

# World Law and Economics

## GLOBAL KNOWLEDGE



Gerard van Schagen, World Map, 1689

Anno I - Giugno 2015 - n. 1 - Periodico quadrimestrale *on line open source*

PONTANI E ASSOCIATI - MILANO



## EDITORIALE

Questo periodico vede la luce in un “*tempo*” gravemente influenzato da una crisi economica e finanziaria che si sviluppa in uno spazio geopolitico di amplissime dimensioni e connotata da rilevanti contrasti sociali di varia natura.

La ragion d’essere dei “*conflitti*” non è quella che sembra essere, esaltata in termini e modi differenti, nell’informazione multimediale quotidiana; la si deve ricercare soprattutto nell’enorme disparità nella distribuzione delle risorse planetarie, nella grande differenziazione culturale (sia delle masse, sia delle élite detentrici del potere di influenzare le decisioni politiche ed economiche dei Paesi e delle comunità, delle federazioni e delle Unioni di Stati), nonché nella contrapposizione, anche armata, delle élite dominanti od emergenti, nel mutamento in atto di sistemi di valori, solo in parte appieno condivisi dalla società civile.

Crediamo fortemente nella libera circolazione delle idee e nella “*visione*” di un’integrazione di base dei “*sistemi cultura*”; ciò fatte sempre salve le naturali differenze di origine storica che, nel tempo, andranno, se non radicalizzate per ragioni di utilità politica ed economica, ragionevolmente ad affievolirsi. Questo in un contesto sempre più globalizzato e condiviso o condivisibile di principi etici, giuridici, economici.

Coniugare diritto ed economia non significa solo porre in relazione sistemica specifiche branche del sapere tecnico e scientifico e dell’ordinario operare, ma anche concorrere ad approfondite riflessioni sui limiti e potenzialità di un’integrazione sociale e politica dei gruppi e della tutela delle libertà fondamentali degli esseri umani.

Con questo periodico, dai contenuti in parte divulgativi ed in parte tecnico-scientifico, ci proponiamo di fornire un contributo alla propagazione delle idee, anche se la preminente vocazione tecnico-scientifica dei contributi degli autori determinerà una naturale selezione dei lettori e degli studiosi del diritto, dell’economia e dei temi socio-politici.

Ci troviamo nella fase di avvio di una pubblicazione, a periodicità quadrimestrale, in versione “*minor*”. Il nostro piano (forse un poco ambizioso) è volto a raccogliere qualificati contributi di collaboratori nazionali ed esteri e a realizzare raccolte di norme, prassi amministrative e pronunciamenti giurisprudenziali, studi e documenti, privilegiando orientamenti tematici, che possono essere “*coltivati*” per più di una singola pubblicazione.

In questo primo numero abbiamo inteso ricordare e rendere merito all’Avvocato, Pietro Coticoni, del Foro di Torino, apprezzato cultore del diritto e dell’economia, scomparso nel 2014, che ci aveva affidato per la pubblicazione un suo scritto, come, invero, altri che riteniamo di pregio, alcuni dei quali verranno ospitati nei prossimi numeri di questo periodico.

L’editore ringrazia i lettori che vorranno inviarci contributi e segnalazioni.

Il Direttore responsabile  
Franco Pontani



# SOMMARIO

## Editoriale

## Dottrina

- F. Pontani**, *“La revisione legale dei conti. Definizione, quadro concettuale e postulati. L’indipendenza del revisore legale”* pagg. 1-18
- P. Coticoni**, *“La funzione del diritto. Limiti e problematica”* pagg. 21-43

## Legislazione

- Unione Europea pagg. 1-228



# **DOTTRINA**

## **SOMMARIO**

**F. Pontani**, *“La revisione legale dei conti. Definizione, quadro concettuale e postulati. L’indipendenza del revisore legale”*

**P. Coticoni**, *“La funzione del diritto. Limiti e problematica”*



# La revisione legale dei conti

## Definizione, quadro concettuale e postulati

### L'indipendenza del revisore legale

Franco Pontani

## Abstract

Nello scritto si traccia un percorso che si snoda a partire dall'essenza tecnico-legale della revisione contabile sino all'enunciazione dei postulati dell'*auditing* del bilancio di esercizio. Viene sottolineata l'utilità ed al contempo la necessità della fissazione di principi guida per gli *standard* del controllo contabile e di bilancio.

L'analisi è condotta con riferimento agli scenari, anche normativi, internazionali e dell'Unione Europea, anche con richiamo ad alcune fondamentali elaborazioni dottrinarie che pongono in rilievo l'irrinunciabile necessità dell'osservanza del principio di indipendenza dei soggetti incaricati.

## BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

AA.VV., *Commercial & Industrial Laws and Auditing Intermediate: Paper - 6. Study Notes*, Study Note - 5 Auditing Basics - I, The Institute of Cost and Works Accountants of India, Kolkata, January 2008; AMADUZZI A., voce "Il bilancio", in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. II, UTET, Torino, 1958; AMERICAN ACCOUNTING ASSOCIATION (AAA), *A Statement of Basic Auditing Concepts*, Committee on Basic Auditing Concepts, American Accounting Association, Sarasota, Florida, 1973; AUDITING CONCEPTS COMMITTEE (ACC), *Report of the Committee on Basic Auditing Concepts*, in *The Accounting Review*, n. 47, Steven J. Kachelmeier, The University of Texas, Austin, 1972; AUDIT QUALITY, *Fundamentals - Principles-based auditing standards*, Audit and Assurance Faculty, The Institute of Chartered Accountants in England & Wales, London, July 2006; BADALOTTI C., *I principi di comportamento del Collegio Sindacale nella prospettiva della legge delega n. 366 del 3 ottobre 2001*, in *Il controllo legale dei conti*, n. 6, Giuffrè, Milano, 2001; BATTAGLIA S., *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, voce "Certificazione", Vol. III, UTET, Torino, 1995; BECK H., *Das Büchhaltungswesen in den Vereinigten Staaten von Amerika* (tr. Contabilità e revisione contabile negli Stati Uniti d'America), Leopold Weiss, Berlin, 1928; BORSA ITALIANA, *Codice di autodisciplina*, 1999, 2002, 2006, 2010, 2011 e 2014; CADBURY A., *The Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*, Financial Reporting Council (FRC), Regno Unito, 1992; CAINARCA G.C., CHIESA V., *Certificazione: tra ricerca di radici e ricerca di impieghi*, in *Impresa & Stato*, n. 0, Rivista della Camera di Commercio di Milano, Milano, marzo 1988; CALOGERO G., voce "Postulato", in *Enciclopedia Treccani*, Roma, 1935-1949; CARMICHAEL D.R., Chief Auditor of the PCAOB, *The PCAOB and the Social Responsibility of the Independent Auditor*, AAA - American Accounting Association Audit Section, Midyear Conference, 2004; CASSESE S., *Il diritto globale*, Einaudi, Torino, 2009; CHIME OGBODO C., *What is financial auditing*, in [www.ogbodocpa.com/what-is-financial-auditing](http://www.ogbodocpa.com/what-is-financial-auditing); CLIMACO SAN GIOVANNI, *La Scala del Paradiso, Klimax tou Paradeisou*, Gaetano Romagnoli, Bologna, 1874; CNDC, *Principi di revisione*, Doc. n. 1, Milano, aprile 1977; CNDC, Doc. n. 1 del 13 gennaio 2006, in "Diretta Aristeia del 20 marzo 2006", *Il collegio sindacale: verifiche, procedure e carte di lavoro*, Fondazione Aristeia Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti, Roma; COBIT (*Control and Audit for Information and Related Technology*) dello ISACF (*Information Systems Audit and Control Foundation*), 1996-1998-2000-2006-2007; COBIT 5, 2012; CoCo (*Criteria of Control*) Report, Canadian Institute of Chartered Accountants (CICA), Canada, 1995; CODER, COORDINAMENTO ORDINI DOTTORI COMMERCIALISTI EMILIA ROMAGNA, COMMISSIONE DI STUDIO, *Controllo contabile ex art. 2409 bis c.c.*, marzo 2006; COLLETTI V., SABATINI F., *Il Sabatini Coletti dizionario della lingua italiana*, Rizzoli Larousse, Milano, 2005; COLOMBO G.E., voce "Bilancio", in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. V, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 1988; COLOMBO G.E., *Amministrazione e controllo*, in Consiglio Notarile di Milano, novembre 2002 - marzo 2003, Riunioni di studio sulla

riforma delle società, in [www.notarlex.it](http://www.notarlex.it), par. II; COMMISSIONE PARITETICA DEI CONSIGLI NAZIONALI DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEI RAGIONIERI, *Norme di Comportamento degli Organi di Controllo Legale*, giugno 2004 e febbraio 2005; CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI, *Guida operativa sulla vigilanza del sistema di controllo interno*, ottobre 2000; CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEL CONSIGLIO NAZIONALE DEI RAGIONIERI, Documento n. 400, ottobre 2002; CONSIGLIO NAZIONALE DEI RAGIONIERI, *Controllo Contabile nelle PMI*, 11 gennaio 2005; CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI, *Principi e raccomandazioni per l'esercizio del controllo contabile nelle società di capitali che non fanno ricorso al capitale di rischio*, 13 gennaio 2006; CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI, *Nuove norme di comportamento del collegio sindacale nelle società non quotate*, 2012; CONSIGLI NAZIONALI DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEI RAGIONIERI, *Principi di comportamento del collegio sindacale nelle società di capitali con azioni quotate nei mercati regolamentati*, 2015; COOPERS & LYBRAND, *Il sistema di controllo interno. Progetto Corporate Governance per l'Italia*, Il Sole 24 Ore Libri, Milano, 1997; CoSo (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*), Report, USA, 1992-2013 (Enterprise Risk Management - Integrated Framework); D'ALVISE D., *I sindaci delle Società per Azioni*, F. Valardi, Milano, 1914; DICKSEE L.R., *Auditing: a Practical Manual for Auditors*, Gee, London, 1892; DIPIAZZA S.A., Chief Executive Officer of PricewaterhouseCoopers International Limited, MCDONNELL D., Chief Executive Officer of Grant Thornton International, PARRETT W.G., Chief Executive Officer of Deloitte, RAKE M.D., Chairman of KPMG International, SAMYN F., Chief Executive Officer of BDO International, TURLEY J.S., Chairman and Chief Executive Officer of Ernst & Young, *Global Capital Markets and the Global Economy: A Vision From the CEOs of the International Audit Networks*, November 2006, in [www.globalpublicpolicysymposium.com](http://www.globalpublicpolicysymposium.com); DIPIAZZA JR. S.A., Global CEO PricewaterhouseCoopers, FLYNN T., Chairman KPMG International, MCDONNELL D., Chief Executive Worldwide Grant Thornton International, QUIGLEY J.H., Chief Executive Officer Deloitte Touche Tohmatsu, SAMYN F., Chief Executive Officer BDO International, TURLEY J.S., Chairman & CEO Ernst & Young, *Global Public Policy Symposium, Principles-based Accounting Standards*, January 2008, in [www.globalpublicpolicy-symposium.com](http://www.globalpublicpolicy-symposium.com); FLINT D., *Philosophy and principles of auditing: an introduction*, Macmillan Education Ltd, London, 1988; FRC, *The combined Code*, FRC, Regno Unito, 2006 e 2008; FRC, *The UK Corporate Governance Code*, FRC, Regno Unito, 2010; GERSTNER P., *Revisions-Technik* (tr. *Tecnica della revisione*), Haude & Spensersche Verlagsbuchhandlung, Berlin, Leipzig, 1930; HAMPPEL R. (Committee), Report, FRC, Regno Unito, 1998; HIGGS D., SMITH R. (Committees), *The Revised Combined Code*, ovvero *The Combined Code on Corporate Governance*, FRC, Regno Unito, 2003; HOLZER H.P., *Corporate Financial Statements in Germany Contrasted with American Practice*, M.S. Thesis, University of Illinois, Urbana, 1956; HUBBARD E., *The Buyer*, Rycrofters Press, East Aurora, New York, 1922; ICAEW (*The Institute of Chartered Accountants in England & Wales*), *Turnbull Report*, ICAEW, 1999; IFAC, *Internal Controls. A Review of Current Developments*, Information Paper, August 2006; IFAC, *The Code*

