

Responsabilità dell'impresa e "contratto sociale": una critica.*

Francesco Denozza

1. Oggetto e limiti della responsabilità sociale dell'impresa.

In questo lavoro intendo occuparmi di un insieme di tesi che tentano di dare alla responsabilità sociale dell'impresa un fondamento "contrattualista"¹ (nel senso che chiarirò tra breve).

* Questo lavoro è destinato agli studi in onore di Piergaetano Marchetti

¹ Cfr. T. DONALDSON- T.W. DUNFEE, *Ties that bind, A Social Contracts Approach to Business Ethics*, Harvard Business School Press, 1999, p.25ss.; R. E. FREEMAN- W. EVAN, *Corporate Governance: A Stakeholder Interpretation*, 19 *Journal of Behavioural Economics*, 337, (1990); R.E.FREEMAN, *The Politics of Stakeholder Theory: Some Future Directions*, 4 *Business Ethics Quarterly*, 409 (1994). T. DUNFEE, *A Critical Perspective of Integrative Social Contract Theory: Recurring Criticism and Next Generation Research Topics*, *Journal of Business Ethics*, 2006, <http://lgst.wharton.upenn.edu/dunfeet/Documents/Articles/CriticalPerspectivesJBE.pdf>. La tesi ha dato origine ad un amplissimo dibattito di cui non è possibile dare qui conto compiutamente. V. per una prima informazione, T. DONALDSON, *Book review dialogue: Tightening the Ties that Bind, defending a contractarian approach to business ethics*, *American Business Law Journal*, 1 aprile 2000; T.DONALDSON-T.DUNFEE, *Precis for Ties That Bind*, 105 *Busines and Society Rev.* 436 (2000); S. SALBU, *Ties That Bind: ISCT as a Procedural Approach to Business Ethics*, ibidem, 444 ss.W. FREDERICK, *Pragmatism, Nature and Norms*, ibidem, 467; B. WEMPE, *On the use of the social contract model in business ethics*, 13 *Business Ethics: A European Review*, 332 (2004); R. MARENS, *Returning to Rawls: Social Contracting, Social Justice, and Transcending the Limitations of Locke*, 75 *Journal of Business Ethics*, 63 (2007); G. SOLLARS, *The Corporation as Actual Agreement*, 12 *Busines Ethics Quarterly*, 351 (2002);

Il tema è stato originalmente rielaborato nella dottrina italiana da L. SACCONI, *Economia, etica, organizzazione: il contratto sociale dell'impresa*, Laterza, 1997; Id., *Introduzione in Guida critica alla responsabilità sociale d'impresa*, Bancaria editrice 2005; Id., *A social Contract Account for CSR as an Extended Model of Corporate Governance, I Rational Bargaining and Justification*, in *Journal of Business Ethics*, 2006, 259ss. *II Compliance, Reputation and Reciprocity*, ibidem, 2007, 77ss.

Nella dottrina giuridica l'impostazione più affine è quella, pur filosoficamente molto meno raffinata, di M.M. BLAIR-L.A. STOUT, *A Team Production Theory of Corporate Law*, 85 *Virginia Law Review*, No. 2, March 1999; M.M. BLAIR-L.A. STOUT, *Director Accountability and the Mediating Role of the Corporate Board*, <http://papers.ssrn.com/abstract=266622>; su cui vedi le osservazioni critiche di A.J. MEESE, *The Team Production Theory of Corporate Law: a Critical Assessment*, in *William and Mary Law Review* (March 2002), disponibile a http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-90424_ITM. Più recentemente v. ancora L.A.STOUT, *The Mythical Benefits of Shareholder Control*, 93 *Virginia Law Rev.*, 789ss. (2007).

Nella dottrina giuridica italiana la tesi è stata recentemente esaminata da M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv.Soc.* 2009,1ss., a p.23; R. COSTI, *La responsabilità sociale dell'impresa e il diritto azionario italiano*, in *La responsabilità dell'impresa*, Giuffrè, 2006, 83ss. a p.96; A. BALDASSARRE, *La responsabilità etico-sociale dell'impresa privata*, in *La responsabilità sociale dell'impresa*, a cura di G. Conte, Laterza, 2008, 28ss., a p.35.

Credo però che chi interviene nel dibattito sulla responsabilità sociale dell'impresa abbia oggi l'onere preliminare di chiarire esattamente di cosa sta parlando e da quali presupposti sta affrontando l'argomento. Nel dibattito attuale confluisce, infatti, una enorme varietà di prospettive, a volte sconfinanti nella pura retorica, e il riferimento a qualche semplice definizione è in genere del tutto insufficiente a chiarire quali siano l'oggetto e le coordinate del discorso che si intende affrontare. Meno di tutte serve allo scopo la banale definizione contenuta nei documenti europei in argomento².

Cercherò di precisare la prospettiva da cui muove questo scritto partendo da una delle cose che sono maggiormente assenti in questo dibattito, e cioè il riferimento a casi concreti che consentano di comprendere appieno le implicazioni delle varie tesi proposte.

Un primo tema di riflessione può essere offerto da una descrizione pur molto succinta dei problemi connessi allo sfruttamento delle risorse petrolifere del delta del Niger, e in particolare del comportamento tenuto in questo contesto da Shell³. Molto criticata per l'atteggiamento in passato tenuto nei confronti della popolazione del delta, in particolare in occasione delle tragiche vicende di cui fu vittima il leader degli Ogoni Ken Saro-Wiwa, Shell decide, anche in funzione preventiva di sabotaggi e attentati, di instaurare un rapporto diretto con le comunità locali, che diventano di fatto beneficiarie di parte dei profitti, ad esse direttamente trasferiti da Shell. Ciò finisce per creare tensione a livello nazionale, stante che uno dei problemi della Nigeria riguarda proprio la definizione dei criteri che presiedono alla spartizione dei proventi delle attività di coltivazione del petrolio tra le varie etnie dislocate sull'intero territorio (e quindi in zone anche molto distanti dal delta).

Secondo caso. Alcuni anni fa Nike fu oggetto di aspre critiche sostenute dall'accusa di essersi comportata scorrettamente nei confronti dei suoi dipendenti in paesi sottosviluppati⁴. Tra le

² Nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo, del marzo del 2006, la responsabilità sociale dell'impresa è definita come "l'integrazione su base volontaria dei problemi sociali e ambientali delle imprese nelle loro attività commerciali e nelle loro relazioni con altre parti", v G. DE FERRA, *La responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.* 2008, 349, a p. 350, LIBERTINI, nota1, p.19.

Questo vuol dire che le norme aventi ad oggetto l'imposizione di obblighi (ad. es. quello di fornire nei documenti di bilancio informazioni socialmente rilevanti) non hanno nulla a che fare con il tema della responsabilità sociale dell'impresa? (per una storia critica di come si è giunti ad enfatizzare il requisito della volontarietà, cfr. M. HOPKINS, *Corporate Social Responsibility & International Development*, Earthscan, 2007, p.25 ss). Critico nei confronti di questa definizione anche V. BUONOCORE, *Mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Mercato ed etica*, a cura di Paola D'Addino Serravalle, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, 101, a p.103s. Ne sottolinea la "grande genericità" A. ANTONUCCI, *La responsabilità sociale d'impresa*, *NGCC*, 2007, II, 119, a 126.

