

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

# Rivista

**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

**SUPPLEMENTO**

GENNAIO/MARZO

**2020**

[dirittobancario.it/rivista](http://dirittobancario.it/rivista)

## **DIREZIONE**

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,  
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI  
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,  
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

## **COMITATO DI DIREZIONE**

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,  
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,  
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

## **COMITATO SCIENTIFICO**

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,  
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,  
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE  
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO  
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,  
FRANCESCO TESAURO+

## **COMITATO ESECUTIVO**

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

## **COMITATO EDITORIALE**

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

## **COORDINAMENTO EDITORIALE**

UGO MALVAGNA

## **DIRETTORE RESPONSABILE**

FILIPPO SARTORI

## **NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE**

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBAIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

**SEDE DELLA REDAZIONE**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,  
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836



## **Attualità del binomio “reintegrazione del diritto - risarcimento del danno”: il principio di precauzione nel diritto privato**

**SOMMARIO:** 1. Rimedi successivi al danno e principio di precauzione. – 2. Illeciti di incerta verifica e incerta eziologia. – 3. Attività d’impresa e ignoto tecnologico. – 4. Riflessi sui rapporti interni ed esterni all’impresa.

### *1. Rimedi successivi al danno e principio di precauzione*

Il binomio “reintegrazione del diritto - risarcimento del danno” postula un illecito in senso ampio all’accadere del quale l’ordinamento può reagire o tentando di ripristinare lo *status quo ante* o stimando il costo dell’illecito e ponendolo a carico di un soggetto, che non necessariamente coincide con l’autore del fatto, individuato attraverso il gioco dei criteri di imputazione: nell’uno e nell’altro caso, però, il rimedio è successivo al danno, con tutto ciò che questo comporta in senso effettuale, non foss’altro che in termini di tempi della giustizia di cognizione e, soprattutto, di esecuzione. A fronte del crescente numero di rischi cui l’evoluzione tecnologica espone e della massa potenzialmente indistinta di vittime della stessa, si apre però un territorio nel quale l’esigenza di un rimedio si affaccia prima del verificarsi del danno. In questo territorio opera il principio di precauzione.

Di fronte a un pericolo meramente potenziale (= rischio) per la salute o l’ambiente e tuttavia potenzialmente gravissimo, il regolatore ha un ventaglio ampio di opzioni, che vanno dal divieto assoluto di attività (c.d. approccio a rischio zero) all’imposizione delle migliori tecnologie esistenti per ridurre il rischio. Ma il regolatore può anche decidere «*di non intervenire affatto, lasciando che siano le norme generali sulla responsabilità civile a svolgere la funzione di prevenire possibili danni (e di garantire una riparazione nel caso che questi si verificano), magari rendendole più rigide prevedendo forme di responsabilità oggettiva*»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l’anticipazione dell’intervento pubblico*, *Dir. amm.*, 2010, 355, sul punto, 367.

Questa relazione tenterà di verificare se, in quegli ambiti nei quali il regolatore non abbia optato per l'approccio a rischio zero, vietando *in apicibus* una determinata attività economica, un approccio precauzionale possa incidere sull'attività d'impresa, esigendo comunque cautele dalla cui inosservanza discendano conseguenze tanto nei rapporti interni, quanto nei rapporti esterni all'impresa<sup>2</sup>.

## 2. Illeciti di incerta verifica e incerta eziologia

Concetto di tale vaghezza semantica da aver spinto un autore nordamericano a scrivere che del c.d. principio di precauzione esistono almeno venti differenti definizioni, tutte fra loro incompatibili<sup>3</sup>, e due autori tedeschi a osservare che anche chi lo invoca come una cosa buona, difficilmente sa cosa significhi o come vada attuato<sup>4</sup>, nella riflessione giuridica europea si è soliti risalire alla definizione che della precauzione ha dato la Commissione in una Comunicazione del 2000<sup>5</sup>, là dove si è rilevato (§ 3) che il principio in parola abbraccia «*quelle specifiche circostanze in cui le prove scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni, ricavate da una preliminare valutazione scientifica obiettiva, che esistono ragionevoli motivi di temere che gli effetti potenzialmente pericolosi sull'ambiente e sulla*

---

<sup>2</sup> Per un'impostazione analoga v. già R. COSTI, *Ignoto tecnologico e rischio d'impresa*, in AA. VV., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2002, 49; spunti sul tema anche in P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, 73.