of Ethics for Professional Accountants del Conceptual Framework Approach to Independence, 2010; IFAC (International Federation of Accountants), in particolare ISA n. 200 e n. 265 dell'Handbook of International Quality Control, Auditing, Review, Other Assurance, and Related Services Pronouncements, 2010; INSAUDO G., *La rivoluzione della trasparenza: importanti innovazioni nei nuovi principi di comportamento del collegio sindacale*, in *Il controllo legale dei conti*, n. 2, Giuffrè, Milano, marzo-aprile 1997; INSAUDO G., *Il dibattito sul contenuto sostanziale del controllo contabile alla luce di nuove direttive della Unione Europea*, in *Il controllo nelle società ed enti*, Giuffrè, Milano, gennaio-febbraio 2007; KANT I., *Critica della ragion pura*, Biblioteca Filosofica Laterza, Editori Laterza, Roma, Bari, Vol. 1, 1975; KING M.E., *Report (King Code of Governance)*, Sud Africa, 1994-2002-2009; KPMG, *Corporate governance. Guida pratica al controllo interno*, Milano, 2001; KUMAR R., SHARMA V., *Auditing: Principles and Practice*, Prentice-Hall of India Private Limited, New Delhi, 2005; MALINVERNI R., *La tecnica della revisione*, UTET, Torino, 1929; MATTANA G., *Qualità, affidabilità, certificazione: strategie, tecniche e opportunità per il miglioramento dei prodotti e dell'impresa*, Franco Angeli, Milano, 1986; MAUTZ R.K., SHARAF H.A., *The philosophy of auditing*, American Accounting Association, Sarasota, Florida, 1961-1986; MAZZA G., *Problemi di assiologia aziendale*, Giuffrè, Milano, 1989; MELTZER H., *Deutscher Revisoren Spiegel* (tr. Specchio dei revisori tedeschi), Leopold Weiss, Berlin, 1928; MORELLI M., *L'immagine dell'impresa. Le leve strategiche della comunicazione nell'epoca del cambiamento*, Franco Angeli, Milano, 2004; MORO G., *Le funzioni sindacali nelle Società per Azioni con accenno alle società fiduciarie o di revisione*, UTET, Torino, 1928; ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI DI MILANO, COMMISSIONE CONTROLLO SOCIETARIO, *Linee guida tecniche di esecuzione dell'attività di controllo contabile da parte del collegio sindacale in società di capitali e società cooperative, 15-12-2005*, Italia Oggi, Milano, 22 dicembre 2005; O'REILLY V.M., HIRSCH M.B., DEFLEISE P.L., JAENICKE H.R., *Montgomery's Auditing*, John Wiley & Sons, Inc., New York, 1990; PONTANI F., *Il revisore legale dei conti: VIII Direttiva CEE*, Ipoa Informatica, Milano, 1984; PONTANI F., *La clausola generale ed i principi di redazione del bilancio di esercizio. Analisi ed interpretazione giuridico-tecnica degli artt. 2423 e 2423 bis del codice civile*, Cedam, Padova, 2005; PONTANI F., voce "Principi di controllo (contabile)", in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sez. Comm., III Agg., UTET, Torino, 2007; PONTANI F., *Global Accounting. Obiettivo possibile o mera utopia?*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009; PONTANI F., *Auditing. Storia, Tecnica, Scienza. Un'evoluzione involutiva?*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011; PONTANI F., SESANA T., *Le determinazioni quantitative e le rilevazioni contabili per la redazione del bilancio di esercizio*, Tomo II, Seconda Edizione, DSU Diritto allo Studio - Università Cattolica, Milano, 2008; PORZIG C., *Die Technik der Bücher und Bilanzrevision* (tr. *Tecnica della revisione contabile e di bilancio*), Munthsche Verlagsbuchhandlung, Stuttgart, 1922; REISER H.J., *L'organisation du contrôle et la technique des vérifications comptables*, Dunod, Paris, 1930; SABATINI F., COLETTI V., *Il Sabatini Coletti dizionario della lingua italiana*, Rizzoli Larousse, Milano, 2008; SALAFIA V. (a cura di), *Atti societari. Formulario commentato. Società di capitali, Cooperative, Consorzi*, Ipoa, Milano, 2007; SANTARONI M., voce "Bilancio", in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sez. Comm., Vol. II, UTET, Torino, 1987; SCHOCK H., *Product certification in the Federal Government*, U.S. Department of Commerce, NTIS PB81211880, 1981; SICILIOTTI C., *Revisione contabile delle PMI? Un trapianto del tutto sbagliato*, in *Il Giornale dei Dottori Commercialisti*, n. 6, Milano, 2005; SULLIVAN J.D., GNOSPELIUS R.A., DEFLEISE P.L., JAENICKE H.R., *Montgomery's Auditing*, John Wiley & Sons, Inc., New York, 1985; SULLIVAN J.D., GNOSPELIUS R.A., DEFLEISE P.L., JAENICKE H.R., O'REILLY V.M., HIRSCH M.B., McDONNELL P.J., WINOGRAD B.N., GERSON J.S., *Montgomery's Auditing*, John Wiley & Sons, Inc., New York, 1998; VAN BUITENEN P. (*ex-internal auditor*), European Commission, *Blowing the Whistle*, Politicos Pub, March 2000; WADE K. (Director CATS International and Director of Audit Studies), *A Plague of Audit*, CATS International, Henley Management College, South Africa, July 2001; ZAPPA G., *Il reddito di impresa*, II Ed., Giuffrè, Milano, 1950.

## SOMMARIO

1. La revisione contabile e del bilancio di esercizio. La sua essenza tecnico-legale. - 2. Il controllo e la revisione contabile. L'evoluzione tecnica. - 3. La "certificazione" in generale e la "certificazione" del bilancio di esercizio. - 4. Il controllo e la revisione contabile. Distinzioni. - 5. Utilità di un quadro concettuale sistematico dell'*auditing* contabile e di bilancio. - 6. *Segue*. I principali postulati dell'*auditing*. - 7. L'indipendenza del revisore legale dei conti. Le Direttive ed il Regolamento dell'Unione Europea. - 8. (*segue*). Il Regolamento UE del 2014. - 9. Conclusioni.

## 1. La revisione contabile e del bilancio di esercizio. La sua essenza tecnico-legale

La revisione contabile e del bilancio di esercizio (*financial auditing*<sup>1</sup>) di imprese e società, ed in genere di qualsiasi azienda (anche non commerciale), nella sua essenza tecnico-legale<sup>2</sup>, a seconda del tempo storico della sua proposizione e delle circostanze di riferimento ambientale, con riferimento al "mondo anglosassone", nel quale l'"*audit*" ha conosciuto e conosce il maggiore sviluppo in termini di dimensione di mercato e degli "oggetti del controllo", è stata variamente definita<sup>3</sup>:

"An audit is an examination of accounting records undertaken with a view to establishing whether they correctly and completely reflect the transactions to which they purport to relate";

"Auditing is a systematic process of objectively obtaining and evaluating evidence regarding assertions about economic actions and events to ascertain the degree of correspondence between those assertions and established criteria and communicating the results to interested users"<sup>4</sup>;

"Audit is defined as an investigation of some statements of figures involving examination of certain evidence, so as to enable an auditor to make a report on the statement";

"An audit denotes the examination of Balance Sheet and Profit and Loss Account prepared by others together with the books of accounts and vouchers relating thereto in such a manner that the auditor may be able to satisfy himself and honestly report that, in his opinion, such Balance Sheet is properly drawn up so as to exhibit a true and correct view of the state of affairs of the particular concern according to the information and explanations given to him and as shown by the books";

"Auditing is a systematic examination of the books and records of business or other organization, in order to ascertain or verify and to report upon the facts regarding its financial operations and the result thereof";

"Auditing may be defined as inspecting, comparing, checking, reviewing, vouching, ascertaining, scrutinizing, examining and verifying the books of accounts of a business concern with a view to have a correct and true idea of its financial state of affairs";

"An audit may be said to be such an examination of the books, accounts and vouchers of a business, as shall enable the auditor to satisfy himself whether the Balance Sheet is properly drawn up, so as to give a true and fair view of the state of affairs of the business, and that the Profit and Loss account gives a true and fair view of the profit or loss for the financial period, according to the best of

<sup>1</sup> In un'accezione generica, nella dottrina anglosassone, per "*financial auditing*" si intende "*an accounting process used in business. It uses an independent body to examine a business' financial transactions and statements. The ultimate purpose of financial auditing is to present an accurate account of a company's financial business transactions. The practice is used to make sure that the company is trading financially fairly, and also that the accounts they are presenting to the public or shareholders are accurate and justified*" (la formula di sintesi è di C. CHIME OGBODO, *What is financial auditing*, in [www.oghodocpa.com/what-is-financial-auditing](http://www.oghodocpa.com/what-is-financial-auditing)).

<sup>2</sup> Quindi, non esclusivamente tecnica.

<sup>3</sup> AA.VV., *Commercial & Industrial Laws and Auditing Intermediate: Paper - 6. Study Notes*, Study Note - 5 Auditing Basics - I, The Institute of Cost and Works Accountants of India, Kolkata, January 2008, B2-B3 e da R. KUMAR, V. SHARMA, *Auditing: Principles and Practice*, Prentice-Hall of India Private Limited, New Delhi, 2005, pag. 2.

<sup>4</sup> AUDITING CONCEPTS COMMITTEE (ACC), *Report of the Committee on Basic Auditing Concepts*, in *The Accounting Review*, n. 47, Suppl. 1972, Steven J. Kachelmeier, The University of Texas, Austin, pag. 18.

his information and the explanations given to him as shown by the books; and if not, in what respect he is not satisfied”;

“Auditing may be defined as an intelligent and a critical scrutiny of the books of account of a business with the documents and vouchers from which they are written up, for the purpose of ascertaining whether the working results for a particular period as shown by the Profit and Loss Account and also the exact financial condition of the business as reflected in the Balance Sheet are truly determined and presented by those responsible for their compilation”;

“An audit is an examination of such records to establish their reliability and the reliability of statements drawn from them”.

Una definizione di “audit”, che pare cogliere la sua essenza socio-economica (e non solo tecnica) è quella che la qualifica come un processo sistematico volto ad ottenere e valutare oggettivamente le prove (“evidences”), dichiarazioni, asserzioni, attestazioni (“representations”) relative ad azioni ed eventi pertinenti un’azienda e testimoniate nei “conti”<sup>5</sup> allo scopo di accertare, assunta in linea generale di principio (ma da verificare nel corso dell’attività di “auditing”), la completezza (principio di integrità) delle rilevazioni contabili in relazione ai fatti amministrativi del periodo di riferimento del bilancio di esercizio, il loro grado di corrispondenza a dati criteri di valutazione ai fini della comunicazione ai soggetti interessati dei risultati emergenti da questo complesso processo di verifica<sup>6</sup>. L’essenza della revisione contabile (e di bilancio), espressione di un riesame, consiste, pertanto, ma non si identifica esclusivamente, nell’acquisizione e valutazione delle prove<sup>7</sup> dei fatti amministrativi.

I tipi di prova ottenuti ed i criteri impiegati per valutare le prove possono mutare a seconda dei tipi e degli obiettivi del controllo contabile di secondo livello o superiore, nonché dei metodi e delle procedure tecniche utilizzate, ma tutti i “tipi” di revisione<sup>8</sup> sono, comunque, focalizzate(i) al processo di ottenere

e valutare (esprimere, quindi, un giudizio su) le prove<sup>9</sup>.

Nella concreta attività di controllo, per realizzare la descritta finalità della sua attività, il revisore contabile pone in essere lo svolgimento:

- a) di indagini, intese come serie di operazioni rivolte ad accertare, mediante metodiche e diligenti, perite e minuziose ricerche, condotte con spirito critico, la realtà di uno o più fatti amministrativi (travalicando la loro formale rappresentazione in documenti e scritture); ciò ponendo in relazione con i fatti in quelli rappresentati testimoniati, ponendo a fondamento dell’attività una ricerca indirizzata a consentire lo svolgimento di procedure<sup>10</sup> tecniche con il ricorso a metodi utili ai fini dell’espressione di un giudizio sull’oggetto del controllo;
- b) di ispezioni, intese come esami, diretti ed attenti, accertamenti accurati e particolareggiati di singole situazioni di fatto, al fine di rilevarne e conoscerne, in modo esatto e completo, la consistenza, la natura e la struttura; questo sempre allo scopo di trarre elementi utili ai fini di valutazioni in relazione all’oggetto del controllo. L’ispezione include l’esame (critico, in termini sostanziali e non solo formali) di scritture contabili, documenti e beni materiali (ad esempio, accertamenti inventariali) allo scopo di esprimere valutazioni utili ad accertare, in particolare, ma non esclusivamente, da un lato, il grado di attendibilità delle scritture e dei documenti, dall’altro, l’esistenza, la disponibilità e proprietà legale dei beni materiali, l’esistenza di diritti ed obbligazioni e la titolarità dei beni immateriali; ciò senza vincolo alcuno in relazione all’ubicazione od al soggetto responsabile della conservazione delle scritture, dei documenti e dei beni o l’origine dei documenti.