³ Un riassunto di queste vicende in D.LITVIN, *Gli imperi del profitto*, tr.it. Garzanti, 2007, p. 301ss. V. anche D. WHEELER-H.FABIG-R. BOELE, *Paradoxes and Dilemmas for Stakeholder Responsive Firms in the Extractive Sector: Lessons from the Case of Shell and the Ogoni*, 39 *Journal of Business Ethics*, 297 (2002).

scorrettezze a varie riprese imputate a Nike c'era anche quella di avere sfruttato- più o meno indirettamente- lavoro minorile nella produzione di palloni in Pakistan. Come è noto Nike reagì instaurando un rigido regime di controllo sui suoi sub-fornitori e dando ampia e pubblica informazione sui suoi comportamenti. Il risultato è stato che il lavoro minorile prima impiegato da Nike (sembra qualche migliaio di unità circa) è confluito nei più di tre milioni di bambini che abitualmente svolgono in Pakistan lavori umilianti e tossici⁵.

Terzo caso. La Johnson & Johnson, nota precorritrice nel cammino sulla via della responsabilizzazione sociale, emanò parecchi decenni fa un documento, denominato Credo, in cui vengono fissati i principi fondamentali ispiratori della politica dell'azienda. Alcuni anni orsono un dipendente, assumendo di essere stato licenziato per avere denunciato una carenza di controlli su un prodotto, tenta di far valere in giudizio uno dei principi relativi al rapporto con il personale dipendente. Nonostante il verdetto della giuria favorevole al lavoratore, la Corte decide nel senso che il principio affermato nel Credo è troppo generico per poter fondare un'obbligazione giuridicamente vincolante⁶.

Ultimo caso. Alcuni mesi fa British Petroleum, considerata benemerita tra le compagnie petrolifere per essere stata una delle prime ad abbracciare la causa dello sviluppo sostenibile⁷, presenta i suoi conti di periodo, stupisce favorevolmente tutti gli analisti ed innesca un rialzo

⁴ Molte delle accuse sono riassunte in *Kasky v. Nike, Inc.*, 45 P 3d 243, 248 (Cal. 2002), sentenza emessa nel procedimento per false attestazioni intentato dal sig. Kasky contro Nike che si era difesa negando, su pagine di giornali appositamente acquistate, gli addebiti.

⁵ LITVIN nota3, p. 293ss. ricorda (p.295) che persino qualche originario accusatore di Nike ebbe a cambiare idea rilevando che in fondo tutta l'operazione aveva avuto come risultato quella di spostare il lavoro minorile da una marca occidentale esposta ai sussulti della coscienza dei propri cittadini, a sconosciute imprese pakistane libere di ricorrere a qualsiasi sistema di sfruttamento senza turbare la coscienza di nessuno.

⁶ *Tripodi v. Johnson & Johnson*, 877 F. Supp. 233 (D.N.J. 1995) ("The Credo's statements.... Lack the specificity and detail required to justify employee reliance").

V. anche Superior Court of New Jersey, December 26, 2001, *Deborah Flizack v. Good News Home for Women Inc.*, http://www.romingerlegal.com/new_jersey/appellate/a2133-00.opn.html ("The credo did not contain the level of detail that one might reasonably expect in a binding contract"); U S Court of Appeals, sixth circuit, December,7, 2001, *Ullmo v. Gilmour Academy*,<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=6th&navby=case&no=01a0416p> ("Gilmour's Handbook is too general and aspirational to constitute an enforceable promise").

Del resto lo stesso art. 6,2 della direttiva 2005/29/CE, considera pratica sleale il mancato rispetto di codici di condotta a condizione che "non si tratti di una semplice aspirazione ma di un impegno fermo e verificabile".

Sul tema dei codici di comportamento, v. nella dottrina italiana più recente COSTI, nota1, a p. 107 ss. che, sulla scia di N. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità "amministrativa" - codici di autodisciplina)*, *Giur. comm.*, 2003, I, 693, giunge a conclusioni alquanto più ottimistiche di quelle qui enunciate nel testo; LIBERTINI, nota 1, p.20; V. BUONOCORE, *Etica degli affari e impresa etica*, in *Giur.comm.*,2004, I,181; diffusamente G.CONTE, *Codici etici e attività d'impresa nel nuovo spazio globale di mercato*, *Contr. e impr.*, 2006, p. 108ss.

⁷ C. HANDY, *What's a Business For?*, in *Harvard Business Review on Corporate Responsibility*, 2003, 65ss. a p.78.

dei suoi titoli: contrariamente alle aspettative BP è riuscita a licenziare non solo cinquemila dipendenti, ma ben seimilacinquecento⁸.

Quelli esposti sono esempi di imprese che si comportano in modo socialmente responsabile? I problemi suscitati da queste varie vicende hanno a che fare con la responsabilità sociale delle imprese? I problemi stessi sparirebbero se le imprese fossero più responsabili o se qualcuno le costringesse ad esserlo?

Questi interrogativi suggeriscono qualche riflessione. La prima è che esistono problemi che la responsabilità sociale dell'impresa, comunque intesa, non può risolvere (considerazione, ovvia e banale, che non varrebbe la pena di fare, se non fosse che qualcuno sembra investire la responsabilità sociale dell'impresa di virtù salvifiche di portata pressoché universale).

La situazione del delta del Niger sembra un caso esemplare. Per dirla nella maniera più semplice, molti dei problemi esistenti in quella zona sono il frutto della stratificazione di tensioni che trovano la loro origine nella creazione di uno stato sostanzialmente artificiale (la Nigeria, appunto) per opera delle potenze coloniali. È evidente che nessuna impresa, per quanto grande e responsabilizzata, può risolvere tali problemi, e probabilmente neppure trovare soluzioni parziali complessivamente soddisfacenti.

La constatazione è come ho già detto, banale, ma non del tutto inutile. Essa contribuisce a metterci in guardia contro il possibile errore di sopravvalutare le capacità di soluzione dei problemi che possono essere attribuite alla responsabilizzazione delle imprese e ci aiuta a prevenire il rischio che il dibattito relativo diventi uno strumento per oscurare le responsabilità delle autorità politiche. Il rischio è particolarmente grave se la responsabilizzazione delle imprese viene concepita come un obiettivo da perseguire attivando meccanismi sostanzialmente mercantili, con la conseguenza di costringere tutta la discussione nell'angusto dibattito sulla superiorità del mercato nei confronti degli interventi politici. Ribadire che esistono problemi enormi che non possono essere soddisfacentemente risolti dal mercato⁹, e dalla "semplice" responsabilizzazione delle imprese, non sembra perciò fuori luogo.

Una seconda riflessione, suggerita dal secondo caso, è che esistono ambiti nei quali il diritto può non intervenire direttamente ma limitarsi a facilitare l'apertura di eventuali fronti da parte

⁸ C. HOYOS, *Cost-savings help BP to beat expectations*, in *Financial Times*, 28 ottobre 2009.