<sup>3</sup> CASS R. SUNSTEIN, *The Law of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge (Mass.), 2005 (che cito dalla tr. it. *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2010, 31).

<sup>4</sup> J. SCOTT – E. VOS, *The juridification of uncertainty: observations on the ambivalence of the precautionary principle within the EU and the WTO*, in *Good governance in Europe's integrated market*, C. JOERGES – R. DEHOUSSE (a cura di), Oxford University Press, 2000, 253, che osservano «*few legal concepts have achieved the notoriety of the precautionary principle. Praised by some, disparaged by others, the principle is deeply ambivalent and apparently infinitely malleable*»

<sup>5</sup> Comunicazione della Commissione sul Principio di Precauzione, COM (2000) 1° febbraio 2002, in [http://europa.eu/legislation\\_summaries/consumers/consumer\\_safety/l32042\\_it.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_safety/l32042_it.htm).

*salute umana, animale o vegetale possono essere incompatibili con il livello di protezione prescelto*»<sup>6</sup>.

Il principio di precauzione ha poi trovato ingresso nel corpo del TFUE (art. 191, c. 1) e, nel diritto UE, sebbene direttamente evocato per le politiche ambientali, ha assunto, grazie all'opera della Corte di Giustizia, una dimensione significativa, poiché è stato esteso anche all'assai ampia materia della tutela della salute umana<sup>7</sup>.

Già nella definizione fatta propria dalla Commissione si coglie un dato: ovverosia che il principio di precauzione, dispiegandosi sul campo dell'incertezza scientifica, spinge il privatista ad abbandonare le categorie della tradizione e i suoi rassicuranti concetti, per muoversi su un terreno insolito, nel quale vacillano persino "*familiarissimi*"<sup>8</sup> schemi logici, come "lecito = consentito/ illecito = vietato".

È dunque l'incertezza scientifica il presupposto del principio di precauzione, il quale opera in presenza di meri rischi, cioè di campanelli d'allarme di «*illeciti non solo di incerta verificaione ma pure, allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, di incerta eziologia*». Questi illeciti di incerta verificaione e di incerta eziologia avvicinano anche il giurista positivo a quelle scienze che contemplanò l'incertezza

---

<sup>6</sup> L'emersione del principio, a livello internazionale, si rinviene nell'art. 15 della Dichiarazione approvata a conclusione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente e lo Sviluppo, tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992: «*al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il metodo precauzionale. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per rinviare l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale*»: cfr. T. TREVES, *Il diritto dell'ambiente a Rio e dopo Rio*, in *Riv. giur. amb.*, 1993, 578-579.

<sup>7</sup> Nella giurisprudenza EU si è affermato il principio stereotipato per cui il principio di precauzione impone "*alle autorità competenti di adottare provvedimenti appropriati al fine di prevenire taluni rischi potenziali per la sanità pubblica, per la sicurezza e per l'ambiente facendo prevalere le esigenze connesse alla protezione di tali interessi sugli interessi economici*": così Trib. CE, sez. II ampliata, 26 novembre 2002, cause riunite T-74/00 e altre, ARTEGODAN, punto 184 (in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, 632); Corte di giustizia CE, 24 luglio 2003, C-39/03, Trib. CE, 21 ottobre 2003, T-392/02, *Solvay*, punto 121 (con espressioni identiche).

