificazione e con il sistema di *governance*;

– la continuità del processo, sottoposto a frequente monitoraggio al fine di garantire un miglioramento continuo nell'attività di gestione del rischio, in linea con il cambiamento del *risk appetite*⁹⁶ dell'organizzazione, degli obiettivi strategico-operativi dell'impresa e in generale della evoluzione della cultura del rischio;

– la partecipazione alla definizione dei piani strategici;

– la comunicazione e il coordinamento di tutti gli stakeholder interni ed esterni;

– la definizione di compiti e responsabilità (*risk ownership*) di tutti i livelli organizzativi allo scopo di incentivare una maggiore diffusione della cultura del rischio⁹⁷;

– la capacità di agire prontamente di fronte agli eventi negativi precedentemente individuati;

– la capacità di influenzare positivamente la gestione dell'impresa e i sistemi di controllo, valutazione, incentivazione e comunicazione.

L'elemento caratterizzante di ERM rispetto al risk management tradizionale risiede nella diversa interpretazione del concetto di rischio, inteso (così come interpretato dalla teoria delle probabilità) sia come opportunità che come minaccia.

⁹⁵ M.L. Frigo, R.J. Anderson, *Embracing Enterprise Risk Management: Practical Approaches for Getting Started*. COSO – The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, 2011, P. Prandi, http://www.coso.org/documents/EMBRACINGERM-GettingStartedforWebPosting_Dec110_000.pdf; V. anche i contributi di Paolo Prandi e di Elio Marchetti in questo volume.

⁹⁶ Il *risk appetite* viene definito dalla norma ISO 31000:2009 come “*The amount and type of risk that an organization is prepared to pursue, retain or take also known measured as residual risk*”. Il *risk appetite* traducibile con rischio comunque accettabile (o residuale) è il livello di rischio che un'organizzazione è disposta ad accettare per perseguire i suoi obiettivi. Non può essere che stimato con valutazioni soggettive (*averse, minimal, cautious, open, hungry*) ed è bene che tenda ad un equilibrio tra innovazione incontrollata ed eccessiva prudenza v. B.K. Hassani, *Risk Appetite in Practice: Vulgaris Mathematica*, in *The IUP Journal of Financial Risk Management*, 2015, 12 (1), pp. 7-22.

⁹⁷ La *risk culture* è intesa “*as the norms and traditions of behavior of individuals and of groups within an organization that determine the way in which they identify, understand, discuss, and act on the risks the organization confronts and the risks it takes*”, J.M. Farrell, A. Hoon, *What's Your Company's Risk Culture?*, 2009 <https://www.kpmg.com/MT/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/Risk-culture.pdf>.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

Sulla base di una più ampia concezione del rischio vengono valutate tutte le criticità connesse all'attività aziendale, riferite sia ai rischi di tipo strategico, che operativo, che finanziario⁹⁸. Un ulteriore elemento di differenziazione è rappresentato dal maggior coinvolgimento nel processo di gestione dei rischi aziendali da parte del *board of directors* che sarà chiamato a progettare, strutturalmente, l'intero meccanismo di RM e che dovrà indicare i compiti e le responsabilità di tutti i partecipanti al processo.

6. Fasi e criteri dell'Enterprise Risk Management

La dottrina economico-aziendale individua nel processo di ERM varie fasi, e sottofasi, di individuazione, valutazione, gestione, informazione dei rischi⁹⁹:

Pre-assessment, fase in cui si individua la cornice culturale (*il frame*) entro la quale individuare i rischi (ambientali, sistemici, industriali, finanziari) e i comportamenti degli stakeholder da cui trarre segnali e allarmi su potenziali nuovi rischi.

Risk assessment. Nella sottofase di *risk appraisal*, si valutano sotto il profilo scientifico i rischi. La dottrina più recente evidenzia però che la valutazione deve avvenire non solo sotto il profilo tecnico-scientifico, ma anche tenendo conto dei contributi delle scienze umane (economia, psicologia, sociologia) cui aggiungerei le scienze giuridiche (legislazione, giurisprudenza e comparazione)¹⁰⁰, in cui si collegano specifici elementi di rischio a possibili, ma incerte, conseguenze, giungendo ad una stima delle probabilità del verificarsi degli eventi in esame, usando i metodi o frequenziali o soggettivistici.

Nella sottofase del **Concern Assessment**, partendo dal presupposto che il rischio è un costrutto mentale, e le varie discipline hanno elaborato un proprio concetto di rischio, ed ogni attore del mercato ha la propria "percezione"¹⁰¹ di ciò che ritiene essere rischioso, occorre contestualizzare le misure da adottare per eliminare o ridurre situazioni o comportamenti ritenuti, in certe situazioni, e da certi soggetti, rischiosi. Si pensi alla percezione diversa delle potenziali controindicazioni in tema di prodotti farmaceutici, da parte dei farmacologi, dei produttori di farmaci e dei consumatori.

⁹⁸ I rischi finanziari non sono oggetto di analisi in questo volume.

⁹⁹ O. Renn, A. Klinke, *Risk Governance: Concept and Application to Institutional Risk Management*, in A. Alemanno, den F. Butter, A. Nijsen, J. Torriti (eds.), *Better Business Regulation in a Risk Society*, Springer, New York, 2013, p. 22 ss.

¹⁰⁰ G. Comandé, *L'assicurazione e la responsabilità civile come strumenti e veicoli del principio di precauzione*, in Id., *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 23 ss.

¹⁰¹ "It has been shown that humans link certain expectations, ideas, hopes, fears, and emotions with activities or events that have uncertain consequences", O. Renn e altri, *op. cit.*, p. 24.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

Nella sottofase di *Assessment on risk acceptability and tolerability* se ne valuta l'impatto sui vari stakeholder. **La accettabilità del rischio** è a sua volta valutabile tramite tre passaggi:

- informazione al consumatore, completa e dettagliata, sviluppata in modo chiaro e comprensibile¹⁰², ma contemporaneamente sintetica, tenendo conto del teorema di Arrow che ricorda che troppa informazione equivale ad assenza di informazione;
- valutabilità del rischio, che quindi deve essere comunicato con parametri comparabili con la cultura del ricevente l'informazione (è il caso delle informazioni cosmetiche o dei manuali d'uso dei prodotti);
- accettazione del rischio non tanto da parte dell'acquirente, quanto da parte dell'utilizzatore o fruitore (si pensi al consumo di prodotti alimentari ed alla difficoltà di realizzare efficaci campagne di richiamo, come ha dimostrato il caso del vino al metanolo).

La tollerabilità del rischio è connessa ad una valutazione dei benefici legata ai costi, non solo economici, ma anche sociali (ambientali, di lavoro) ed individuali: si pensi alla tutela della salute e alla vita umana che, in base al diritto comunitario (art. 1 TFUE), sono prevalenti rispetto agli eventuali vantaggi economici.

Risk managing, in cui si tiene conto delle tre variabili relative alla individuazione e valutazione dei rischi:

- Complessità da cui emergono i limiti del semplice approccio statistico in casi di *feedback loops* e in cui occorre sviluppare una sensibilità alle transizioni non lineari, ai livelli di rischio ed agli effetti composti con ulteriori elementi o agenti (si pensi alla interazione tra due farmaci)¹⁰³.
- Incertezza scientifica conseguente alle diverse valutazioni di esperti, ai diversi metodi di valutazione ed anche alla carenza di conoscenze o informazioni.
- Cornice sociopolitica, legata alla ambiguità delle norme, alla loro interpretazione o alla diversità di reazione, in una società a culture pluralistiche, alle situazioni di rischio.

Vengono pertanto dalla dottrina economico-aziendale distinti diversi livelli di problemi collegati ai rischi¹⁰⁴:

¹⁰² Sulla chiarezza e comprensibilità nei rapporti con i consumatori v. O. Calliano, *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari e assicurativi tra diritto dei consumatori e nuovo diritto europeo dei servizi finanziari*, in O. Calliano (a cura di), *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari e assicurativi e diritti del consumatore europeo*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 1-29.

¹⁰³ Fu il caso dell'uso congiunto di una statina, il lipoby, e di un clofibrato, il gemfibro, ritirati dal mercato nel 2001.

¹⁰⁴ O. Remm e altri, *op. cit.*, p. 23ss.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

Problemi semplici. I dati derivano dalle analisi statistiche, gli scopi sono individuati e normati da leggi e regolamenti. Il risk manager si limita ad assicurarsi che siano messe in atto misure di riduzione e controllo dei rischi

Problemi complessi. I dati derivano dalle caratterizzazioni e valutazioni scientifiche del rischio, che spesso divergono, in particolare tra le funzioni interne, (tecnica, commerciale, finanziaria) e i risk manager esterni, a causa del *dose effect*, o delle misure proposte per diminuire le vulnerabilità dell'impresa. Viene ritenuto quindi prudente distinguere le strategie di gestione degli elementi causali (ad es. tecnologici) dalla gestione dei sistemi di eliminazione o assorbimento dei rischi (ad es. intervento su edifici, organismi, ecosistemi) per giungere ad una adeguata *robustness*, che risponda alle aspettative di chi è esposto ai rischi.

Problemi legati ad alta incertezza. I dati sono troppo complessi, incerti o non noti per una adeguata valutazione. Occorre allora rifarsi al principio di precauzione, che suggerisce, ed in certi casi normativamente impone, di utilizzare una strategia di cautela, volta a sviluppare ulteriormente la ricerca scientifica ed operativa al fine di individuare rischi certi ed effetti verificati¹⁰⁵.

Problemi legati a ambiguità normative o interpretative. I dati legali o giurisprudenziali possono essere diversamente interpretati dai vari attori del mercato e dagli stakeholder; ciò porta ad una diversa predizione e interpretazione degli eventi e dei conseguenti rischi. Ne sono un esempio le necessarie negoziazioni sociali che si sviluppano in caso di interventi che coinvolgono intere popolazioni (installazione di centrali nucleari, piattaforme petrolifere, discariche pubbliche).

Risk communication in cui occorre richiamarsi alla teoria della comunicazione che individua un corretto processo di informazione nella relazione tra emittente il messaggio, la sua codifica, la trasmissione tramite un medium, la ricezione del messaggio, la decodifica da parte del ricevente. Occorre quindi accertarsi che il messaggio sia effettivamente trasmesso, correttamente codificato, in linguaggio chiaro e comprensibile, utilizzando anche icone e elementi emotivamente efficaci, trasmesso tramite media che raggiungano il maggior numero di stakeholder e bystander, verificare che sia compreso adeguatamente dai riceventi, tenendo conto delle euristiche e dei *biases* che, inevitabilmente, un messaggio di rischiosità sviluppa.

Ciò è compito anzitutto dei servizi di informazione con l'esterno, di pubblicità e di relazioni con la stampa, ma più efficace è l'intervento del top management e dello stesso CEO, che comunicando il rischio, se ne assume la responsabilità verso tutti gli stakeholder, riducendo così i rischi di immagine e tentando di mantenere intatto quel

¹⁰⁵ A. Klinke, O. Remm, *A New Approach To Risk Evaluation and Management: Risk-Based, Precaution-Based, and Discourse-Based Strategies*, in *Risk Analysis*, 2002, 22, 6, p. 1071 ss. V. G. Comandé, *L'assicurazione*, cit.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

capitale relazionale e quella fiducia verso l'impresa che il verificarsi dell'evento può aver minato.

Risk control in cui si esaminano, periodicamente, le evoluzioni e le mutazioni degli elementi di rischio. Per i rischi giuridici la dottrina francese individua l'*audit legal*¹⁰⁶, una funzione interna volta a monitorare l'esecuzione dei contratti, l'andamento dei titoli di assicurazione dei rischi commerciali (*commercial swaps*) e più in generale tutti gli aspetti giuridici dell'attività d'impresa che possono comportare rischi diretti o indiretti.

7. L'impresa come sistema che apprende dai rischi

Nel quadro dell'economia della conoscenza l'impresa viene definita come un'organizzazione che acquisisce, trasforma e distribuisce informazioni¹⁰⁷. È quindi un'organizzazione che riceve input dall'esterno (innovazioni tecnologiche, organizzative, giuridiche), le trasforma (progettazione, produzione, assemblaggio) e le distribuisce (immissione nel mercato di beni, servizi, software). È quindi costretta ad apprendere tramite varie modalità di *learning* aziendale: *learning by analysing, by doing, by forgetting, by cooperating e by interacting*¹⁰⁸.

In base allo stile di apprendimento la dottrina economico-aziendale distingue tra le organizzazioni a sistema chiuso e a sistema aperto¹⁰⁹.

È **sistema chiuso** l'impresa che sviluppa le risorse cognitive al proprio interno, spesso sulla base di fattori storici (esperienze acquisite), emotivi (intelligenza intuitiva dell'imprenditore o dei manager¹¹⁰) o culturali (contesti nei quali l'impresa opera). Poiché i costi dell'informazione giuridica sono rilevanti e sovente non considerati come un investimento, spesso l'impresa trasferisce "per analogia" le conoscenze giuseconomiche pregresse alle nuove realtà ed ai nuovi eventi con cui è costretta a confrontarsi. Ciò provoca effetti di *path dependence*, di asimmetrie informative rispetto ai concorrenti o ai partner, aumentando considerevolmente i rischi di incompletezza e inadeguatezza delle risorse cognitive e conseguentemente delle scelte strategiche.

¹⁰⁶ J.M. Mousseron, *Technique contractuelle*, II ed., Lefebvre, Paris, 1999.

¹⁰⁷ E. Bocchini, *Diritto commerciale nella società dell'informazione*, vol. I, II ed. Cedam, Padova, 2011.

¹⁰⁸ D. Mascia, L. Pirolo, *Apprendimento e sviluppo di risorse e competenze nei processi di internazionalizzazione delle PMI*, in M. Caroli, A. Lipparini, *Piccole imprese oltre confine. Competenze e processi di internazionalizzazione*, Carocci, Roma, 2002, pp. 201-233; O. Calliano, *Legal Strategies for the Internationalization of SMEs. A Managerial Analysis of Knowledge for Transnational Contracts*, in *Nuovo Diritto delle Società*, 2012, 22, p. 22 ss.

¹⁰⁹ M.G. Golinelli, *L'approccio sistemico al governo dell'impresa*, Cedam, Padova, 2000, p. 55.

¹¹⁰ H. Mintzberg, *Mintzberg on Management*, 1989, trad. it. *Management: mito e realtà*, Garzanti, Milano, 1991, p. 85 ss.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

È **sistema aperto** l'impresa che integra il "capitale cognitivo" con il "capitale relazionale" sviluppando una rete di rapporti con i vari stakeholder da cui acquisisce informazioni sui rischi produttivi (fornitori), sui rischi di mercato (distributori), sui rischi relativi alla conformità e alla sicurezza dei prodotti (consumatori), sui rischi ambientali (comunità locali), sui rischi connessi alla sicurezza sul lavoro (rappresentanze sindacali), sui rischi giudiziari (consulenti legali e giuristi d'impresa).

In relazione all'innovazione giuridica si può quindi distinguere uno stile d'impresa fondato su una *reactive, adaptative, anticipative, proactive behaviour*.

Adotta un **atteggiamento reattivo** l'impresa che resiste alle innovazioni giuridiche, considerando il diritto (in realtà la *regulation*) come un vincolo all'agire economico, adeguandovisi sin tanto che non vi è costretta da norme cogenti, da sanzioni o da provvedimenti giudiziari.

Segue un **atteggiamento adattivo** l'impresa che, introdotta nell'ordinamento una nuova regolamentazione, ne applica formalmente le prescrizioni senza curarsi di sviluppare un nuovo atteggiamento ad esse coerente.

Sviluppa un **atteggiamento anticipativo** l'impresa che, acquisite le informazioni su una prossima novità normativa (ad esempio una direttiva comunitaria che sarà recepita nei successivi due anni), adatta l'organizzazione e le procedure onde poter essere competitiva al momento dato.

Prefigura infine un **atteggiamento proattivo** l'impresa che intuendo, sulla base delle esperienze straniere più avanzate o sulla base di una attenta analisi giurisprudenziale, l'emergere di una nuova regola, tende ad intervenire nel processo legislativo comunitario o interno con attività di lobby corretto ed efficace¹¹¹ volto ad evidenziare gli interessi in gioco ed a sviluppare una normativa favorevole, che poi integra nell'organizzazione attraverso formazione permanente, modificazione delle procedure interne (e graduale eliminazione di quelle che saranno superate), sviluppo di un *knowledge management* con gli stakeholder interni ed esterni, per prepararli anticipatamente al cambiamento.

Utile a tale approccio può essere il **soft law aziendale**, cioè quella serie di strumenti normativi e contrattuali: codici di condotta, best practises, contratti quadro concertati con le organizzazioni rappresentative degli stakeholder significativi che sono incentivati dalla Unione europea nel quadro dello sviluppo di nuove forme di distribuzione (commercio elettronico – dir. 2000/31) o della trasparenza del mercato (pratiche commerciali sleali – dir. 2005/29).

¹¹¹ Su cui vedi i numerosi contributi in A. Di Gregorio, L. Musselli (a cura di), *Democrazia, lobbying e processo decisionale* (Franco Angeli, Milano, 2015), in particolare M. Mazzoni, *Perché non dobbiamo avere paura delle lobby? Opinione pubblica, cittadini e lobby*, p. 23 ss. e A. Lang, *Le lobby nella prospettiva del diritto dell'Unione europea*, p. 119 ss.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

L'esigenza nasce dalla difficoltà di regolamentare con rapidità i processi innovativi o le pratiche di marketing spesso cangianti: l'UE e il legislatore nazionale dettano i principi e le regole quadro, mentre gli attori del mercato possono più celermente negoziare norme e prassi concordate. Tali strumenti consentono di prevenire i rischi contrattuali e reputazionali e contemporaneamente di stabilire con gli stakeholder rapporti di collaborazione in caso di eventi rischiosi imprevedibili.

Analoga funzione può avere la **Corporate Social Responsibility** espressa nelle Carte o nei Codici etici, la cui efficacia nella prevenzione e gestione dei rischi è connessa alla loro effettività ed ai relativi controlli¹¹².

Partendo da una prima analisi delle riforme del diritto societario che hanno introdotto nelle strutture di *governance* o nei processi decisionali societari elementi di CSR sono stati individuati¹¹³ quattro approcci:

1. **Duty approach**, che impone agli amministratori il dovere di considerare gli interessi non solo degli azionisti ma anche degli stakeholder. Il Consiglio di amministrazione ha il dovere di bilanciare i vari interessi, a volte fra loro confliggenti, pur non prevedendo le norme statutarie alcun criterio di gerarchizzazione degli stessi. Il duty approach è stato adottato dal Company Act inglese del 2006, sect. 172.

2. **Purpose approach**, che espressamente individua scopi e responsabilità sociali nel quadro degli obiettivi che lo stato impone all'impresa. Il purpose approach è stato adottato dal South African Companies Act del 2008, sect.7 (d), e l'art.5 emendato della Chinese Companies Law del 2005 afferma che l'impresa "shall assume social responsibility".

3. **Composition approach**, che tende a creare un meccanismo istituzionalizzato per rappresentare gli interessi di alcuni stakeholder significativi nel Consiglio di Amministrazione o in altri organi di governo societari, in ciò seguendo il modello tedesco di *Mitbestimmung*¹¹⁴, ripreso dal Reg. n. 2157 (CE) 2001, e recepito all'art. 2409-*octies* c.c., sulla base del presupposto che i rappresentanti degli stakeholder

¹¹² Per tutti C. Carnevale, *op. cit.*, p. 46 ss. Sul ruolo della CSR come giustificatore della funzione creatrice di norme transnazionali da parte delle imprese globali v. O. Calliano, *Much Ado About Nothing? The Corporate Social Responsibility as Metaphor of Emerging Humanization of Transnational Contracts Law in Global Markets*, in *Nuovo Diritto delle Società*, 2013, n. 7, pp. 12-34; A. Addante, *Autonomia privata e responsabilità sociale dell'impresa*, ESI, Napoli, 2012, per i profili economico aziendali v. M. Pollifroni, *Lineamenti di etica aziendale*, Giappichelli, Torino, 2012.

¹¹³ M. Kerr, R. Janda, C. Pitts, *Corporate Social Responsibility: A legal Analysis*, Markham, Ontario, 2009. V. anche R. Riskraakman e al., *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford Univ. Press, II ed., 2009.

¹¹⁴ Ges. 21 marzo 1951, 7/8/1956, Bundesgeses, 4 maggio 1976.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

veglino sugli interessi, e valutino i rischi, per tutti i soggetti interessati all'impresa¹¹⁵. È stato tale l'approccio dell'Indian Bill, che propone un CRS Committee e del South African Company Act, che individua un comitato sociale ed etico.

4. **Disclosure or report approach** che stimola l'impresa a rivelare come sta adempiendo, o intende adempiere, ai suoi doveri di responsabilità sociale. L'impresa è obbligata, periodicamente, a comunicare tramite report i suoi interessi e le sue strategie non finanziarie agli azionisti e agli stakeholder. Il presupposto, basato sulla trasparenza informativa, è legato agli eventuali incentivi e disincentivi che gli stakeholder (possibili investitori, consumatori, comunità locali) possono dare all'impresa. Tale approccio è stato seguito dall'Australia, Danimarca, Francia, India, Indonesia, Norvegia, Gran Bretagna e Italia.

Occorre però ricordare che nei più recenti scandali economici, dal caso Enron al caso Volkswagen, le imprese erano dotate di completi Codici di condotta e di Comitati etici. Ci si chiede se i controllori interni e i risk manager, interni o esterni, conoscessero i rischi e, se sì, li abbiano comunicati al decisore¹¹⁶.

8. Risk management e diritto delle assicurazioni

Individuato il rischio in base alla frequenza e alla rilevanza sia economica che sociale occorre prendere delle decisioni.