⁹ Sui limiti strutturali dell'auto governo mercantile e sui deficit di legittimazione delle fonti private in generale, mi permetto di rinviare a F. DENOZZA, *Le fonti private del diritto commerciale tra mercato e politica*, in *Le fonti private del diritto commerciale* a cura di V. Di Cataldo e P. Sanfilippo, Giuffrè, 2008, p.5ss., Id., *Il "ritorno" delle fonti private nella produzione del diritto commerciale attuale*, in *Le matrici del diritto commerciale tra storia e tendenze evolutive*, a cura di S. Rossi e C. Storti, Insubria University Press, 2009, p.53ss

della società civile¹⁰. Il tema dell'informazione e il caso di Nike sono un esempio. Rifiutando alle dichiarazioni di Nike, considerate alla stregua di "commercial speech", la piena protezione offerta dal primo emendamento, la Corte Suprema della California¹¹, contribuì ad indebolire la posizione di quest'ultima e a favorire la transazione che avrebbe segnato la sostanziale vittoria degli accusatori.

Sempre in questa linea si può notare che interventi efficaci possono essere posti in essere anche senza aver previamente risolto i complessi problemi connessi all'eventuale imposizione alle imprese di obiettivi fissati politicamente dall'esterno. Il caso dei codici di condotta è un buon esempio. Qui non si tratta di imporre alle imprese di rispettare l'uno o l'altro interesse dell'uno o dell'altro stakeholder, ma di migliorare le potenzialità di autodifesa degli stakeholders disposti ad attivarsi per tutelare i loro interessi. Interventi volti ad aumentare il grado di vincolatività dei codici di condotta volontariamente elaborati dalle imprese, o ad incrementare il livello di precisione delle informazioni che le imprese devono rendere pubbliche, vanno in questa direzione. Entro certi limiti, l'azione di movimenti di consumatori o di investitori "responsabili" potrebbe a sua volta "responsabilizzare" il comportamento delle imprese dall'esterno, senza chiamare in causa il delicato problema degli obiettivi delle imprese stesse e di una loro eventuale definizione autoritativa¹².

Una terza riflessione riguarda l'esistenza di ambiti sostanzialmente neutrali e inevitabilmente sottratti alla possibile influenza di interventi di responsabilizzazione delle imprese. La decisione strategica se sviluppare o non sviluppare fonti energetiche alternative è un buon esempio. Il fatto che un'impresa si dia autonomamente obiettivi che giudica opportuni, e che appaiono al tempo stesso socialmente apprezzabili, ha poco a che fare con la responsabilità sociale dell'impresa e non mi sembra richiedere interventi legislativi. Viceversa, la pretesa di condizionare attraverso la responsabilizzazione le stesse decisioni strategiche delle imprese mi sembra necessariamente destinata all'insuccesso. Si tratta inevitabilmente di decisioni ad altissimo livello di opinabilità e nessuno sarebbe in grado di giudicare dall'esterno l'esistenza di strategie socialmente più opportune di quelle adottate dalla singola impresa e la loro effettiva praticabilità. Qui non resta che affidarsi alla valutazione complessiva dell'autorità politica e gli interventi legislativi non possono che muoversi nella direzione di facilitare o incentivare dall'esterno le decisioni politicamente valutate come maggiormente auspicabili.

¹⁰ Analogo tentativo di distinguere le diverse tipologie di possibile rilevanza dell'intervento del diritto in D. GALLETTI, *Corporate Governance e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, vol. III, Diritto commerciale, Società, tomo secondo, Giuffrè, 2005, a p. 2636s.

¹¹ *Kasky v. Nike*, nota 4.

¹² Sui limiti intrinseci a tali forme di intervento v. però DENOZZA, *opp. cit.* nota 9, rispettivamente a p. e a p. 65.

Un'ultima riflessione riguarda il rapporto con l'intervento dello Stato nell'economia. Non credo che tra i due fenomeni (responsabilizzazione delle imprese/ intervento dello Stato) esista complementarità o sostituibilità¹³. Da una parte non mi sembra che una forte presenza diretta dello Stato nell'ambito dei servizi pubblici, o anche più estesa, come quella che si è avuta in passato, possa essere in grado di riequilibrare i comportamenti socialmente inopportuni che il mercato non impedisce alle imprese di tenere. Dall'altra, l'intervento dello Stato in veste di regolatore, anziché di agente diretto, incontra limiti tecnici, dovuti al fenomeno (su cui tornerò tra breve) della inevitabile incompletezza di leggi e accordi.

2. Un terreno potenzialmente privilegiato per l'azione della responsabilità sociale delle imprese.

La mia opinione è che il tema della responsabilità sociale delle imprese non c'entri nulla con una grande quantità dei problemi che pure vengono evocati in connessione ad essa, e che esista viceversa un ambito specifico di problemi relativamente circoscritto (almeno rispetto alle aspettative di chi pensa che la reponsabilizzazione sociale delle imprese possa guarire in un istante tutti i mali del capitalismo) in cui essa può trovare una sua appropriata collocazione, in quanto strumento potenzialmente privilegiato, se non addirittura esclusivo, per la loro soluzione.

Penso ai problemi che sorgono quando coloro che detengono il potere all'interno delle imprese, posti di fronte a differenti, specifiche, alternative decisionali , abbiano la possibilità di scegliere tra diverse linee di condotta, nessuna espressamente vietata dalla legge. Si tratta qui di stabilire se sia in questi casi possibile e utile l'introduzione di meccanismi in grado di condizionare dall'interno il potere di coloro che definiscono l'azione delle imprese. Il problema della responsabilità sociale delle imprese si definisce così, a livello giuridico, come un problema di eventuale limitazione (legale) del potere dei managers, e degli azionisti, operante dall'interno, e cioè al livello della definizione (da parte del legislatore) della funzione obiettivo cui costoro devono ispirare le loro scelte.

Come è ben noto, una tesi molto diffusa ritiene che gli interessi degli stakeholders non debbano partecipare alla definizione della funzione obiettivo dell' impresa, identificata invece con la massimizzazione del c.d. shareholder value. In questa prospettiva gli interessi degli stakeholders, diversi dai soci, possono trovare protezione solo in interventi legislativi che pongono limiti esterni al potere dei dirigenti dell'impresa. Nessuno spazio quindi per una

¹³ Inquadra i problemi della responsabilità sociale dell'impresa in un più ampio dialogo tra compiti dello stato e funzioni attribuite al mercato, LIBERTINI, nel saggio cit. a nota 1.

responsabilizzazione intesa come fissazione di una funzione obiettivo che incorpori interessi diversi da quelli dei soci¹⁴.

Questa tesi dà al problema una soluzione che sembra attribuire un ruolo centrale alle autorità politiche, chiamate in causa come l'istituzione cui spetterebbe, in esclusiva, il compito di definire il contenuto degli obblighi che la società decide di imporre alle imprese per responsabilizzarle socialmente. In realtà, la tesi in esame si muove nell'ambito di una visione profondamente mercantile dei rapporti interindividuali.