Nell’esecuzione della predetta attività, è di rilievo il sistema di controllo interno<sup>11</sup>, inteso generalmente

<sup>5</sup> Si tratta degli “accounts” che, secondo la terminologia anglosassone, sono definiti come i: “financial records of an organization that register all financial transactions, and must be kept at its principal office or place of business. The purpose of these records is to enable anyone to appraise the organization’s current financial position with reasonable accuracy. Firms present their annual accounts in two main parts: the balance sheet, and the income statement (profit and loss account)” in [www.businessdictionary.com](http://www.businessdictionary.com).

Nel contesto semantico italiano “il conto può essere definito come una serie di scritture (descritte in un’apposita sezione), facenti parte di un sistema, riflettenti un determinato oggetto ed aventi per scopo quello di porre in evidenza la variabile e commensurabile grandezza” (G. ZAPPA, *Il reddito di impresa*, II Ed., Giuffrè, Milano, 1950, pag. 103; F. PONTANI, T. SESANA, *Le determinazioni quantitative e le rilevazioni contabili per la redazione del bilancio di esercizio*, Tomo II, Seconda Edizione, DSU Diritto allo Studio - Università Cattolica, Milano, 2008, pag. 25). Il “conto è essenzialmente una classe di valori (monetari) prescelta in base a determinate proprietà e trova espressione formale in una tavola che ne rilevi la misura e le variazioni accadute in un determinato intervallo di tempo”, G. MAZZA, *Problemi di assilogia aziendale*, Giuffrè, Milano, 1989, pag. 243.

<sup>6</sup> J.D. SULLIVAN, R.A. GNOSPELIUS, P.L. DEFLIESE, H.R. JAENICKE, *Montgomery’s Auditing*, John Wiley & Sons, Inc., New York, 1985, pag. 4, V.M. O’REILLY, M.B. HIRSCH, P.L. DEFLIESE, H.R. JAENICKE, *Montgomery’s Auditing*, op. cit., 1990, pag. 4, AMERICAN ACCOUNTING ASSOCIATION (AAA), *A Statement of Basic Auditing Concepts*, Committee on Basic Auditing Concepts, American Accounting Association, Sarasota, Florida, 1973, pag. 2, con nostre integrazioni.

<sup>7</sup> J.D. SULLIVAN, R.A. GNOSPELIUS, P.L. DEFLIESE, H.R. JAENICKE, V.M. O’REILLY, M.B. HIRSCH, P.J. MCDONNELL, B.N. WINOGRAD, J.S. GERSON, *Montgomery’s Auditing*, op. cit., pagg. 1-6.

<sup>8</sup> Limited review, due diligence, investigation, forensic audit, tax audit, internal audit, special purpose audit, ecc..

<sup>9</sup> AMERICAN ACCOUNTING ASSOCIATION (AAA), *A Statement of Basic Auditing Concepts*, Committee on Basic Auditing Concepts, American Accounting Association, Sarasota, Florida, 1973, pag. 2. *Montgomery’s Auditing*, op. cit., 1985, pag. 6, 1990, pag. 4.

<sup>10</sup> La procedura si deve intendere come l’insieme di una serie di atti, di comportamenti, di azioni poste tra di loro in una certa sequenza, espressione anche di uno svolgersi dei fatti in un contesto dinamico; il tutto è finalizzato alla risoluzione di complessi problemi, che hanno riferimento sia le modalità di identificazione dei fatti amministrativi (fatti storici dell’amministrazione economica d’impresa), sia le modalità di registrazione degli stessi, nonché quella di attribuzione dei valori nei procedimenti di misurazione in sistemi complessi, aperti e dinamici. Le procedure sono espressione, quindi, della successione e dello sviluppo di fenomeni concatenati tra di loro, che producono un passaggio graduale da una fase all’altra, da uno stato all’altro, sino a raggiungere il punto concludente prefissato e coerente con il metodo utilizzato. Le procedure presuppongono, pertanto, norme, formalità, protocolli comportamentali, forme, definizione e separazione di responsabilità, fasi o passi che coinvolgono anche soggetti giuridici diversi, con l’attribuzione agli stessi di poteri, funzioni, compiti, responsabilità, conoscenze e competenze tecniche e scientifiche, F. PONTANI, *La clausola generale ed i principi di redazione del bilancio di esercizio. Analisi ed interpretazione giuridico-tecnica degli artt. 2423 e 2423 bis del codice civile*, Cedam, Padova, 2005, pag. 159.

<sup>11</sup> Sul tema, F. PONTANI, *La clausola generale ed i principi di redazione del bilancio di esercizio. Analisi ed interpretazione giuridico-tecnica degli artt. 2423 e 2423 bis del codice civile*, Cedam, Padova,

come l'insieme delle direttive, delle procedure e delle tecniche contabili ed *extra* contabili adottate dall'azienda, nell'ambito di un sistema integrato di processi ricondotti ad unità teleologica, allo scopo di conseguire i seguenti obiettivi:

- a) conformità delle attività degli organi aziendali all'oggetto che l'impresa si propone di conseguire ed alle direttive ricevute;
- b) salvaguardia del patrimonio aziendale;
- c) attendibilità (affidabilità) dei dati<sup>12</sup> e dell'informazione sociale in generale<sup>13</sup>.

Ciò sta a significare che l'esistenza di un adeguato sistema di controllo interno è condizione essenziale

2005, pagg. 410-422. Tra gli enti e le loro ricerche, che costituiscono punto ispiratore e di riferimento in materia, si citano (con riferimento ai sistemi di controllo integrato ai fini di una corretta *Corporate Governance*, il "buon governo" delle società di capitali), per il Regno Unito: A. CADBURY, *The Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*, Financial Reporting Council (FRC), Regno Unito, 1992; R. HAMPEL (Committee), *Report*, FRC, Regno Unito, 1998, che (par. 6 del documento) pone a fondamento del *Corporate Governance* delle società la teorica dell'agenzia e sottolinea la questione della responsabilità e del ruolo della revisione contabile con particolare riferimento al tema della "going concern"; ICAEW (*The Institute of Chartered Accountants in England & Wales*), *Turnbull Report*, ICAEW, 1999, parr. 20-24; D. HIGGS, R. SMITH (Committees), *The Revised Combined Code*, ovvero *The Combined Code on Corporate Governance*, FRC, Regno Unito, 2003; FRC, *The combined Code*, FRC, Regno Unito, 2006 e 2008; FRC, *The UK Corporate Governance Code*, FRC, Regno Unito, 2012. In relazione all'enfaticizzazione di aspetti particolari e con riferimento ad altre aree geografiche si richiamano: il CoSo (*Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*), *Report*, USA, 1992-2013 (Enterprise Risk Management - Integrated Framework); M.E. KING, *Report (King Code of Governance)*, Sud Africa, 1994-2002-2009; il CoCo (*Criteria of Control*) *Report*, Canadian Institute of Chartered Accountants (CICA), Canada, 1995; il COBIT (*Control and Audit for Information and Related Technology*) dello ISACF (*Information Systems Audit and Control Foundation*), 1996-1998-2000-2006-2007 ed il COBIT 5 del 2012.

In materia v. anche IFAC, *Internal Controls. A Review of Current Developments*, Information Paper, August 2006. Le ricerche in materia, sono indubbiamente numerosissime e quelle richiamate sono le maggiormente citate in dottrina. Uno scenario "globale" di riferimento si rinviene in [www.ecgi.org](http://www.ecgi.org) (*European Corporate Governance Institute*), ove si possono consultare i "Corporate Governance Codes" di innumerevoli Paesi.

<sup>12</sup> In questo senso, il "Gruppo di studio ristretto" dei Consigli Nazionali dei Dottori Commercialisti e dei Ragionieri nel Documento *Principi di comportamento del collegio sindacale nelle società di capitali con azioni quotate nei mercati regolamentati*, 2015. Il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ha pubblicato, nell'ottobre 2000, il Documento *Guida operativa sulla vigilanza del sistema di controllo interno. Nuove norme di comportamento del collegio sindacale nelle società non quotate* (modificate nel 2012). Si veda anche COOPERS & LYBRAND, *Il sistema di controllo interno. Progetto Corporate Governance per l'Italia*, Il Sole 24 Ore Libri, Milano, 1997; KPMG, *Corporate governance. Guida pratica al controllo interno*, Milano, 2001; l'IFAC (*International Federation of Accountants*), in particolare ISA n. 200 e n. 265 dell'*Handbook of International Quality Control, Auditing, Review, Other Assurance, and Related Services Pronouncements*, 2010 e del Documento n. 400 dell'ottobre 2002 del CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEL CONSIGLIO NAZIONALE DEI RAGIONIERI (che inerte la valutazione del rischio e del sistema di controllo interno), Introduzione, par. 8; in senso non dissimile il *Codice di autodisciplina* (1999, 2002, 2006, 2010, 2011 e 2014) della BORSA ITALIANA, per le società quotate.

<sup>13</sup> In questi termini, sostanzialmente, i *Principi di comportamento del collegio sindacale*.

Secondo l'Executive Summary del CoSo, *Integrated Framework* (2013), "Internal control is broadly defined as a process, effected by an entity's board of directors, management and other personnel, designed to provide reasonable assurance regarding the achievement of objectives in the following categories: 1. Effectiveness and efficiency of operations. 2. Reliability of financial reporting. 3. Compliance with applicable laws and regulations".

ed irrinunciabile per un corretto svolgimento dell'attività di revisione contabile, come intesa da consolidata dottrina (sia giuridica, sia tecnica) internazionale, dalla normativa dell'Europa comunitaria e dal legislatore nazionale in tema di revisione legale.

In Italia, in presenza di Collegi sindacali e di revisori contabili (e non solo<sup>14</sup>), organi e soggetti variamente impegnati nell'attività di controllo e revisione contabile (legale) dei bilanci e dei rendiconti di società ed enti di varia natura, il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti (organismo di categoria professionale) ha elaborato e proposto, sin dall'aprile 1977, una serie di *principi*<sup>15</sup> (e *standard*<sup>16</sup>) di revisione indirizzati al revisore contabile indipendente (persona fisica o società di revisione), per stabilire norme etico-professionali di comportamento e norme tecniche<sup>17</sup> di svolgimento (regolamentazione professionale) del lavoro di revisione contabile (anche volontaria) ai fini dell'espressione del giudizio professionale (opinione a valenza certificatoria) sul bilancio di esercizio precisando altresì le regole di stesura delle relazioni di revisione contabile e di bilancio. L'obiettivo di detti *principi* e *standard* era ed è, pur considerando le modifiche intervenute nel tempo, quello di costituire punto di riferimento per i professionisti del controllo contabile e di bilancio.

La dottrina commercialistica si è da tempo<sup>18</sup> attestata (pur ammettendo l'esistenza di indirizzi contrari)

<sup>14</sup> È il caso degli Organi di Vigilanza e Controllo, in ossequio al D.Lgs. n. 231 dell'8 giugno 2001 di attuazione dell'art. 11 della L. 29 settembre 2000, n. 300, a sua volta di attuazione della "Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità Europee o degli Stati membri dell'Unione Europea", firmata a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della "Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali", con annesso, firmata a Parigi il 17 dicembre 1997.

<sup>15</sup> Il termine "principio" viene usato nel senso di una norma tecnica o regola generale adottata o professata come guida all'azione, una base di condotta od un fondamento all'azione pratica (paradigma pragmatico), F. PONTANI, *La clausola generale ed i principi di redazione del bilancio di esercizio. Analisi ed interpretazione giuridico-tecnica degli artt. 2423 e 2423 bis del codice civile*, Cedam, Padova, 2005, pag. 159 e bibl. ivi citata.