La cultura ingegneristica utilizza il seguente diagramma che distingue i rischi in base alla frequenza e alla rilevanza distinguendo nove ipotesi cui corrispondono diverse scelte strategiche.

Tavola di gestione del rischio				
	Frequent	Infrequent	Seldom	Frequency
High	Avoid/ Prevent	Transfer	Transfer	

¹¹⁵ P. Montalenti, *Democrazia industriale e diritto dell'impresa*, Franco Angeli, Milano, 1981. Il caso VW pare però contraddire tale presupposto. I rappresentanti dei sindacati nel Consiglio di sorveglianza ignoravano i rischi connessi al ritardo nella reazione alle prime informazioni sui controlli o erano conniventi, rappresentando gli interessi di migliaia di lavoratori che correvano il rischio di perdere il posto di lavoro?

¹¹⁶ P. Capua, *Dopo il caso Volkswagen sotto accusa la figura del risk manager aziendale*, in *Economia & Finanza*, 5 ottobre 2015, in cui si evidenzia l'utilità di far dipendere la funzione di risk management in tema non dal direttore generale o dall'amministratore delegato, ma dagli organi societari (consiglio di amministrazione, comitato del board, assemblea degli azionisti) e di evitare eccessiva burocratizzazione che, parcellizzando le informazioni, impedisce una visione di insieme del sistema impresa.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

Medium	Transfer	Transfer Retain	Transfer Retain	
Low	Retain Transfer	Retain	Retain	
Impact				

Le scelte sono quindi: prevenzione o eliminazione del rischio, trasferimento del rischio ad una impresa assicuratrice tramite un contratto di assicurazione o al subfornitore tramite una clausola contrattuale, autoassicurazione.

La prevenzione e la eliminazione del rischio hanno una valenza tecnica e comprendono la riprogettazione totale o parziale del bene o del servizio e dei suoi elementi giuseconomici (si pensi ad un contratto finanziario o assicurativo), il suo adeguamento alle normative cogenti o la revisione dei rapporti contrattuali con le controparti.

Un'altra forma è costituita dall'*ingénierie juridique*¹¹⁷, cioè dalla individuazione di nuovi strumenti giuseconomici, che, mutuati da altre esperienze straniere, eliminino o riducano i rischi che strumenti tradizionali domestici presentano. È il caso dei nuovi contratti di distribuzione, quali il franchising, che introdotti in Italia, hanno trasferito il rischio commerciale sul distributore così come il *montage juridique*, l'assemblaggio di strumenti finanziari e giuridici per la creazione di nuovi strumenti atipici (nel diritto finanziario, del lavoro, della distribuzione, nel diritto fiscale, nei contratti transnazionali) coerenti con i nuovi scopi perseguiti dall'impresa. Fu il caso dei primi contratti di leasing, delle garanzie omnibus, o recentemente dei titoli strutturati, dei derivati o delle polizze assicurative unit e *index linked*¹¹⁸.

Tale approccio, proprio dell'innovazione giuridica¹¹⁹, privo della valutazione preventiva di un giurista comparatista, può dare origine al rischio di vedere introdotto in un altro ordinamento, sulla base dell'autonomia contrattuale, uno strumento giuridico che, privo dei limiti e contrappesi presenti nell'ordinamento di origine, al vaglio della giurisprudenza, può essere cassato, dichiarato nullo o fortemente ridimensionato.

La autoassicurazione è strumento efficace quando l'analisi costi/benefici, sulla base delle valutazioni del risk management, indica che o trattasi di rischi

¹¹⁷ V. la rivista *Ingénierie Financière, Fiscale et Juridique*, Dalloz, Paris, e B. Aliouat, *Les stratégies de propriété intellectuelle et leur ingénierie juridique: une nouvelle approche managériale du droit fondée sur le recours à la nuse*, in *Rev. Sc. Gestion*, 2010, 5, p. 162 ss.; J.M. Mousseron, *Technique contractuelle*, II ed., Lefebvre, Paris, 1999.

¹¹⁸ Su cui v. O. Calliano (cur.) *Informazione*, cit., in particolare v. i contributi di A. Zuccarello, F. Donato e Di Chio.

¹¹⁹ G. Pascuzzi, *La creatività del giurista. Tecniche strategiche dell'innovazione giuridica*, Zanichelli, Bologna, 2013.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

probabilisticamente poco rilevanti o rischi trasferibili a terzi (subfornitori), ma di cui si è in una prima fase direttamente responsabili, o rischi inassicurabili o rischi residuali.

Non tutti i rischi aziendali, infatti, sono assicurabili. Sono assicurabili quei rischi puri che presentano caratteristiche tali da consentirne la gestione in modo imprenditoriale da parte dell'assicuratore: omogeneità, indipendenza e misurabilità, non casualità¹²⁰.

L'esame della disciplina generale del rischio assicurabile (artt. 1882-1932 c.c.) ne evidenzia la funzione di trasferimento del rischio ad un soggetto non solo finanziariamente più idoneo a gestirlo, ma anche in grado di effettuare la compensazione tecnica dei rischi resi omogenei dal loro raggruppamento e la loro gestione tramite i metodi statistici di rilevamento fondati sul calcolo delle probabilità.

L'art. 1882 c.c. rende assicurabili i rischi suscettibili di produrre un danno all'assicurato o a terzi (vita umana, terzi acquirenti di beni assicurati ex art. 1918 c.c.).

Sono esclusi gli eventi non dannosi per l'assicurato (quali gli eventi psicologicamente, ma non economicamente valutabili, eccetto il danno esistenziale, di costruzione prima dottrinale¹²¹ e poi giurisprudenziale¹²²), e quelli per cui l'assicurato non ha un interesse al momento dell'inizio della copertura assicurativa, né il rischio putativo che è valido solo per le assicurazioni marittime (art. 514 cod. nav.).

Inoltre sono escluse specifiche ipotesi in cui il danno sia conseguente a comportamenti contrari all'ordine pubblico, quali le sanzioni amministrative, o sia stato cagionato con dolo o colpa grave del contraente, dell'assicurato o del beneficiario (art. 1900, 1° comma, c.c.).

È però ammesso il patto contrario (art. 1900, 1° comma, c.c.) che quindi consente di assicurare i rischi connessi al comportamento doloso o colposo dei dipendenti, manager e collaboratori anche se non effettuati nell'interesse dell'impresa.

Sono altresì assicurabili, nelle ipotesi di rischi per responsabilità civile, il vizio intrinseco della cosa assicurata (ex art. 1906 c.c.) o il difetto di conformità nella vendita di consumo (artt. 130-135 cod. cons.) e i c.d. rischi catastrofici (art. 1912 c.c.).

Le clausole di delimitazione del rischio assicurato, poi, lo possono individuare in base alla causa dell'evento, alla data del suo verificarsi, all'ambito territoriale, ai

¹²⁰ V. per tutti O. Cagnasso, G. Cottino, M. Irrera, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, Cedam, Padova, II ed., 2011.

¹²¹ P. Cendon, *Il prezzo della follia. Lesione della salute mentale e responsabilità civile*, il Mulino, Bologna, 1984 e Id. *Il risarcimento del danno non patrimoniale*, 4 tomi, Utet, Torino, 2009.

¹²² Cass., Sez. Un., n. 6572/2006 con nota P.G. Monateri, *Sezioni Unite: le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 787 ss.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

soggetti beneficiari della copertura, alla quantificazione del danno indennizzabile¹²³ e sono gestibili dall'impresa e dall'assicuratore in sede di negoziazione. In quanto clausole di individuazione del rischio coperto, e di esclusione del rischio scoperto, non costituiscono clausole vessatorie che, ex art. 1341 c.c., richiedono la specifica approvazione per scritto. Possono imporre l'adozione di speciali misure volte a limitare il rischio (es. furto o incendio) o a contenerne l'aggravamento, ma non possono escludere il rischio più ricorrente per far fronte al quale il contratto viene stipulato¹²⁴.

Per ridurre l'incertezza intorno alla determinazione dei rischi coperti sono state create le polizze che coprono *all risks of loss*¹²⁵ che, secondo un approccio giuseconomico corretto, essendo in questi casi l'assicurato il *best risk taker*, dovrebbero essere interpretate evitando vuoti di copertura a danno dell'impresa assicurata¹²⁶. Invece spesso le polizze *all risk* prevedono clausole di limitazione o esclusioni generali o specifiche che, dapprima utilizzate nelle polizze marittime che, a partire dall'800 individuarono gli *acts of God*, escludono gli eventi eccezionali ed imprevedibili per i quali l'assicuratore si rifiutava di garantire la copertura¹²⁷.

Il problema della quantificazione del premio connesso alla valutazione del rischio non si pone tanto per i rischi di massa, quanto per quelli non omogenei, cioè per quelli per i quali i valori appaiono troppo diversificati. Se è assicurabile l'infortunio di un collaboratore di un'impresa lo è altrettanto quello di un calciatore o di un attrice per l'impresa con cui collabora? Dipende dalla platea dei soggetti che si rivolgono a quel tipo di assicuratore¹²⁸.

¹²³ M. Rossetti, *Delimitazione del rischio assicurato e causa del contratto*, nota in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 200 ss.

¹²⁴ Così Cass. 7 aprile 2010, n. 8235, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2413 per l'esclusione di danni da assestamento, cedimento, franamento o vibrazione del terreno nel caso di una attività edile.

¹²⁵ V. il contributo di Barbara Veronese sui rischi nel trasporto, in questo volume.

¹²⁶ R. Keeton, A. Widiss, *Insurance Law: A Guide to Fundamental Principles, Legal Doctrines, and Commercial Practices*, West Publishing, St. Paul, Minn., 1988, p. 463, cit. da R. Calvo, *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 98.

¹²⁷ *The rule of impossibility or impracticability* dichiara *voidable* esclusivamente il contratto "that would result in insurmountable delay, expense, or other material breach". Si rammenti che in Common Law non è *dischargeable* un contratto che può, comunque, essere eseguito, anche se a condizioni eccessivamente onerose per una parte. V. Criscuoli, *Il contratto nel diritto inglese* Cedam, Padova, 2001. Tra le *general exclusions* sono spesso indicate: *war, invasion, act of foreign enemy, civil war, rebellion, revolution*, ecc.; tra le *specific exclusions*: *faulty of design, defective materials or casting, wear and tear*, ecc.

¹²⁸ Tra gli altri i Lloyd's di Londra sono specializzati in tale tipo di assicurazioni. <https://www.lloyds.com/lloyds/about-us/history/innovation-and-unusual-risks>.

STUDI E OPINIONI

GESTIONE DEL RISCHIO GIURIDICO E DIRITTO DELLE ASSICURAZIONI

La non indipendenza di eventi tra di loro, quali gli eventi catastrofici, si ritiene ne renda troppo rischiosa l'assicurabilità in certe aree¹²⁹. In particolare poi i rischi connessi al terrorismo hanno segnato una svolta nel mercato assicurativo mondiale evidenziando la necessità di riconsiderarne le modalità di copertura, in quanto l'assicurazione privata non è in grado, da sola, di offrire una garanzia adeguata. Negli Usa sono stati creati allo scopo i *cat bonds* o bond catastrofici, obbligazioni ad alto rendimento, ed alto rischio, il cui rendimento è legato alle performance di un portafoglio di rischi puri connessi a catastrofi naturali¹³⁰.

La tecnica assicurativa utilizza, per stimare la probabilità di accadimento di un sinistro, le informazioni storiche e comparatistiche, a livello mondiale, sui sinistri pregressi, evitando di assicurare i rischi per i quali non esistono o non sono disponibili informazioni adeguate.

Si distinguono poi i rischi di massa dai “nuovi rischi”. Richiamandoci ai diversi approcci alla teoria della probabilità per i primi è possibile adottare criteri frequentisti, a base matematica. Per i secondi, i rischi quotati (ad es. rischi da innovazione tecnologica, da attività professionale, da danni ambientali) occorre richiamare criteri soggettivistici, fondati su dati derivanti dall'esperienza, da valutazioni quantitative e qualitative di esperti¹³¹, evitando euristiche e *biases* connessi al giudizio soggettivo.

Le analisi psico-economiche hanno evidenziato che gli esperti, utilizzano poche informazioni rilevanti¹³², nelle scelte d'impulso dimostrano una velocità decisionale superiore alla normale e dichiarano di non pensare realmente a ciò che stanno facendo¹³³, limitandosi ad effettuare un trasferimento automatico di modelli di pensiero utilizzati in situazioni analoghe. È la conferma di quanto evidenziato dalle teorie del prospetto e del duplice pensiero, veloce e lento, di Khaneman¹³⁴.

¹²⁹ Su cui vedi il contributo di P.F. Dagasso, in questo volume.

¹³⁰ F. Marchionni, *L'impresa assicurativa: Fabbrica, finanza e ruolo sociale*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2006, p. 42.

¹³¹ R. Rumiati, N. Bonini, *La decisione degli esperti. Psicologia cognitiva delle decisioni manageriali*, il Mulino, Bologna, 1996, p. 130.

¹³² P. Slovic, *Analysing the expert judge: A descriptive study of a stock-broker's decision processes*, in *Journal of Applied Psychology*, che ha esaminato l'esperienza degli agenti di borsa, con almeno tre anni di esperienza evidenziando che utilizzano non più di sette informazioni rilevanti, pp. 255-263.

¹³³ F.J. Yates, *Judgment and Decision Making*, Prentice Hall, Englewood Cliff (N.J.), 1990.

¹³⁴ V. supra, 2 e). G. Belelli, R. Di Schiena, *Decisioni e emozioni. Come la psicologia spiega il conflitto tra ragione e sentimento*, il Mulino, Bologna, 2012; M.C. Nussbaum, *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions*, Cambridge Univ. Press., 2001, trad. it. *L'intelligenza delle emozioni*, il Mulino, Bologna, 2009.

IL D.LGS. N. 231/2001 COME STRUMENTO DI PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE: UN PRIMO BILANCIO*

Il saggio ha ad oggetto il provvedimento in materia di corruzione nella prospettiva di trarne un primo bilancio, alla luce degli obiettivi perseguiti dal d. lgs. 231/2001 ossia, da un lato, di prevenire e, dall'altro di sanzionare più severamente i comportamenti attraverso i quali gli atti corruttivi vengono posti in essere.

di **PATRIZIA GROSSO**

La nuova legge sulla corruzione ha come obiettivo quello di prevenire, da un lato, e sanzionare in modo più incisivo, dall'altro, i comportamenti attraverso i quali si realizza l'atto corruttivo.

Il sistema dei controlli è stato quindi rafforzato, sia direttamente che indirettamente, ecco quindi che la prevenzione ed i controlli previsti dal d.lgs. n. 231/2001 ricevono nuovo impulso da questo intervento del legislatore. Tuttavia, il d.lgs. n. 231/2001 ha un'applicazione facoltativa ed una gestione che comporta costi rilevanti per i continui aggiornamenti necessari sia al modello di organizzazione e gestione che all'organismo di vigilanza, ampliare ulteriormente i compiti di quest'ultimo rende più alto il rischio che gli enti, motivando la decisione come risparmio di spesa, non applichino questo sistema di prevenzione non solo della corruzione, gestendo l'attività con una carente professionalità.

Parole chiave: corruzione – d.lgs. n. 231/2001 – organismo di vigilanza – modello di organizzazione e gestione – falso in bilancio.

Quando l'Italia con il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ha dato attuazione alla legge delega 29 settembre 2000, n. 300 (art. 11)¹, introducendo la responsabilità

* Il saggio è tratto dal volume “*AVOID, TRANSFER, RETAIN - Aspetti giuridici dell'enterprise risk management e diritto delle assicurazioni*”, inserito nella Collana CEDIC - Centro Europeo di Diritto dell'Informatica e del Consumo - Sezione di Diritto dell'Economia - Dipartimento di *Management* - Università di Torino, curato da Oreste M. Calliano, con la collaborazione di Cristina Barettoni e Nadia Coggiola, edito da Giappichelli nel 2016.

¹ Intitolata “Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'art. K.3 del Trattato dell'Unione Europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle

STUDI E OPINIONI

D. LGS. 231/2001: UN PRIMO BILANCIO

amministrativa degli enti nella lotta alla corruzione², grandi erano le aspettative sull'efficacia di un nuovo sistema di prevenzione della corruzione da attuarsi attraverso un apparato di controllo da affiancare a quelli interni ed esterni già esistenti, poi modificati nel tempo dal legislatore con altri provvedimenti, alcuni dei quali approvati in tempi rapidi³.

Il legislatore italiano, pur ispirandosi all'esperienza statunitense, ha previsto qualche cosa di diverso con il modello di organizzazione come scriminante della responsabilità. Infatti mentre nel sistema statunitense il *compliance program* comporta semplicemente *una mitigazione della pena*, la legge italiana prevede, se si rispettano le condizioni che esamineremo, *la esclusione della responsabilità dell'ente*.

Molti degli altri Paesi europei che hanno ratificato la convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri non hanno sistemi paragonabili a

Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1999, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità Europee di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997. Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica”.

² Grande è l'attenzione riservata a questo tipo di reato che negli anni, purtroppo, è diventato sempre più diffuso e per il quale il legislatore nazionale ha adottato nuove misure più incisive sia sotto il profilo della prevenzione che sotto quello della sanzione. Per una panoramica generale anche sui sistemi adottati in altri Paesi, cfr. P. Grosso, *Sistemi di gestione e di controllo: modelli ispiratori e prassi applicative*, in *Patrimonio, persona e nuove tecniche di “Governo del diritto”*, XIX Colloquio biennale Associazione Italiana di Diritto comparato, Ferrara, 10-12 maggio 2007, ESI, Napoli, 2009, p. 325.

³ Il legislatore nazionale, fatta propria la preoccupazione per il diffondersi della corruzione, ha deciso di intervenire con forme di prevenzione più incisive rispetto a quelle vigenti. In questa ottica particolare s'inserisce il mutamento della filosofia in tema di “falso in bilancio” per il quale, trattandosi di un c.d. “reato presupposto” propedeutico alla creazione di fondi da utilizzare in genere per corrompere, nell'ambito del disegno di legge su “Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio” [in precedenza intitolato “Disposizioni in materia di corruzione, voto di scambio, falso in bilancio e riciclaggio”], in data 1° aprile 2015 il Senato ha approvato il testo unificato che modifica la disciplina del falso in bilancio, introducendo, tra l'altro, un sensibile aumento delle pene detentive per le società quotate ed estendendo l'applicazione della disciplina (con pene ridotte) anche alle società non quotate.

STUDI E OPINIONI

D. LGS. 231/2001: UN PRIMO BILANCIO

quello statunitense⁴ o a quello italiano, e, se si eccettua l'ipotesi abbastanza marginale individuata dalla disciplina tedesca⁵, nella maggior parte dei casi si adottano i rimedi già previsti dal diritto penale nazionale.

⁴ In base ai principi generali negli USA le *legal person* sono responsabili per il reato di bribery di un pubblico ufficiale straniero. In seguito all'emendamento al FCPA del 1998 con il termine "person" si intendono le *corporations, companies, associations, firms, partnerships, societies, joint stock companies* così come le *persone* (1 U.S.C. § 1).

La legal person sarà ritenuta responsabile per gli atti posti in essere da qualunque dipendente (officers, employees, agents), non solo dai dirigenti. La partecipazione, l'acquiescenza, la conoscenza o l'autorizzazione da parte di un dipendente di grado più elevato o di un dirigente è rilevante per determinare la sanzione appropriata

La sanzione prevista nei confronti della *legal person*, applicando le *sentencing guidelines* (utilizzabili sia per *domestic* che per *foreign bribery*) può essere attenuata in presenza di un "effective" *compliance program* predisposto dalla società.

Quando la United States Sentencing Commission promulga le *organizational guidelines*, cerca di attenuare i più rigorosi aspetti di istituzionale vulnerabilità inserendo gli elementi preventivi ed i deterrenti che devono contenere i *compliance programs*.

L'effettività del programma, il fatto che i *managers* lo applichino seguendo le procedure di controllo non impedisce, tuttavia, che comunque qualche dipendente lo violi. La Corte però terrà conto degli sforzi della società come fattore mitigante il livello di sanzione da applicare.

Nel sistema di attribuzione di un *punteggio* di colpevolezza elaborato dalla USSC il § 8C2.5 *Culpability Score*, (f) *Effective Program to Prevent and Detect Violations of Law*, la presenza di un effettivo programma per prevenire ed individuare le violazioni di legge, abbuona tre punti.

⁵ La Germania ha sottoscritto la Convenzione OCSE il 17 dicembre 1997. Ha in seguito dato attuazione con la legge 10 settembre 1998, entrata in vigore il 15 febbraio 1999 (legge per combattere la corruzione dei pubblici ufficiali nelle transazioni internazionali).

La corruzione di domestic public officials è già disciplinata dagli artt. 334-338 del codice penale.

In Germania è prevista in base al German Administrative Offences Act la responsabilità amministrativa della persona giuridica.

In base alla sezione 30 gli enti (o associazioni o partnership senza capacità legale) possono essere ritenuti responsabili se una persona ha commesso reato o infrazione amministrativa a vantaggio dell'ente.

La "persona" che ha commesso l'atto incriminato deve essere l'organo autorizzato dall'ente, o persona che faccia parte di tale organo, o un rappresentante autorizzato, oppure ha agito in base ad una procura oppure è l'agente generale dell'ente. In caso di associazione senza capacità legale, è richiesto che la persona sia membro del consiglio di amministrazione. In caso di partnership, la "persona" deve essere un partner autorizzato.

In base alla sezione 130 ed alla sezione 9 dell'Administrative Offences Act, se effettua la corruzione una non-leading person [si tratta di soggetto non apicale: potrebbe essere un semplice impiegato], l'ente è responsabile se "volontariamente o negligenemente" ha omesso di prendere "misure di supervisione richieste per prevenire" l'atto.