La visione è quella di un insieme di agenti i quali, nel perseguire strategicamente ciascuno il proprio individuale interesse, creano le istituzioni più adatte al raggiungimento dei loro scopi. Gli amministratori cercano così di aumentare i loro benefici personali, i soci cercano di creare meccanismi (la corporate governance, il mercato del controllo, ecc.) che possano impedirglielo, alcuni stakeholders stipulano contratti normativi (tradizionalmente i lavoratori, oggi anche alcune Pubbliche Amministrazioni), altri stakeholders ricorrono al mercato politico per ottenere una ridefinizione dei diritti proprietari (ad es. per limitare i diritti di inquinamento). Il livello complessivo di responsabilizzazione delle imprese dipende allora dall'esito di questa miriade di contrattazioni.

Il limite pratico di queste concezioni è quello di affidare il risultato a un gioco di rapporti di contrattazione tra attori dotati di volta in volta di differente forza contrattuale e di diversa capacità di vincolare le controparti. Anche a voler lasciare da parte le riserve che si potrebbero nutrire su un simile meccanismo da un punto di vista di giustizia, restano problemi pratici di difficile soluzione. Siamo qui di fronte ad un potere, quale è quello dei soci e degli amministratori, che non nasce da un contratto, ma da dati fattuali. Il dato per cui negli attuali ordinamenti giuridici non si possono costringere i soci a creare imprese, o ad investirvi, e quello per cui non si possono limitare oltre un certo livello i poteri discrezionali degli amministratori¹⁵. Considerata l'esistenza del fenomeno della c.d. incompletezza delle leggi e dei contratti¹⁶, l'uso esclusivo di questi due strumenti, in funzione della limitazione del potere

¹⁴ La trattazione classica del tema si trova (forse ancor più che nel famosissimo scritto di FRIEDMAN, *The social responsibility of Business is to Increase its Profits*, *New York Times Magazine*, 13 Settembre 1970, <http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html>) in JENSEN, *Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function*, 14 *Journal of Applied Corporate Finance*, No 3, Fall 2001.

¹⁵ Richiama l'attenzione sulle molteplici implicazioni di questo dato C. ANGELICI, *La società per azioni e gli "altri"*, relazione presentata al convegno *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, in ricordo di Pier Giusto Jaeger, Milano 9 ottobre 2009, atti in via di pubblicazione.

¹⁶ E' il noto fenomeno per cui né il legislatore, né le parti di un accordo, sono in grado di prevedere e disciplinare tutti gli eventi futuri potenzialmente rilevanti ai fini della realizzazione degli scopi perseguiti dalle norme legali o contrattuali che stanno elaborando. La più completa trattazione di questo tema e delle sue implicazioni si trova notoriamente nelle opere di O. WILLIAMSON, *The Economic*

dei gestori delle imprese, è inevitabilmente destinato a produrre risultati solo parziali. Detto nei termini più semplici, ogni legge e ogni contratto conterrà sempre lacune nelle quali si inserirà il potere discrezionale dei dirigenti delle imprese per approfittarne a proprio vantaggio.

Il che ci conduce al limite teorico di questa impostazione, limite che può essere sintetizzato nel fatto che qui il potere viene immaginato come, ed equiparato ad, una “cosa” suscettibile di essere comprata e venduta come qualsiasi merce. Non sono in grado di riprendere qui la compiuta critica di questa impostazione che ho tentato di sviluppare altrove¹⁷. Mi limito ad affermare la mia convinzione per cui i problemi di potere vanno affrontati utilizzando non le categorie elaborate dalla scienza economica, ma quelle elaborate dalla scienza politica¹⁸.

3. La responsabilità sociale dell'impresa nella teoria del “contratto sociale”.

In questa prospettiva tra le molte tesi che si contrappongono alla teoria dello shareholder value, meritano a mio avviso particolare rilievo quelle che intendono fondare l'obbligo per soci e amministratori di tener conto anche degli interessi degli altri stakeholders, su un ipotetico contratto, non dissimile da quello cui fanno riferimento le dottrine politiche del contratto sociale, in grado di definire regole di comportamento che sarebbero state accettate da tutti gli interessati se avessero potuto contrattare ex ante le modalità di governo delle loro reciproche relazioni. Anche se proporrò una critica al merito dell' impostazione in questione, ritengo comunque che essa abbia il pregio di inquadrare i problemi della responsabilità sociale delle imprese nell'appropriato contesto delle dottrine sul potere e che molto si possa comunque apprendere dal confronto con essa.

Le tesi in questione hanno in comune la convinzione (tipica delle dottrine politiche del contratto sociale) circa l'esistenza di regole che in sede di una contrattazione ex ante, anteriore cioè al verificarsi del caso che richiede l'applicazione della regola, sarebbero state accettate da tutti i soggetti interessati. A seconda di come si immaginano le condizioni in cui dovrebbe avvenire la contrattazione ex ante, queste regole possono avere un fondamento

Institutions of Capitalism, The Free Press, 1985; Id., *The Mechanisms of Governance*, Oxford University Press, 1995.

¹⁷ F.DENOZZA, *Diritto e potere in un mondo senza costi di transazione: un saggio sulla funzione legittimante della narrativa Coasiana*, in *Riv.Dir.Priv.*, 2009, fasc.2, p. 31ss.

¹⁸ Più diffusamente sul punto, con un tentativo di applicazione al tema dell'interesse sociale, cfr. F. DENOZZA, *L'interesse sociale tra coordinamento e cooperazione*, relazione presentata al convegno *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, in ricordo di Pier Giusto Jaeger, Milano 9 ottobre 2009, atti in via di pubblicazione.

Ritengo in questa prospettiva sbrigativa e non condivisibile la tesi (v. LIBERTINI, nota 1, BALDASSARRE, nota 1) secondo cui le categorie politiche non sarebbero utilizzabili nella soluzione di problemi di diritto privato. Penso al contrario che là dove il diritto deve affrontare problemi di potere, anche se si tratta del potere di privati, non possa rinunciare a priori a servirsi degli strumenti analitici elaborati dalla scienza politica.

tendenzialmente utilitaristico (si tratterebbe cioè delle regole più utili per tutti) o un fondamento tendenzialmente equitativo (si tratterebbe delle regole che tutti avrebbero riconosciuto come giuste). Classificare le singole teorie nell'una o nell'altra categoria non è sempre agevole, posto che i due fattori di valutazione necessariamente si intrecciano. Nessuno riconoscerebbe come giusta una regola che non fosse utile per nessuno o che imponesse a lui (o ad altri) sacrifici sproporzionati ai benefici che se ne possono ricavare. Senza entrare in dibattiti troppo complessi, e restando al tema della responsabilità sociale delle imprese, l'idea di fondo, condivisa dalle tesi che stiamo esaminando, è che esista un interesse comune a che sia realizzata tra tutti gli stakeholders la miglior collaborazione possibile, intesa come quella che massimizza il surplus complessivamente ricavabile dalla collaborazione stessa.