<sup>16</sup> Il termine "standard" sottolinea il passaggio concettuale dai principi generali alla regola concreta, alla direttiva operativa di controllo. Nel lessico anglosassone il termine "standard" implica quale criterio o misura possa costituire una base di riferimento per una comparazione (*a basis for comparison*) ed al tempo stesso l'ideale in termini di ciò sul cui fondamento qualcosa può essere giudicato (*the ideal in terms of which something can be judged*).

Riferirsi ad uno *standard* implica la previa definizione di una misura o di un valore (*conformity to or constitution of a standard of measurement or value*) e successivamente la verifica di conformità allo stesso e tende ad essere fissato od ampiamente riconosciuto come un autorevole od eccellente modello di riferimento (*established or widely recognized as a model of authority or excellence*) v. [www.hyperdic.net](http://www.hyperdic.net), F. PONTANI, *La clausola generale ed i principi di redazione del bilancio di esercizio. Analisi ed interpretazione giuridico-tecnica degli artt. 2423 e 2423 bis del codice civile, op. cit.*, pag. 161 e segg. e bibl. ivi citata.

<sup>17</sup> CNDC, *Principi di revisione*, Doc. n. 1, Milano, aprile 1977 (Finalità dei principi di revisione), emessi a seguito del DPR 31-03-1975, n. 136, emanato in relazione alla L. 07-06-1974, n. 216.

<sup>18</sup> CNDC, Doc. n. 1 del 13 gennaio 2006, par. 8 (in "Diretta Aristeia del 20 marzo 2006", *Il collegio sindacale: verifiche, procedure e carte di lavoro*, Fondazione Aristeia Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti, Roma), che definisce il "controllo contabile come momento fondante della governance", mentre la "revisione" (contabile) rappresenta "una metodologia specifica per l'effettuazione del controllo contabile".

sull'interpretazione tecnica in forza della quale sussiste una distinzione tra le attività di controllo contabile previste dalla disciplina civilistica nazionale<sup>19</sup> e quelle richieste al revisore legale dei conti (per disciplina "speciale" ed informata agli indirizzi internazionali).

Peraltro, appare poi che l'applicazione degli stessi principi (*rectius*, regole) di comportamento del Collegio sindacale, nella realtà, incontra (nonostante "semplificazioni" procedurali) difficoltà nella sua concreta attuazione<sup>20</sup>.

Secondo questo indirizzo dottrinario il revisore contabile nazionale (nel caso in cui non si versi nell'ipotesi di revisione "obbligatoria" che debba essere eseguita da una società di revisione allo scopo autorizzata), pur chiamato ad effettuare un controllo approfondito del bilancio di esercizio (e, quindi, del sistema contabile che lo supporta e non solo), per accertare che questo sia stato redatto secondo le norme che lo disciplinano, non dovrebbe operare osservando tutte le modalità procedurali dettate dai principi e dagli *standard* di revisione, libero di scegliere, tra quelle suggerite dagli stessi, le tecniche di controllo ritenute più adatte alle circostanze.

La motivazione di questa presa di distanza, di una parte della dottrina italiana, dagli *standard* di revisione (dal 2002<sup>21</sup> quelli internazionali dell'IFAC adattati alle circostanze) riposa nell'opinione in forza della quale se l'operato del revisore (persona fisica delegata al controllo contabile) dovesse conformarsi integralmente a quello delle società di revisione risulterebbe incomprensibile la statuizione per legge (e per delibere della Consob in relazione all'*audit* delle società quotate nei mercati regolamentati) dell'osservanza di detti *standard* di controllo per le società di revisione, quando la questione potrebbe essere risolta in modo generale per tutte le società di capitali per le quali si è prevista l'obbligatorietà di un organo statutario (espresso da persone fisiche) di controllo<sup>22</sup>. Oggetto di divergenze dottrinarie sono state (ma possono concretamente ancora esserlo), poi, le modalità di controllo contabile delle piccole e medie

imprese<sup>23</sup> per le quali appare in atto un dibattito con l'espressione di confliggenti indirizzi teorici<sup>24</sup>.

## 2. Il controllo e la revisione contabile. L'evoluzione tecnica

L'evoluzione tecnica si propone nell'area del controllo e della revisione contabile sotto due punti di vista:

- a) con riferimento agli strumenti del controllo;
- b) con riferimento alle metodologie.

Gli strumenti del controllo mutano con l'evolversi delle macchine (mezzi operativi di ausilio fisico all'attività) e delle scienze. Dagli strumenti di tipo fisico, come il cuneo e lo stilo, si transita alla penna, alla macchina calcolatrice, all'elaboratore meccanografico ed a quello elettronico. Il supporto di osso, di pietra e di argilla, lascia il posto quello in fibra di papiro, in seta, in pergamena, in carta e magnetico. Per ciò che riguarda gli strumenti di tipo logico, alla descrizione ed allo strumento computistico si affiancano lo strumento matematico e statistico, nonché quelli moderni di indagine forniti da altre discipline scientifiche quali la chimica, la mineralogia, ecc..

Le metodologie si evolvono dalle semplici tecniche di verifica delle identità a quelle più complesse delle analisi delle situazioni parziali, e poi integrate, dei dati di stato (del patrimonio) e di flusso (economico e finanziario) verificate nella prevalente ottica contabile, a quelle di area (concezione statica), di ciclo (concezione dinamica relativa) e di sistema in una concezione dinamica complessiva d'azienda.

<sup>23</sup> Per i termini della questione sia definitoria, sia concernente i principi contabili, v. F. PONTANI, *Global Accounting. Obiettivo possibile o mera utopia?*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, pag. 91 segg..

<sup>24</sup> G. INSAUDO, *Il dibattito sul contenuto sostanziale del controllo contabile alla luce di nuove direttive della Unione Europea*, op. cit., pagg. 14-20. Per i contributi favorevoli all'identità sostanziale della revisione e del controllo contabile: COMMISSIONE PARITETICA DEI CONSIGLI NAZIONALI DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEI RAGIONIERI, *Norme di Comportamento degli Organi di Controllo Legale*, giugno 2004 e febbraio 2005; CONSIGLIO NAZIONALE DEI RAGIONIERI, Documento approvato nella seduta dell'11-01-2005 sul *Controllo Contabile nelle PMI*; ORDINE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI DI MILANO, COMMISSIONE CONTROLLO SOCIETARIO, *Linee guida tecniche di esecuzione dell'attività di controllo contabile da parte del collegio sindacale in società di capitali e società cooperative*, 15-12-2005, Milano, Italia Oggi, 22-12-2005; CODER, COORDINAMENTO ORDINI DOTTORI COMMERCIALISTI EMILIA ROMAGNA, COMMISSIONE DI STUDIO, *Controllo contabile ex art. 2409 bis c.c.*, marzo 2006. Per i contributi dai quali si rileva un indirizzo di sostanziale differenza, per le PMI rispetto alla revisione contabile: C. SICILIOTTI, *Revisione contabile delle PMI? Un trapianto del tutto sbagliato*, in *Il Giornale dei Dottori Commercialisti*, n. 6, Milano, 2005; CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI, *Principi e raccomandazioni per l'esercizio del controllo contabile nelle società di capitali che non fanno ricorso al capitale di rischio*, 13-01-2006, cit..

Per le PMI il conflitto dottrinario avrebbe potuto forse trovare ragionevole soluzione con lo *Standard* n. 1005 (del 2004) del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e dei Ragionieri, ma, con l'entrata in vigore del D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, e con l'assegnata transitorietà applicativa, per effetto della Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2009 sull'attuazione della Direttiva 2006/43/CE (P6\_TA(2009)0090 dell'1.04.2010), di tutti gli *standard* di revisione emessi dal CNDC&R tra il 2002 ed il 2006 sino all'entrata in vigore di quelli che verranno adottati dalla Commissione Europea, in forza del disposto dell'art. 26, par. 1 e 2 della Direttiva 2006/43/CE, la questione appare irrisolta non solo per l'Italia, ma per l'intera Unione Europea. Questo attesta anche la difficoltà di qualificare, a livello globale, l'essenza natura delle "Piccole e Medie Imprese" (F. PONTANI, *Global Accounting. Obiettivo possibile o mera utopia?*, op. cit., Cap. V, pag. 91 segg.).

<sup>19</sup> Art. 2403 c.c..

<sup>20</sup> G. INSAUDO, *La rivoluzione della trasparenza: importanti innovazioni nei nuovi principi di comportamento del collegio sindacale*, in *Il controllo legale dei conti*, n. 2, Giuffrè, Milano, marzo-aprile 1997, pag. 219 segg.; C. BADALOTTI, *I principi di comportamento del Collegio Sindacale nella prospettiva della legge delega n. 366 del 3 ottobre 2001*, in *Il controllo legale dei conti*, n. 6, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 753 segg.; G.E. COLOMBO, *Amministrazione e controllo*, in Consiglio Notarile di Milano, novembre 2002 - marzo 2003, Riunioni di studio sulla riforma delle società, in [www.notarlex.it](http://www.notarlex.it), par. II e, ancora, G. INSAUDO, *Il dibattito sul contenuto sostanziale del controllo contabile alla luce di nuove direttive della Unione Europea*, in *Il controllo nelle società ed enti*, Giuffrè, Milano, gennaio-febbraio 2007, pag. 5 segg..

<sup>21</sup> Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e Consiglio Nazionale dei Ragionieri (CNDC&R), Commissione paritetica per i principi di revisione.

<sup>22</sup> V. SALAFIA (a cura di), *Atti societari. Formulario commentato. Società di capitali, Cooperative, Consorzi*, Ipsa, Milano, 2007, pag. 475.

Parallelamente allo sviluppo delle metodologie di determinazione quantitativa, l'oggetto del controllo si amplia in stretta connessione con l'allargamento della base di riferimento delle rilevazioni contabili. Il controllo, poi, si estende anche alle informazioni di natura non quantitativa che costituiscono attributo qualificativo del dato quantitativo. L'oggetto del controllo non è più la singola informazione od il singolo dato, ma la seriazione, il sistema, la base di dati e le sue sintesi proposte per obiettivi diversi di informazione.

Il controllo interno, necessario, irrinunciabile ed utile strumento di salvaguardia di una pluralità di interessi, non necessariamente esclusivamente di natura patrimoniale, si rivela insufficiente (per naturale carenza di indipendenza del o dei controllori che fanno parte dell'organizzazione dell'entità controllata) a realizzare il suo obiettivo di garanzia tecnica e sociale dell'informazione, sia per l'insufficienza del controllo semplice ad individuare l'errore o l'alterazione del dato e dell'informazione (sia esso casuale o sistematico), sia ancora per la sua insufficienza (e delle sue metodiche connaturate ad obiettivi limitati, imposti od auto-imposti, della revisione contabile e di bilancio) a prevenire, in modo adeguato, l'alterazione o la frode, intese queste come comportamenti omissivi o commissivi di natura volontaria (semplice o complessa) fondati sull'attività individuale o collettiva (sia riferibile a soggetti pertinenti all'azienda, sia a soggetti terzi in relazione o non con l'azienda).

Il controllo di secondo grado o superiore<sup>25</sup>, la revisione contabile, che insiste su sistemi controllati, diventa teoricamente strumento di garanzia indispensabile (in forza anche dell'indipendenza del revisore rispetto al soggetto verificato).

Quando tale esigenza non viene avvertita individualmente (i singoli operatori), ma collettivamente, e l'insicurezza del sistema "azienda" si trasforma in ragione di insicurezza sociale, lo Stato interviene (realizzando, ma non sempre, una mediazione politica tra confliggenti attese ed interessi, sociali ed economici, e non solo) con il suo potere normativo; questo coinvolgendo (non sempre in posizione consultiva, ma talvolta asservendole ai propri desiderata e, quindi, imponendo il proprio potere, non immune da influenze lobbistiche) le organizzazioni professionali (non scovre da influenze politiche e dal loro essere, in sostanza, espressione di potenti lobby di potere, anche proprio delle categorie professionali) che, spesso, si pongono (o dovrebbero porsi "naturalmente") socialmente nella posizione di classe di servizio tra lo Stato, cioè la collettività organizzata a Stato, ed i singoli soggetti economici (con indubbia influenza della politica sugli orientamenti strategici del controllo).