STUDI E OPINIONI

D. LGS. 231/2001: UN PRIMO BILANCIO

Gli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001 individuano ipotesi di esclusione della responsabilità dell'ente per i reati commessi dai soggetti indicati nell'art. 5.

Si tratta della:

a) predisposizione e attuazione, prima della commissione del fatto, di modelli di organizzazione e gestione dell'organo idonei a prevenire la commissione dei reati [specifici protocolli di formazione ed attuazione delle decisioni dell'ente in funzione dei tipi di attività nel cui ambito possono essere commessi i reati];

b) affidamento ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di controllo del compito di vigilare sul funzionamento dei modelli di organizzazione senza che vi sia omessa o insufficiente vigilanza da parte di esso [negli enti di piccole dimensioni tali compiti possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente];

c) commissione del reato da parte delle persone indicate dall'art. 5 con elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione e gestione predisposti.

L'ente è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza, tale inosservanza viene esclusa se, prima della commissione del reato, è stato adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione gestione e controllo idoneo a prevenire i reati del tipo di quello verificatosi. Il modello, nel prevedere misure idonee a garantire che l'attività si svolga nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio, deve tenere conto della natura, dimensione e tipo dell'organizzazione che deve disciplinare.

Per efficace attuazione del modello si intende che l'ente (attraverso un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, se di grandi dimensioni, attraverso un controllo attuato dallo stesso organo dirigente, se di piccole dimensioni) effettui una verifica periodica e, se necessario, una modifica del modello adottato "quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengano mutamenti nell'organizzazione o nell'attività".

Il modello predisposto deve anche contenere un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate dallo stesso.

È stata ammessa la possibilità che tale modello sia adottato sulla base di *codici di comportamento* adottati dalle organizzazioni di categoria⁶, comunicati al Ministero della giustizia, che di concerto con i ministri competenti ha 30 giorni di tempo per formulare delle osservazioni sulla loro efficacia. Il decreto non dispone nulla sull'ipotesi

L'ipotesi sopra prevista stabilisce quindi una possibilità di non incorrere nella responsabilità, anche nel caso di reato commesso da un dipendente che non occupa posizioni apicali, se si riesce a dimostrare di avere preso le misure adeguate per prevenire la commissione dello stesso. Questa sia pur limitata previsione avvicina la soluzione adottata dal legislatore tedesco a quelle adottate in USA ed in Italia.

⁶ Quali ad esempio, Confindustria, ABI, ANIA.

STUDI E OPINIONI

D. LGS. 231/2001: UN PRIMO BILANCIO

del mancato accoglimento delle osservazioni, ma si può ritenere che in tal caso il modello non dovrebbe essere considerato efficace.

I *codici di comportamento* elaborati dalle varie associazioni di categoria in questi 14 anni, hanno fornito le indicazioni principali in merito agli argomenti sui quali il “modello” deve individuare procedure e contromisure per evitare la commissione del reato e quindi non incorrere nella responsabilità.

L'adozione del modello proposto dalle associazioni di categoria non dà la certezza, in caso di commissione del reato, di poter ottenere l'esimente perché comunque esso va adattato alla singola situazione ed attuato in modo efficace.

Indipendentemente dalla dimensione dell'ente e dal fatto che si tratti di società quotata o non quotata, sarà necessario:

1. richiamare i propri dipendenti, di qualunque livello, al rispetto di codici di comportamento, che se non rispettati, comporteranno determinate sanzioni disciplinari;

2. individuare le aree di attività nel cui ambito potrebbero essere commessi i reati [ad esempio, contratti di fornitura di beni o servizi a soggetti pubblici, appalti, partecipazioni ad appalti, e così via] indicando le possibili allocazioni di tali aree all'interno della struttura organizzativa e gestionale dell'ente [ad esempio, ufficio acquisti, ufficio contratti, ufficio gestione finanziaria e così via];

3. elaborare un protocollo di gestione che stabilisca le modalità operative, le gerarchie da rispettare, le autorizzazioni da ottenere, i poteri di firma, i poteri di rappresentanza, le singole funzioni aziendali, il controllo che a livello gerarchico i singoli sono tenuti ad esercitare sui propri sottoposti [indicazione precisa di tutto l'iter formativo dell'atto negoziale a seconda delle tipologie contrattuali adottate];

4. separare le funzioni in modo ogni singola operazione non ricada sotto la responsabilità di una sola persona;

5. predisporre un sistema di scambio di informazioni efficiente per rendere possibile al “controllore” (organo apposito o stesso organo dirigente) di intervenire tempestivamente per scoprire e bloccare le anomalie di comportamento che potrebbero portare alla commissione del reato e per revisionare il modello se non più adeguato; prevedere un obbligo di informazione all'organo di controllo designato da parte di soggetti (persone fisiche, quali ad esempio l'amministratore delegato, l'amministratore unico, il direttore generale) od organi di gestione (consiglio di amministrazione) oppure del collegio sindacale (se non è il controllore), eventualmente della società di revisione, dei fatti rilevanti e/o illeciti rilevati;

6. individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie che possano impedire la commissione di quei reati previsti dalla legge [procedure di attribuzione e disposizione di fondi, modalità di pagamento, e così via];

7. elaborare un sistema sanzionatorio-disciplinare per garantire il rispetto delle misure adottate nel modello [esiste qui il problema dell'eventuale coinvolgimento dei lavoratori nella costruzione del sistema o dell'adozione di quelle sanzioni disciplinari

STUDI E OPINIONI

D. LGS. 231/2001: UN PRIMO BILANCIO

che potrebbero già essere previste a livello di contratto collettivo nazionale, aziendale, o contenute nei codici disciplinari in vigore nel singolo ente o nell'associazione rappresentativa di categoria];

8. affidare ad un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo, il compito di vigilare sul funzionamento e sul rispetto del modello e l'incarico del suo aggiornamento (impresa di grandi dimensioni); prevedere sia in questo caso che in quello indicato al n. 9) un accesso senza limitazioni alle informazioni aziendali dell'organo di controllo designato;

9. stabilire esattamente i poteri di iniziativa e controllo e revisione del modello da parte dell'organo dirigente nell'ipotesi prevista dall'art. 6 (impresa di piccole dimensioni);

10. prevedere un immediato aggiornamento del protocollo nei casi di trasformazione dell'ente, fusione, scissione, trasferimento di azienda [modifiche conseguenti nella struttura organica e aziendale dell'ente].

Il d.lgs. n. 231/2001, a parte quanto disposto dall'art. 6, comma 1, lett. a)⁷, non dà alcuna indicazione su chi debba deliberare in merito alla adozione del modello predisposto, se sia quindi compito del consiglio di amministrazione o dell'assemblea dei soci, se tale modello debba o meno essere inserito nello statuto societario, si potrebbe pertanto concludere che in assenza di una indicazione precisa le parti possano avere ampia autonomia di scelta⁸, nella prassi tuttavia è generalmente l'organo amministrativo quello deputato alla scelta⁹, con l'aiuto, i suggerimenti e le segnalazioni dell'organo di controllo interno, il quale dovrebbe esprimere il suo parere in merito alla correttezza delle analisi effettuate, specialmente se la decisione finale fosse quella di non predisporre il modello di organizzazione ritenendo il rischio di commissione dei reati molto basso¹⁰.

⁷ Se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'art. 5, comma 1, lett. a) l'ente non risponde se prova 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 quello verificatosi".

⁸ Opinione sostenuta da R. Rordorf, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Società*, 2001, p. 1301, il quale tuttavia sottolinea che nel caso di nomina di un organo di controllo *ad hoc* per effettuare la vigilanza, diverso dal collegio sindacale, potrebbe "non senza qualche fondamento" sostenersi che si tratta dell'introduzione di un elemento strutturale e quindi potrebbe essere necessario introdurre tale previsione nelle norme statutarie.

⁹ Si veda ad esempio il modello di gestione di Lottomatica.

¹⁰ Tale compito rientra a pieno titolo fra quelli assegnati al collegio sindacale il quale ha fra i suoi doveri anche quello di vigilare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento (art. 2403 c.c.). Sul tema cfr., fra gli altri, S.

STUDI E OPINIONI

D. LGS. 231/2001: UN PRIMO BILANCIO

La decisione di cui sopra, la cui erroneità sarebbe successivamente provata dalla commissione di uno più reati previsti dal d.lgs. n. 231/2001, comporterebbe la responsabilità degli amministratori che l'avessero approvata, ma anche dei membri dell'organo di controllo che non l'avessero contestata, esprimendo, ad esempio, il proprio dissenso.

Poiché l'adozione del d.lgs. n. 231/2001 non è obbligatoria ed i costi per far funzionare il *modello di gestione* e l'OdV (organismo di vigilanza) incidono sulle risorse delle singole imprese (anche se per le piccole imprese è prevista una semplificazione dello stesso), nei primi anni di applicazione della normativa si è riscontrata una certa "leggerezza" nella valutazione dei rischi a fronte dei costi da sostenere, oppure si è ritenuto che i propri sistemi di controlli interni ed esterni fossero già sufficienti¹¹.

L'introduzione di un *modello di gestione e organizzazione e di un organismo di vigilanza*, all'interno dell'ente, comporta una necessaria sincronizzazione delle diverse sfere di competenza rispetto all'organo di controllo già presente nell'ente stesso (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato di controllo). I compiti assegnati sono finalizzati, nell'immediato, ad obiettivi in parte diversi, ma tutti riconducibili all'obiettivo unico di una corretta gestione dell'ente nel rispetto delle norme di legge e statutarie.

Il d.lgs n. 231/2001 non dà indicazioni precise in merito ad un *modello di gestione* per il gruppo di società, tuttavia, riteniamo che all'interno di esso il "modello adottato" dalla controllante, compreso il sistema disciplinare applicato, dovrà essere, se non identico, perlomeno armonizzato con quello delle altre società appartenenti allo stesso, al fine di evitare disarmonie nel comportamento, con indubbi riflessi negativi sull'intero gruppo¹².

Ambrosini, *sub* art. 2403, in *Il nuovo diritto societario*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 455 ss.; S. Alvaro, *sub* art. 2403, in *Codice commentato delle nuove società*, Ipsoa, Milano, 2011.

¹¹ È il caso di una nota compagnia di assicurazione, la quale riteneva che essendo già sottoposta al controllo dell'ISVAP (ora IVASS) non fosse necessario adottare il modello di gestione del d.lgs. n. 231/2001, o della società figlia di un gruppo straniero che adottava i sistemi di controllo della normativa societaria di un altro Paese e non riteneva di doversi sottoporre a quello italiano.

¹² Qui di seguito qualche esempio utile dei comportamenti tenuti da alcuni gruppi nel disciplinare questo problema:

– cfr. in proposito l'art. 4.3 del *Modello di organizzazione e gestione* del gruppo SEAT PAGINE GIALLE, rubricato "Rapporti fra Organismo di vigilanza di SEAT Pagine Gialle S.P.A e delle controllate", che dispone: "*L'Organismo di vigilanza della società controllata informa l'Organismo di vigilanza della controllante in ordine all'attività svolta, fatti rilevati e conseguenti sanzioni disciplinari, oltre agli adeguamenti del Modello conseguenti ai mutamenti intervenuti nell'ambiente e/o nella struttura organizzativa*". Il modello è ispirato alle Linee Guida elaborate dalla Confindustria ed il testo è consultabile nel sito www.seat.it.

STUDI E OPINIONI

D. LGS. 231/2001: UN PRIMO BILANCIO

Nell'elaborare il modello o le linee guida da utilizzare nel gruppo si dovrà tenere conto della composizione dello stesso: ad esempio, se le controllate sono società non quotate e di piccole dimensioni, ex art. 6, comma 4, d.lgs. n. 231/2001 le funzioni attribuite all'organismo di controllo saranno espletate dall'organo dirigente, se invece le controllate sono società quotate, o comunque di grandi dimensioni, la complessità della situazione richiede la presenza di singoli organismi di controllo, che, in base ad un rapporto contrattuale con la capogruppo, potrebbero espletare le loro funzioni in modo coordinato con l'organismo di controllo della stessa. Se le società controllate sono sia quotate che non quotate, a maggior ragione sarà necessario un coordinamento con l'organismo di controllo della capogruppo.

Nulla osta infine a che il medesimo organismo di controllo sia incaricato di svolgere la sua attività, oltre che per la capogruppo, anche per tutte o alcune delle società controllate.

Il gruppo di società potrebbe essere guidato da una capogruppo di diritto straniero la quale potrebbe avere già adottato procedure interne di controllo e codici di comportamento ai sensi della propria normativa nazionale: in tal caso bisognerà valutare se questo modello di organizzazione è conforme e risponde ai requisiti richiesti dal d.lgs. n. 231/2001, altrimenti bisognerà adeguarlo, oppure adottarlo se le società svolgono un'attività potenzialmente a rischio.

– la Arnoldo Mondadori Editore SPA ha previsto che nel modello siano seguiti i seguenti criteri: “– è responsabilità di Arnoldo Mondadori Editore S.P.A. la definizione del Modello, la cui struttura dovrà essere recepita dalla singole Società del Gruppo;– è responsabilità delle Società appartenenti al Gruppo la definizione del proprio Modello in relazione al tipo di attività svolta; – è demandato a Consigli di Amministrazione delle Società del Gruppo, l'adozione, con specifica delibera, del Modello; – è affidata ai rispettivi Organismi di Vigilanza e di Controllo in capo a ciascuna Controllata, l'attività di verifica dell'applicazione e di aggiornamento del loro Modello” (p. 5). Il modello è consultabile sul sito <http://www.mondadori.com/ame/it/corporate/modello.html>;

– un altro esempio è quello costituito dalla FINTECNA S.p.A. (società interamente controllata dal Ministero della Economia e delle Finanze), che nei confronti delle controllate lascia un ampio margine di autonomia sia nella scelta di introdurre o meno il Modello organizzativo che nel configurare l'Organismo di Vigilanza, offrendo attività di consulenza nella realizzazione del Modello ed effettuando anche un'opera di monitoraggio per l'eventuale necessario aggiornamento dei Modelli e degli Organismi di Vigilanza delle controllate.

In altri casi, negli organismi di vigilanza delle società partecipate di primo livello e nelle società operative più esposte al rischio reato viene prevista la partecipazione di alcuni componenti dell'organismo di vigilanza della controllante assieme a soggetti interni. È questa la soluzione adottata nel modello di organizzazione e gestione del gruppo Impregilo: cfr. il testo, in www.impregilo.it.

STUDI E OPINIONI

D. LGS. 231/2001: UN PRIMO BILANCIO

Nel nostro Paese la disciplina prevista dal d.lgs. n. 231/2001 ha nel tempo esteso ad altri reati, oltre alla corruzione¹³, questo tipo di prevenzione: si pensi ad esempio ai reati societari, quali il falso in bilancio¹⁴, l'aggiotaggio, la manipolazione del mercato, ai reati relativi al mancato rispetto delle norme di sicurezza sul lavoro¹⁵, ai reati d'inquinamento ambientale, a quelli informatici ed altro ancora. Il risultato è stato un notevole appesantimento del modello di gestione per quanto riguarda i compiti dell'organo di vigilanza, il tipo di professionalità richieste ai suoi componenti, i costi del continuo aggiornamento del modello stesso in base alle varianti introdotte negli anni dal legislatore, situazione che non ha certo costituito un incentivo alla maggiore diffusione e adozione del d.lgs. n. 231/2001.

Sotto il profilo invece della giurisprudenza, si può certamente dire che questa varietà di ipotesi ha condotto ad una maggiore sensibilità nell'applicazione della normativa almeno per quanto riguarda la valutazione più oggettiva della "colpa" dell'ente anche in presenza di un modello e la conseguente modulazione delle eventuali sanzioni da applicare. Per semplificare potremmo individuare tre ipotesi:

¹³ Per quanto concerne questo reato la Cass. pen., Sez. VI, 17 maggio 2013, n. 21222, in merito al sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente del reato di corruzione ha stabilito che esso può incidere contemporaneamente o indifferentemente sui beni dell'ente che dal medesimo reato ha tratto vantaggio e su quelli della persona fisica che lo ha commesso (www.rivista231.it/Legge231/Giurisprudenza); per Cass. pen., Sez. III, 2 maggio 2013, n. 19035, oggetto di sequestro preventivo può essere anche un'intera azienda ove sussistano indizi che anche taluno soltanto dei beni aziendali, proprio per la sua collocazione strumentale, sia utilizzato per la consumazione del reato, a nulla rilevando la circostanza che l'azienda svolga anche normali attività imprenditoriali (www.rivista231.it/Legge231/Giurisprudenza).

¹⁴ Per una panoramica prima della nuova normativa, cfr. le considerazioni di V. Tutinelli, *Responsabilità per falso in bilancio e determinazione del profitto confiscabile alla luce della recente sentenza del Tribunale di Milano sul caso ITALEASE*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 2, p. 151 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. V, 15 ottobre 2012, n. 40380 (false comunicazioni sociali e requisito dell'interesse della società), in cui si afferma che in merito all'adozione di un modello organizzativo idoneo è essenziale per lo scrutinio della responsabilità dell'ente la verifica dell'inadeguatezza del modello assunto (www.rivista231.it/Legge231/Giurisprudenza).

¹⁵ V., ad esempio le considerazioni di Trib. Milano, Sez. VI pen., 24 settembre 2014, in un caso di omicidio colposo commesso in violazione della normativa a tutela della salute e sicurezza sul luogo di lavoro, in cui si afferma che l'adozione di modelli organizzativi idonei a prevenire infortuni non è affatto un obbligo imposto dalla legge ma piuttosto una circostanza idonea a sollevare la società dalla responsabilità per inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza (in www.rivista231.it/Legge231/Giurisprudenza).

STUDI E OPINIONI

D. LGS. 231/2001: UN PRIMO BILANCIO

1. mancanza del modello di gestione in un'impresa che svolge attività a rischio = sanzione per l'ente e per il soggetto che ha commesso il reato¹⁶;

2. presenza di un modello valido (ma solo formale e mai applicato) = valutazione attenta delle responsabilità degli organi di gestione e di controllo ed applicazione delle sanzioni conseguenti per l'ente e per chi ha commesso il reato¹⁷;

3. presenza di un modello valido applicato e "fraudolentemente" aggirato da chi ha commesso il reato = esimente per l'ente e sanzioni per chi ha commesso il reato.

Un esempio di quanto sopra detto lo ritroviamo, ad esempio, in alcune affermazioni tratte dalla sentenza 18 settembre 2014, n. 38343, Cass. pen., Sez. Un., secondo cui "Il legislatore ha inteso imporre alle organizzazioni complesse l'obbligo di adottare le cautele necessarie a prevenire la commissione di alcuni reati, adottando iniziative di carattere amministrativo e gestionali, e tali accorgimenti vanno consacrati in un documento, un modello che individua i rischi e delinea le misure atte a contrastarli – non aver ottemperato a tale obbligo fonda il rimprovero, la colpa d'organizzazione – la responsabilità dell'ente si fonda sulla colpa di organizzazione ma grava sull'accusa l'onere di dimostrare l'illecito penale in capo alla persona fisica inserita nella compagine organizzativa della società e che abbia agito nell'interesse di questa" gravando comunque sull'accusa "la dimostrazione della commissione del reato da parte di persona che riveste una delle qualità di cui al d.lgs. n. 231, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell'ente, che ha ampia facoltà di offrire prova liberatoria"¹⁸.

In un altro caso, relativo all'elusione fraudolenta del modello organizzativo, la sentenza 30 gennaio 2014, n. 4677, Cass. pen., Sez. V, ha affermato che "l'inganno sotteso all'elusione fraudolenta del modello organizzativo e gestionale è diretto verso la struttura aziendale nel cui interesse il modello è stato predisposto – la responsabilità dell'ente non trova fondamento nel non aver impedito la commissione del reato – il fatto solo che il reato sia stato commesso non significa che il modello organizzativo fosse inadeguato – la responsabilità dell'ente non deriva da un atteggiamento psicologico improntando a colpa in ordinando o componendo, sottospecie della colpa in vigilando,

¹⁶ Sulle sanzioni comminabili cfr. fra gli altri, L.D. Cerqua, *Il trattamento sanzionatorio*, in *I modelli organizzativi ex D.Lgs. 231/2001*, in C. Monesi, *I modelli organizzativi ex d.lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 209 ss.; M. Montesano, *L'applicazione di sanzioni interdittive e cautelari al reato di corruzione internazionale*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 2, p. 177 ss.; D. Zaniolo, *Omessa adozione dei modelli organizzativi e responsabilità degli enti a seguito di omicidio colposo con violazione delle norme antinfortunistiche*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 2, p. 161 ss.

¹⁷ In proposito cfr. F. D'Arcangelo, *I canoni di accertamento della idoneità del Modello organizzativo nella giurisprudenza*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, 2, p. 129 ss.

¹⁸ Cfr. www.rivista231.it/legge231/Giurisprudenza.

STUDI E OPINIONI

D. LGS. 231/2001: UN PRIMO BILANCIO

ma da una valutazione di adeguatezza del modello organizzativo – la responsabilità dell'ente non ha natura oggettiva atteso che l'oggetto del giudizio ... è comunque conseguenza di un'attività volontaria e consapevole di chi lo ha elaborato, approvato e reso esecutivo e dunque si tratta di un giudizio strettamente normativo” ed inoltre che “la elusione fraudolenta ad opera del soggetto apicale costituisce un indice rivelatore della validità del modello nel senso che solo una condotta fraudolenta appare atta a forzare le misure di sicurezza”.

Volendo trarre un primo parziale bilancio sulla validità del d.lgs. n. 231/2001 come efficace mezzo di prevenzione contro la commissione dei reati si devono individuare i punti negativi e quelli positivi.