Il perseguimento di questo interesse comune dovrebbe suggerire l'adozione (nella contrattazione ex ante) di regole che impediscano al singolo partecipante al progetto di approfittare delle situazioni di potere in cui venga ex post a trovarsi, per impadronirsi di una quota sproporzionata dei benefici derivati dalla collaborazione. Regole, cioè, che impediscano quello che viene usualmente indicato come un comportamento opportunistico da parte di uno dei partecipanti al progetto. Si ritiene evidente che in assenza di regole di questo tipo i partecipanti più esposti al rischio di essere vittime di comportamenti opportunistici (nel nostro caso gli stakeholders diversi dai soci) doserebbero al ribasso i loro investimenti nella collaborazione, in modo da prevenire il rischio, o da ridurre gli effetti, del verificarsi dell'evento temuto. Ciò inciderebbe negativamente sul risultato complessivo.

L'introduzione a carico dell'agente (socio o manager) di un dovere fiduciario nei confronti di tutti gli stakeholders¹⁹, potrebbe prevenire l'adozione di comportamenti opportunistici e avrebbe perciò la funzione di migliorare il livello della disponibilità a collaborare da parte degli altri stakeholders e di assicurare conseguentemente risultati complessivi migliori. Questa è la ragione per cui in una contrattazione ex ante (prima del verificarsi della situazione che rende possibile il comportamento opportunistico) anche i soci accetterebbero una regola che limita il loro potere, li vincola fiduciariamente agli altri partecipanti e vieta, anche a loro, comportamenti opportunistici.

Come si vede, in questa impostazione i vincoli connessi alla responsabilizzazione dell'impresa non sarebbero fondati sulla necessità di tutelare interessi pretesi superiori a quelli dei soggetti coinvolti, come avviene in un modo o nell'altro in tutte le tesi tradizionalmente classificate come istituzionaliste²⁰, ma sarebbe fondata sull'esistenza di un

¹⁹ Contrariamente all'interpretazione che ne dà LIBERTINI, nota1, le tesi in questione non si muovono esclusivamente sul piano etico, ma vorrebbero fondare equitativamente - o utilitaristicamente, come nelle elaborazioni di Blair e Stout ricordate alla nota 1- obblighi di natura giuridica collocabili nella categoria dei doveri fiduciari.

²⁰ Il punto è ben sottolineato da COSTI nota1.

loro interesse comune ad ottenere il miglior coordinamento possibile, e sulla conseguente presunta disponibilità ad accettare (ex ante) tutte le regole in grado di realizzare questo comune obiettivo.

Le indicazioni ricavabili dalla considerazione di questo interesse comune dovrebbero essere ovviamente concretizzate in rapporto alle diverse specifiche alternative che si pongono nella vita dell'impresa. Questo sarebbe compito precipuo del consiglio di amministrazione. Quest'ultimo viene concepito non più come il garante dell'allineamento tra l'interesse dei managers e l'interesse dei soci (come nelle concezioni che fanno riferimento allo shareholder value) ma come l'organo che ha il compito di mediare tra i diversi interessi che possono entrare in conflitto in singole decisioni e di assicurare che il compromesso sia tale da non scoraggiare il mantenimento di un adeguato livello di collaborazione²¹.

4. I limiti dell'impostazione "contrattualista".

La tesi in questione, come tutte le tesi in materia di responsabilità sociale delle imprese, può essere giuridicamente valutata da due punti di vista. Il primo attiene al confronto con il diritto vigente. Si tratta qui non tanto di stabilire- come in genere avviene con le teorie giuridiche- se la tesi sia compatibile con il diritto vigente o se sia in grado di darne una descrizione o una spiegazione migliore di quelle fornite da tesi alternative. Generalmente le tesi in materia di responsabilità sociale dell'impresa- e questa non fa eccezione- si muovono ad un livello di astrazione tale per cui il loro rapporto con le norme di un qualsiasi definito ordinamento non consente giudizi del tipo incompatibilità con le, oppure imposizione da parte delle, norme vigenti.

In effetti, la tesi per cui gli amministratori dovrebbero tener conto di un interesse (alla ottimizzazione della collaborazione tra tutti gli stakeholders) comune anche ai soci non è in astratto assolutamente incompatibile né con le norme del nostro ordinamento, né con le caratteristiche fondamentali di tutti gli ordinamenti principali.

Il giudizio va impostato a mio avviso non in termini di astratta compatibilità o incompatibilità, ma in termini di opportunità.

Se valutati da questo punto di vista, ritengo che gli argomenti a favore della tesi in esame non siano molto solidi²². L'idea di attribuire al consiglio di amministrazione il compito di mediare tra gli interessi che possono entrare di volta in volta in conflitto, anche se magari compatibile con il diritto vigente, non sembra in verità opportuna. In un contesto, che è quello più diffuso a livello internazionale, in cui il consiglio di amministrazione è nominato dai soci (o

²¹ In questo senso soprattutto BLAIR-STOUT, *Director Accountability*, supra, nota 1.

²² Le critiche che seguono riflettono quelle già mosse a tale impostazione in F. DENOZZA- A. STABILINI, *CSR and Corporate Law: The Case for Preferring Procedural Rules*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1117576

comunque non da tutti gli stakeholders), le possibilità che questo organo realizzi un'effettiva mediazione sembrano alquanto scarse. Là dove i soci hanno un effettivo controllo sul comportamento degli amministratori (nel senso che possono revocare o non rieleggere quelli sgraditi) è evidente che ogni mediazione che i soci percepissero come penalizzante nei loro confronti verrebbe più o meno immediatamente sanzionata.

Là dove i soci non avessero un controllo così immediato sulle scelte degli amministratori, si porrebbe il problema di fare i conti con gli interessi degli amministratori stessi. Non si vede infatti perché essi dovrebbero essere interessati a realizzare mediazioni equilibrate, anziché scegliere le soluzioni che massimizzano la soddisfazione dei loro propri interessi²³.

In sintesi, un mediatore dovrebbe essere o un soggetto scelto di comune accordo tra tutte le parti in conflitto, o un soggetto oggettivamente imparziale in quanto totalmente privo di interessi personali all'esito della mediazione. Gli amministratori delle attuali società per azioni non sembrano avere nessuna di queste due caratteristiche in nessuno degli ordinamenti rilevanti.

A ciò si può aggiungere che anche dal punto di vista, giuridicamente molto significativo, della risoluzione di eventuali controversie, l'accoglimento della tesi in esame porrebbe problemi di difficoltà tale da rasentare l'insolubilità. Allo stato attuale dell'elaborazione in materia, non mi sembra che in nessun ordinamento rilevante esistano gli strumenti, legislativi e concettuali, che potrebbero consentire ad un giudice di risolvere correttamente una controversia avente ad oggetto la legittimità della mediazione in concreto realizzata dagli amministratori di una specifica società. E' già spesso difficile per un giudice valutare se gli amministratori (o i soci di maggioranza) hanno agito nell'interesse comune dei soci. Il compito di accertare se la mediazione con altri interessi in concreto realizzata sia stata la migliore possibile diventerebbe addirittura proibitivo.

Detta in maniera sintetica e brutale, il verosimile risultato dell'accoglimento della tesi in esame sarebbe, allo stato attuale di sviluppo dei vari ordinamenti, un enorme allargamento dei poteri discrezionali degli amministratori senza alcuna garanzia che tali accresciuti poteri vengano utilizzati per proteggere gli stakeholders e non vengano piuttosto utilizzati per incrementare la soddisfazione degli interessi degli stessi amministratori o dei soci che li hanno nominati.