Ciò avviene, in misura più o meno marcata, a seconda della filosofia ispiratrice dei rapporti tra Stato (ed organismi sovrastatali dotati di potere normativo) e singoli soggetti economici ed a seconda dell'interesse proprio dello Stato (e degli altri organismi citati) alle vicissitudini quali-quantitative della gestione delle risorse economiche (e non) delle aziende e quello proprio delle stesse categorie professionali.

<sup>25</sup> V. F. PONTANI, *Auditing. Storia, Tecnica, Scienza. Un'evoluzione involutiva?*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, Cap. III, par. 3.2..

La revisione contabile e di bilancio, sia essa a fondamento legale e, quindi, obbligatoria (da cui le locuzioni revisione legale e revisore legale dei conti), sia essa a fondamento volontario (interna ed esterna), non può non chiudersi con l'espressione di giudizi sulle situazioni, vuoi analitiche, vuoi complessive, riscontrate (diverso è il caso della revisione contabile per obiettivi di controllo parziale).

I giudizi tecnico-legali sono, in termini di affidabilità, di correttezza, di rispondenza a criteri uniformi di comportamento, ritenuti applicabili alle circostanze o a criteri particolari resi utili o indispensabili in relazione a specifiche situazioni.

I giudizi sono sempre circostanziati e, quando la revisione è affidata a soggetti terzi rispetto al soggetto verificato, vengono generalmente definiti od identificati come "certificatori".

Revisione e certificazione divengono rispettivamente sinonimi di attività di controllo ed espressione di un giudizio<sup>26</sup> sulla situazione analizzata in relazione all'attività di controllo svolta.

Per consentire univocità di interpretazione dei risultati dell'attività di controllo e, pertanto, per una più agevole diagnostica delle situazioni casuali o patologiche di rischio e di difetto di controllo e di garanzia si rendono, pertanto, indispensabili regole, sia di comportamento delle aziende per rilevare, rappresentare e correttamente sintetizzare in documenti di rendiconto le operazioni aziendali, sia di semplificazione e regolamentazione delle funzioni di controllo; questo anche quando queste funzioni sono attribuite, per convenzione contrattuale od in forza di legge, a soggetti terzi rispetto all'azienda i cui conti e bilanci sono da verificare.

Vengono elaborati e fissati, anche per legge o provvedimenti aventi forza cogente o perlomeno dispositiva<sup>27</sup>, sia i principi generali (postulati<sup>28</sup> o principi primi), sia i principi applicativi in relazione ai comportamenti contabili aziendali. Vengono anche "statuiti" i principi primi e gli *standard* di comportamento operativi per coloro che svolgono le funzioni di controllo.

<sup>26</sup> Sul tema v., anche, F. PONTANI, *Auditing. Storia, Tecnica, Scienza. Un'evoluzione involutiva?*, op. cit., Cap. III, par. 5. ed in note n. 58 e n. 89.

<sup>27</sup> In contesti nazionali riferibili a sistemi giuridici diversi ove, spesso, si rilevano "insiemi normativi" non coordinati a sistema.

<sup>28</sup> Per postulato si intende, in filosofia, una "presupposizione necessaria per la giustificazione di ... tesi che non potrebbero comunque essere negate". Secondo I. KANT (*Critica della ragion pura*, Biblioteca Filosofica Laterza, Editori Laterza, Roma, Bari, Vol. 1, 1975, pagg. 223-228), "i postulati del pensiero empirico sono i seguenti: 1. possibile è tutto ciò che si accorda con le condizioni formali dell'esperienza (per l'intuizione e pei concetti); 2. reale è tutto ciò che è connesso con la realtà secondo universali condizioni dell'esperienza (della sensazione)"; 3. necessario è (esiste) tutto ciò che è connesso con la realtà secondo universali condizioni dell'esperienza. "I postulati di una teoria scientificamente ordinata, qualunque sia il loro significato intuitivo e sperimentale debbono essere compatibili ed indipendenti" ... "Si sogliono distinguere un'indipendenza ordinata, che è l'impossibilità di dedurre un postulato dai precedenti, presi in un certo ordine, e una indipendenza assoluta valida per qualsiasi ordine di postulati"; si distinguono dai principi intesi questi "come motivi fondamentali ed intrinseci di un dato concetto, problema o sistema filosofico"; sono basati anch'essi sull'esperienza in quanto generalizzazioni ultime di leggi più particolari, ma hanno un valore di comodità per l'ulteriore ricerca, G. CALOGERO, voce "Postulato", in *Enciclopedia Treccani*, Roma, 1935-1949.

A seconda delle situazioni, si determinano prevalenze nella scelta dello strumento normativo legale o del rinvio di questo alla (normazione) tecnica con accettazione da parte dello Stato delle regole tecniche elaborate e fissate dagli organismi professionali riconosciuti.

In sintesi, l'attività del revisore contabile si concretizza in un processo di controllo di secondo grado o superiore con l'obiettivo di pervenire all'espressione di un giudizio (un'opinione professionale, una dichiarazione certificatoria<sup>29</sup>) di conformità a principi o regole date ed a modelli prefissati. Si può, conseguentemente e preliminarmente, affermare che l'obiettivo di una revisione contabile e del bilancio di esercizio è quello di pervenire all'espressione di un giudizio indipendente di conformità a convenzioni prefissate ed a regole date, un giudizio certificatorio.

### 3. La "certificazione" in generale e la "certificazione" del bilancio di esercizio

In dottrina la "certificazione"<sup>30</sup> di conformità viene usualmente definita come:

*"l'azione di attestazione, per mezzo di un certificato<sup>31</sup> di conformità, che un prodotto o un servizio è*

*conforme a norme particolari o a specifiche tecniche"<sup>32</sup>, oppure come:*

*"l'azione compiuta da un ente legalmente responsabile, attestante conformità ai requisiti di una norma, per un bene naturale o un manufatto od un servizio e basata su ispezione oppure su collaudo di ciascun oggetto (difficile da ipotizzare per un conto od un bilancio), oppure su un ragionevole programma di ispezioni e prove"<sup>33</sup>.*

Entrambe le definizioni offerte dalla dottrina (non specificatamente ragioneristica) pongono in evidenza due aspetti fondamentali della "certificazione":

- la necessaria esistenza di "norme" (nel senso di regole) costituisce il presupposto irrinunciabile per l'esistenza di qualsiasi forma di certificazione;
- la natura della *certificazione* che, in sostanza, rappresenta solo una fase all'interno di un processo intrinsecamente dinamico, che lega l'individuazione di necessità/vincoli per l'attività produttiva (anche di informazioni elaborate) e la conseguente definizione dei rispettivi requisiti (fase normativa), all'opportunità di "perfezionare" le caratteristiche che dell'oggetto certificato in base alla propria rispondenza al costante evolversi delle esigenze del suo fruitore (utilizzatore che ritiene di trarne utilità specifica) e all'assunzione da parte del produttore di una serie di responsabilità rispetto a talune caratteristiche della propria produzione.

La *certificazione di conformità* è assimilabile ad un'informazione complessa ed articolata o ad un messaggio che fruisce dal produttore e che, nel comune linguaggio dell'informazione, identifica l'elemento di congiunzione in grado di accrescere la conoscenza reale del "prodotto" (l'informazione elaborata) da parte dell'utilizzatore (non solo l'entità verificata, ma un generico stakeholder). Essa rappresenta l'attestazione

<sup>29</sup> In questo senso appare inequivocabile il documento di consultazione Consob del 2 febbraio 2007 recante l'"attestazione del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari e degli organi amministrativi delegati sul bilancio d'esercizio e consolidato e sulla relazione semestrale ai sensi dell'art. 154-bis del TUF" (Testo Unico sulla Finanza, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e succ. modd.) che fa proprio il testo dell'art. 4, 2° co., "Relazioni finanziarie annuali" della Direttiva della c.d. "Transparency" (Direttiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2004, di modifica della precedente Direttiva 2001/34/CE, poi mutata, in parte, dalla Direttiva 2013/50/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013), che prevede che la "relazione finanziaria annuale" delle società di capitali quotate nei mercati regolamentati debba comprendere, oltre al bilancio sottoposto a revisione ed alla relazione sulla gestione, anche le "attestazioni delle persone responsabili presso l'emittente, i cui nomi e le cui funzioni sono chiaramente indicati, certificanti che, a quanto loro consta, il bilancio redatto in conformità della serie di principi contabili applicabile fornisce un quadro fedele delle attività e passività, della situazione patrimoniale, degli utili o delle perdite dell'emittente e dell'insieme delle imprese incluse nel consolidamento e che la relazione sulla gestione comprende un'analisi attendibile dello sviluppo e dell'andamento economico nonché della situazione dell'emittente e dell'insieme delle imprese incluse nel consolidamento, unitamente alla descrizione dei principali rischi e incertezze a cui sono confrontati".

<sup>30</sup> Nel contesto semantico anglosassone si rinvencono le seguenti definizioni: "certification is a formal procedure by which an accredited or authorized person or agency assesses and verifies (and attests in writing by issuing a certificate) the attributes, characteristics, quality, qualification, or status of individuals or organizations, goods or services, procedures or processes, or events or situations, in accordance with established requirements or standards" e "certified is an authoritatively or officially attested or confirmed as being genuine or true as represented, or as complying or meeting specified requirements or standards" ([www.businessdictionary.com](http://www.businessdictionary.com)).

Nel contesto semantico italiano, in sintesi, per certificazione si intende "un'attestazione di veridicità" e nel caso di specie "controllo e attestazione di attendibilità del bilancio di una società azionaria, effettuati da una società di revisione" (V. COLETTI, F. SABATINI, *Il Sabatini Coletti dizionario della lingua italiana*, Rizzoli Larousse, Milano, 2005) o di un revisore contabile.

<sup>31</sup> Per "certificato" si intende un atto scritto e sottoscritto (qualunque sia la modalità della scrittura e della sottoscrizione, dal punto di vista tecnico, purché sia garantita la genuinità dell'atto e l'autenticità della sottoscrizione) con cui un soggetto rivestito di particolari funzioni ed in forza di autorizzazioni di legge, accerti un fatto di cui è venuto a conoscenza in base ad un'indagine svolta personalmente. Da cui l'atto di certificazione con il quale si fornisce

certezza del fatto, qualunque esso sia, fornendo contemporaneamente assicurazioni, prova e conferma del fatto stesso, non lasciando proprio a ragione della certezza dichiarata, alcun dubbio. La *certificazione*, dal latino *certificatio*, derivata da *certus*, è "liberazione dalla dubitazione; è certa ed incommutabile manifestazione di quello che era incerto" (SAN GIOVANNI CLIMACO, conosciuto anche come Giovanni Della Scala, Giovanni Scolastico e Giovanni Siniato, ca. 575 - ca. 650 d.C., *La Scala del Paradiso, Klimax tou Paradeisou*, Gaetano Romagnoli, Bologna, 1874, pag. 469), richiamato anche, sia pure in modo incompleto e con difetto di identificazione dell'autore, in S. BATTAGLIA, *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, voce "Certificazione", Vol. III, UTET, Torino, 1995; nel lessico anglosassone il "certificate" è, in generale, "a written declaration documenting a fact or evidencing the result of a certification exercise" e, in senso legale "an official document attesting conformity with a legal requirement or the performance of an act, such as a certificate of compliance or a certificate of incorporation" ([www.businessdictionary.com/definition/certificate](http://www.businessdictionary.com/definition/certificate)).

<sup>32</sup> M. MORELLI, *L'immagine dell'impresa. Le leve strategiche della comunicazione nell'epoca del cambiamento*, Franco Angeli, Milano, 2004, pag. 309 e bibl. ivi citata. In senso generale il rinvio è anche a G. MATTANA, *Qualità, affidabilità, certificazione: strategie, tecniche e opportunità per il miglioramento dei prodotti e dell'impresa*, Franco Angeli, Milano, 1986.

<sup>33</sup> H. SCHOCK, *Product certification in the Federal Government*, U.S. Department of Commerce, NTIS PB81211880, 1981. G.C. CAINARCA, V. CHIESA, *Certificazione: tra ricerca di radici e ricerca di impieghi*, in *Impresa & Stato*, n. 0, Rivista della Camera di Commercio di Milano, Milano, marzo 1988, pagg. 14-16.

di determinate caratteristiche di un prodotto (nel nostro caso quello “contabile” sintetizzato nel bilancio di esercizio) che si basa, a sua volta, sulla possibilità che le caratteristiche stesse possano essere quantificabili e conseguentemente misurabili.