<sup>8</sup> C. CONSOLO, *Il rischio da "ignoto tecnologico": un campo arduo per la tutela cautelare (seppur solo) inibitoria*, in AA.VV., *Il rischio da ignoto tecnologico, Quaderni della Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, n.5, Milano, 2002, 65 ss., 72 sul punto in discussione.

causale nel loro statuto epistemologico<sup>9</sup>: si potrebbe forse dire, riprendendo il suggestivo titolo di un libro sul rapporto tra medicina ed etica, che il principio di precauzione porta anche il giurista nel “crepuscolo delle probabilità”<sup>10</sup>.

Questa luce crepuscolare, connaturale alla dimensione di società del rischio assunta dalla modernità<sup>11</sup>, si è in effetti allungata sulla riflessione giuridica: nella quale, tuttavia, la riflessione dei privatisti è meno avanzata di quella dei pubblicisti e dei penalisti<sup>12</sup>.

I pubblicisti da tempo dedicano all’amministrazione del rischio studi approfonditi, che spesso esulano dal tema primigenio del rischio ambientale<sup>13</sup>. I penalisti discutono invece correntemente di diritto penale del rischio, contrapponendolo al classico diritto penale dell’evento di matrice illuministica<sup>14</sup>.

Nonostante sia evidente che l’incedere del progresso tecnologico si riflette anzitutto sulla dimensione d’impresa, che del progresso è il motore, la riflessione dei privatisti dell’economia sconta qualche ritardo, poiché manca, allo stato dell’arte, un ragionamento compiuto sul rapporto tra principio di precauzione e attività d’impresa: è pertanto a questo rapporto che, nel quadro del complessivo disegno tematico suggerito dall’organizzatore del convegno, dedicherò la relazione.

---

<sup>9</sup> Sul tema S. JASANOFF, *La scienza davanti ai giudici*, tr. it. Milano, 2001, e ivi pure l’introduzione di M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Verso una nuova disciplina*, VII-XXII.

<sup>10</sup> P. VINEIS, *Il crepuscolo delle probabilità. La medicina tra scienza ed etica*, Torino, 1999.

<sup>11</sup> È ormai quasi una citazione di stile richiamare il pensiero di Ulrich Beck e la sua categorizzazione della società contemporanea come società del rischio (*Risikogesellschaft*): v. U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, II ed., Bari, 2007.

<sup>12</sup> A parte lo studio pionieristico di U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova, 2004, non mi pare constino, nei quindici anni successivi, altri lavori monografici sul tema.

<sup>13</sup> F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Milano, 2005; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006; M. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, 2012.

<sup>14</sup> F. STELLA, *Giustizia penale e modernità*, Milano, 2003; Castronuovo, *Principio di precauzione e diritto penale*, Roma, 2012.

### 3. Attività d'impresa e ignoto tecnologico

Il principio di precauzione, forse proprio per la sua sfuggente ambiguità semantica, evoca intriganti suggestioni. Se declinato, come qui si tenterà di fare, sul versante del suo (conflittuale) rapporto con la libertà di impresa, può rimandare addirittura alla mitologia. Non a caso un grande storico dei processi industriali, in un celebre volume, ha evocato la figura di Prometeo per tratteggiare i grandi snodi dello sviluppo industriale dalla metà del Settecento fin quasi ai giorni nostri<sup>15</sup>. Motore di questo sviluppo, che ha radicalmente trasformato la società avviandola verso la modernità, è stato — *ça va sans dire* — la libertà di impresa: la quale, slacciata dai vincoli medievali, ha generato una delle più grandi trasformazioni che la storia dell'Occidente abbia conosciuto. A tutt'altro mito è stato invece ricondotto il principio di precauzione, per descrivere il senso del quale è stata ripetutamente evocata la figura di Cassandra<sup>16</sup>.