Queste considerazioni non esauriscono tuttavia il discorso. Anche questa, come molte altre teorie in materia di responsabilità sociale dell'impresa, possiede una componente programmatica che trascende i problemi di compatibilità con il diritto vigente. Da questo

²³ Tanto più in un contesto in cui l'identificazione del manager con l'impresa da lui amministrata è reso molto labile dalla frequenza nel ricambio degli amministratori. Sull'evoluzione dei ritmi del turnover dei vertici v. S.KAPLAN- B. MINTON, *How Has CEO Turnover Changed?* <http://faculty.chicagobooth.edu/steven.kaplan/research/km.pdf>

punto di vista si tratta allora di valutare se il fondamento della componente programmatica della teoria in esame sia così coerente e attraente da giustificare un impegno a sviluppare le categorie teoriche, e la stessa disciplina vigente, in una direzione conforme alle esigenze e alle indicazioni da essa provenienti .

Il tema può essere diviso in due parti che riflettono anche due diversi livelli di elaborazione della teoria in esame. Esiste infatti un profilo empirico, che attiene al realismo delle assunzioni di fatto su cui la teoria si basa. In particolare, l'assunzione per cui tutte le parti coinvolte sarebbero interessate a un miglioramento del coordinamento al fine di rendere possibile la produzione di un surplus maggiore. Esiste poi un profilo etico, che attiene alla possibilità di fondare razionalmente un processo di scelta che conduca a risultati giusti.

Dal primo punto di vista, il problema principale sorge da una semplice constatazione, e cioè che alcune delle parti coinvolte potrebbero preferire soluzioni che non massimizzano il surplus complessivo, ma assicurano loro benefici maggiori di quelli che ricaverebbero da soluzioni più efficienti. Per dirla in termini semplici, esiste la possibilità che alcuni preferiscano non la soluzione che produce la torta più grande, ma quella che produce la fetta più grande per loro. Fuor di metafora, soci e managers potrebbero preferire una soluzione che consente loro di mantenere intatto il loro potere discrezionale anche a costo di ridurre in tal modo il livello di impegno degli altri stakeholders. Poiché non sono prevedibili tutte le circostanze in cui essi potrebbero giovare di un maggior impegno spontaneo (non coartato da accordi o da asimmetrie nel potere di fatto esercitabile) degli altri stakeholders, la conservazione del potere di tenere comportamenti opportunistici potrebbe valere, per loro, di più della rinuncia.

Non è detto che gli altri stakeholders siano in grado di rinunciare ad una parte della fetta che spetterebbe loro in caso di torta più grande in modo da offrire a soci e managers un compenso che li induca a rinunciare, a loro volta, al loro potere. La convenienza di questa transazione dipende da una serie di imprevedibili circostanze empiriche e non esiste perciò alcuna garanzia che essa venga effettivamente stipulata²⁴. Se soci e managers ritengono che potranno in genere ottenere la collaborazione degli altri stakeholders con mezzi di natura costrittiva, non avranno alcun interesse a rinunciare al loro potere solo per assicurarsi maggiori guadagni al verificarsi delle rare occasioni in cui non potranno operare via costrizione e dovranno ricorrere alla collaborazione spontanea.

Per superare questa difficoltà occorre immaginare che la contrattazione originaria avvenga in una situazione in cui nessuno dei contraenti può prevedere né se avrà maggiori probabilità di imporre o di subire comportamenti opportunistici, né quali siano i costi e i benefici che potrà

²⁴ Ho trattato questo problema in termini generali in DENOZZA, nota 13.

ricavare dall'una o dall'altra situazione. Ci avviciniamo così alla contrattazione ipotizzata da Rawls, e cioè ad una contrattazione che avvenga sotto il c.d. velo di ignoranza²⁵.

La difficoltà di trasporre qui il meccanismo di contrattazione ipotizzato in via generale da Rawls nasce però dal fatto che nel caso della responsabilità sociale dell'impresa occorre immaginare una contrattazione non tra individui astratti, ma tra individui che sono destinati a ricoprire un ruolo predefinito, quale, appunto, quello di (uno dei tanti possibili) stakeholder o quello di socio o di gestore di un'impresa. Deve essere data cioè per scontata l'esistenza di definiti rapporti di produzione²⁶, al di fuori dei quali un tema di responsabilità sociale dell'impresa potrebbe addirittura non porsi. Il fatto che una contrattazione alla Rawls possa funzionare in un simile contesto è improbabile.

Affinché la contrattazione originaria possa dare i frutti sperati, le parti devono avere la possibilità di concordare su qualsiasi istituzione che sia ritenuta in grado di meglio realizzare i principi di giustizia che ritengano di condividere²⁷. La contrattazione ipotizzata da Rawls non esclude a priori che la soluzione più giusta possa comportare, ad es., la proprietà delle imprese da parte dei lavoratori²⁸.

Se si vincola l'esito della contrattazione al fatto che comunque debbano esistere ruoli quale quello dello stakeholder e del capo dell'impresa (debbano essere cioè rispettati determinati rapporti di produzione) il raggiungimento di un accordo sulla creazione di istituzioni giuste non è più garantito. Anche se fosse ignota l'identità di chi andrà a ricoprire il ruolo di capo dell'impresa e chi quello di stakeholder²⁹, alcuni potrebbero ragionevolmente preferire una

²⁵ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, original edition, Harvard University press, 1971, p.136 ss.

²⁶ Il tema relativo a quanto la posizione originaria di Rawls sia influenzata o sia compatibile con i tipici rapporti di produzione capitalistici è ricorrente nelle critiche marxiste al suo pensiero. Cfr. A.E.BUCHANAN, *Marx and Justice, The Radical Critique of Liberalism*, Rowman & Allanheld, 1982, p.142ss.; R.W. MILLER, *Rawls and Marxism*, in *Reading Rawls*, Stanford University Press, 1989, 206 ss.

²⁷ Secondo RAWLS, nota 25, si tratterebbe, come è ben noto, del principio per cui deve essere assicurata la massima libertà per ciascuno con il solo limite di riconoscere analoga libertà per gli altri e di quello per cui le disuguaglianze possono essere giustificate solo dal fatto che sono necessarie per assicurare il miglioramento della condizione dei più svantaggiati

²⁸ Un'economia totalmente pianificata sarebbe incompatibile con i principi di giustizia di Rawls, (nota 24, p.272) per contrasto con i diritti di libertà. Un'economia socialista di mercato è invece compatibile pienamente (p. 272).

In argomento v. S. FREEMAN, *Rawls*, Routledge, 2007, p. 220ss. Nell'impostazione di DONALDSON-DUNFEE, *Ties that bind*, nota 1, p. 37, agli individui dovrebbe essere garantita la possibilità di scegliere i gruppi economici ai quali affiliarsi, ma non (a quanto sembra) quella di ridisegnare le caratteristiche dei vari gruppi presenti nella società.