Fra quelli negativi sicuramente vi sono i costi e quindi l'adozione del modello di organizzazione e gestione necessita di una attenta valutazione dei costi/benefici della sua presenza rispetto ai possibili rischi che l'ente potrebbe correre in assenza del modello. Se il rischio di incorrere in violazioni alle prescrizioni del d.lgs. n. 231/2001 fosse considerato basso, rispetto ai costi da sostenere per l'istituzione ed il funzionamento dell'organismo di controllo, il consiglio di amministrazione potrebbe anche decidere di correre il rischio.

Se poi l'analisi preventiva svolta dal consiglio di amministrazione si rivelasse successivamente non essere stata troppo oculata e realistica e l'ente fosse in seguito condannato e subisse la sanzione per aver violato il d.lgs. n. 231/2001, non sarebbe in linea teorica da escludere la proposizione di un'azione di responsabilità nei confronti dell'organo di gestione, con responsabilità, eventualmente, solidale dell'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato di controllo), che non abbia seguito una linea di prudenza consigliando invece l'adozione del modello.

Tuttavia i costi da affrontare potrebbero essere valutati in un'ottica diversa da quella usuale e quindi si potrebbe vederne l'aspetto positivo: adottando il modello si prevenivano la maggior parte dei rischi e si evitano costi maggiori derivanti da sanzioni pecuniarie o interdittive.

L'altro aspetto negativo a cui non è facile porre rimedio, rispetto ai sistemi adottati negli altri Paesi, è quello della eccessiva estensione della tipologia dei reati da prevenire oltre alla corruzione, cosa che non facilita il compito dell'OdV.

L'organismo di vigilanza previsto dal modello di organizzazione e gestione possiede due requisiti che lo accomunano agli altri organi di controllo indicati dai differenti sistemi di gestione: l'indipendenza ed un livello di professionalità adeguato dei suoi componenti. I compiti assegnati all'organismo di controllo, non sono invece esattamente sovrapponibili a quelli degli organi c.d. “istituzionali”, anche se con essi devono collaborare per ottenere insieme il massimo dei risultati nel prevenire i reati.

Da quanto detto sopra, non può sorgere dubbio che il modello di organizzazione e gestione appartenga all'ambito delle regole di *corporate governance* e sia ormai una

STUDI E OPINIONI

D. LGS. 231/2001: UN PRIMO BILANCIO

necessità adottarlo per molti enti e società che intrattengono frequenti rapporti con la pubblica amministrazione¹⁹.

La predisposizione di un “modello” adeguato ed efficiente può essere certamente onerosa, nelle società più grandi e complesse, ma la prevenzione del rischio reato è sicuramente la strada più corretta da seguire per avere la *ragionevole certezza* di ottenere l'esimente in caso di commissione dell'atto illecito. Questa *ragionevole certezza* è stata in una prima fase di applicazione della normativa fortemente scossa da una rigida interpretazione *ex post* che riteneva che comunque la commissione del reato dimostrasse l'assoluta inefficacia del modello (se presente)²⁰, ora, come richiamato sopra, l'analisi della giurisprudenza più recente dimostra un orientamento diverso che tiene nella giusta considerazione il comportamento dell'ente e quello del soggetto persona fisica che ha commesso il reato, oltre ad una attenta considerazione, nel momento della comminazione delle sanzioni, del profilo socio-economico delle conseguenze attivate dalle stesse.

¹⁹ Ma la validità del sistema di prevenzione del d.lgs. n. 231/2001, emerge come valore importante anche in altri settori: v. in proposito le considerazioni di F. Bianchi, *Come viene valutata nelle operazioni societarie M&A la presenza del modello 231*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2011, p. 117 ss.

²⁰ Sul tema in generale v. le considerazioni svolte da G. Lunghini, *L'idoneità e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi ex D.Lgs. 231/2001*, in *I modelli organizzativi ex D.Lgs. 231/2001*, cit., p. 251.

LA RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO*

Scopo del presente lavoro è quello di costruire uno schema teorico dei differenti problemi giuridici derivanti dal rischio tecnologico e fornire un panorama sulle soluzioni offerte dall'ordinamento e dalla giurisprudenza, usando gli strumenti del diritto privato comparato.

In questa prospettiva, dopo una breve introduzione storica e comparata sulla nascita e la diffusione dei danni derivanti dal rischio tecnologico, l'attenzione si sofferma sulle caratteristiche loro tipiche.

Il tema viene analizzato anche attraverso l'analisi di casi concreti, selezionati in ragione delle peculiari caratteristiche dei danni tecnologici: la cause incerte, la pressione dell'opinione pubblica, l'accertamento scientifico della causa e i divergenti criteri utilizzati nell'accertare le responsabilità.

L'analisi si concentra sulla reazione delle corti e i legislatori ai problemi in gioco. Infine, viene offerta una ricostruzione delle soluzioni adottate per risolvere i problemi relativi ai danni derivanti dal rischio tecnologico. Tra esse, possiamo ricordare l'applicazione di una stringente disciplina in materia di responsabilità, l'inversione dell'onere della prova sull'imputato, il principio "more probable than not" e altri criteri simili più flessibili, per individuare le cause, l'uso dell'assicurazione e dei fondi collettivi.

di **NADIA COGGIOLA**

1. Introduzione

Con il termine "danni da progresso tecnologico" si intende generalmente definire quei danni, patrimoniali o personali, causati da prodotti, procedimenti, tecniche o strumentazioni introdotti dallo sviluppo del sapere umano.

Tale termine ricomprende quindi un ampio spettro di fattispecie, tra le quali si possono ad esempio ricordare i danni causati dalla esposizione a sostanze chimiche,

* Il saggio è tratto dal volume "AVOID, TRANSFER, RETAIN - Aspetti giuridici dell'enterprise risk management e diritto delle assicurazioni", inserito nella Collana CEDIC - Centro Europeo di Diritto dell'Informatica e del Consumo - Sezione di Diritto dell'Economia - Dipartimento di Management - Università di Torino, curato da Oreste M. Calliano, con la collaborazione di Cristina Baretini e Nadia Coggiola, edito da Giappichelli nel 2016.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

dall'utilizzo di nuovi prodotti o procedimenti, o dall'impiego di nanotecnologie. Talune di queste fattispecie sono state ampiamente analizzate dalla dottrina italiana e straniera¹.

Tuttavia, si deve altresì precisare che tale termine non è sinonimo, e non può essere quindi usato in sostituzione, del termine “*Mass Torts*” o “danni di massa”, con il quale la dottrina suole definire tutte quelle fattispecie dannose che siano o possano essere causa di danno ad un elevato numero di persone. Infatti, pur se certamente molti casi di “danni di massa” sono stati causati dallo sviluppo tecnologico-scientifico, come nel caso di certe sostanze chimiche o farmaceutiche, vi sono altresì molti casi di “danni di massa” che non sono riconducibili a tale progresso, come i danni causati dal fumo di sigaretta, o dalla trasfusione di emoderivati infetti².

La nascita della categoria dei danni da progresso tecnologico si può fare risalire alla rivoluzione industriale, quando i nuovi prodotti e procedimenti produttivi hanno causato, a fianco di un generalizzato aumento del benessere, un ugualmente elevato incremento del numero delle fattispecie lesive e delle loro vittime. Si pensi ad esempio alla sostituzione dei mezzi o dei macchinari azionati dalla forza animale o umana con quelli che utilizzano la forza meccanica ed al conseguente aumento del numero di persone infortunate o decedute a causa di questi. Il caso dei danni da circolazione automobilistica è forse l'esempio più significativo del rischio che l'utilizzo di mezzi meccanici può comportare, sia per coloro che li utilizzano che per coloro che hanno la sventura di trovarsi nel loro raggio di azione³.

¹ Per una prima informazione su talune di queste, ed approfondimenti bibliografici, si rinvia alle seguenti voci del Digesto delle discipline privatistiche, N. Coggiola, voce *Danno da progresso tecnologico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., Torino, 2011, p. 279; C.G. Terranova, voce *Responsabilità da circolazione da veicoli*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1998, p. 89; A. Stoppa, voce *Responsabilità del produttore*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1998, p. 119; M. Giuffrida, voce *Responsabilità per danno da prodotto difettoso*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., Torino, 2009, p. 453; N. Coggiola, voce *Amianto (danno alla persona)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., Torino, 2010, p. 2; C. Tenella Sillani, voce *Responsabilità per danno ambientale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1998, p. 359 e B. Pozzo, voce *Responsabilità civile per danni all'ambiente*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2003, p. 1147.

² Per una prima introduzione al tema si legga E. Poddighe, *I “Mass Torts” nel sistema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2008.

³ Sul tema si leggano le esemplari pagine di G. Calabresi, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law. Private Law Perspectives on a Public Law Problem*, Syracuse, New York, 1985, trad. it. *Il dono dello spirito maligno*, Giuffrè, Milano, 1996, dedicate alla circolazione automobilistica. Dello stesso autore, in materia di risarcimento dei danni da circolazione automobilista, si legga anche G. Calabresi, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press, New Haven-London, 1970; tr. it. *Costo degli incidenti e responsabilità civile: analisi economico-giuridica*, Giuffrè, Milano, 1975.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

Il crescente numero di episodi dannosi causati dal progresso tecnologico ha inevitabilmente richiamato l'attenzione dei giuristi e dei legislatori, a causa del rilevante impatto giuridico, sociale ed economico di tali fattispecie. Conseguentemente, la disciplina della responsabilità civile, da materia tradizionalmente ritenuta "secondaria" del diritto, ha rapidamente assunto il rango di settore di grande rilievo, sia per quanto concerne il numero dei casi giudiziari, sia per quanto riguarda l'elaborazione dottrinale.

Il tema della responsabilità per danni tecnologici ha, dapprima, inevitabilmente investito le corti inglesi, stante che l'Inghilterra fu il paese in cui nacque la rivoluzione industriale⁴. Le nuove problematiche si presentarono ben presto anche negli Stati Uniti, e furono generalmente risolte dai giudici importando i precedenti in materia già elaborati dalle corti inglesi⁵.

A loro volta i giudici francesi rafforzarono notevolmente la tutela dei soggetti lesi dai nuovi macchinari elaborando il principio della "*responsabilité du fait de la chose*"⁶, e quella dei soggetti lesi dai nuovi mezzi di trasporto a mezzo della estensione ai contratti di trasporto dell'"*obligation de sécurité*", ovvero del criterio della responsabilità oggettiva⁷.

In Italia le problematiche correlate al risarcimento dei danni causati dal progresso tecnologico investirono i tribunali verso la fine del XIX secolo, e questi si trovarono così a dovere affrontare casi di caldaie esplose⁸, trattamenti antiparassitari che distruggevano le piante sui quali erano stati utilizzati⁹ e (numerossimi) sinistri causati dalla nascente circolazione ferroviaria¹⁰.

Proprio la circolazione ferroviaria fu peraltro dovunque uno dei terreni più fecondi per l'elaborazione di nuove regole di diritto.

⁴ Tra i primi casi si annoverano infatti *Priesley v. Fowler* 3 M. & W. 1 (1837); *Davies v. Mann*, 10 M. & W. 546 (1842) e *Rylands v. Fletcher* (1868) L.R. 3 H.L. 330, affirming (1866) L.R. 1 Ex. 265.

⁵ Sul tema L.M. Friedman, *A History of American Law*, Simon & Schuster, New York, 1973, p. 409.

⁶ Cass. civ. 16 juin 1896, *Teffaine*, DP 1897.1.433, concl. L. Sarrut, con nota di R. Saleilles, S. 1897.1.17, con nota di A. Esmein.

⁷ A partire dalla sentenza Cass. civ. 21 novembre 1911, *Compagnie Générale Transatlantique c. Zbidi Hamida ben Mahmoud*, DP 1913.1.249, con nota di L. Sarrut, S. 1912.1.73, con nota di G. Lyon-Caen.

⁸ Cass. Torino, 27 marzo 1889, *Dechez v. Balbi* ed altri, in *Monitore*, 1889, p. 971; *Legge*, 1889, I, p. 57; *Giur. it.*, 1889, I, 1, p. 348; *Giur. Tor.*, 1889, p. 682.

⁹ App. Torino, 1° giugno 1900, *Imatio c. Nava*, in *Monitore*, 1900, p. 771; *Giur. Tor.*, 1900, p. 795.

¹⁰ Tale ultimo settore fu di tale rilievo da generare una fiorente letteratura giuridica, sulla quale si rinvia a G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 340-351.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

Come è noto, la nascita e lo sviluppo del trasporto ferroviario furono certamente tra i maggiori apporti della rivoluzione industriale. Questo ebbe luogo in Inghilterra a partire dal 1825, negli Stati Uniti nel 1829, in Germania nel 1835, in Francia nel 1837, in Italia nel 1839 ed in Spagna nel 1848.

Tuttavia, tale sviluppo comportò spesso gravi danni alle coltivazioni ed ad altri beni, in conseguenza degli incendi causati dalle scintille che sfuggivano alle locomotive, ed un elevato numero di casi di soggetti, passeggeri, dipendenti o terzi, danneggiati dalle lesioni, talora mortali, causate dai treni.

La maggior parte delle controversie videro coinvolti da un lato gli imprenditori che costruivano e gestivano le ferrovie, i quali rappresentavano la emergente nuova classe dirigente, e dall'altro due diverse classi sociali: i proprietari terrieri, rappresentanti della vecchia classe dirigente, e la nuova classe sociale dei lavoratori dipendenti dell'industria. Queste controversie erano favorite dal nuovo contesto socio-economico in cui tali lesioni personali e patrimoniali avevano luogo, a causa del venire meno del controllo sociale conseguente all'affievolirsi dei legami interpersonali e della mancanza di altri sistemi rimediali. Tali casi rappresentano un primo laboratorio dei rapporti tra progresso tecnologico e sistemi giuridici¹¹.

Le fattispecie di danni causati dal trasporto ferroviario posero, forse per la prima volta, con chiarezza le corti davanti ad un dilemma che si sarebbe ripetuto nel tempo, ogni volta che fosse emersa una nuova fattispecie di danno da progresso tecnologico, il dilemma tra il risarcimento delle vittime del nuovo prodotto o mezzo o procedimento, e quindi dei diritti dei singoli a vedere tutelata la propria integrità fisica e patrimoniale, e la tutela delle ragioni della industria, dell'innovazione e del progresso tecnologico, e pertanto anche della crescita economica e del benessere generale.

Secondo alcuni autori, assertori della c.d. *subsidiy thesis*, tale conflitto, evidente nei casi di danni da circolazione ferroviaria verificatesi negli Stati Uniti, si sarebbe risolto a favore della nascente industria, con il consapevole utilizzo dei principi di *negligence* piuttosto che di quelli di *strict liability*, utilizzando taluni espedienti giuridici per limitare la responsabilità delle società convenute¹². Non mancano coloro che ritengono, invece, che, tranne che nelle fattispecie di danni subiti dai lavoratori, la

¹¹ Per un approfondimento anche sociologico sul tema si rinvia all'illuminante S. Jasanoff, *Designs on Nature: Science and Democracy in Europe and the United States*, Princeton University Press, Princeton N.J., 2005.

¹² Si leggano L.M. Friedman, *A History of American Law*, Simon & Schuster, New York, 1985; M.J. Hortwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1977; C.O. Gregory, *Trespass to Negligence to Absolute Liability*, 37 *Virginia Law Review* 359 (1951).

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

giurisprudenza statunitense sia stata generalmente propensa a risarcire i danni causati dalle ferrovie¹³, conclusione a cui è giunta, come vedremo, la dottrina europea.

In ogni caso, a partire dalla fine del XIX secolo, anche in conseguenza del sempre più elevato numero di vittime, i giudici statunitensi iniziarono ad applicare principi giuridici sempre più favorevoli al risarcimento delle vittime. Successivamente, vennero emanate leggi federali sulla sicurezza della circolazione ferroviaria interstatale¹⁴ e numerose leggi statali a tutela delle vittime degli incidenti ferroviari.

Per quanto invece concerne l'Europa continentale, la più recente dottrina sul tema non ha riscontrato alcun particolare atteggiamento di favore dei giudici nei confronti delle imprese, tenendo anche conto del fatto che l'attività imprenditoriale fu spesso favorita da leggi che consentivano di espropriare i terreni necessari alla costruzione delle ferrovie. Le controversie portate dinnanzi alle corti erano principalmente quelle tra proprietari terrieri e la nascente industria, e venivano risolte contemperando i rispettivi interessi, ovvero da un lato consentendo la costruzione di reti ferroviarie e la circolazione dei treni, dall'altro riconoscendo ai proprietari il risarcimento per i danni causati a loro da tali attività¹⁵.

In particolare, per quanto concerne l'Italia, lo strumento della responsabilità colposa venne utilizzato dalle corti italiane per tutelare la ragioni proprietarie, a fronte delle esigenze della nascente industria¹⁶.

2. Caratteri peculiari dei danni da progresso tecnologico

I danni da progresso tecnologico presentano alcune caratteristiche distintive e peculiari, sia rispetto al profilo eziologico che rispetto alle loro conseguenze dannose.

In primo luogo tali danni sono generalmente la conseguenza di azioni o omissioni non intenzionali, o di difetti del prodotto, del bene o del procedimento. Molto spesso, ad esempio, l'immissione nel mercato di determinate sostanze chimiche o farmacologiche pericolose, o di macchinari difettosi, non è la conseguenza di una dolosa volontà lesiva, quanto piuttosto è da ricollegarsi alla negligente mancanza di sufficienti

¹³ G.T. Schwartz, *Tort law and the Economy in Nineteenth Century America: A Reinterpretation*, 90 *Yale Law Journal* 1717 (1981) e G.T. Schwartz, *The Character of Early American Tort Law*, 36 *UCLA Law Review* 641 (1988-1989).

¹⁴ 27 Stats. 531 (act of March 2, 1893).

¹⁵ Per approfondimenti sul tema si leggano i contributi contenuti in M. Martín-Casals (a cura di), *The Development of Liability in Relation to Technological Change*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

¹⁶ S. Rodotà, *Proprietà e industria. Variazione intorno alla responsabilità civile*, in *Pol. dir.*, 1978, p. 421 e, con una ricca rassegna di giurisprudenza, C. Favilli, *Technological Change and the Development of Liability for Fault in Italy*, in M. Martín-Casals (a cura di), *The Development of Liability in Relation to Technological Change*, cit., p. 192 ss.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

controlli sulla loro sicurezza o, in certi casi, alla incolpevole ignoranza riguardo a determinati potenziali profili di rischio di tali prodotti o macchinari.

In secondo luogo, i danni da progresso tecnologico spesso riguardano una pluralità di soggetti e causano danni di rilevante entità. Infatti, la serialità della produzione dei beni e prodotti tipica del mondo industrializzato comporta una inevitabile moltiplicazione del numero di soggetti lesi, ad esempio, dal farmaco difettoso, dal prodotto chimico pericoloso, o dal macchinario mal funzionante, con conseguente moltiplicazione dell'entità economica e sociale dei danni causati. In altri casi, le dimensioni dei beni o macchinari e la loro intrinseca pericolosità sono causa di incidenti di rilevante ampiezza, si pensi all'esplosione di un impianto chimico o alla caduta di un aeroplano.

Infine, tali danni sono spesso il prodotto di una molteplicità di cause diverse, che interagiscono tra di loro, anche con effetti sinergici e moltiplicativi. Ritroviamo ad esempio tale caratteristica nel recente caso italiano di maggiore clamore, il caso Eternit. In tale caso, concernente le lesioni subite da lavoratori dell'azienda Eternit, dai loro familiari e dai residenti in luoghi dove si è verificata una particolarmente elevata esposizione alle fibre di amianto, i danni lamentati sono infatti spesso stati la conseguenza sia dell'esposizione all'amianto che di altri fattori causali.

Tali caratteri distintivi rappresentano una sfida per il diritto, il quale è chiamato in tali fattispecie ad individuare nuove soluzioni, che meglio rispondano alle problematiche dei danni da progresso tecnologico. Il ricorso in tali casi ai tradizionali rimedi giudiziali del risarcimento per colpa, che impone all'attore (danneggiato) l'onere della prova del nesso causale e della colpa del convenuto (impresa), si è ben presto rivelato fallimentare, imponendo alle vittime elevati costi di giustizia e notevoli difficoltà nella prova del danno subito, spesso risultando, specialmente nei sistemi in cui l'assistenza sociale è debole, causa di situazioni di povertà e deprivazione della vittima e dei suoi familiari.

L'emergere dei danni da progresso tecnologico ha quindi inevitabilmente reso necessario il ricorso a sistemi di risarcimento dei danni subiti diversi dai classici sistemi basati sulla responsabilità per colpa dell'agente.

Tra le fattispecie paradigmatiche di danni causati dal progresso tecnologico possiamo citare tutti quei numerosi casi in cui il danno è stato causato da sostanze chimiche o farmacologiche nocive. Negli ultimi due secoli si è infatti assistito ad un progressivo aumento del numero di nuove sostanze chimiche e farmacologiche immesse nel mercato, o anche semplicemente ad un aumento della quantità di sostanze, già conosciute ma precedentemente meno utilizzate, immesso nei prodotti (alimentari, cosmetici ecc.) a fini industriali o commerciali.

L'elevato numero di tali sostanze rende difficile una pronta e completa verifica della loro pericolosità, mentre in taluni casi tale pericolosità può comunque essere accertata solo nel lungo periodo. Tale verifica contrasta inevitabilmente con gli interessi

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

delle aziende produttrici, le quali sono generalmente spinte a sfruttare, quanto più tempestivamente possibile, le nuove sostanze o i nuovi prodotti, anche al fine di ammortizzare i costi della ricerca e produzione e massimizzare i benefici derivanti dai conseguenti brevetti.