Prometeo, etimologicamente, è “colui che riflette in anticipo” e, sulla base delle sue riflessioni, calcola e agisce; Cassandra, invece, non prevede ma profetizza (πρω-φημί): e le sue parole sono parole di sventura<sup>17</sup>. Così, mentre il mito di Prometeo si presta bene a descrivere l'attività di impresa (che opera sulla base di previsioni, calcoli e consapevoli assunzioni di rischi), il mito di Cassandra le si contrappone, perché l'incombere della sventura spinge inevitabilmente all'inazione e dunque a qualcosa di diametralmente opposto alla attività d'impresa.

La contrapposizione mitologica restituisce chiaramente i termini del problema anche nella sua dimensione giuridica e offre l'occasione di centrare il quesito cui dare risposta: *come reagisce l'attività di impresa di fronte all'incertezza che deriva dall'ignoto tecnologico?*

---

<sup>15</sup> D. S. LANDE, *Prometeo liberato. La rivoluzione industriale in Europa dal 1750 ai giorni nostri*, tr. it. Torino, 2000.

<sup>16</sup> V., ad es., D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale*, Aracne, 2010, 28.

<sup>17</sup> Sul mito di Prometeo e sulla tecnica della previsione, contrapposti alla figura di Cassandra e alla tecnica della profezia, cfr. U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 2002, 80 ss.

L'ignoto rimanda direttamente alla precauzione e consente di distinguerla dalla prevenzione<sup>18</sup>, cui spesso viene impropriamente accostata. La differenza tra i due concetti è invece sottile, ma sostanziale.

*La precauzione serve a scongiurare effetti dannosi ipoteticamente collegati a determinate attività*<sup>19</sup>: dunque a scongiurare il mero rischio (ciò che non è ancora pericolo: *noch nicht Gefahr*). *La prevenzione serve a scongiurare effetti dannosi collegati a determinate attività*: in altre parole, a scongiurare pericoli.

La differenza tra rischio e pericolo (coppia concettuale di matrice tedesca<sup>20</sup>) inizia peraltro ad affiorare anche nel diritto positivo italiano: “pericolo” e “rischio” sono infatti evocati, con significati diversi, nel d. lgs. 81/2008, non casualmente dedicato alla salute e alla sicurezza sul lavoro<sup>21</sup>.

Mentre la prevenzione è dimensione facilmente riferibile all'attività d'impresa, la precauzione rimanda invece a una dimensione direttamente riferibile ai regolatori. Emblematicamente in Germania, dove il principio di precauzione è stato dogmaticamente elaborato ed è

---

<sup>18</sup> Concetto che ben altra attenzione ha fin qui ricevuto dagli studiosi della responsabilità civile. L'ovvio riferimento corre a P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, e G. CALABRESI, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven and London, 1970 (tr. it. *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1975).

<sup>19</sup> Per D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, in <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/Castronuovo%20pdf%20definitivo.pdf>, 2, la precauzione esige criteri «di gestione del rischio in condizioni di incertezza scientifica circa possibili effetti dannosi ipoteticamente collegati a determinate attività».

<sup>20</sup> Ragionando su tale coppia concettuale nel dibattito tedesco, P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, cit., 376, così si esprime: «mentre il pericolo rappresenta un evento dannoso futuro e incerto il cui verificarsi, alla luce dell'esperienza passata, può ritenersi ragionevolmente probabile, il rischio è un evento dannoso futuro e incerto, di cui non è possibile allo stato attuale delle conoscenze valutare in maniera sufficientemente sicura le probabilità (o anche solo le modalità) di avveramento».

<sup>21</sup> L'art. 2, lett. r), del d. lgs. 81/08 definisce il pericolo come la “proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni”; l'art. 2, lett. s) definisce invece il rischio come la “probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione”.

stato in seguito positivizzato<sup>22</sup>, anche al massimo livello delle fonti<sup>23</sup>, la Corte costituzionale ha sempre chiarito che in situazioni di incertezza scientifica la decisione di adottare misure precauzionali è una decisione politica<sup>24</sup>. La ragione si comprende agevolmente: se la precauzione esigesse, anche in assenza di un divieto, la messa al bando di ogni nuova tecnologia o ritrovato della tecnica, si trasformerebbe in una misura liberticida, ontologicamente – ancor prima che giuridicamente – incompatibile con la libertà d'impresa.