L’efficacia del “*messaggio certificatorio*” (inteso come informazione qualificata sufficientemente garantita, secondo le attese dell’utilizzatore, anche potenziale, che la richiede, poiché ne avverte il bisogno, o che viene indotto a ritenerla necessaria per i suoi usi e che, in quanto tale, è atta a sottrarre una certa quantità di incertezza ad una situazione data, situazione tipica dell’impresa che opera in naturali condizioni di incertezza) e la sua capacità di rendere meno imperfetto il mercato, dipende, a monte, dall’esistenza, tra i produttori (dell’informazione contabile), di un consenso nel definire quali variabili definiscano più puntualmente un prodotto (l’informazione contabile frutto di un processo di trasformazione da informazione grezza ad informazione elaborata per un dato obiettivo di utilità per il destinatario dell’informazione stessa) e, a valle, dalla popolarità (soddisfazione conseguente ad un bisogno soddisfatto secondo le aspettative od in quanto coerente con le sue potenzialità attese) che tale strumento riesce a riscuotere tra gli utilizzatori diretti (*user*) e gli altri interessati (*stakeholder*).

La ricerca del consenso tra i produttori (come in precedenza qualificati) riporta, ovviamente, al problema della ricerca di normative condivise, a livello sia intersettoriale, sia internazionale, e/o alla loro armonizzazione. In altri termini, ciò significa, anzitutto, l’implicito superamento delle barriere e degli ostacoli posti tra settori e tra nazioni e, conseguentemente, il raggiungimento del riconoscimento delle norme e delle modalità che attestano la conformità alle “normative (già) armonizzate” (“*global rules*”<sup>34</sup>).

Ora dobbiamo valutare come si possa intendere la locuzione “*certificazione di bilancio*”, meglio, del bilancio di esercizio (di una qualsiasi entità), anche (ma non solo) in un’ottica sociale.

Per essere in grado di valutare, in questo scenario, in modo adeguato, il significato di “*certificazione*” di bilancio<sup>35</sup> occorre riferirsi al mercato dei fornitori di capitale di rischio, di capitale con vincolo di debito, dei fattori della produzione e di quant’altro costituisce

condizione di gestione aziendale, sicché il bilancio di esercizio, prodotto dell’informazione, si identifica come strumento del coagulo della popolarità e del consenso<sup>36</sup> che gli utenti destinatari del bilancio e fornitori del correlato sistema di informazioni finanziarie, economiche e patrimoniali (sociali ed ambientali) possono esprimere non al bilancio come tale ma, attraverso questo, all’azienda cui è riferito quel bilancio.

È nell’ambito di questo scenario che si pone il problema di individuare a quali obiettivi teorici (e segnatamente scientifici) risponda la necessità/utilità della *certificazione di bilancio*, attività che, come detto, si discosta dal mero controllo contabile, che non presuppone l’espressione di un giudizio “*certificatorio*”.

#### 4. Il controllo e la revisione contabile. Distinzioni

Alla luce di quanto sin qui esposto, ci si deve interrogare se e in quale misura vi possa essere spazio per individuare un quadro sistematico concettuale del controllo e della revisione contabile (e di bilancio) per consentire, poi, una formulazione di teoriche scientifiche della revisione contabile.

Da diversi decenni, una parte della dottrina italiana (e non solo) si è posta la questione della differenza tra il (mero) controllo del sistema contabile e la revisione contabile finalizzata all’espressione di un’opinione professionale sul bilancio di esercizio.

Secondo taluni orientamenti il controllo (legale) del sistema contabile, che è in genere (ma non esclusivamente) finalizzato ad esprimere un giudizio certificatorio sul bilancio di esercizio dell’impresa in funzionamento<sup>37</sup> non si identifica con la revisione contabile (avente le finalità descritte), in quanto questa, intesa come controllo, nel contesto del sistema d’impresa, del subsistema contabile, non assume, quale oggetto della sua indagine, in modo esclusivo, le evidenze documentali e le conseguenti rilevazioni; il mero controllo contabile non appare coincidente con la più ampia e complessa nozione del controllo contabile richiesto non solo dal legislatore italiano<sup>38</sup>, ma anche da quello comunitario europeo (la revisione legale dei conti)<sup>39</sup> ed extraeuropeo, in tutti i casi nei quali tale controllo viene demandato agli organi statutari delle società di capitali od a soggetti (anche persone fisiche) delegati allo svolgimento di questa attività od in forza di legge, ma anche le realtà sottostanti; la revisione contabile si pone come strumento di verifica della correttezza sia dei sistemi di evidenza in sé, sia dell’adeguatezza di tali sistemi a rappresentare corret-

<sup>34</sup> In assenza di un “*ordine giuridico globale*” ed in presenza di tanti ordinamenti settoriali, relativi a singole materie, in assenza di ordini giuridici globali in posizione gerarchicamente sovraordinata a quelli nazionali, in assenza di un corpo di regole o *standard* generali, in assenza (in diversi ordinamenti nazionali) di nette distinzioni tra la sfera del pubblico e quella del privato, in difetto, in diverse realtà giuridiche nazionali, dei poteri statuali (S. CASSESE, *Il diritto globale*, Einaudi, Torino, 2009, pag. 131 segg.), appare difficile pensare a possibili standardizzazioni delle regole e ad armonizzazioni delle stesse in uno scenario anche di medio-lungo periodo.

<sup>35</sup> Il bilancio di esercizio è informazione elaborata attraverso combinazioni assai articolate di processi che, attraverso sistemi selettivi di *input* di informazioni e dati, conducono all’individuazione, classificazione, trasformazione, aggregazione, scomposizione e sintesi di dati (espressione o rappresentazione di fatti reali) sulla base di norme, principi (contabili) e tecniche predefiniti. Se detto processo avviene nel rispetto di determinate regole di salvaguardia e correttezza formale e sostanziale, il prodotto (contabile) bilancio si può definire “conforme” alle regole e principi dati e coerente con la realtà delle operazioni compiute dall’azienda per cui è *certificabile* (la definizione, da cui si è tratto, è stata messa a punto dalla Commissione Nazionale di Studio dei Dottori Commercialisti nelle riunioni del 24 novembre 1972 e del 12 gennaio 1973).

<sup>36</sup> V. F. PONTANI, *Auditing. Storia, Tecnica, Scienza. Un’evoluzione involutiva?*, op. cit., Cap. V, par. 2.3..

<sup>37</sup> A. AMADUZZI, voce “*Il bilancio*”, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. II, UTET, Torino, 1958, pagg. 417-421; M. SANTARONI, voce “*Bilancio*”, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sez. Comm., Vol. II, UTET, Torino, 1987, pagg. 209-225; G.E. COLOMBO, voce “*Bilancio*”, in *Enciclopedia Giuridica*, Vol. V, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, Roma, 1988, pagg. 1-19.

<sup>38</sup> In *primis*, Libro V, Titolo V, Cap. V, Sez. VI *bis*, Par. IV, art. 2409 *bis* c.c. e ss., Par. III, art. 2403 c.c. come modificato dal D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, di attuazione dell’VIII Direttiva “aggiornata”.

<sup>39</sup> Il riferimento è alla Direttiva CEE n. 43/2006 del 17-05-2006, che ha abrogato la precedente Direttiva CEE n. 253/1984 del 10-04-1984 e denominata frequentemente “*VIII Direttiva aggiornata*”.

tamente, sia pure convenzionalmente, la realtà degli accadimenti amministrativi d'azienda.

Se si prescinde:

- 1) dal rapporto tra soggetti addetti al, od incaricati del, controllo contabile (interni od esterni all'azienda);
- 2) dalla natura più o meno specialistica e, quindi, dalla competenza professionale (che non si può dare, in concreto, per scontata) dei soggetti incaricati del controllo e, pertanto, della loro competenza tecnica;
- 3) dall'utilizzo di mezzi soggettivi od oggettivi per la realizzazione del controllo stesso,

si è osservato<sup>40</sup>, oltre 80 anni orsono, da parte di qualificata dottrina italiana, sul fondamento di dottrina internazionale, in particolare di matrice anglosassone, nonché delle ricerche svolte nella Germania dell'epoca<sup>41</sup>, nel rapporto tra mero controllo contabile e revisione contabile, che il controllo contabile:

- a) si limita a constatare la regolarità nell'esecuzione di dati fatti amministrativi; la revisione contabile, invece, li critica nel loro aspetto giuridico, economico, contabile. Il controllo contabile, conseguentemente, è un concetto ristretto, mentre quello della revisione contabile è ampio. Il primo è presupposto della revisione;
- b) non si occupa delle cause che hanno condotto a determinate irregolarità. Si limita ad accertare, constatare le irregolarità commesse. La revisione contabile, invece, risale (*rectius*: dovrebbe risalire) alle fonti degli errori - che possono risiedere nelle persone o nei sistemi - allo scopo di escogitare, individuare, i mezzi atti a rimuoverli nel futuro.

L'opera propria della revisione contabile è quindi *critica e ricostruttiva*. La revisione contabile non deve avere, cioè, unicamente scopo "detectivo" (investigativo, da "detective policeman", il "poliziotto che scopre") per accertare errori o frodi<sup>42</sup>, ma deve proporre misure organizzative per rimediare ed agisce, quindi, in senso economico;

- c) si limita essenzialmente ai fatti al fine dei accertarne la regolarità; la revisione contabile si

estende, invece, oltre che ai fatti, anche ai sistemi onde accertarne la bontà e proporre miglioramenti. La revisione può essere effettuata, quindi, anche sui sistemi di controllo;

- d) è espressione di un'attività che è (o dovrebbe naturalmente, cioè per sua natura e funzione, essere intesa, quest'ultima, come compito o ruolo) continua e può essere antecedente, concomitante, susseguente.

L'attività della revisione contabile, in genere (salvo, quindi, sia espressione di un costante monitoraggio), è invece discontinua, periodica e sempre susseguente. Poiché la revisione contabile viene posta in essere a lavoro compiuto (il bilancio redatto definitivamente<sup>43</sup>), essa costituisce una ricostruzione critica del lavoro stesso.

Secondo detta dottrina, mentre il controllo contabile si limita, ad esempio, all'accertamento della regolarità delle registrazioni contabili effettuate, la revisione contabile, di contro, esamina anche il sistema contabile in essere, la divisione dei compiti (quindi, l'assetto organizzativo ed il conseguente sistema di controllo interno permanente), i criteri di valutazione, ecc., ed esprime un suo giudizio (di natura certificatoria, indipendente e responsabile) complessivo.

La revisione contabile viene, pertanto, intesa come un' "opera" di integrazione del controllo (in realtà un controllo di secondo grado o superiore). Essa, per la tecnicità professionale (presunta) degli organi (persone) che la compiono, per il fatto di essere in genere eseguita da soggetti estranei (indipendenti dagli interessi propri del *management*) all'azienda e in modo occasionale, tende a supplire alle inevitabili deficienze delle funzioni di controllo (interno).

In sintesi, secondo tale dottrina, la revisione contabile può essere definita come una ricostruzione critica del lavoro compiuto ed opera ponendo in essere funzioni diverse: *constatativa* (constatazione, accertamento dei fatti amministrativi), *detectiva* (accertamento, individuazione di errori e frodi), *preventiva* (volta a prevenire comportamenti e situazioni atte a far sì che l'azienda abbia a ricevere danno in conseguenza di errori e frodi che in assenza della revisione contabile potrebbero essere commessi; quindi, la revisione contabile svolge una funzione di deterrenza a difetti di diligenza e a comportamenti illeciti con conseguente svolgimento di un ruolo di salvaguardia del patrimonio e del risultato economico), *ricostruttiva* (volta ad accertare carenze nell'organizzazione della gestione aziendale ed a promuovere l'attuazione di rimedi atti a rimuoverle per rendere l'organismo più efficiente, più rispondente ai bisogni dell'azienda). In questo modo, la revisione contabile viene, secondo il predetto orientamento dottrinario, a costituire il fondamento di ogni riorganizzazione aziendale.

## 5. Utilità di un quadro concettuale sistematico dell'auditing contabile e di bilancio

A seguito della trattazione sin qui svolta, si impongono alcune riflessioni in merito ad un possibile "quadro concettuale sistematico" dell'auditing, della revi-

<sup>40</sup> Agli albori delle trattazioni organiche italiane in materia di R. MALINVERNI, *La tecnica della revisione*, UTET, Torino, 1929, pagg. 1-2.