Le difficoltà di accertamento relative alla pericolosità di tali sostanze riguarda non solo coloro che le producono, ma talora anche coloro che, reputandosi danneggiati dalle stesse, devono, in forza dei tradizionali criteri sulla prova giudiziale, dimostrare la concreta rilevanza di tali sostanze nella sequenza causale che ha condotto alla lesione di cui si chiede il risarcimento.

Infatti, mentre certe patologie possono essere causate esclusivamente dalla esposizione ad una determinata sostanza chimica (i c.d. *signature disease*), come nel caso del mesotelioma polmonare nelle fattispecie di esposizione all'amianto, nella maggioranza dei casi le patologie lamentate appartengono invece alla categoria delle c.d. *patologie multifattoriali*, le quali possono essere causate da una pluralità di fattori patogeni, ciascuno di essi sufficiente a ingenerare il processo patogenico, come nel caso del tumore ai polmoni, il quale può essere causato da numerosi fattori, tra i quali si ricordano il tabacco, l'amianto, l'inquinamento atmosferico, l'ingestione di cibi contaminati ed altri ancora.

Spesso tali patologie compaiono solo dopo un lungo periodo di latenza, ulteriormente complicando l'individuazione della causa o delle cause della loro insorgenza.

Infine, si deve tener conto del fatto che possono insorgere difficoltà di comprensione tra gli scienziati, i medici ed i giuristi circa il rapporto causale tra fattori patogeni ed insorgenza delle patologie, a causa della loro diversa formazione professionale e del loro diverso approccio funzionale a tali problematiche.

3. Alcuni casi paradigmatici di danni da progresso tecnologico

La recente casistica europea e statunitense è ricca di esempi di fattispecie lesive causate da prodotti chimici o farmacologici, che presentano i caratteri paradigmatici dei danni da progresso tecnologico precedentemente evidenziati.

I primi casi esemplificativi si possono fare risalire alle corti USA degli anni '70¹⁷. Un caso risalente di prodotto chimico pericoloso è quello del benzene, che pur essendo stato riconosciuto come nocivo per la salute fin dalla fine dell'800¹⁸, solo nel

¹⁷ Per un approfondito esame di tali casi ed ulteriori indicazioni bibliografiche si rinvia a C.F. Cranor, *Toxic Torts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

¹⁸ Per approfondimenti si leggano R. Snyder, *The Benzene Problem in Perspective*, in *Fundamental and Applied Toxicology*, 4 (1984), p. 692; H.G.S. Van Raalte, P. Grasso, *Hematological, Myelotoxic, Clastogenic, Carcinogenic, and Leukemogenic Effects of Benzene*, in *Regulatory Toxicology and Pharmacology*, 2 (1982), p. 153; C.D. Klaassen (a cura di), *Casarett and Doull's Toxicology*, 4th ed., McGraw-Hill, New York, 1991, p. 686.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

1987 venne dichiarato certamente cancerogeno¹⁹. Casi analoghi sono stati quelli relativi all'arsenico, all'amianto, alla diossina, al piombo, alla benzedrina ed alle amine aromatiche²⁰.

Assai nutrita è anche la lista dei prodotti farmacologici che si sono rivelati, successivamente all'uso, dannosi.

Molte di queste vicende sono state caratterizzate da oggettive difficoltà nell'accertamento giudiziale del rapporto causale tra l'esposizione alla sostanza chimica o l'assunzione del farmaco e la insorgenza di una lesione dannosa.

3.1. Il problema della incertezza causale e della pressione della pubblica opinione

Tra tali casi di incertezza sul rapporto causale possiamo ricordare innanzitutto le vicende legate al Talidomide, un farmaco anti-nausea, che venne commercializzato a partire dalla fine degli anni '50, e che poteva provocare gravi malformazioni nei feti, come l'assenza di arti, o addirittura la loro morte. Si è infatti calcolato che tale farmaco abbia causato circa 12 mila difetti alla nascita in Europa e 40 mila negli Stati Uniti²¹.

Mentre in Germania il produttore di tale farmaco venne condannato dal tribunale penale al versamento di una somma consistente, che doveva servire a risarcire le circa 3000 vittime nel paese²², in Inghilterra il risarcimento delle vittime venne invece subordinato, in forza di una transazione, alla prova che le lesioni subite fossero la conseguenza dell'assunzione del farmaco, impedendo così di fatto il risarcimento di molte vittime del farmaco, poiché le lesioni lamentate potevano essere ricondotte anche ad altre cause, diverse dalla assunzione di Talidomide²³.

¹⁹ International Agency for Research on Cancer, *Benzene, Monographs*, Suppl. 7 (1987), p. 120.

²⁰ Su tali esperienze si possono leggere, tra gli altri, R.A. Goyer, T.W. Clarkson, *Toxic Effect of Metals*, in C.D. Klaassen (a cura di), *Casarett and Doull's Toxicology*, 6th ed., McGraw-Hill, New York, 2001, p. 818; P. Brodeur, *Outrageous Misconduct*, Pantheon Books, New York, 1985; D. Michaels, *Waiting for the Body Count: Corporate Decision Making and Bladder Cancer in the U.S. Dye Industry*, in *2 Medical Anthropology Quarterly* 215 (1988).

²¹ P.J. Hiltz, *Protecting America's Health: The FDA, Business, and One Hundred Years of Regulation*, University of New Carolina Press, New York, 2003, p. 158.

²² La sentenza è LG Aachen 18 dicembre 1970, in JZ 1971, 507. Sulla vicenda si possono leggere, tra gli altri, D. Bohm, *Die Entschädigung der Contergan-Kinder*, Vorländer Verlag, Siegen, 1973; P. Derleder, G. Winter, *Die Entschädigung von Contergan*, in *Democrazie und Recht*, 1976, p. 260; H. Koch, *Non-Class Group Litigation under EU and German Law*, 11 *Duke Journal of Comparative and International Law* 355 (2001); A. Bernstein, *Formed by Thalidomide: Mass Torts as a False Cure for Toxic Exposure*, 97 *Columbia Law Review* 2153 (1997). In italiano si veda C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale: profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 50 ss.

²³ Su tali vicende, H. Teff, C.R. Munro, *Thalidomide – The Legal Aftermath*, Westmead, Farnborough, Hampshire, 1976; M. Brazier, *Medicine. Patients and the Law*, Harmondsworth, Middlesex, 2nd ed., 1992, p. 233 ss.; R. Nilsson, H. Sjöström, *Thalidomide and the Power of the*

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

Negli Stati Uniti le corti assecondarono invece l'emotività dell'opinione pubblica e la pressante richiesta di risarcimento delle vittime, le quali alla fine prevalsero sulle regole giuridiche in tema di prova del rapporto causale²⁴.

Gli stessi problemi di conflitto tra i desideri dell'opinione pubblica e l'incertezza sul rapporto causale tra la lesione di cui si chiede il risarcimento ed il prodotto che si afferma ne sia stata la causa si ripresentarono poco dopo, negli Stati Uniti, quando i reduci dalla guerra del Vietnam iniziarono ad affermare che l'Agent Orange, un erbicida contenente diossina, utilizzato dall'esercito statunitense come defogliante, fosse la causa di una serie di patologie o di malformazioni nei figli concepiti dopo il rientro dal fronte. La pressione dell'opinione pubblica condusse ad una transazione della società produttrice con i partecipanti alla class action intentata per il risarcimento dei danni, ed alla emanazione di un provvedimento legislativo che garantiva l'indennizzo e l'assistenza sanitaria ai militari che potevano avere contratto patologie in conseguenza dell'esposizione all'Agent Orange in Vietnam²⁵.

3.2. Il problema della prova scientifica sul rapporto causale

Il problema della prova del rapporto causale ha costituito il tema centrale di numerosi altri casi di danni da sostanze pericolose. Tra questi possiamo principalmente ricordare quello del Bendectin.

Il Bendectin è un farmaco che venne prodotto e commercializzato tra la fine degli anni '50 ed il 1983, come antidoto per le nausee mattutine delle donne incinte. In tale periodo venne utilizzato da oltre 30 milioni di donne, fino a quando non si iniziò a sospettare che potesse causare gravi malformazioni al nascituro²⁶.

Drug Companies, Harmondsworth, Middlesex, 1972; trad. it. *Il talidomide e il potere dell'industria farmaceutica*, Feltrinelli, Milano, 1973; R. Goldberg, *Causation and Risk in the Law of Torts: Scientific Evidence and Medicinal Product Liability*, Portland, Oxford, 1999, pp. 17-19.

²⁴ Sul tema P. Cane, *The Anatomy of Tort Law*, Hart, Oxford, 1997, p. 232.

²⁵ Per approfondimenti sulla vicenda si leggano, tra gli altri, P.H. Schuck, *Agent Orange on Trial. Mass Toxic Disasters in the Courts*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London, 1986; D.R. Hensler, M.A. Peterson, *Understanding Mass Personal Injury Litigation: A Socio-Legal Analysis*, 59 *Brooklyn Law Review* 961 (1993); R.H. Sand, *How Much Is Enough? Observations in Light of the Agent Orange Settlement*, 9 *Harvard Environmental Law Review* 283 (1985), pp. 296-306; H.P. Berman, *The Agent Orange Veteran Payment Program*, in *Mass Settlements For Mass Torts: Dealing With Claims Resolution in Asbestos, Dalkon Shield, Agent Orange and Others, Papers Presented at the Conference on Mass Settlements of Mass Torts*, in 53 *Law and Contemporary Problems* (1989), p. 79.

²⁶ Per un approfondimento sul tema si rinvia a M.D. Green, *Bendectin and Birth Defects. The Challenge of Mass Toxic Substances Litigation*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1997; G. Ponzanelli, *Scienza, verità e diritto: il caso Bendectin*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 184; J. Sanders, *Bendectin on Trial. A Study of Mass Tort Litigation*, University of Michigan Press,

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

Successivamente alla scoperta della sua possibile pericolosità, davanti alle corti degli Stati Uniti vennero presentate circa 2000 domande di risarcimento.

La *discovery*, effettuata nel corso dei primi processi rivelò che, dopo che era emerso un rischio di cancerogenicità del prodotto, la casa farmaceutica si era comportata scorrettamente, non proseguendo la sperimentazione sugli animali e ritardando l'invio dei test alla FDA. Inoltre la stessa, aveva cercato di controllare, o addirittura di manipolare, i report sui difetti alla nascita dei figli delle donne che avevano assunto il farmaco, nonché ogni altro dato che avrebbe potuto rendere pubblici gli effetti nocivi del farmaco. Nonostante tale *discovery*, e la consistente mole di documentazione clinica e scientifica, dimostrare in giudizio l'esistenza del rapporto causale tra la somministrazione del farmaco alle madri e le malformazioni sofferte dai loro figli si rivelò assai complesso.

La questione, dopo una serie di pronunce contraddittorie, approdò davanti ad una corte federale, con il noto caso *Daubert*²⁷. Le corti di primo grado e di appello avevano infatti rifiutato di ammettere a giudizio le prove presentate dai consulenti scientifici degli attori, poiché ritenevano che la loro ammissione avrebbe violato i principi contenuti nel consolidato *Frye Test*, il quale prescriveva che, per essere ammessa in giudizio, una nuova prova o metodologia scientifica deve essere generalmente riconosciuta come valida dalla maggioranza della comunità scientifica²⁸. Peraltro, come faceva notare la stessa Court of Appeal, tale rifiuto era successivo ad analoghi rifiuti di altre corti statunitensi, le quali non avevano voluto prendere in considerazione studi epidemiologici sul Bendectin che non erano mai stati pubblicati, o sottoposti a *peer review*, ed i cui risultati contraddicevano quelli contenuti in numerosi altri studi, tutti pubblicati, i quali escludevano una relazione tra il farmaco ed i difetti alla nascita²⁹.

La Corte Suprema, a cui gli attori fecero ricorso, ritenne invece che alla questione della ammissibilità delle prove scientifiche dovesse applicarsi non il *Frye Test*, ma i principi contenuti nelle Federal Rules of Evidence, poiché temporalmente successivi. In effetti, il principio statuito col *Frye Test*, risalente al 1923, si era nel tempo rivelato troppo "conservatore", rispetto al rapido progresso scientifico del periodo storico successivo alla sua elaborazione, poiché imponeva un periodo di attesa

Ann Arbor, 1998; J. Sanders, *From Science to Evidence: The Testimony on Causation in the Bendectin Cases*, 46 *Stanford Law Review* 1, 54 (1993); C.F. Cranor, *Toxic Torts*, cit., p. 45.

²⁷ Le decisioni sono *Daubert v. Merrel Down Pharmaceuticals, Inc.*, 727 F. Supp. 570 (S.D. Cal. 1989), *aff'd*, 951 F.2d 1128 (9th Cir. 1991), *vacated*, 509 U.S. 579 (1993).

²⁸ *Frye v. U.S.*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923). Nella fattispecie, l'accusato aveva richiesto alla corte di potersi valere di una sorta di precursore della macchina della verità, richiesta che venne respinta dalla Corte.

²⁹ *Daubert v. Merrel Down Pharmaceuticals, Inc.*, 951 F.2d 1128 (9th Cir. 1991), al punto 1130.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

prolungato prima che potessero introdursi come prove giudiziarie quelle basate sull'apporto di nuove teorie scientifiche³⁰.

Tuttavia, la Supreme Court, ha altresì precisato nella stessa sentenza *Daubert* che, poiché l'opinione degli esperti non è sempre fondata sulla conoscenza diretta dei fatti, come invece preteso dai principi generali in materia di prova, il giudice deve verificare che tale prova sia attendibile, accertando che la testimonianza si fondi su metodi e procedure scientificamente validi e rispondenti al caso³¹. Tale precisazione è volta a delimitare la discrezionalità del giudice nell'ammissione e, quindi, nella valutazione delle prove scientifiche, al fine di evitare che la decisione giudiziaria si basi su teorie minoritarie, non ancora consolidate nella comunità scientifica di riferimento.

Nonostante tale innovativa pronuncia della Supreme Court sul caso, il risultato per gli attori non cambiò, atteso che la Court of Appeal federale, alla quale il caso venne rinviato, negò nuovamente agli attori il risarcimento dei danni, poiché ritenne che le prove fornite dai loro esperti non erano in grado di dimostrare che l'utilizzo del Bendectin aveva, più probabilmente che non, raddoppiato il rischio di difetti alla nascita³². Ben presto altre corti respinsero ricorsi simili, e la vicenda giudiziaria legata al Bendectin si concluse amaramente per tutti gli attori.

Peraltro, successive ricerche scientifiche negarono una correlazione statistica certa tra l'assunzione del Bendectin e le malformazioni fetali di cui gli attori chiedevano il risarcimento³³, affermando altresì che il numero di malformazioni alla nascita sarebbe aumentato da quando il Bendectin è stato tolto dal mercato, poiché la nausea violenta della madre può causare gravi danni agli embrioni³⁴.

³⁰ D.L. Faigman, D.H. Kaye, M.J. Saks, J. Sanders (eds), *Modern Scientific Evidence: The Law and Science of Expert Testimony*, West Academic, St. Paul, 2002, p. 9.

³¹ *Daubert v. Merrel Down Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S., p. 579, in partic. pp. 588-590. Per un approfondimento su tale decisione si leggano, tra gli altri, C.F. Cranor, J.G. Fischer, D.A. Eastmond, *Judicial Boundary Drawing and the Need for Context-Sensitive Science in Toxic Torts after Daubert v. Merrel Down Pharmaceuticals, Inc.*, in 16 *Virginia Environmental Law Journal* 1 (1996); S. Jasanoff, *Science at the Bar*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London, 1997; trad. it. *La scienza davanti ai giudici*, Giuffrè, Milano, 2001, spec. p. 113 ss.

³¹ *General Electric Co. V. Joiner* 522 U.S. 136 (1997).

³² *Daubert v. Merrel Down Pharmaceuticals, Inc.*, 43 F.3d 1311 (9th Cir. 1995).

³³ Si veda P.W. Huber, *Galileo's Revenge. Junk Science in the Courtroom*, Basic Books, New York, 1991 e H.A. Denmark, *Improving Litigation Against Drug Manufacturers for Failure to Warn Against Possible Side Effects: Keeping Dubious Lawsuits from Driving Good Drugs Off the Market*, in 40 *Case Western Reserve Law Review* 427 (1987).

³⁴ M.D. Green, *Bendectin and Birth Defects. The Challenge of Mass Toxic Substances Litigation*, cit., p. 337. Sull'argomento si legga anche R. Goldberg, *Causation and Risk in the Law of Torts: Scientific Evidence and Medicinal Product Liability*, Hart, Portland, 1999, in partic. pp. 102-131.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

La vicenda Benectin si concluse così, con molto denaro speso, per i costi di giustizia, le parcelle degli avvocati, le spese sopportate dai produttori per il ritiro del farmaco dal mercato, le ripercussioni negative in termini di immagine sulle società produttrici e sulla ricerca ed innovazione scientifica nell'industria farmacologica, e nulla di (forse, sostanzialmente) guadagnato³⁵.

3.3. Il problema della difformità dei criteri adoperati per accertare la responsabilità: i casi amianto

Non molto dissimili, sotto il profilo delle problematiche relative alla prova giudiziale del rapporto causale, sono le vicende che hanno coinvolto il risarcimento dei danni da esposizione all'amianto.

L'amianto, una sostanza conosciuta ed utilizzata fin dall'antichità, è ormai conosciuto in tutto il mondo occidentale come un materiale estremamente pericoloso. La sua pericolosità è tale che in Europa, dove peraltro è bandito dal 1° gennaio 2005³⁶, l'amianto è stato riconosciuto come la principale causa individuale di cancro professionale, nonché il principale cancerogeno occupazionale³⁷.

L'amianto può essere la causa di una patologia tumorale che è causata esclusivamente dalle polveri d'amianto, chiamata mesotelioma, o di patologie tumorali ad eziologia multifattoriale, ovvero la cui insorgenza può essere addebitabile all'intervento di una pluralità di diversi fattori causativi, ciascuno sufficiente, ma non necessario, allo sviluppo della malattia.

Nel primo caso l'accertamento del rapporto causale può essere reso difficoltoso dalla eventuale pluralità di fonti di esposizione alle polveri di amianto, ove esistenti, mentre nel secondo caso l'accertamento del rapporto causale è quasi sempre complicato dalla compresenza dei diversi fattori patogeni. In tutti questi casi l'applicazione delle tradizionali regole di accertamento del rapporto causale sulla base del principio della *conditio sine qua non* o del *but for test* incontra forti limitazioni, che vanno a scontrarsi con l'esigenza di risarcire i danni causati dall'amianto a coloro che siano stati esposti alla sostanza. Tale situazione ha condotto alla elaborazione di soluzioni assai diverse, nei differenti sistemi giuridici.

Negli Stati Uniti, paese caratterizzato da una pluralità di sistemi giudiziari, le corti hanno offerto soluzioni frammentate alle problematiche correlate ai risarcimenti dei danni da amianto, e conseguentemente diversi livelli di tutela alle vittime delle esposizioni. Questa situazione ha inevitabilmente alimentato il ricorso a pratiche di

³⁵ Di tale opinione M.D. Green, *op. ult. cit.*, p. 335.

³⁶ Direttiva 1999/77/CE del 26 luglio 1999 della Commissione Europea, *G.U.* L 207 del 6 agosto 1999.

³⁷ P. Boffetta e E. Merler (a cura di), *Occupational cancer in Europe*, in *Environmental Health Perspectives*, 1999, 197 (suppl. 2), pp. 227-303.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

forum shopping da parte degli avvocati, ovvero a tentativi di radicare le cause nelle giurisdizioni maggiormente favorevoli alle parti offese.

In tali fattispecie si è spesso fatto ricorso alla disciplina sulla responsabilità del produttore e quindi sulle relative regole di *strict liability*, introdotte negli anni '60 dello scorso secolo, le quali consentono agli attori di limitarsi ad addurre la pericolosità dell'amianto, e a dimostrare il mancato adempimento del produttore agli obblighi informativi, anziché doverne provare la colpa³⁸. Così le corti sono spesso riuscite a supplire ai limiti, anche quantitativi, degli indennizzi previsti dai sistemi di *workers' compensation*.

Generalmente le corti richiedono che l'attore dimostri che l'esposizione all'amianto addebitabile al convenuto sia stata un *substantial factor* nello sviluppo della patologia, e non una esposizione *de minimis* o comunque limitata o remota³⁹, ed applicano il c.d. *frequency-regularity-proximity test*. Tale test, elaborato nella decisione *Lorhmann v. Pittsburg Corning Corp*⁴⁰, impone all'attore l'onere di dimostrare, sulla base del bilanciamento delle probabilità, ovvero sulla base del criterio "*more probable than not*", che la condotta del convenuto è stata un fattore rilevante nel verificarsi dell'evento lesivo⁴¹. Pertanto, nelle fattispecie di danni da amianto è necessario provare che vi è stata una costante esposizione ad un prodotto contenente amianto, per un periodo di tempo protratto, in prossimità della postazione di lavoro dell'attore, e che tale esposizione non è stata minima o casuale.

Inoltre, tutte le corti statunitensi hanno sempre respinto le domande di risarcimento dei danni che richiedono che, qualora sia impossibile determinare quale tra più convenuti abbia prodotto l'amianto che ha causato la lesione di cui si chiede il risarcimento, venga dichiarata la responsabilità dei produttori convenuti sulla base della

³⁸ Ciò a decorrere dalla pronuncia della Fifth Circuit Court of Appeals *Borel v. Fibreboard Prod. Corp.*, 493 F.2d 1076 (5th Cir. 1973), *cert. denied* 419 U.S. 869 (1974).

³⁹ Cfr. *Borg-Warner Corp. v. Flores*, 232 S.W.3d 765 (Tex. 2007); *Gregg v. VJ Auto Parts, Inc.*, 943 A.2d 216 (Pa. 2007). Per una critica dottrinale di tale teoria scientifica si veda M.A. Behrens, W.L. Anderson, *The "Any Exposure" Theory: An Unsound Basis for Asbestos Causation and Expert Testimony*, in 37 Sw. U.L. REv. 479, 480 (2008).