*Se, dunque, l'attività d'impresa non deve arrestarsi ascoltando le profezie di sventura di Cassandra, può, però, procedere indistintamente oltre ignorando la possibilità del rischio?*

Il diritto positivo offre – sia sul versante codicistico, sia su quello della legislazione speciale – vari spunti di disciplina ai quali attingere per rispondere al quesito.

Sul versante codicistico il riferimento, immediato e intuitivo, corre al dispositivo dell'art. 2050 c.c. Tale dispositivo postula però una responsabilità conseguente a rischi noti, come tali prevedibili e calcolabili: e, pertanto, evitabili, sebbene aumentando le cautele e per conseguenza i costi dell'attività. Declinato sul piano dell'attività d'impresa, l'art. 2050 c.c. assolve alla funzione preventiva di conformarne l'organizzazione interna in modo da internalizzare i costi sociali che l'attività economica altrimenti traslerebbe all'esterno. Non a caso i modelli di gestione del rischio servono proprio a evitare o comunque a contenere la produzione di rischi generata da attività

---

<sup>22</sup> Già con la *Bundesimmissionschutzgesetz* del 1974 il principio di precauzione trovò il primo riconoscimento a livello normativo. La legge imponeva di ridurre al minimo tecnicamente possibile le immissioni, sebbene non vi fosse la prova della loro dannosità, nel presupposto che meno immissioni ci sono meglio è per la salute dell'uomo e del pianeta. L'autorizzazione all'apertura di un impianto era subordinata alla condizione che le emissioni prodotte fossero ridotte al minimo consentito dalla tecnica.

<sup>23</sup> Il nuovo art. 20 GG, introdotto nel 1994, prevede infatti che «*lo Stato tutela anche nei confronti delle generazioni future i fondamenti naturali della vita e gli animali nel quadro dell'ordinamento costituzionale mediante la legislazione, e, in conformità alla legge e al diritto, mediante l'esercizio del potere esecutivo e del potere giudiziario*».

<sup>24</sup>V., ad es., BVerfG 28 febbraio 2002, sulla legittimità della disciplina dei valori soglia di inquinamento da campi elettromagnetici, in <http://www.bverfg.de/entscheidungen/de>.

economiche di cui la potenziale pericolosità è nota. Nondimeno, è evidente che il dispositivo dell'art. 2050 c.c., nella misura in cui detta un criterio di imputazione di un danno conseguente allo svolgimento di un'attività pericolosa, implica la possibilità di svolgere attività pericolose e dunque, *a fortiori*, meramente rischiose<sup>25</sup>.

Dalla legislazione speciale – e, in particolare, dalle norme sulla responsabilità del produttore – si traggono spunti di pari interesse. L'art. 118, lett. e), c. cons., esonera infatti da responsabilità il produttore «*se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha immesso in commercio il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso*». Il senso di questa norma, che prevede la c.d. esimente per i rischi da sviluppo, è all'evidenza teso a incoraggiare l'attività d'impresa, lasciandola libera di esplicitarsi finché non vi siano segnali, scientificamente o tecnicamente fondati, di difettosità del prodotto (*i.e.*: che non presenti alcun rischio – art. 103 cod. cons. – per la sicurezza degli utilizzatori).

Sempre nel codice del consumo si rintraccia poi un'altra disposizione che, sebbene forse un po' nascosta, offre uno spunto di non poco interesse nella riflessione su principio di precauzione e attività di impresa. L'art. 105, co. 1 e 2, detta una presunzione di sicurezza per il prodotto conforme alla legislazione vigente (comprensiva anche delle norme non cogenti) nello Stato in cui è commercializzato; al co. 3 aggiunge però che, se mancano norme, anche non cogenti, nello Stato membro, «*la sicurezza del prodotto è valutata in base ... agli ultimi ritrovati della tecnica*».