<sup>41</sup> Preponderanti le opere in lingua tedesca citate dall'autore. Oltre a L.R. DICKSEE, *Auditing: a Practical Manual for Auditors*, Gee, London, 1892, H.J. REISER, *L'organisation du contrôle et la technique des vérifications comptables*, Dunod, Paris, 1930, degli italiani, D. D'ALVISE, *I sindaci delle Società per Azioni*, F. Vallardi, Milano, 1914, G. MORO, *Le funzioni sindacali nelle Società per Azioni con accenno alle società fiduciarie o di revisione*, UTET, Torino, 1928, si vedano C. PORZIG, *Die Technik der Bücher und Bilanzrevision* (tr. *Tecnica della revisione contabile e di bilancio*), Munthsche Verlagshandlung, Stuttgart, 1922; H. BECK, *Das Büchhaltung und Revisionswesen in den Vereinigten Staaten von Amerika* (tr. *Contabilità e revisione contabile negli Stati Uniti d'America*), Leopold Weiss, Berlin, 1928; H. MELTZER, *Deutscher Revisoren Spiegel* (tr. *Specchio dei revisori tedeschi*), Leopold Weiss, Berlin, 1928; P. GERSTNER, *Revisions-Technik* (tr. *Tecnica della revisione*), Haude & Spenersche Verlagshandlung, Berlin, Leipzig, 1930.

<sup>42</sup> Si rileva una presa di distanza dalla teoria allora dominante (la "policeman theory", di cui in F. PONTANI, *Auditing. Storia, Tecnica, Scienza. Un'evoluzione involutiva?*, op. cit., al Cap. V, par. 2.2.).

<sup>43</sup> Ma, nella realtà, non è certamente così.

sione contabile finalizzata al rilascio di una dichiarazione certificatoria inerente il bilancio di esercizio.

Quando parliamo, in termini generali, di “quadro concettuale” possiamo fare riferimento anche ad una struttura concettuale di base, ad un quadro sistematico (*framework*) o ad una rete concettuale generale entro la quale i più significativi principi primi, trovano ragione di loro integrazione ed interazione dinamica; questo con la possibilità di fissare, in relazione ad aree geo-economiche diverse, un rapporto tra norme di legge e regole tecniche, in stretta coerenza con<sup>44</sup>:

- a) la natura dei sistemi giuridici esistenti (di tipo dirigitico o fondato su sistemi pragmatici) in singoli Paesi;
- b) la struttura prevalente di organizzazione economica e delle imprese nonché la tipologia degli assetti proprietari, se chiusi all'interno di gruppi familiari o aperti;
- c) il comportamento e l'influenza della legislazione fiscale, se cioè vi è un'amministrazione finanziaria inquisitoria o collaborativa,

con “*pesi differenti*”, a volte condizionanti l'essenza stessa degli obiettivi della revisione contabile e di bilancio. Ciò in quanto le garanzie sociali attese dal controllo revisionale possono variare nei luoghi e nei tempi a seconda della “*densità di interesse*”<sup>45</sup> delle classi sociali più o meno omogenee quanto a componenti, sia per interessi, sia per cultura, dei soggetti portatori di interessi (*stakeholder*), che sono altresì portatori della domanda (di mercato dell'attività di *auditing*).

Le principali ragioni che militano a favore dello sviluppo di un quadro concettuale sistematico in materia di revisione contabile e di bilancio non sono diverse da quelle che militano a favore dello sviluppo di un quadro concettuale sistematico in materia di principi contabili. Infatti, in ambedue i casi è evidente l'intendimento di rendere utile l'informazione contabile (quindi, informazione garantita e credibile in quanto sottoposta ad adeguata verifica) per una pluralità di destinatari in un contesto sociale globale differenziato e mutevole nel tempo.

Nel contesto dell'oggetto di trattazione, dette ragioni si possono ricondurre alle seguenti:

- a) *stabilire principi tecnici* (di “*controllo revisionale contabile e di bilancio*”) da applicare alle singole realtà d'impresa tenendo conto dei diversi assetti organizzativi;
- b) *fissare un fondamento teorico* per risolvere contrasti interpretativi relativi a detti principi;
- c) *impedire la replicazione o rinnovazione dei singoli principi subordinati ai principi primi*, ovvero degli *standard*, fissati quali comportamenti minimi tecnici ed etici da adottare in chiave oggettiva e soggettiva per realizzare in modo ottimale l'obiettivo del controllo complessivo dei conti e del bilancio di esercizio di

una qualsiasi entità per consentire l'espressione di un giudizio professionale (“*dichiarazione certificatoria sostanziale*”) indipendente in merito alla realtà, alla veridicità<sup>46</sup> della rappresentazione contabile dell'amministrazione d'azienda.

Gli obiettivi del “*controllo revisionale contabile e di bilancio*”, in senso lato, sono, a prescindere dal revisore contabile persona fisica o società di revisione o, in genere, qualsiasi entità (indistinta, nell'Unione Europea, la natura soggettiva nella normativa comunitaria), quelli di garantire ai terzi il rispetto dei postulati contabili di correttezza e veridicità del bilancio di esercizio o di altro rendiconto contabile e dei correlati subordinati principi e/o *standard* applicativi.

Talune procedure tecniche ed i metodi di controllo (individuati in un unico *corpus* professionale) possono essere adattati alle circostanze, ma ciò in relazione a fatti e situazioni concrete che giustifichino od impongano la deroga a *principi* e *standard* di controllo largamente condivisi.

Nello scenario non si può, poi, sottacere il fatto che, in tempi recenti, come per l'*accounting*, per l'*auditing* si rilevano più pressanti taluni indirizzi dottrinari volti a ridefinire l'*auditing* contabile e di bilancio nell'ottica di un sistema “*principle based*”<sup>47</sup> e non più “*rule based*”<sup>48</sup>; questo, tuttavia, non senza sottolineare il fatto che, a ragione anche di similarità superficiali di linguaggio, non sia assolutamente agevole porre delle chiare distinzioni, in materia di *auditing*, tra obiettivi, principi e regole (applicative).

Si lamenta in dottrina una proliferazione di *principi* e di regole (*standard*)<sup>49</sup> ed anche in presenza di un

<sup>46</sup> “*Truth in auditing may be defined as conformity with reality as the auditor can determine reality at the time of his examination and with the evidence available*”, R.K. MAUTZ, H.A. SHARAF, *The philosophy of auditing*, American Accounting Association, Sarasota, Florida, 1961-1986, pag. 85.

<sup>47</sup> Sul tema, ampiamente, AUDIT QUALITY, *Fundamentals - Principles-based auditing standards*, Audit and Assurance Faculty, The Institute of Chartered Accountants in England & Wales, London, July 2006. Si veda, anche, S.A. DIPIAZZA JR., Global CEO PricewaterhouseCoopers, T. FLYNN, Chairman KPMG International, D. McDONNELL, Chief Executive Worldwide Grant Thornton International, J.H. QUIGLEY, Chief Executive Officer Deloitte Touche Tohmatsu, F. SAMYN, Chief Executive Officer BDO International, J.S. TURLEY, Chairman & CEO Ernst & Young, Global Public Policy Symposium, *Principles-based Accounting Standards*, January 2008, ove si indicano i seguenti “*principles-based accounting standard: 1. Faithful presentation of economic reality (n.d.r., espressione assai vaga in quanto la realtà fenomenica economica è frutto di percezioni condizionate dalla cultura del controllore, del controllato e dalle interpretazioni del fenomeno economico oggetto di comunicazione dei media, e viziate dalla mediazione della politica assistita, con modalità diverse, da studi non indipendenti di esponenti del mondo universitario); 2. Responsive to users' needs for clarity and transparency; 3. Consistency with a clear Conceptual Framework; 4. Based on an appropriately-defined scope that addresses a broad area of accounting; 5. Written in clear, concise and plain language; 6. Allows for the use of reasonable judgment*” in [www.globalpublicpolicysymposium.com](http://www.globalpublicpolicysymposium.com). Si può rilevare come le *major* dell'*auditing* mondiale tendano a sostituirsi ai “*global setters*” degli “*accounting principles*” attraverso l'utilizzo strumentale del loro potere di mercato.

<sup>48</sup> AUDIT QUALITY, *Fundamentals - Principles-based auditing standards*, op. cit.

<sup>49</sup> *Ibidem*, pag. 10. Sul tema v. anche D.R. CARMICHAEL, Chief Auditor of the PCAOB, *The PCAOB and the Social Responsibility of the Independent Auditor*, AAA - American Accounting Association Audit Section, Midyear Conference, 2004, intervento focalizzato sull’ “*theory of inspired confidence di Theodore Limperg*”, teoria enunciata in alcuni

<sup>44</sup> F. PONTANI, *La clausola generale ed i principi di redazione del bilancio di esercizio. Analisi ed interpretazione giuridico-tecnica degli artt. 2423 e 2423 bis del codice civile*, op. cit., pag. 153 e bibl. ivi citata.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pag. 124.

quadro concettuale estrapolato da un processo di derivazione delle regole applicative da principi dati, si rilevano spesso carenze di fondamento logico.

A dispetto di quanto appena rappresentato, assistiamo, nell'Unione Europea, ad un indirizzo di rafforzamento del sistema "rule based"<sup>50</sup> volto ad elevare a norma di legge gli *standard* di revisione determinandone una sorta di "fissità" (gli "standard" e non gli *standard* minimi di riferimento) con conseguenze indubbiamente negative ai fini del concretamento degli obiettivi del concreto controllo e della realizzazione delle sue finalità già teorizzate decenni orsono dalla dottrina statunitense<sup>51</sup>. Tutto questo, in ogni caso, non impedisce il costante (seppur concretamente infruttuoso) tentativo di pervenire ad un sistema di "global technical rules" dell'*auditing*<sup>52</sup>. Se ciò si dovesse realizzare, lo sarebbe solo nelle appa-

renze dell'adozione di dette regole, ma certamente non nelle sostanziali applicazioni.

## 6. Segue. I principali postulati dell'*auditing*

La revisione per la "certificazione" del bilancio di esercizio costituisce "servizio di garanzia" sociale<sup>53</sup> (tuttavia entro certi limiti) dell'attendibilità dei bilanci aziendali fornendo informazioni controllate, svolgendo (sempre entro certi limiti) anche la funzione di mediazione tra le parti sociali interessate all'azienda e di frazionamento del rischio (*risk sharing*) economico d'azienda.

Nel contesto di un quadro concettuale sistematico dell'*auditing*, tenuto conto della rilevanza sociale dell'attività sistemica di controllo della gestione delle risorse economiche, una parte della dottrina anglo-americana, influenzata dagli studi e dai documenti di ricerca dell'AICPA, nell'obiettivo della costruzione di una teoria scientifica dell'*auditing*, è pervenuta ad identificare<sup>54</sup> i seguenti principali postulati<sup>55</sup>:

scritti a partire dal 1926 ( F. PONTANI, *Auditing. Storia, Tecnica, Scienza. Un'evoluzione involutiva?*, op. cit., Cap. V, nota 9). Il tema è quello del rapporto tra *auditing* e società civile.

<sup>50</sup> Il riferimento è alla Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, 2006/43/CE del 17 maggio 2006, ove, tra gli altri, il 13° considerando: "Un comitato o gruppo tecnico per la revisione dei conti dovrebbe assistere la Commissione nella valutazione della validità tecnica di tutti i principi (standard e non principle nella versione in lingua inglese) di revisione internazionali e dovrebbe coinvolgere anche il sistema degli organismi pubblici di vigilanza degli Stati membri" ed il 14° considerando, ove: "L'adozione di un principio (rectius, standard) di revisione internazionale da parte della Commissione, ai fini della sua applicazione nella Comunità, presuppone che esso debba essere generalmente accettato a livello internazionale e sia stato elaborato con la piena partecipazione di tutte le parti interessate in esito ad una procedura aperta e trasparente, conferisca maggiore credibilità e qualità ai conti annuali e ai conti consolidati e sia nell'interesse generale europeo. L'esigenza di adottare la guida applicativa dei principi (standard) di revisione internazionali come parte di un principio dovrebbe essere valutata, caso per caso, a norma della decisione 1999/468/CE. La Commissione dovrebbe accertarsi che, prima dell'avvio del processo di adozione, venga effettuata un'analisi volta a verificare se tali requisiti siano stati rispettati e dovrebbe informare i membri del comitato istituito a norma della presente direttiva in merito ai risultati di tale analisi" si dispone, all'art. 26, 1° co., che: "Gli Stati membri prescrivono che i revisori legali e le imprese di revisione contabile eseguano le revisioni legali dei conti conformemente ai principi (n.d.r., "standard" e non "principles") di revisione internazionali adottati dalla Commissione". In Italia la Direttiva richiamata è stata recepita con il D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 3, ove, all'art. 11, 1° co., si statuisce: "La revisione legale è svolta in conformità ai principi (n.d.s., traduzione semanticamente errata sin dal testo della Direttiva) di revisione adottati dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 26, paragrafi 1 e 2, della Direttiva 2006/43/CE".