²⁹ Questo è il livello del velo di ignoranza ipotizzato da DONALDSON- DUNFEE, nota 1, p. 26. FREEMAN-EVAN, nota 1, p.353, immaginano una situazione in cui lo stakeholder non conosce "which particular stakes he or she actually holds in the corporation". Non coglie perciò nel segno la critica di BALDASSARRE, nota 1, 35, che sembra supporre l' assenza del velo d'ignoranza che invece

lotteria rischiosa ad un appiattimento delle poste, e scegliere perciò una società in cui coloro che si trovano nella posizione di capi dell'impresa sono liberi di decidere se e quando tenere comportamenti opportunistici.

A mio avviso il ricorso ad una procedura di tipo contrattuale implica l'accettazione della possibilità che vengano contrattati non solo i rapporti tra i ruoli, ma la stessa configurazione dei medesimi. Nella specie, implica la possibilità di contrattare una ridefinizione dei rapporti di produzione da cui dipende l'esistenza dei ruoli di capo dell'impresa, di lavoratore subordinato e di stakeholder. Con il che usciamo dal tema della responsabilità sociale dell'impresa, come qui definito, e siamo costretti a prospettare la possibilità di modifiche dell'attuale assetto dei rapporti di produzione che sembrano decisamente fuoriuscire dall'orizzonte in cui si muovono tutte le teorie della responsabilità sociale e addirittura dall'orizzonte delle cose nell'immediato possibili.

5. Quali prospettive per la responsabilità sociale dell'impresa?

La critica alle tesi "contrattualiste" della responsabilità sociale dell'impresa suggerisce tre riflessioni generali.

La prima è che il contesto appropriato in cui questo tema va collocato è un contesto di conflitto. L'idea di poter eliminare in un modo o nell'altro il conflitto tra perseguimento del profitto e tutela degli stakeholders è illusoria. Non ci riesce, come si è visto, la tesi per cui tutti sarebbero ugualmente interessati alla produzione della torta più grande, meno ancora ci riesce la tesi, oggi molto di moda, per cui nel lungo periodo si avrebbe un sostanziale allineamento di tutti gli interessi in gioco, o almeno una sostanziale riduzione del conflitto. A meno di non pensare, (con Keynes³⁰), al lungo periodo come a quello in cui saremo tutti morti, e i conflitti non esisteranno più per definizione, il riferimento al lungo periodo non è una formula magica per far sparire i conflitti. Ammesso che si possa definire cosa si intende per lungo periodo, se immaginiamo che esistano alcuni individui che per loro necessità (hanno bisogni impellenti), per predisposizione al rischio o anche solo per ignoranza, sono più interessati ai risultati di breve che a quelli di lungo periodo, tutti i problemi si ripropongono nella loro interezza. Chi decide quali e quanti sacrifici bisogna fare oggi per ottenere domani maggiori benefici per tutti? Chi decide chi deve sopportarli? Se davvero esistono motivi razionali per preferire il lungo periodo come mai questa preferenza non si manifesta nel

è presente anche in queste elaborazioni. Il problema, come chiarito nel testo, non è il velo, ma l'accettazione, aprioristica e non modificabile, di rapporti di produzione tipicamente capitalistici.

³⁰ "Now in the long run this is probably true.....But this long run is a misleading guide to current affairs. In the long run we are all dead. Economists set themselves too easy, too useless a task if in tempestuous seasons they can only tell us that when the storm is long past the ocean is flat again" cit. da C. EWALD, *Competition and Innovation: Dangerous Myopia of Economists in Antitrust?*, 4 *Competition Policy International*, n.2, 2008, 253 ss., a p.262.

mercato? E se la preferenza non esiste nel mercato, chi, e come, può essere legittimato ad imporre a tutti la sua?

La seconda riflessione riguarda l'idoneità dello schema contrattuale a inquadrare i problemi che nascono dall'esistenza di questo tipo di conflitti sociali. Decenni di dominio culturale (almeno a livello di dibattito internazionale) dell'analisi economica del diritto ci hanno abituato all'idea che un ruolo centrale spetti al fenomeno dell'incompletezza contrattuale (ampiamente evocato anche nel dibattito sulla responsabilità sociale dell'impresa, come pure qui si è visto).

In realtà la formula dell'incompletezza contrattuale contiene in sé un elemento di contraddizione che la rende sostanzialmente bugiarda. In tanto ha senso riferirsi ad un fenomeno qualificandolo come di natura contrattuale, in quanto si assuma come qualificante il fatto che certi esiti sono il frutto della volontà di due soggetti che si sono accordati per produrli. Se siamo invece in presenza di esiti che non sono il frutto della volontà delle parti, siamo fuori da uno schema "contrattualistico" in senso proprio e il riferimento alla categoria assume una connotazione sostanzialmente mistificatoria (ovviamente non mi riferisco alla categoria giuridica del contratto, che niente impedisce di concepire come caratterizzata da un intreccio di regolamento autonomo e regole imposte dalla legge, ma alla categoria socio-politica).

Con ciò non si vuole negare l'esistenza empirica dei fenomeni descritti sotto la rubrica dell'incompletezza contrattuale. Si vuole negare invece l'opportunità del titolo dato alla rubrica stessa. Per fare un esempio, affermare che la società per azioni è un contratto, o una rete di contratti, però incompleti, credo non aiuti a cogliere l'essenza del fenomeno. Se bisogna ricorrere a meccanismi che risolvono le controversie in modi che hanno con la volontà delle parti un legame solo virtuale, o, a volte, che non hanno con essa legame alcuno, siamo fuori dal contratto e meglio sarebbe che tale dato fosse apertamente riconosciuto³¹.

L'ultima riflessione torna al tema della responsabilità sociale dell'impresa. Ho criticato l'impostazione che conduce a configurare doveri fiduciari dei gestori delle imprese nei confronti degli stakeholders diversi dai soci. Credo che se non ci si vuole rassegnare a lasciare a costoro un potere incondizionato di decidere su tutte le questioni non espressamente risolte dalla legge, un'altra prospettiva possa essere esplorata.

L'ipotesi è che possa essere configurato in capo agli amministratori di società organizzate su base corporativa, non un dovere fiduciario nei confronti di tutti gli stakeholders, ma uno

³¹ Così, continuando nell'esemplificazione, H.HANSMAN, *Corporation and Contract*, in *American Law and Economics Review*, advance access publication, March 17, 2006, parte dall'idea della natura totalmente contrattuale del fenomeno della società per azioni però poi, per spiegare l'enorme incidenza della legislazione, deve ricorrere all'immagine di una "delega" dagli azionista alle autorità statali. In argomento v. anche M.KLAUSNER, *The Contractarian Theory of Corporate law: A Generation Later*, *The Journal of Corporation Law*, 2006, 779ss.

specifico dovere di correttezza consistente nel divieto di approfittare, in danno degli stakeholders, di situazioni riconducibili ai fenomeni classificati come fallimenti del mercato³². Questa tesi implica che i gestori sono bensì vincolati a perseguire un interesse giuridicamente protetto definito sulla base dei diversi interessi empirici dei soci, ma che non possono spingersi fino al punto di approfittare di ipotesi di fallimento del mercato, neppure quando ciò potrebbe comportare una miglior soddisfazione dell'interesse dei soci stessi.