⁴⁰ *Lorhmann v. Pittsburg Corning Corp.* 728 F.2d 1156 (4th Cir. 1986). Nello stesso senso, tra le altre, *Slaughter v. S. Talc Co.*, 949 F.2d 167, 171 (5th Cir. 1991); *Celotex Corp. v. Tate*, 797 S.W.2d 197, 205 (Tex. App.-Corpus Christi 1990, writ dismissed). *Contra Borg-Warner Corp. v. Flores* 232 S.W. 3d 765 (Tex. 2006).

⁴¹ Per un approfondimento del tema dell'utilizzo della prova scientifica nel sistema statunitense si rinvia agli scritti di M. Taruffo, ed in particolare a *Rethinking the Standards of Proof*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2003, p. 659; *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, il Mulino, Bologna, 2002; *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 230.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

loro quota di mercato, utilizzando criteri di *market share liability* o *industry-wide liability*.

Questi stessi criteri non sono peraltro stati utilizzati in altre fattispecie di danni da progresso tecnologico. Ad esempio, nel caso *Starling v. Seaboard Coast Line R.R.*⁴², la corte rifiutò di adottare tali criteri di accertamento, ritenendo che così facendo si sarebbe trasformato qualunque produttore nell'assicuratore degli altri produttori, in violazione delle ragioni di giustizia sostanziale, equità ed opportunità.

Infine, è interessante segnalare che, dato l'elevato numero di attori coinvolti, frequentemente le azioni di risarcimento dei danni da esposizione ad amianto negli Stati Uniti sono *class action*, ovvero azioni promosse congiuntamente da numerosi attori, spesso nei confronti di una pluralità di convenuti: datori di lavoro, produttori dei beni contenenti amianto, possessori dei luoghi dove è avvenuta l'esposizione nociva e loro assicuratori.

In molti casi tali azioni si concludono con una transazione extragiudiziale, ma non è infrequente che l'elevato numero di domande di risarcimento e la rilevante entità dei risarcimenti richiesti spinga il convenuto a presentare un'istanza di fallimento, talora accompagnata da una proposta di costituzione di *trust* a favore dei danneggiati, attuali e futuri⁴³.

A differenza del sistema statunitense, il sistema inglese ha cercato di uniformare quanto più possibile il trattamento riservato alle richieste di risarcimento dei danni da esposizione all'amianto presentate dai lavoratori.

In primo luogo, è previsto che, sulla base del Social Security (Contributions and Benefits) Act 1992, i lavoratori o i loro aventi causa hanno diritto ad un indennizzo previdenziale, che prescinde dalla dimostrazione della colpa del datore di lavoro, nei casi di asbestosi, mesotelioma diffuso, ed in taluni casi di carcinoma primario dei polmoni⁴⁴. Tale indennizzo non fa venire meno il diritto del lavoratore, o dei suoi aventi causa, di agire per i danni nei confronti del datore di lavoro.

Qualora il datore di lavoro sia cessato, il Pneumoconiosis (Workers' Compensation) Act 1979 prevede, per il mesotelioma e taluni tipi di carcinoma dei polmoni, l'erogazione di una *lump sum*, ovvero un importo forfetario *una tantum*⁴⁵.

⁴² *Starling v. Seaboard Coast Line R.R.* 533 F. Supp. 183 (S.D. Ga. 1982).

⁴³ Per ulteriori dati ed approfondimenti si veda S.J. Carroll, D.R. Hensler, J. Gross, E.M. Sloss, M. Schonlau, A. Abrahamse, J.S. Ashwood, *Asbestos Litigation. Cost and Compensation*, Rand, Santa Monica, 2005; M.J. White, *Asbestos and the Future of Mass Torts*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 18, n. 2, Spring 2004, p. 183; M.A. Behrens, *What's New in Asbestos Litigation?*, in 28 *Rev. Litig.* 2008-2009.

⁴⁴ I benefici riconosciuti sono elencati sul sito governativo del Jobcentreplus: <http://www.jobcentreplus.gov.uk>.

⁴⁵ Informazioni su tale indennizzo sono reperibili presso l'Office of Public Sector Information, alla pagina www.opsi.gov.uk.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

L'uniformità di trattamento è stata raggiunta grazie a talune riforme legislative, aventi lo scopo di semplificare in taluni casi il procedimento giudiziario e di agevolare l'accertamento del rapporto causale nelle fattispecie di mesoteliomi. Nei casi di mesoteliomi le parti del processo possono giovare di un meccanismo processuale chiamato *Fast Track*, consistente in un procedimento abbreviato previsto dalle Civil Procedure Rules 26.6(4), amministrato da un unico giudice, presso la High Court di Londra⁴⁶. Inoltre, si è stabilito che il *Pre-action Protocol for Illness and Disease Claims*⁴⁷, che facilita la risoluzione stragiudiziale della lite o, in caso di insuccesso, abbrevia comunque i tempi del procedimento giudiziale, grazie alla comunicazione della documentazione in possesso delle parti prevista da tale strumento, può utilizzarsi anche nel caso di patologie correlate all'amianto.

Per quanto riguarda l'accertamento del rapporto causale nei casi di mesoteliomi insorti in soggetti esposti ad una pluralità di fonti, per i quali è impossibile determinare sulla base del *but for test* a quale tra i diversi soggetti responsabili delle diverse esposizioni deve addebitarsi il risarcimento del danno, occorre ricordare che il parlamento inglese ha emanato il Compensation Act 2006 del 25 luglio 2006⁴⁸.

Tale Act, conseguente alla ben nota decisione della House of Lords nel caso *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd and others*⁴⁹, della quale sostanzialmente accoglie gli innovativi principi, prevede alla Section 3 Part. 1 che si deve affermare la responsabilità di colui che colposamente o in violazione di *statutory duty* abbia causato o permesso l'esposizione all'amianto della vittima, quando non sia possibile determinare con certezza se il mesotelioma di cui soffre l'attore sia stato causato dall'esposizione addebitabile al convenuto, o da un'altra esposizione. La nozione di

⁴⁶ Ulteriori informazioni sul *Fast Track* possono essere rinvenute nel sito del Her Majesty's Court Service al seguente indirizzo: <http://www.hm-courts-service.gov.uk>

⁴⁷ Il testo del *Protocol* è reperibile in http://www.dca.gov.uk/civil/procnules_fin/contents/protocols/prot_dis.htm.

⁴⁸ Per un primo commento si veda R. Herbert, *The Compensation Act 2006*, in *J.P.I.L.*, 2006, 4:337.

⁴⁹ *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd and others* [2002] 3 W.L.R. 89 [2002] 3 All E.R. 305 (H.L.), [2002] UKHL 22. Tra gli innumerevoli commenti si vedano S. Green, *Coherence of Medical Negligence Cases a Game of Doctors and Purses*, in *Med. L. Rev.* 2006, 14, 1:1; M. Fordham, *Causation in the Tort of Negligence – a Dispensable Element?*, in *Sing. J. Legal Stud.*, 2003, p. 285; C. Miller, *Judicial Approaches to Contested Causation: Fairchild v. Glenhaven Funeral Services in Context*, in *Law, Probability and Risk*, 2002, 1:119; J. Burt, *Employer's Liability for Asbestos Diseases: House of Lords Takes a Turn in English Law*, in *Def. Couns. J.*, 2002, 69:326; E.S. Knutsen, *Ambiguous Cause-in Fact and Structured Causation: a Multi-Jurisdictional Approach*, in *Tex. Int. L.J.*, 2002, 38:349; D. Woods, *Causation of Damage in Negligence: Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd*, in *Adv. Q.*, 2003, 26:486; T. Weir, *Making It More Likely v. Making It Happen*, in *CLJ*, 2002, p. 519.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

“causare o permettere l’esposizione all’amianto” configura anche l’ipotesi della mancata protezione dall’esposizione all’amianto.

Il convenuto è dunque responsabile per l’intero danno causato alla vittima, indipendentemente dal fatto che essa sia stata esposta all’amianto anche da altri soggetti, e se questi siano responsabili o meno *in tort* per tale esposizione. Si tratta di responsabilità solidale, salva l’ipotesi di regresso nei confronti degli altri responsabili o la possibilità di invocare la *contributory negligence* dell’attore.

Per quanto riguarda l’Italia, si deve in primo luogo ricordare che i lavoratori che abbiano contratto una patologia conseguente ad una esposizione lavorativa all’amianto possono domandare un indennizzo all’INAIL, l’ente assicurativo preposto alla gestione delle assicurazioni per le lesioni ed i decessi occupazionali⁵⁰. Per fruire della prestazione assicurativa nei casi di asbestosi e mesotelioma il lavoratore può limitarsi a dimostrare che la malattia di cui soffre è una patologia c.d. “tabellata” e che vi fu esposizione al rischio morbigeno⁵¹, mentre per le altre patologie, non “tabellate”, o che derivano da lavorazioni non “tabellate”, egli deve fornire la prova dell’eziologia professionale⁵².

Ai lavoratori esposti all’amianto e loro aventi causa sono inoltre riservati trattamenti assicurativi di favore in forza della istituzione, presso la stessa INAIL, di un Fondo per le vittime dell’amianto⁵³.

Per quanto invece riguarda il risarcimento giudiziale, che concerne esclusivamente i danni non risarciti dall’assicurazione, la situazione italiana è caratterizzata da un possibile doppio percorso giudiziario, potendo le domande di

⁵⁰ In forza delle disposizioni del decreto 30 giugno 1965, n. 1124, “*Testo unico delle disposizioni per l’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali*”.

⁵¹ Su tale aspetto si vedano, tra gli altri, S. Rondelli, *La “presunzione” nella tutela delle malattie professionali: aspetti medico-legali*, in *Riv. infort. mal. prof.*, 1985, I, p. 385 e P. Ghinoy, *Malattie professionali: criteri di accertamento e nozione di manifestazione*, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 117.

⁵² Tale diritto è stato riconosciuto dalla sentenza Corte cost. 18 febbraio 1988, n. 179, in *Mass. giur. lav.*, 1988, p. 16. Sugli effetti di tale pronuncia: F. Agostini, *La tutela delle malattie professionali dopo la sentenza della Corte Costituzionale del 18 febbraio 1988 n. 179*, in *Riv. giur. lav.*, 1988, III, p. 3.

Sull’argomento si veda anche L. Giometti, *La nozione di esposizione ad amianto; benefici contributivi e regime assicurativo: un sistema integrato di norme*, nota a Cass., Sez. lav., 27 gennaio 2001, n. 1162 e Cass., Sez. lav., 3 aprile 2001, in *Giur. it.*, 2002, I, p. 522, G. Sacconi, *La prova del nesso di causalità nelle malattie multifattoriali: l’importanza del criterio epidemiologico*, nota a Cass., Sez. lav., 12 maggio 2004, n. 9057, in *Riv. giur. lav.*, 2005, p. 199.

⁵³ Legge 24 dicembre 2007, n. 244, art. 1, commi 241-246.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

risarcimento essere proposte sia in sede di giudizio civile, che in sede di giudizio penale, con la costituzione di parte civile.

Tale secondo rimedio è quello più frequentemente utilizzato, per gli indubbi vantaggi che un processo penale può comportare, quali l'accollo delle (spesso onerose) spese di raccolta delle prove da parte della corte, la possibilità di riunire più procedimenti, la maggiore pubblicità derivante dal processo penale, con conseguente possibile pressione psicologica sugli imputati. Inoltre, si deve rammentare che in Italia il procedimento penale, in fattispecie come quelle di lesioni o decessi causati dalla esposizione all'amianto, è obbligatorio.

Il caso più noto di processo penale per eventi legati all'esposizione all'amianto, per l'elevato numero di vittime e di parti civili, i soggetti coinvolti e il richiamo mediatico, è stato senza dubbio il processo Eternit, svoltosi nei primi due gradi a Torino e terminato con la dichiarazione di prescrizione dei reati contestati⁵⁴.

Sia i procedimenti penali che quelli civili in materia di risarcimento dei danni da amianto in Italia non offrono una uniformità di orientamenti giurisprudenziali circa le problematiche giuridiche che si pongono in tali fattispecie. Entrambe le giurisdizioni tendono ad aderire ad una pluralità di differenti orientamenti giurisprudenziali, nessuno dei quali si è ad oggi mostrato maggioritario; spesso l'accertamento del rapporto causale assume un profilo secondario rispetto al profilo della colpa del convenuto o dei suoi doveri di protezione del soggetto leso⁵⁵.

Inoltre, quasi nessuna tutela è offerta a coloro che hanno subito esposizioni non professionali all'amianto e conseguentemente hanno contratto una patologia asbesto-correlata. Questi soggetti non dispongono, infatti, di alcun sistema di indennizzo dei danni subiti, anche perché è per loro praticamente impossibile, nella maggioranza dei casi, provare il rapporto di causalità tra l'esposizione a determinate fonti e l'insorgenza della patologia lesiva.

A tal fine si può ricordare che in Francia le problematiche del risarcimento dei danni da amianto sono sfociate da un lato nella creazione di un sistema amministrativo di indennizzo, dall'altro nella elaborazione di nuovi criteri di accertamento della responsabilità dei convenuti.

⁵⁴ Su tale processo si leggano, tra gli altri, A. Abrami, J.P. Teissonniere, *Il caso Eternit*, in *Riv. giur. amb.*, 2014 fasc. 3-4, p. 301 e N. Coggiola, M. Graziadei, *The Italian "Eternit Trial": Litigating Massive Asbestos Damage in a Criminal Court*, in W.H. van Boom, G. Wagner (eds.), *Mass Torts in Europe: Cases and Reflections*, De Gruyter, Berlin-Boston, 2014, p. 23.

⁵⁵ Per un esame maggiormente dettagliato del tema, ed indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali ci si permette di rinviare a N. Coggiola, *Alla ricerca delle cause. Uno studio sulla responsabilità per i danni da amianto*, ESI, Napoli, 2011.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

Il *Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante*⁵⁶ prevede infatti l'indennizzo integrale dei danni subiti sia dai lavoratori che hanno ottenuto il riconoscimento di una malattia professionale causata dall'amianto, sia da coloro che “*ont subi un préjudice résultant directement d'une exposition à l'amiante*” e dei loro aventi causa.

La grande novità di tale sistema, rispetto a tutti quelli precedentemente esaminati, è la previsione di un indennizzo sia dei soggetti lesi che siano stati professionalmente esposti all'amianto, ma che siano privi di copertura assicurativa per le malattie professionali, sia delle persone esposte all'amianto in ambiente non professionale. Categorie, entrambe, che difficilmente trovano tutela giudiziale, poiché è per esse spesso assai più difficile che per i lavoratori dipendenti dimostrare l'esistenza di un rapporto causale tra la patologia di cui lamentano i danni e le esposizioni addebitabili al o ai convenuti⁵⁷.

La Cour de Cassation⁵⁸, per quanto concerne il risarcimento giudiziale delle lesioni subite dai lavoratori, ha elaborato una nuova nozione di *faute inexcusable* del datore di lavoro, che si ritiene esistente quando questi aveva o avrebbe dovuto avere coscienza del pericolo al quale era esposto il lavoratore, ma non ha assunto le misure precauzionali necessarie per proteggerlo. La consapevolezza del rischio non riguarda necessariamente un pericolo che si è effettivamente realizzato, essendo sufficiente che concerna una patologia correlata all'esposizione al rischio di cui si era responsabili.

Si noti che, poiché l'obbligazione dell'impresa è un'obbligazione di risultato, è sufficiente accertare che una certa patologia è di natura professionale per ritenere esistente la *faute inexcusable* del datore di lavoro⁵⁹, e che questi può liberarsi dalla

⁵⁶ Istituito dalla Loi n. 200-1257 del 23 dicembre 2000 ed attuato con Décret n. 2001-963 du 23 octobre 2001.

⁵⁷ Per ulteriori dettagli sui Fonds si rinvia, tra gli altri a C. André, *L'indemnisation des victimes de l'amiante*, in *Liber Amicorum. Études offertes à Geneviève Viney*, L.G.D.J., Paris, 2008, p. 39; C. Guettier, *Le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante*, in *Resp. civ. et ass.*, 2002, Chr. 19; J. Hardy, *La création d'un fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante*, in *JCP*, E 2001, comm. 605.

⁵⁸ Cass. soc., 28 février 2002, in *JCP G.*, 2002, II, p. 10053 con conclusioni di A. Benmakhlof e I, 186, n. 5, con osservazioni di G. Viney, *La responsabilité de l'employeur pour atteinte à la sécurité des salariés: la faute inexcusable*; *Bull. civ.*, V, n. 81; *D.*, 2002, 2696, con nota di Prétot, *La nouvelle définition de la faute inexcusable de l'employeur: une jurisprudence contra legem?*; *RTD civ.*, 2002, p. 310, con osservazioni di P. Jourdain, *La faute inexcusable de l'employeur, l'obligation de sécurité et la conscience du danger de l'amiante*; *JPC E*, 2002, 672 con nota di G. Strebelle, *L'employeur est tenu envers le salarié d'une obligation de sécurité de résultat, notamment en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise*.

⁵⁹ Giurisprudenza costante, si vedano ad esempio Cass. soc., 6 février 2003, in *Dr. ouvr.*, 2003, p. 281, con nota di Y. Saint-Jours, *Accidents du travail et maladies professionnelles*; Cass., 2^e civ., 13 décembre 2005, in *Bull.-civ.*, II, n. 322 ed in *D.*, 2006, *Inf. rap.*, p. 1701; Cass., 2^e civ., 9

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

responsabilità solo se dimostra di avere assunto tutte le misure necessarie per tutelare la salute dei suoi dipendenti, o che era impossibile prevedere il pericolo, o che si era in presenza di una “*cause étrangère*” di cui all’art. 1147 del Code civil, ovvero di un fatto o colpa della vittima o di un terzo che integrino la forza maggiore.

In tali casi, venendo meno l’applicazione delle disposizioni del Code de la sécurité sociale, che esclude la responsabilità contrattuale del datore e prevede un risarcimento in forma forfetaria da parte delle casse dell’assicurazione sociale, il datore di lavoro è tenuto al risarcimento dei danni causati al dipendente.

È altresì interessante segnalare che tra i soggetti individuati come responsabili del risarcimento dei danni dalla giurisprudenza francese vi è lo Stato. Infatti, il *Conseil d’État* ha affermato la responsabilità per *faute* dello Stato, e precisamente del *Ministre de l’Emploi et de la Solidarité sociale*, per il risarcimento dei danni conseguenti a due decessi per mesotelioma polmonare e due decessi per tumore polmonare, sulla base di una *faute pour carence d’action* dello Stato. A parere dei giudici, le autorità preposte alla prevenzione dei rischi professionali erano venute meno all’obbligo di tenersi informate sui pericoli potenziali in materia di rischi professionali e di assumere i provvedimenti più appropriati per limitare o eliminare i possibili danni alla salute dei lavoratori⁶⁰.

4. Le principali soluzioni elaborate per il risarcimento dei danni da progresso tecnologico

Le soluzioni che sono state nel tempo elaborate dal legislatore, dalle corti o dalle imprese coinvolte per gestire i rischi dei danni causati dal progresso tecnologico sono numerose.

Tra queste possiamo anzitutto ricordare l’adozione, in taluni settori, di sistemi di responsabilità oggettiva, che impongono al convenuto l’onere del risarcimento dei danni subiti dall’attore, a causa di una sua azione od omissione, indipendentemente dalla prova della sua colpa.

février 2006, n. 04-30392, reperibile in www.legifrance.gouv.fr; Cass., 2° civ., 31 mai 2006, in *Bull. civ.*, II, n. 138; Cass., 2° civ., 6 mars 2008, n. 07-16010, n. 07-16011, n. 07-16012, reperibili in www.legifrance.gouv.fr; Cass., 2° civ., 14 octobre 2003, in *Bull. civ.*, II, n. 300; *Juris-Data* n. 2003-020546; Cass., 2° civ., 16 décembre 2003, in *Bull. civ.*, II, n. 388; *Juris-Data*, in 2003-021709; Cass., 2° civ., 22 juin 2004, in *D.*, 2005, *Jur.*, p. 350; Cass. soc., 14 décembre 2004, in *D.*, 2005, *Inf. rap.*, p. 240, tutte in materia di lesioni da amianto.

⁶⁰ CE, 3 mars 2004, in *Juris-Data* n. 2004-066532. *Juris-Data* n. 2004-066533, *Juris-Data* n. 2004-066497, *Juris-Data* n. 2004-066496; *D.*, 2004, p. 973, con nota di H. Arbousset, *Amiante: la responsabilité de l’État est, enfin, reconnue par le Conseil d’État*; *JCP*, II, 10098, p. 1131, con nota di F.G. Trébulle, *À propos de la carence de l’État en matière d’amiante*; *RFDA*, 2004, 612, con conclusioni di E. Prada-Bordenave; *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 562, con nota di C. Pasquinelli, *La responsabilità dello Stato in Francia: un nuovo contributo del Conseil d’Etat*.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

I sistemi di responsabilità oggettiva hanno avuto rapida diffusione specialmente nei settori caratterizzati da una intrinseca pericolosità della attività svolta dal convenuto o dei beni da questi prodotti. In tali casi si è ritenuto opportuno allocare sul convenuto i danni causati dal rischio creato, poiché si ritiene che chi si avvantaggia dello svolgimento di una certa attività o della produzione di un certo bene debba anche subirne le eventuali conseguenze negative.

Questi rimedi hanno l'evidente vantaggio di ridurre l'onere probatorio in capo all'attore e di incentivare coloro che sono responsabili dell'attività, della produzione o distribuzione del prodotto a massimizzare le cautele e le precauzioni adottate.