Le disposizioni evocate consentono di avviare a conclusione il ragionamento. Se le autorità pubbliche – alle quali è rimessa quella valutazione discrezionale che, sulla base di previsioni incerte, suggerisce di inibire una certa attività nell'attesa che si chiariscano i potenziali rischi ad essa connessi (il già ricordato “*approccio a rischio zero*”<sup>26</sup>) – non formulano, anche attraverso norme non cogenti, un divieto, c'è uno spazio nel quale l'impresa può agire anche se la sua

---

<sup>25</sup> A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 9, sul punto 36.

<sup>26</sup> L'uso più conservativo della precauzione è stato icasticamente riassunto nel principio *better safe than sorry*: Wood et al., *Whither the Precautionary Principle? An American Assessment from an Administrative Law Perspective*, 54 *Am. J. Comp. L.* 581, 581 (2006)

attività rischia di arrecare danno a beni di rilievo primario come la salute o l'ambiente.

Attesa la rilevanza degli interessi potenzialmente coinvolti, l'attività d'impresa in questi settori non sarà tuttavia improntata a totale libertà, poiché dovrà comunque rispondere dei danni eventualmente provocati a meno che non dimostri di aver adottato tutte le misure idonee, in base agli ultimi ritrovati della tecnica (art. 105, co. 3, c. cons.), a prevenirli.

Ne segue che, «*a meno di espressi divieti normativi, di fronte al rischio scientifico o tecnologico l'attività d'impresa non deve arrestarsi, ma non può neppure invocare questo spazio di libertà come un'esimente da responsabilità; al contrario, deve predisporre un'organizzazione interna in grado di conoscere (e prevenire) i rischi connessi all'incertezza scientifica e tecnologica*». E poiché l'attività d'impresa trova naturale espressione nell'esercizio della stessa in forma societaria, il referente normativo del discorso che si sta svolgendo transita anzitutto dal principio dell'adeguatezza degli assetti organizzativi espresso dall'art. 2381 c.c.<sup>27</sup>, il quale ha decisamente inciso sul tema della responsabilità della società e dei gestori nei confronti delle componenti interne ed esterne all'impresa sociale.

#### 4. Riflessi sui rapporti interni ed esterni all'impresa

Declinato quindi il discorso sul versante dell'adeguatezza degli assetti organizzativi di imprese la cui attività può incidere su beni primari come la salute o l'ambiente, cioè in quei settori in cui tipicamente si esprime il principio di precauzione, il discorso forse si complica, ma esibisce sicuri spunti d'interesse.

È noto infatti che le scelte dell'organo amministrativo relative agli assetti organizzativi sono scelte latamente gestorie alle quali si ritiene applicabile la *business judgment rule*, sì che le stesse esulano dal giudizio sull'operato degli amministratori<sup>28</sup>. È altrettanto noto, però, che per le banche e gli altri intermediari finanziari l'applicabilità della

---

<sup>27</sup> Spunti in V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, 5.

<sup>28</sup> M. STELLA RICHTER, *In principio sono sempre le funzioni*, in *Riv. soc.*, 2019, 20 e ivi, in nota 26, ampia bibliografia sull'applicabilità della *business judgment rule* alle scelte sull'adeguatezza degli assetti organizzativi.

*business judgment rule* è questione controversa, poiché la disciplina prudenziale cui gli stessi sono sottoposti postula la possibilità, per le autorità di vigilanza, di entrare nel merito della bontà dell'adeguatezza delle scelte organizzative effettuate dal *board*<sup>29</sup>. Nella valutazione di adeguatezza degli assetti degli intermediari finanziari gli organi sociali devono perseguire un obiettivo, la sana e prudente gestione, che può anche risultare eccentrico rispetto all'interesse dei soci e che consente di sindacare scelte dell'organo amministrativo che incidono, anche solo potenzialmente, su altre categorie di portatori di interessi, diverse da quella degli azionisti<sup>30</sup>.