La possibilità di sostenere questa tesi richiede l'approfondimento di due questioni generali di rilevante importanza e suscettibili di riverberare i loro effetti ben al di là del tema, pur tanto rilevante, della responsabilità sociale delle imprese.

La prima, e principale, riguarda lo statuto giuridico dei fenomeni (in verità eterogenei e complessi) che sono rubricati sotto l'etichetta di fallimenti del mercato.³³ Si tratta a mio avviso di accreditare la tesi per cui i fallimenti del mercato non sono fenomeni che rilevano esclusivamente dal punto di vista degli ostacoli che essi pongono alla massimizzazione del benessere complessivo, ma sono al contrario fenomeni che incidono anche, e in misura rilevante, sui profili distributivi. Per tradurre sinteticamente questa affermazione in termini giuridici, sia pure approssimativi e rozzi, l'idea è che i fallimenti non sono solo un fenomeno di rilevanza pubblicistica, non riguardano cioè i soli interventi di politica industriale che lo Stato deve mettere in opera per eliminarli, ma riguardano anche gli effetti che la loro presenza può avere nei rapporti tra i privati. E questo è il punto che diventa centrale là dove manchi un esplicito intervento legislativo volto ad eliminarli o a contenerne gli effetti.

Qui potrebbe esplicitare i suoi effetti un principio generale di correttezza cui fosse attribuito non il compito di eliminare i fallimenti del mercato in vista della realizzazione di un maggior benessere complessivo (compito che non può non restare affidato alle complessive valutazioni politiche del legislatore), ma quello di rimediare, in casi qualificati dalla loro particolare gravità, alle distorsioni che la presenza di fallimenti del mercato induce nella distribuzione della ricchezza tra le parti coinvolte. Un principio di correttezza scevro perciò da implicazioni

³² In questo senso v. anche J. HEATH, *Business Ethics Without Stakeholders*, 16 *Business Ethics Quarterly*, n.3, 533 (2006). Un'interessante riflessione in questa direzione, in M. MAUGERI, *Abuse of Dominant Position: A System of Undistorted Competition or Social Protection?*, 2 *European Review of Contract Law*, 250 at 255(2006).

La nozione di "fairness" è usata come concetto fondante i rapporti tra i vari stakeholders, in una prospettiva peraltro non esattamente coincidente con quella proposta nel testo, da R. A. PHILLIPS, *Stakeholder Theory and A Principle of Fairness*, 7 *Business Ethics Quarterly*, n1, 51ss (1997).

³³ Si tratta dei fenomeni conosciuti come monopolio, esternalità, beni pubblici, asimmetrie informative, ecc. La letteratura economica in argomento è sterminata. Un esame critico dei vari connessi argomenti e ragionamenti in R. ZERBE- H. McCURDY, *The Failure of Market Failures*, http://www.isnie.org/ISNIE05/Papers05/zerbe_mccurdy.pdf (2005). V. anche R. ZERBE, *Economic Efficiency in Law and Economics.*, Edward Elgar, 2001, p.164 ss.

moralistiche e ricondotto ad un ruolo di rimedio occasionale nei confronti di particolari ingiustizie distributive.

Allo stato, un divieto generalizzato di abuso delle situazioni di fallimento del mercato al di fuori delle norme specifiche che talora vietano specificamente questi abusi (è il caso ad es. del divieto di praticare condizioni inique imposto all'impresa in posizione dominante dall'art 82 del Trattato CE, ora 102 TFEU) non mi sembra chiaramente formulato in nessun ordinamento a me noto. Normalmente al privato non è vietato di approfittare di tutte le occasioni che il mercato gli offre per realizzare strategicamente il proprio interesse individuale. Nel conflitto tra gli interessi che possono essere lesi dall' approfittamento di un fallimento del mercato e l'interesse a non invadere in maniera eccessiva l'autonomia dei privati, che sarebbero altrimenti costretti ad analizzare ogni specifica situazione per verificare la ricorrenza di una fattispecie rilevante e un eventuale abuso della stessa, sembra perciò prevalere in genere il secondo interesse.

L' ipotesi, e questa è la seconda questione di carattere generale, è che questo conflitto possa avere invece una soluzione almeno parzialmente diversa quando una delle due parti sia una società organizzata su base corporativa, una istituzione, cioè, in cui la protezione dell'interesse all'autonomia del singolo individuo è già attenuata dalla presenza di norme imperative che definiscono inderogabilmente le modalità dell'organizzazione³⁴.

Con ciò, sia chiaro, saremmo ancora lontani dall'aver risolto tutti i problemi. Si tratterebbe, tanto per citarne alcuni, di individuare con precisione i fallimenti del mercato rilevanti, il novero degli stakeholders protetti, gli ambiti (contrattuale- extracontrattuale) in cui il principio di correttezza possa operare, ecc.

Al di là del fatto che si riesca oppure no a risolvere questi problemi in maniera adeguata, c'è un punto di fondo su cui vorrei tornare in conclusione. Decenni di imperialismo culturale dell'analisi economica del diritto hanno costretto anche chi non ne condivide gli assunti nell'angolo di una posizione in cui il mercato assorbe tutte le aspirazioni alla razionalità, alla coerenza e all'efficienza, mentre tutte le aspirazioni alla giustizia e alla ragionevolezza si collocano al di fuori e contro il mercato, in un terreno sostanzialmente privo di principi in cui dominano vaghe concezioni accomunate da una certa retorica moralistica.

Credo che contro questa contrapposizione vada riaffermata invece l'esistenza di diverse possibili razionalità, e diverse possibili efficienze, alle quali corrispondono anche diverse concezioni del mercato e delle sue funzioni. Un mercato che protegge l'homo oeconomicus come il partner di uno scambio e non come un imprenditore di se stesso (secondo la bella

³⁴ Sulla contrapposizione tra impresa individuale, manifestazione della personalità dell'imprenditore e l'impresa, necessariamente burocratica e spersonalizzata, gestita nella forma di società per azioni, v. ANGELICI, nota 15.

immagine di Foucault³⁵ che non mi stanco di ripetere), un mercato che non si limita a distribuire incentivi, ma garantisce a ciascuno un compenso proporzionato al contributo che ha dato alla produzione del surplus collettivo, non è meno mercato di quello teorizzato dall'analisi economica del diritto.

Personalmente dubito che un mercato anche così concepito sia in grado di realizzare accettabili ideali di giustizia complessiva. Non vedo però perché si debba rinunciare a spremere dal mercato tutte le soluzioni giuste che spesso promette e non mantiene, e ci si debba rassegnare invece a isolati, e sconnessi, tentativi di mitigarne qua e là qualche presunto eccesso. Assumere come punto di riferimento i fallimenti del mercato, e il loro trattamento giuridico, anche dal punto di vista delle ingiustizie distributive che essi comportano, può essere un primo passo nella direzione di un ridimensionamento del ruolo del mercato, basato non su un'astratta contrapposizione con personali idee di giustizia, ma sul realistico riconoscimento dei limiti del mercato stesso.

³⁵ FOUCAULT, *Nascita della biopolitica, Corso al Collège de France (1978-1979)*. Tr.it., Feltrinelli, sec. ed. 2007, p.186.