Tra i settori che hanno utilizzato tali rimedi possiamo ricordare quello dei danni causati dall'esercizio di attività pericolose, o dalla circolazione di autoveicoli o, più recentemente, dei danni da prodotto. In tutti questi casi incombe sull'attore dimostrare di avere subito un danno e che tale danno è la conseguenza di una attività o di un prodotto del convenuto, senza dovere dimostrare che lo stesso è altresì la conseguenza di una sua negligenza.

In altri casi le corti o il legislatore hanno invece semplicemente presunto la responsabilità del convenuto, imponendo su questi l'onere di provare la sua estraneità sia rispetto al rapporto causale all'origine del fatto dannoso che la sua mancanza di colpa⁶¹. Questo criterio, che inasprisce la responsabilità posta in essere in capo ai produttori o imprenditori, si basa sul ragionamento che tutte le possibili conseguenze dei fatti dannosi provenienti da beni o procedimenti debbano essere addebitate su coloro che di queste si avvantaggiano⁶².

Un fenomeno più recente, in ambito giurisprudenziale, è poi quello del ricorso all'abbandono dei modelli di causalità classici, ovvero basati su criteri c.d. di *conditio sine qua non* nei sistemi di *civil law* e di *but for test* nei sistemi di *common law*, in quelle situazioni caratterizzate da incertezza causale, nelle quali è assai difficile dimostrare, sulla base dei criteri tradizionali, che il convenuto ha causato il danno di cui si chiede il risarcimento, ma allo stesso tempo si ritiene opportuno, per ragioni sociali, economiche o di giustizia sostanziale, risarcire la vittima.

In tali casi i criteri di accertamento del rapporto causale sono maggiormente elastici rispetto a quelli tradizionali e consentono di affermare la responsabilità del

⁶¹ Per approfondimenti sul tema si rinvia a A. Grubb, J. Laing, *Principles of Medical Law*, 2nd ed., Oxford University Press, London, 2004, p. 449.

⁶² Ad esempio in Germania la giurisprudenza ha elaborato il “*Safety worldwide test*” in base al quale si ritiene responsabile l'impresa che non abbia rispettato i migliori standard di sicurezza presenti nel settore considerato. Sul tema si legga O. Calliano, *Responsabilità del produttore, circolazione dei modelli e tutele processuali*, in G. Autorino, *Diritto comparato, comunitario e transnazionale. Lezioni per un master*, Quaderni del Dipartimento di Diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei, Univ. di Salerno, 2000, p. 223 ss.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

convenuto anche nei casi in cui l'applicazione della regola classica l'avrebbe invece esclusa.

Tra questi criteri si possono ricordare quello denominato del “*more probable than not*”, ovvero “più probabile che non”, il quale consente di accertare la responsabilità per l'intero danno, del convenuto la cui azione o omissione potrebbe essere stata con una probabilità superiore al 50%⁶³, la causa del danno o quello del “contributo rilevante al verificarsi dell'evento dannoso” o ancora quello del “contributo rilevante al rischio del verificarsi dell'evento dannoso”⁶⁴.

Tuttavia, neppure l'utilizzo di tali criteri più elastici rispetto ai criteri tradizionali può risultare davvero soddisfacente, specialmente nelle fattispecie caratterizzate da una eziologia multifattoriale, poiché questi non sono in grado di determinare soluzioni condivisibili quando più fattori possono avere contestualmente causato una certa lesione, talora con effetti sinergici e moltiplicativi di alcuni o tutti gli stessi fattori sul risultato finale. Al riguardo, la dottrina ha tentato di elaborare alcune possibili soluzioni, ma nessuna di queste sembra al momento avere incontrato né larghi consensi tra la dottrina, né concrete applicazioni giurisprudenziali, nel secondo caso probabilmente a causa dei problemi applicativi che tali teorie pongono, specialmente quando confrontate con casi individuali, piuttosto che non insiemi statistici di soggetti⁶⁵.

⁶³ Tale criterio è stato ad esempio spesso utilizzato dalle corti statunitensi, si veda tra i tanti casi *Hall v. Baxter Healthcare* 947 F Supp 1387 (D Or 1996) e *Pick v. American Med Sys*, 958 F Supp 1151 (ED La 1197), pur se non mancano casi, meno esplicitamente motivati, del suo utilizzo anche nelle corti europee. Sul tema, si leggano le critiche di S. Greenland e J.M. Robins, *Epidemiology, Justice and the Probability of Causation*, in 40 *Jurimetrics* 321 (2000).

⁶⁴ Per un esempio dell'utilizzo di tali criteri, si vedano, nella giurisprudenza inglese, le note decisioni *McGhee v. National Coal Board* [1973] 1 WLR 1 e *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd and others* [2002] 3 W.L.R. 89, [2002] 3 All. E.R. 305 (H.L.), [2002] UKHL 22.

⁶⁵ Tra le numerose proposte si vedano quelle di B. Armstrong, G. Themaul, *Compensating Lung Cancer Patients Occupationally Exposed to Coal Tar Pitch Volatiles*, 53 *Occupational & Environmental Medicine* 160 (1996); M.A. Berger, *Eliminating General Causation: Notes Towards a New Theory of Justice and Toxic Torts*, in *Columbia Law Review*, 1997, p. 2117; G. Berry, *Relative Risk and Acceleration in Lung Cancer*, in 26 *Statistics in Medicine*, 18, 3511 (2006); R. Cooter, A. Porat, *Total Liability for Excessive Harm*, in 36 *Journal of Legal Studies* 63 (2007); L.A. Cox, *Statistical Issues in the Estimation of Assigned Shares for Carcinogenesis Liability*, 7 *Risk Analysis* 71 (1987), pp. 71-73; S. Greenland, *Relation of Probability of Causation to Relative Risk and Doubling Dose: A methodologic Error That Has Become a Social Problem*, in 89 *American Journal of Public Health* (8):1166 (1999); S. Greenland, J.M. Robins, *Epidemiology, Justice and the Probability of Causation*, cit.; S.W. Lagakoss, F. Mosteller, *Assigned Shares in Compensation for Radiation-Related Cancers*, 6 *Risk Analysis* 345 (1986), pp. 346-347; A. Porat, A. Stein, *Tort Liability Under Uncertainty*, Oxford University Press, Oxford, 2001; J. Stapleton, *Disease and the Compensation Debate*, Clarendon Press, Oxford, 1986; R. Wakeford *et al.*, *A Review of the Probability of Causation and Its Use*

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

Per quanto concerne i rimedi non giudiziali, è necessario menzionare innanzitutto un rimedio che si è particolarmente diffuso nelle fattispecie di danni da progresso tecnologico, quello del ricorso agli strumenti assicurativi. Le polizze assicurative possono essere sia volontariamente stipulate dagli stessi soggetti esposti al rischio, per i danni che questi possono subire, che dai soggetti che svolgono una attività rischiosa, per i danni causati a terzi. Oppure, le polizze assicurative possono essere imposte per legge, ed in certi casi gestite direttamente da enti pubblici preposti a tale scopo.

Il rimedio assicurativo consente di assicurare alle vittime dei danni da progresso tecnologico un risarcimento certo dell'intero danno subito o di una parte di esso e di risparmiare i costi processuali della domanda giudiziale di risarcimento, ed allo stesso tempo distribuisce i costi del risarcimento su una ampia platea di soggetti, ovvero su tutti i soggetti assicurati. L'efficienza economico-sociale del sistema assicurativo si è rivelata tale che, in una ampia serie di attività, il legislatore ha imposto una assicurazione obbligatoria. Si pensi ad esempio al campo della circolazione automobilistica, settore per il quale in Italia ed in numerosi altri paesi è fatto obbligo di ricorrere alla stipula di assicurazioni per gli eventuali danni causati a terzi, o alla assicurazione sugli infortuni o decessi dovuti a cause lavorative, per i quali è prevista una assicurazione obbligatoria gestita da un ente pubblico, come in Italia avviene con l'Istituto Nazionale per le Assicurazioni contro gli Infortuni sul Lavoro (INAIL).

Infine, è opportuno ricordare quei sistemi che creano dei fondi appositamente finalizzati all'indennizzo di determinate tipologie di danni. In questi casi, infatti, il finanziamento del fondo è assicurato dal pagamento di quote imposte su determinate categorie di soggetti, generalmente gli stessi soggetti che sono fonti del rischio che si vuole garantire, o da contribuzioni imposte sulla collettività, o da entrambe le fonti. Un esempio di tali tipi di sistemi è il menzionato *Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante* francese, o il sistema di indennizzi previsto in Italia per i danni causati dalle vaccinazioni obbligatorie.

A differenza delle assicurazioni le prestazioni dei fondi non sono indirizzate ai soli assicurati, ma ad una generica platea di soggetti, che si qualificano come titolari del diritto solo quando si trovano in una determinata condizione. Anche in questo caso, come in quello della assicurazione, tuttavia, la funzione del fondo è quella di

in a Compensation Scheme for Nuclear Industry Workers in the United Kingdom, 74 *Health Physics* 1 (1998). Nella dottrina italiana si vedano M. Capecci, *Il nesso di causalità*, Cedam, Padova, 2005, p. 280 ss.; P. Forchielli, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Cedam, Padova, 1960 e U. Izzo, *Storie di (stra)ordinaria causalità: rischio prevenibile ed accertamento della causalità giuridica in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 71 ss.; sul punto v. anche il contributo di O. Calliano, in questo volume.

STUDI E OPINIONI

RESPONSABILITÀ PER RISCHIO TECNOLOGICO

indennizzare i soggetti lesi dal danno tecnologico, distribuendo il relativo onere su una platea più o meno ampia ed indifferenziata di soggetti.

SEGNALAZIONI

(A CURA DI GIULIA GRESIO)

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

NORMATIVA

Revisione legale dei conti – È stato pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* del 21 luglio 2016, n. 169, il D.Lgs. 17 luglio 2016, n. 135, con il quale è stata attuata, nel nostro ordinamento, la Direttiva 2014/56/UE del Parlamento e del Consiglio del 16 aprile 2014, concernente la revisione legale dei conti annuali e consolidati (vds. segnalazioni di diritto commerciale sui nn. 12/2014 e 9/2016 di questa *Rivista*).

Il Decreto, con il quale sono state modificate le disposizioni del D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, è entrato in vigore il 5 agosto 2016.

D.L. 31 agosto 2016, n. 168 – È stato pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* del 31 agosto 2016, n. 203, il D.L. 31 agosto 2016, n. 168, recante “*Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di Cassazione, per l’efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa*”.

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

MINISTERO DELL’ECONOMIA E DELLE FINANZE

Informazioni non finanziarie – Terminata la prima fase consultiva, il Ministero dell’Economia e delle Finanze ha avviato una pubblica consultazione sullo schema di articolato destinato a recepire, nel nostro ordinamento, la Direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014, con la quale è stata modificata la Direttiva 2013/34/UE sulla “*comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni*”, (vds. segnalazioni di diritto commerciale sui nn. 22/2014 e 10/2016 di questa *Rivista*).

Il documento, in consultazione sino al 7 settembre 2016, è disponibile sul sito www.dt.tesoro.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

ASSIREVI

Prospetti di riconciliazione IFRS – L'Assirevi ha diffuso il *Documento di ricerca n. 201*, concernente *La relazione di revisione sui prospetti di riconciliazione International Financial Reporting Standards (IFRS)*, nel quale sono definite “*le linee guida per l'individuazione di schemi e modalità di presentazione*” dei suddetti prospetti.

Il documento non è applicabile in caso di *first time adoption* dei principi contabili internazionali, allorquando la società adotta i principi IAS/IFRS “*con una dichiarazione esplicita e senza riserve di conformità agli stessi*”.

Con l'elaborazione del *Documento n. 201*, reso noto nel mese di luglio 2016 e consultabile sul sito www.assirevi.it, si supera il precedente *Documento di ricerca n. 91*, risalente al mese di giugno 2005 (“*L'attività di revisione contabile nella fase di transizione agli IAS/IFRS*”).

Società partecipate da regioni ed enti locali – Con il *Documento di ricerca n. 202*, l'Assirevi ha fornito indicazioni per “*lo svolgimento dell'attività di revisione contabile, nel caso in cui la società partecipata richieda al revisore l'attestazione («asseverazione») di cui all'art. 11, 6° co., lett. j)*” del D.Lgs. 23 giugno 2011, n. 118, unitamente ad un modello di relazione.

Il testo, che sostituisce il precedente *Documento di ricerca n. 177 R* del maggio 2014 (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 11/2014 di questa *Rivista*), è stato divulgato nel mese di luglio 2016 ed è reperibile sul sito www.assirevi.it.

ASSONIME

False comunicazioni sociali – Nel *Caso n. 3/2016*, l'Assonime ha esaminato la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione penale del 27 maggio 2016, n. 22474 (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 12/2016 di questa *Rivista*), avente ad oggetto la dibattuta rilevanza penale del falso valutativo all'esito delle modifiche apportate alle disposizioni codicistiche dalla L. n. 69/2015.

L'approfondimento è stato pubblicato il 28 luglio 2016 sul sito www.assonime.it.

Capital Requirements Directive (CRD IV) – L'Assonime ha diffuso la *Circolare n. 20* del 2016, in cui sono illustrate le disposizioni del D.Lgs. 12 maggio 2015, n. 72, con il quale è stata recepita nel nostro ordinamento la Direttiva 2013/36/UE, sul regime sanzionatorio degli intermediari finanziari (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 13/2015 di questa *Rivista*), nonché le successive indicazioni regolamentari fornite dalla Consob e da Banca d'Italia, rispettivamente con la delibera n. 19521 del 24 febbraio 2016 e con il provvedimento del 3 maggio 2016 (vds. segnalazioni di diritto commerciale sui nn. 6/2016 e 11/2016 di questa *Rivista*).

La *Circolare n. 20*, diffusa il 2 agosto 2016, è disponibile sul sito www.assonime.it.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 16/2016

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

BANCA D'ITALIA

Tassi effettivi globali medi – La Banca d'Italia ha emanato le nuove *Istruzioni per la rilevazione trimestrale dei tassi effettivi globali medi (TEGM)* utilizzati per determinare i tassi soglia in materia di usura a partire dal quarto trimestre 2016.

Le *Istruzioni* sono state pubblicate il 29 luglio 2016 sul sito www.bancaditalia.it.

Antiriciclaggio – L'Unità di informazione finanziaria ha reso noti gli *Schemi rappresentativi di comportamenti anomali ai sensi dell'articolo 6, comma 7, lettera b), del D.Lgs. 231/2007*, riferiti, in particolare, alla “operatività over the counter con società estere di intermediazione mobiliare”.

La comunicazione del 1° agosto 2016 – alla quale sono allegati gli *Schemi* – è consultabile sul sito www.uif.bancaditalia.it

CNDCEC

Linee guida per il sindaco-revisore – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha predisposto le *Linee Guida per il sindaco-revisore alla luce degli ISA Italia*, volte a “fornire alcune indicazioni di carattere operativo in merito all'attività del collegio sindacale incaricato della revisione legale”, al fine di “raccordare i due sistemi di regole – vigilanza ex artt. 2403 e ss. c.c. e revisione legale ai sensi del D.Lgs. n. 39/2010 – declinando, inoltre, lo svolgimento delle attività di controllo regolamentate dai principi di revisione internazionali (ISA Italia) nell'ambito del funzionamento e delle caratteristiche del collegio sindacale”.

Le *Linee guida*, diffuse nel mese di luglio 2016, sono reperibili sul sito ufficiale del Cndcec, www.commercialisti.it.

Codice delle sanzioni – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha adottato il regolamento recante il Codice delle sanzioni disciplinari (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 11/2016 di questa *Rivista*), il quale si compone delle disposizioni di carattere generale (*Titolo I*) e delle “sanzioni disciplinari comminabili in caso di violazione di specifiche disposizioni del Codice deontologico della professione” (*Titolo II*), recentemente innovato (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 1/2016 di questa *Rivista*).

Il Codice, pubblicato il 26 luglio 2016 sul sito ufficiale del Cndcec, www.commercialisti.it, entrerà in vigore dal 1° gennaio 2017.

Principi internazionali di valutazione – Al termine della pubblica consultazione conclusasi nel mese di maggio 2016 (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 7/2016 di questa *Rivista*), il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti con-

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

tabili – unitamente al Consiglio nazionale geometri e geometri laureati – ha diffuso la traduzione in italiano dei Principi internazionali di valutazione (*International Valuation Standards*).

La traduzione degli *IVS* è disponibile, dal 28 luglio 2016, sul sito ufficiale del Cndcec, www.commercialisti.it.

Informazioni non finanziarie – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha predisposto un documento concernente la *Direttiva 2014/95/UE sulla disclosure non finanziaria e sulla diversità nella composizione degli organi di amministrazione, gestione e controllo*, nel quale, tra i diversi profili analizzati, figurano l’informativa non finanziaria per le PMI ed il ruolo dei professionisti, nonché, in appendice, le prassi aziendali sulla “*definizione del modello di business*”, “*in tema di politiche e procedure*”, “*nella gestione dei rischi*”, “*nella disclosure sulle diversità*” e “*sull’analisi di materialità*”.

Il testo, divulgato il 28 luglio 2016, è reperibile sul sito ufficiale del Cndcec, www.commercialisti.it.

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Diritti particolari sugli utili nella s.r.l. – Il Consiglio Nazionale del Notariato ha approvato lo Studio n. 48-2016/I, nel quale è stato affrontato il tema – disciplinato dall’art. 2468 c.c. – dei “*Diritti particolari sugli utili nella s.r.l.: le clausole dell’atto costitutivo*”.

Nello Studio, si focalizza l’attenzione – in particolare – sulle modalità di redazione delle clausole in questione e sulle “*diverse configurazioni ipotizzabili*”, interrogandosi “*sulle conseguenze sulle riserve da utili (esaminando la possibilità di considerarle «personalizzate» o «targate» a favore di uno o più soci), anche ai fini del successivo impiego per un aumento di capitale gratuito*”.

Il documento, reso noto in data 27 luglio 2016, è consultabile sul sito www.notariato.it.

CONSOB

Regolamentazione finanziaria – La Consob ha diffuso il *Quaderno giuridico n. 10*, il quale verte sul rapporto tra *Crisi sistemiche e regolamentazione finanziaria*, soffermandosi sulla regolamentazione degli strumenti derivati anteriore alla crisi finanziaria del 2007 e su quella ad essa successiva.

Il *Quaderno giuridico n. 10*, diffuso nel mese di luglio 2016, è disponibile sul sito www.consob.it.

Resoconti intermedi di gestione – La Consob ha avviato una pubblica consultazione sulle modifiche alla disciplina delle relazioni finanziarie periodiche apportate dal D.Lgs.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 16/2016

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

15 febbraio 2016, n. 25, con il quale è stata recepita la Direttiva 2013/50/UE (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 5/2016 di questa *Rivista*).

In particolare, oltre ad intervenire sull'art. 65 *bis* (“*Requisiti della diffusione delle informazioni regolamentate*”) del Regolamento emittenti, la Consob ha proposto l'introduzione del novello art. 82 *ter* (“*Informazioni finanziarie periodiche aggiuntive*”). Il documento, in consultazione dal 5 agosto al 19 settembre 2016, è disponibile sul sito www.consob.it.

CONSOB-CNDCEC

L'*equity-crowdfunding* – La Consob ed il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili hanno redatto un *Position paper* recante l'*Analisi sintetica della normativa e aspetti operativi dell'equity-crowdfunding*, esaminati ponendosi sia nella prospettiva dell'emittente sia in quella dell'investitore.

Il *Position paper*, pubblicato nel mese di agosto 2016, è reperibile sul sito www.consob.it e sul sito www.commercialisti.it.

FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI

D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 – La Fondazione nazionale dei commercialisti ha reso noto uno studio avente ad oggetto “*«Modello 231» ed Enti no profit alla luce della riforma del Terzo Settore e degli orientamenti dell'ANAC*”, il quale prende le mosse dalle deleghe attribuite al Governo dalla L. 6 giugno 2016, n. 106, sulla riforma del Terzo settore (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 13/2016 di questa *Rivista*).

Il documento, datato 31 luglio 2016, è consultabile sul sito www.fondazionenazionalecommercialisti.it.

Le Società Benefit – Facendo seguito ad un primo approfondimento, pubblicato nel mese di maggio 2016 (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 10/2016 di questa *Rivista*), la Fondazione nazionale dei commercialisti ha divulgato un secondo testo, nel quale è fornita “*un'analisi critica sulla legislazione italiana riguardo alle imprese sociali focalizzandosi sui vari aspetti delle responsabilità degli organi di tali imprese*” ed esaminando “*le ragioni di una scarsa adozione da parte delle imprese italiane*”.

Lo studio, pubblicato il 31 luglio 2016, è disponibile sul sito www.fondazionenazionalecommercialisti.it.

OIC

Aggiornamento principi contabili nazionali – L'Organismo Italiano di Contabilità ha diffuso ulteriori bozze dei principi contabili nazionali, modificati nell'ambito del progetto di aggiornamento resosi necessario a seguito del recepimento della Direttiva

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

2013/34/UE, ad opera del D.Lgs. n. 139/2015 (vds. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 6/2016 di questa *Rivista*). Trattasi, in particolare, di:

- OIC 10 (“*Rendiconto finanziario*”) ed OIC 18 (“*Ratei e risconti*”), in consultazione sino al 15 settembre 2016;
- OIC 9 (“*Svalutazioni per perdite durevoli di valore delle immobilizzazioni materiali e immateriali*”), OIC 17 (“*Bilancio consolidato e metodo del patrimonio netto*”), OIC 23 (“*Lavori in corso su ordinazione*”), OIC 25 (“*Imposte sul reddito*”) ed OIC 26 (“*Operazioni, attività e passività in valuta estera*”), in consultazione sino al 20 settembre 2016.