Trattandosi a ben vedere dei diversi snodi in cui può articolarsi un discorso giuridico sulla responsabilità sociale d'impresa<sup>31</sup>, un principio consimile alla sana e prudente gestione potrebbe invocarsi, in virtù di un'intuitiva familiarità di problemi, per i settori nei quali il principio di precauzione viene più o meno correttamente evocato anche nella dimensione privatistica: commercializzazione di alimenti, farmaci, cosmetici, dispositivi medici, *internet of things*<sup>32</sup>. Prodotti per i quali, allo stato delle conoscenze scientifiche, difettano ancora studi consolidati sugli effetti di lungo periodo (sigarette elettroniche, telefoni cellulari, *novel food*), ma la cui produzione e commercializzazione non è impedita dalle autorità pubbliche. Per così dire alle spalle della sana e prudente gestione — così come della precauzione — sta sempre, a ben riflettere, un'esigenza di sistema, che spinge a considerare gli effetti a catena, potenzialmente imprevedibili, che scelte errate (in ambito finanziario, ma il discorso si presta a un'estensione al campo ambientale o alimentare) possono provocare sulla collettività.

Se non vi è «un'anticipazione dell'intervento pubblico limitativo della sfera individuale»<sup>33</sup>, tale da conformare taluni mercati impedendo che negli stessi siano immessi prodotti di cui è dubbia la stessa

---

<sup>29</sup> A titolo d'esempio, con il c.d. *removal* o con le raccomandazioni sulla composizione del consiglio.

<sup>30</sup> Per una riflessione generale sul tema v. U. TOMBARI, "Poteri" e "interessi" nella grande impresa azionaria, Milano, 2019.

<sup>31</sup> Su cui M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 1.

<sup>32</sup> Vale a dire prodotti e servizi governati dall'intelligenza artificiale (un facile quanto immediato riferimento corre, ad esempio, alle automobili a guida autonoma).

<sup>33</sup> P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, 377.

rischiosità<sup>34</sup>, l'impresa deve dunque mappare i rischi potenzialmente conseguenti alla propria attività, verificando costantemente se lo stato dalla ricerca tecnico-scientifica non abbia raggiunto stadi più avanzati che segnano il passaggio dal rischio al pericolo.

Da ciò conseguono ovvie ripercussioni sugli assetti organizzativi interni, e altrettanto ovvie conseguenze giuridiche, sia sotto il profilo dei rapporti interni all'impresa, sia sotto il profilo speculare dei rapporti esterni all'impresa.

Nei rapporti interni, se l'inadeguatezza dell'assetto organizzativo è stata causa di danni che avrebbero potuto esser prevenuti, gli organi gestori e di controllo potranno essere chiamati a risponderne con le relative azioni di responsabilità; nei rapporti esterni all'impresa, se l'evoluzione tecnico-scientifica ha mostrato l'esistenza di un rischio, scoprendo una legge causale fin lì ignota, il non aver assunto le misure idonee a prevenirne la dannosità aprirà la strada al regime di responsabilità speciale dettato dall'art. 2050 c.c.

---

<sup>34</sup> Nel bilanciamento con il principio della libertà di impresa espresso dall'art. 41, c. 1, Cost., tali limiti prevalgono quando trovano il proprio fondamento nell'esigenza di protezione dei diritti fondamentali cui rimanda l'art. 41, c. 2, Cost. Evocando la teorica degli *Shutzpflichten*, il *Bundesverfassungsgericht*, ad esempio, giustifica l'intervento dello Stato limitativo della sfera individuale in situazioni di incertezza, rinviando ai diritti alla vita (art. 2, § 2), alla dignità umana (art. 1, § 1), alla salute (art. 14) della *GrundGesetz*.