I testi – disponibili anche in modalità revisione, con indicazione delle modifiche apportate alle versioni precedenti – sono reperibili sul sito www.fondazioneoic.eu.

GIURISPRUDENZA

Sequestro conservativo in capo agli amministratori – Il Tribunale di Venezia ha accolto la richiesta – presentata dalla curatela di una s.r.l. – di sequestro conservativo sui beni immobili, mobili e crediti degli amministratori, i quali avevano “*continuato l’attività sociale per ben tre anni dal verificarsi della causa di scioglimento, non ispirata, però, a meri fini conservativi, bensì volta al conseguimento di utili ma con costi sempre superiori ai ricavi*”.

Nel caso di specie, il danno derivante dalla prosecuzione dell’attività imprenditoriale è stato quantificato sulla scorta dell’esposizione debitoria nei confronti del personale dipendente e di “*interlocutori commerciali*”, addivenendo ad un importo assimilabile a quello ottenuto applicando il criterio della differenza dei netti patrimoniali, “*utilizzabile quanto meno nella fase cautelare*”.

Nello specifico, il requisito del *periculum in mora* è ravvisabile nella “*durata della condotta censurata*”, nella “*insufficienza del patrimonio dei convenuti*” amministratori e nelle “*iniziative di dispersione del patrimonio adottate*” da alcuni di essi.

Il provvedimento del Tribunale di Venezia del 9 giugno 2016 è consultabile sul sito www.ilcaso.it.

Pignoramento di quote di s.r.l. – Il Giudice del Registro delle imprese di Milano ha rigettato il ricorso presentato dal conservatore del Registro delle imprese con il quale è stata richiesta la cancellazione, ai sensi dell’art. 2191 c.c., dell’iscrizione di un atto di pignoramento di quote di una s.r.l. a motivo della mancata notifica del suddetto atto alla società, in violazione dell’art. 2471 c.c.

Per il Giudice, la notifica alla società “*non risulta – tanto più nel contesto normativo attuale nel quale il libro soci ha perso valenza obbligatoria – di per sé adempimento ne-*

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

cessario ad integrare gli effetti tipici del pignoramento e, come tale, presupposto necessario per l'iscrizione dello stesso nel Registro”.

Il decreto del Tribunale di Milano del 13 giugno 2016, n. 1750, è disponibile sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it.

Responsabilità ex art. 2395 c.c. – Per il Tribunale di Milano, sussiste responsabilità ai sensi dell'art. 2395 c.c. in capo all'amministratore che abbia falsificato i dati esposti in bilancio – nel caso di specie, l'importo relativo alle rimanenze – trattandosi di una condotta dotata di *“effettiva attitudine ingannatoria”*, essendo un documento volto *“a consentire ai terzi di orientare le proprie scelte nei rapporti con il soggetto dichiarante”*. Nello specifico, inoltre, stante *“la successione temporale tra il deposito del bilancio e la prosecuzione delle forniture, [...] risulta pienamente legittima una presunzione (semplice) di concreta influenza del falso sulla condotta”* dell'attore, fornitore della società amministrata dal convenuto, la quale è stata successivamente dichiarata fallita.

Per quanto concerne *“la reale entità del danno diretto”* patito dal fornitore – nella vicenda posta al vaglio del Tribunale di Milano – il documento è quantificato ne *“l'incremento del credito in conto capitale infine maturato [...] maggiorato dei relativi interessi su tale misura a decorrere dalla interruzione del rapporto di fornitura”*.

La sentenza del Tribunale di Milano del 21 giugno 2016, n. 7695, è reperibile sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it.

Concordato in bianco e obblighi informativi periodici – Il Tribunale di Rovigo ha stabilito che *“gli obblighi informativi, funzionali al controllo da parte del Tribunale e del Commissario giudiziale durante la cd. fase in bianco, sono essenziali, per non dire connaturati alla struttura della procedura”*.

Conseguentemente, *“l'omissione degli adempimenti imposti dal Tribunale implica ex se la dichiarazione di inammissibilità della procedura concordataria, senza alcuna possibilità di surroga o sanatoria tardiva”*, a nulla rilevando il fatto che *“durante il periodo «in bianco» non oggetto di informativa non siano stati posti in essere atti lesivi delle ragioni creditorie”*.

Le conclusioni non mutano anche accedendo alla tesi della società ricorrente, per la quale il termine fissato ai sensi dell'art. 161, 8° co., L.F., avrebbe natura ordinatoria e non perentoria, in quanto – per il Tribunale – *“la scadenza del termine ordinatorio, rispetto al quale non sia stata chiesta la proroga, determina comunque la decadenza”*.

La decisione del Tribunale di Rovigo del 23 giugno 2016 è consultabile sul sito www.ilcaso.it.

Bancarotta fraudolenta per distrazione – Per la Suprema Corte, commette il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione l'amministratore che cede la nuda proprietà degli

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

immobili sociali ai propri figli, per saldare presunti debiti verso questi ultimi, “*fondati esclusivamente su scritture private (che non garantiscono alcuna certezza di autenticità, né rispetto al contenuto, né rispetto all'epoca di formazione)*”.
Corte di Cassazione penale, 18 agosto 2016, n. 34991.

Bancarotta fraudolenta e amministratore privo di deleghe – La Corte di Cassazione – annullando con rinvio la sentenza della Corte di Appello di Milano – ha precisato che, se è pur vero che la riforma del diritto societario del 2003 ha “*alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di deleghe*”, l’affidamento da costoro riposto “*nelle risposte rese dall’amministratore operativo alle istanze informative avanzate ovvero nelle relazioni predisposte dall’organo delegato, non può implicare anche una cieca rinuncia delle personali facoltà critiche o del corredo di competenza professionale, laddove l’accusa dimostri la presenza di segnali perspicui e peculiari in relazione all’evento illecito, nonché l’accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, non in linea assoluta, ma per l’amministratore non operativo, oltre che, s’intende, la percezione degli stessi in capo agli imputati*”.

Sicché, “*ai fini della configurabilità del concorso per omesso impedimento dell’amministratore privo di delega (ovvero – come nel caso di specie – con poteri di delega non esercitati) è necessaria la prova della sua concreta conoscenza del fatto pregiudizievole per la società o, quanto meno, di «segnali di allarme» inequivocabili, dai quali è desumibile l’accettazione del rischio del verificarsi dell’evento illecito, nonché della volontaria omissione di attivarsi per scongiurarlo*”.

Conclusivamente, spetta al Giudice di merito dar conto, “*con motivazione congrua e logica, della sussistenza dei «segnali di allarme», della conoscenza o «conoscibilità» da parte dell’amministratore e, quindi, dell’accettazione da parte di questi del rischio del verificarsi dell’evento illecito, nonché della volontaria omissione di attivarsi per scongiurarlo*”.

Corte di Cassazione penale, 23 agosto 2016, n. 35344.

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

L'Agenzia delle Entrate spiega come chiedere il rimborso del canone tv non dovuto

Pubblicate le istruzioni per richiedere il rimborso del canone tv pagato mediante addebito sulle fatture elettriche, ma non dovuto.

Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate, viene approvato il modello con le relative istruzioni per la richiesta di rimborso del canone di abbonamento alla tv per uso privato indebitamente pagato attraverso l'addebito sulle fatture di energia elettrica. Il modello è disponibile sui siti internet dell'Agenzia delle Entrate www.agenziaentrate.gov.it e della Rai www.canone.rai.it.

Il cittadino può richiedere il rimborso del canone TV nel caso in cui lui stesso o un altro componente della sua famiglia anagrafica sia in possesso dei requisiti di esenzione (anche per effetto di convenzioni internazionali) e sia stata presentata l'apposita dichiarazione sostitutiva. E', inoltre, possibile presentare la domanda di rimborso, se il contribuente ha pagato il canone tramite addebito sulle fatture di energia elettrica e lui stesso o un altro componente della famiglia anagrafica ha versato il canone anche con modalità diverse dall'addebito. Infine, la richiesta di rimborso è ammissibile quando il cittadino ha pagato il canone inserito nelle fatture di energia elettrica e lo stesso canone risulta corrisposto anche mediante addebito sulle fatture relative a un'utenza elettrica intestata ad altro componente della famiglia anagrafica. In questo caso, la domanda vale anche come dichiarazione sostitutiva per richiedere il non addebito sulla propria utenza elettrica e comunicare il codice fiscale del familiare che già paga il canone mediante la sua fornitura elettrica.

La richiesta di rimborso può essere inviata, insieme ad una copia di un documento di riconoscimento, con raccomandata.

Il titolare del contratto per la fornitura di energia elettrica, gli eredi o gli intermediari abilitati delegati dal contribuente potranno presentare l'istanza anche in via telematica attraverso l'applicazione web disponibile a partire dal 15 settembre 2016 sul sito dell'Agenzia delle Entrate, utilizzando le credenziali dei servizi telematici.

I rimborsi sono effettuati dalle imprese elettriche mediante accredito sulla prima fattura utile, oppure con altre modalità, sempre che le stesse assicurino l'effettiva erogazione entro 45 giorni dalla ricezione, da parte delle stesse imprese elettriche, delle informazioni utili all'effettuazione del rimborso, trasmesse dall'Agenzia delle Entrate. Nel caso in cui il rimborso da erogare a cura delle imprese elettriche non vada a buon fine, il rimborso sarà pagato direttamente dall'Agenzia delle entrate.

(Agenzia delle entrate, Provvedimento del 2 agosto 2016)

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

L'Agenzia delle Entrate chiarisce il credito di imposta per gli investimenti nel Mezzogiorno

Con documenti di prassi, l'Agenzia fornisce chiarimenti in merito ai presupposti soggettivi ed oggettivi per accedere al beneficio fiscale per l'acquisto di beni strumentali nuovi destinati agli stabilimenti produttivi situati nelle regioni del Mezzogiorno. Nel citato documento sono altresì precisate le modalità di calcolo e di utilizzo dell'incentivo, le ipotesi di cumulo con altre agevolazioni e gli adempimenti necessari per la corretta fruizione del credito di imposta.

L'investimento, si ricorda, è stato introdotto dalla Legge di Stabilità 2016. In particolare trattasi di un credito di imposta a favore delle imprese che, dal 1° gennaio 2016 al 31 dicembre 2019, acquisiscono beni strumentali nuovi, che fanno parte di un progetto di investimento iniziale, destinati a strutture produttive ubicate nelle zone assistite delle regioni Campania, Puglia, Basilicata, Calabria, Sicilia, Molise, Sardegna e Abruzzo.

Tra gli investimenti ammessi, rientrano gli acquisti, anche mediante contratto di locazione finanziaria, di macchinari, impianti e attrezzature varie relativi alla creazione di un nuovo stabilimento, all'ampliamento della capacità di uno stabilimento esistente, alla diversificazione della produzione di uno stabilimento per ottenere prodotti mai fabbricati precedentemente e a un cambiamento fondamentale del processo produttivo complessivo di uno stabilimento esistente.

L'agevolazione si applica all'investimento netto, determinato sottraendo dal costo del bene strumentale nuovo gli ammortamenti fiscali dedotti nel periodo di imposta, relativi agli stessi beni appartenenti alla struttura produttiva nella quale si effettua il nuovo investimento.

Possono accedere al beneficio tutti i soggetti titolari di reddito d'impresa, indipendentemente dalla natura giuridica assunta, che effettuano nuovi investimenti destinati a strutture produttive situate nelle aree ammissibili.

Il credito d'imposta riconosciuto è pari al 20% per le piccole imprese, al 15% per le medie imprese e al 10% per le grandi imprese.

L'agevolazione è valida anche per gli enti non commerciali, con riferimento all'attività commerciale eventualmente esercitata, e per le imprese che intraprendono l'attività successivamente alla data di entrata in vigore della legge istitutiva del credito.

Per accedere all'agevolazione le imprese interessate al beneficio devono presentare, esclusivamente in via telematica, la comunicazione per la fruizione del credito d'imposta per gli investimenti nel mezzogiorno, approvata con il provvedimento del Direttore dell'Agenzia lo scorso 24 marzo. Le Entrate controllano la correttezza formale dei dati presenti nella comunicazione e dichiarati dal contribuente sotto la propria responsabilità e, se l'ammontare complessivo del credito d'imposta è superiore a 50mila euro, effettuano le verifiche previste dal nuovo codice antimafia comunicando l'autorizzazione all'utilizzo del credito d'imposta.

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

Quanto alle modalità di utilizzo, il credito potrà essere utilizzato solo in compensazione, presentando il modello di pagamento F24 esclusivamente tramite i servizi Entratel o Fisconline, a partire dal quinto giorno successivo alla data di rilascio della ricevuta attestante la fruibilità.

(Agenzia delle Entrate, Circolare n. 34/E del 3 agosto 2016)

Recuperabili in dichiarazione le perdite da trading on line “internazionale”

L’Agenzia delle Entrate si esprime – in risposta all’interpello di un contribuente che ha subito delle perdite a seguito di investimenti in operazioni finanziarie sul mercato Foreign Exchange Market e in opzioni binarie, presso broker internazionali, localizzati sia nell’area Ue (Cipro, Londra) sia in aree a fiscalità privilegiata (Seychelles e Nevis), attraverso piattaforme on line – chiarendo che sono deducibili le minusvalenze derivanti da operazioni finanziarie sul mercato Forex e da opzioni binarie effettuate con broker internazionali attraverso piattaforme on line.

In caso di opzione per il regime di risparmio amministrato, i broker esteri non rientrano tra i soggetti che possono agire come sostituti d’imposta in Italia. Il contribuente, pertanto, deve dichiarare nel modello Unico i redditi derivanti da quei rapporti.

L’Agenzia, ha ribadito quanto già detto nel 2011 per i contratti conclusi sul mercato Forex ritiene che anche i redditi derivanti dalle opzioni binarie - alla luce di quanto chiarito dalla Consob e dalla Commissione europea nel 2012 (cfr “Plusvalenze da opzioni binarie con tassazione sostitutiva al 20%”) - vadano inquadrati tra i redditi diversi ex articolo 67, comma 1, lettera c-quater, del Tuir, soggetti a imposta sostitutiva del 26 per cento (qualora percepiti da persona fisica non imprenditore). La base imponibile è rappresentata “*dalla somma algebrica dei differenziali positivi o negativi, nonché degli altri proventi od oneri, percepiti o sostenuti, in relazione a ciascuno dei rapporti ivi indicati*” come previsto dall’articolo 68, comma 8, Tuir.

A livello dichiarativo i suddetti redditi devono essere indicati nel quadro RT del modello Unico PF, dove andrà autoliquidata l’eventuale imposta dovuta. L’eventuale eccedenza di minusvalenze potrà essere portata in deduzione delle plusvalenze realizzate nelle quattro annualità successive.

L’Agenzia chiarisce anche quali sono i soggetti abilitati nel nostro Paese a “soddisfare” l’opzione per il regime di risparmio amministrato esercitata dal contribuente. La scelta può essere espressa solo in presenza di uno stabile rapporto di mandato, di deposito, custodia o amministrazione presso banche, società di intermediazione mobiliare, società fiduciarie e società di gestione del risparmio residenti in Italia (ovvero presso stabili organizzazioni in Italia degli stessi soggetti non residenti), Poste italiane e agenti di cambio. Tuttavia, se il contribuente si avvale di broker esteri (che non possono agire come sostituti d’imposta in Italia), i redditi vanno dichiarati nel quadro RT, sezione II, righe da RT21 a RT30.

(Agenzia delle Entrate, Risoluzione n.71/E del 1 settembre 2016)

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

GIURISPRUDENZA

Spese legali deducibili solo con l'esaurimento dell'incarico

La Corte di cassazione ha statuito che le spese legali diventano deducibili dal reddito d'impresa solo con l'esaurimento dell'incarico del professionista.

Nel caso di specie, una società aveva dedotto nel periodo di imposta 2002, tra l'altro, costi per prestazioni di assistenza legale relativi a una causa ancora in corso. L'ufficio aveva contestato tali oneri in quanto costi non di competenza per prestazioni relative a causa pendente, atteso che gli stessi non erano deducibili dal reddito di impresa se non a prestazione ultimata.

La Corte suprema, dando ragione all'erario, stabilisce il principio di diritto che il corrispettivo della prestazione del professionista legale e la relativa spesa si considerano rispettivamente conseguito e sostenuta quando la prestazione è condotta a termine per effetto dell'esaurimento o della cessazione dell'incarico professionale.

Pertanto, non essendosi conclusa la controversia giudiziaria, il componente negativo di reddito, non risultava ancora maturato e, quindi, non poteva essere dedotto.

Tali regole sull'imputazione temporale dei componenti del reddito sono tassative e inderogabili, non essendo consentito al contribuente di ascrivere a proprio piacimento un componente positivo o negativo del reddito a un esercizio diverso da quello individuato dalla legge come esercizio di competenza (cfr Cassazione, 27296/2014).

In conclusione, nella pronuncia in esame, la Cassazione puntualizza – sulla scorta dell'inequivoco dato normativo – che qualsiasi prestazione professionale possa essere dedotta solo all'ultimazione dell'incarico, e non a stato di avanzamento.

(Corte di Cassazione nella sentenza n. 11 agosto 2016, n. 16969)

VARIE

Anagrafe delle Onlus - Online gli elenchi dei soggetti iscritti

Sono disponibili sul sito internet dell'Agenzia delle Entrate gli elenchi delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale iscritte nell'Anagrafe delle Onlus al mese di luglio 2016. La pubblicazione riguarda la denominazione, il codice fiscale, la sede legale e il settore dove l'organizzazione iscritta svolge la propria attività. Considerato il numero elevato delle Onlus (21.702 soggetti), per rendere più agevole l'individuazione delle singole organizzazioni, l'elenco è stato suddiviso in base alla regione dove risulta essere la sede legale della Onlus.

Gli elenchi sono consultabili online sul sito www.agenziaentrate.gov.it, nella sezione Cosa devi fare > Richiedere > Iscrizione Anagrafe delle ONLUS > Elenco Onlus.

In questi elenchi non sono ricomprese le cosiddette "Onlus di diritto", cooperative sociali e organizzazioni di volontariato, in quanto questi soggetti sono iscritti in base alla tipologia nell'Albo delle società cooperative gestito dal Ministero dello Sviluppo economico e nei Registri delle organizzazioni di volontariato istituiti dalle regioni e dalle province autonome competenti.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 16/2016

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

La diffusione di queste informazioni risponde all'esigenza di individuare agevolmente gli effettivi soggetti che rivestono la qualifica di Onlus cui destinare erogazioni liberali o attività volontarie. Ciò garantisce una maggiore sicurezza, consentendo ai cittadini di destinare le proprie risorse verso gli enti per i quali è avvenuto il riconoscimento di Onlus da parte dell'Agenzia delle Entrate.

L'Agenzia ricorda anche che i contribuenti che effettuano erogazioni liberali alle Onlus presenti in questi elenchi potranno fruire, a scelta, della detrazione dall'imposta lorda del 26%, fino ad un importo massimo di 30mila euro annui delle donazioni fatte, oppure potranno dedurre gli importi nel limite del 10% del reddito complessivo e, comunque, nella misura massima di 70mila euro.

(Agenzia delle Entrate, comunicato stampa del 28 luglio 2016)

MODALITÀ DI ABBONAMENTO

La rivista *Il Nuovo Diritto delle Società* viene distribuita previa sottoscrizione di un abbonamento annuale, che comprende 24 numeri al costo di 120,00 euro.

In seguito alla sottoscrizione, all'abbonato vengono assegnati una *username* ed una *password*, che consentono di accedere all'archivio storico della *Rivista* nonché alla banca dati Documenti NDS, presenti sul sito di *Italia Oggi* (www.italiaoggi.it).

L'abbonamento può essere richiesto:

- telefonando al numero verde 800-822195
- inviando un *fax* al numero verde 800-822196.

In entrambi i casi, è necessario allegare alla richiesta di abbonamento i dati anagrafici e un indirizzo di posta elettronica al quale inviare i numeri della *Rivista* più:

- la fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl - via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano;
- oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Per informazioni e/o segnalazioni contattare il Servizio Clienti al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

ItaliaOggi Editori - Erinne srl - Via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano
Telefono 02/58219.1 - Telefax 02/58317598 - email: mlongoni@class.it
Direttore responsabile ed editore Paolo Panerai (02/58219209)

Tariffe abbonamenti: euro 120,00
(abbonamento annuale 24 numeri)
Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti
telefonare al numero verde 800-822195
oppure inviare un fax al numero verde 800-
822196 allegando, oltre alla richiesta di
abbonamento con i propri dati anagrafici,
fotocopia dell'assegno non trasferibile
intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl -
via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano,
oppure fotocopia del bonifico bancario
intestato a Banca Popolare di Milano,
agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano -
IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori - Erinne
srl - via Marco Burigozzo 5 - 20122
Milano, numero verde 800-822195.
Vendita esclusiva per abbonamento.
Servizio Abbonamenti: per informazioni
e/o segnalazioni comporre il numero verde
800-822195 oppure inviare un fax al
numero verde 800-822196.
**Concessionaria esclusiva per la
pubblicità:** Class Pubblicità S.p.A, via
Marco Burigozzo 8 - 20122 Milano Tel.
02/58219500-23 - Fax: 02/58219560 -
Presidente: Angelo Sajevo

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

Registrazione al Tribunale di Milano n. 618 del 8-11-2002 - Direttore Responsabile: Paolo Panerai

© Tutti i diritti sui dati, le informazioni, i materiali contenuti nella rivista sono riservati a ItaliaOggi Editori - Erinne srl; è vietato pertanto, in via meramente esemplificativa e comunque non esaustiva, copiare, vendere, rivendere e comunque sfruttare a fini commerciali il contenuto della rivista, o di una sua qualunque parte, senza il consenso scritto di ItaliaOggi Editori - Erinne srl.