<sup>51</sup> R.K. MAUTZ, H.A. SHARAF, *The philosophy of auditing*, op. cit., pag. 2, già nel 1961 esprimevano la loro preoccupazione in merito alla fissazione di modelli o di *standard* criticando talune situazioni esistenti all'epoca: "The legal requirements instead of indicating a minimum standard of disclosure, have come to be accepted as "the" standard for the presentation of published statements" citando H.P. HOLZER, *Corporate Financial Statements in Germany Contrasted with American Practice*, M.S. Thesis, University of Illinois, Urbana, 1956, pag. 2.

<sup>52</sup> "Toward A Single Set of Global Audit Standards. The movement to develop and adopt a single set of global audit standards is not as far along as the effort to harmonize financial reporting standards. In large part, this is because national audit standards are incorporated in national laws, or in legislation that expressly delegates the setting of those standards to national standard-setters". S.A. DIPIAZZA, Chief Executive Officer of PricewaterhouseCoopers International Limited, D. McDONNELL, Chief Executive Officer of Grant Thornton International, W.G. PARRETT, Chief Executive Officer of Deloitte, M.D. RAKE, Chairman of KPMG International, F. SAMYN, Chief Executive Officer of BDO International, J.S. TURLEY, Chairman and Chief Executive Officer of Ernst & Young, *Global Capital Markets and the Global Economy: A Vision From the CEOs of the International Audit Networks*, November 2006, in [www.globalpublicpolicysymposium.com](http://www.globalpublicpolicysymposium.com), cit.

"1) The primary condition for an audit is that there is either:

- a) a relationship of accountability (relazioni di reciproca responsabilità) between two or more parties in the sense that there is a duty of acceptable conduct or performance owed by one party to the other party or parties;
- b) a need by some party to establish the reliability and credibility of information for which they are responsible which is expected to be used and relied on by a specified group or groups of which the members may not be constant or individually identifiable, producing constructively a relationship of accountability;
- c) a public interest dimension to the quality of the conduct or performance of some party, resulting in a situation of public accountability; or
- d) a need or a desire to establish the authenticity of information given or statements made by some party which are intended to or are likely to influence the actions of unspecified members of the general public or a section of it, producing constructively a situation of public accountability.

2) The subject matter of accountability is too remote, too complex and/or of too great significance for the discharge of the duty to be demonstrated without the process of audit.

3) Essential distinguishing characteristics of audit are the independence of its status and its freedom from investigatory and reporting constraints.

4) The subject matter of audit, for example conduct, performance or achievement, or record of events or state of affairs, or a statement or facts relating to any of these, is susceptible to verification by evidence.

5) Standards of accountability, for example of conduct, performance, achievement and quality of information, can be set for those who are accountable; actual conduct, performance, achievement, quality and so on can be measured and compared with those stand-

<sup>53</sup> V. F. PONTANI, *Auditing. Storia, Tecnica, Scienza. Un'evoluzione involutiva?*, op. cit., Cap. V, par. 2.3..

<sup>54</sup> D. FLINT, *Philosophy and principles of auditing: an introduction*, Macmillan Education Ltd, London, 1988, pagg. 20 - 41.

<sup>55</sup> Le "a priori hypotheses" sono "about the nature of auditing from the evidence that is available of societal expectations (of or relating to the structure, organization, or functioning of society, nel senso di attese proprie o riferibili alla struttura, organizzazione o funzionamento di una società civile) and current audit (inteso questo termine nel senso di un particolare tipo di verifica di controllo) functions. ... They are proposed as postulates in the sense of indemonstrable principles" (D. FLINT, *Philosophy and principles of auditing: an introduction*, op. cit., in particolare pag. 20). Sul tema dei postulati v. *supra*, nota n. 28.

ards by reference to known criteria; and the process of measurement and comparison requires special skill and the exercise of judgement.

6) *The meaning, significance and intention of financial and other statements and data which are audited are sufficiently clear that the credibility which is given thereto as a result of audit can be clearly expressed and communicated.*

7) *An audit produces an economic or social benefit*".

In un'ottica più squisitamente tecnico-scientifica<sup>56</sup>, tenendo sempre conto anche delle elaborazioni dottrinarie internazionali, i principali postulati dell'*auditing* (in coerenza con un *conceptual framework* dalle connotazioni in parte di natura soggettiva ed in parte di natura oggettiva) possono essere da noi così identificati assumendo a riferimento anche (e, quindi, non solo) i documenti tecnici dell'*International Federation of Accountants* (IFAC) e del *Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB), ai quali, comunque, è e rimane estranea la specifica e sostanziale formulazione di un quadro concettuale sistematico di riferimento (fatto salvo il "Codice Etico" dell'IFAC):

- 1) dal punto di vista soggettivo, e cioè con riferimento al/ai soggetto/i (persona/e fisica/che) che svolge/ono l'attività di controllo:
  - a) *indipendenza, in senso generale*: intesa nel senso di autonomia e quindi di libertà da vincoli che possano condizionarne l'attività ed il giudizio conseguente alla stessa<sup>57</sup>, ed in particolare:

- i) *mentale*, da intendersi come atteggiamento intellettuale di ogni revisore nel considerare solo gli elementi rilevanti per l'esercizio dell'incarico conferito e, pertanto, escludendo ogni fattore estraneo;
- ii) *formale*, da intendersi come condizione oggettiva in forza della quale il soggetto (anche società o diversa entità) che effettua il controllo venga riconosciuto come indipendente e, quindi, non associato od associabile a fatti, situazioni, circostanze atte a far sì che terzi interessati, ragionevoli ed informati, possano dubitare delle capacità del predetto soggetto di svolgere il suo incarico in modo obiettivo;
- iii) *percepita o percepibile*, a ragione dei comportamenti assunti dal revisore contabile (persona fisica o società di revisione o *network* nazionali ed internazionali di società di revisione o di revisori individuali), dai diversi *stakeholder* e, comunque, dalla società civile;
- iv) *sostanziale*, atta a far sì che in nessun caso il revisore contabile abbia a controllare una sua attività al servizio o nell'interesse del soggetto verificato, sia come collaboratore, sia come consulente, sia come entità o persona fisica chiamata a svolgere attività in nome e per conto del cliente o come componente, anche di fatto, del suo assetto organizzativo in qualsiasi funzione, sia ancora come perito od esperto, in relazione a fatti, situazioni, procedimenti nei quali abbia svolto ruoli di supporto o di contrasto all'operato del soggetto sot-

<sup>56</sup> R.K. MAUTZ, H.A. SHARAF, *The philosophy of auditing*, American Accounting Association, Sarasota, Florida, 1961, 1986, pag. 42 segg., ebbero a definire tentativamente i principali postulati, come segue: "*Tentative postulates of auditing*: 1. *Financial statements and financial data are verifiable.* 2. *There is no necessary conflict of interest between the auditor and the management of the enterprise under audit.* 3. *The financial statements and other information submitted for verification are free from collusive and other unusual irregularities.* 4. *The existence of a satisfactory system of internal control eliminates the probability of irregularities.* 5. *Consistent application of generally accepted principles of accounting results in the fair presentation of financial position and the results of operations.* 6. *In the absence of clear evidence to the contrary, what has held true in the past for the enterprise under examination will hold true in the future.* 7. *When examining financial data for the purpose of expressing an independent opinion thereon, the auditor acts exclusively in the capacity of an auditor.* 8. *The professional status of the independent auditor imposes commensurate professional obligations*"; F. PONTANI, voce "Principi di controllo (contabile)", in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sez. Comm., III Agg., UTET, Torino, 2007 per la rielaborazione, qui integrata, proposta nel testo. A ben vedere, in assenza di filoni dottrinari consolidati, ogni proposta di individuazione di postulati condivisi ha visto il contrapporsi di critiche a volte generiche, a volte più circostanziate, in uno scenario variegato di mescolanza di principi, ruoli, obiettivi e di tecniche, norme legali, valutazioni sociali e di opportunità che appaiono più coerenti con filosofie politiche e di *lobby* che non con l'essenza del controllo finalizzato a realizzare opportune regolazioni di sistema.

<sup>57</sup> Si tratta di una condizione essenziale, irrinunciabile e fondamentale ai fini della formulazione del giudizio (condizionato in modo radicale dall'indipendenza del revisore contabile) certificatorio sul bilancio di esercizio. Secondo l'IFAC, *The Code of Ethics for Professional Accountants* (par. 290.4-12 del *Conceptual Framework Approach to Independence*, del 2010) l'indipendenza include: (a) l'*"independence of mind"* intesa come "*the state of mind that permits the provision of an opinion without being affected by influences that compromise professional judgment, allowing an individual to act with integrity, and exercise objectivity and professional skepticism*" e l'*"independence in appearance"*, intesa come "*the avoidance of facts and circumstances that are so significant a reasonable and informed third party, having knowledge of all relevant*

*information, including any safeguards applied, would reasonably conclude a firm's, or a member of the assurance team's, integrity, objectivity or professional skepticism had been compromised*"; secondo "*Ethical Standard n. 1*, del 2008, p.to n.12, dell'*Auditing Practice Board (APB)*" (costituito nel 2002, in sostituzione precedente organismo costituito nel 1991, e deputato all'emanazione dei principi e degli *standard* di revisione contabile e di bilancio in ossequio alle disposizioni del Company's Act del Regno Unito e della Repubblica d'Irlanda, e parte del *Financial Reporting Council - FRC*), l'indipendenza del revisore contabile viene definita come la "*freedom from situations and relationships which make it probable that a reasonable and informed third party would conclude that objectivity either is impaired or could be impaired. Independence is related to and underpins objectivity. However, whereas objectivity is a personal behavioral characteristic concerning the auditor's state of mind, independence relates to the circumstances surrounding the audit, including the financial, employment, business and personal relationships between the auditor and the audited entity*".

Secondo il PCAOB statunitense, in un'accezione più "contenuta" del principio, la Rule 3520, secondo il testo "*pursuant to SEC Release No. 34-53677, File No. PCAOB-2006-01*", datato April 19, 2006, stabilisce che: "*A registered public accounting firm and its associated persons must be independent of the firm's audit client throughout the audit and professional engagement period*"; questo con le seguenti note: "*Note 1: Under Rule 3520, a registered public accounting firm or associated person's independence obligation with respect to an audit client that is an issuer encompasses not only an obligation to satisfy the independence criteria set out in the rules and standards of the PCAOB, but also an obligation to satisfy all other independence criteria applicable to the engagement, including the independence criteria set out in the rules and regulations of the Commission under the federal securities laws. Note 2: Rule 3520 applies only to those associated persons of a registered public accounting firm required to be independent of the firm's audit client by standards, rules or regulations of the Commission or other applicable independence criteria*".

toposto a verifica, anche se tale attività è cessata.

Si deve osservare che mantenere la propria indipendenza può comportare, a volte, la risoluzione del rapporto di lavoro, ma preserva il revisore da conseguenze di natura civile e penale<sup>58</sup>;

- b) *integrità*, da intendersi come rettitudine, onestà, lealtà (non suscettibile di essere valutata preventivamente se non teoricamente in relazione a comportamenti posti in essere nel passato);
- c) *obiettività*, intesa come atteggiamento mentale (non suscettibile di verifica esterna, ma riscontrabile *ex post* alla luce dei comportamenti posti in essere);
- d) *competenza e diligenza*, da intendersi rispettivamente come il possesso di un adeguato livello di conoscenze specialistiche, professionali, specifiche (da mantenere in costante aggiornamento) e dello svolgimento della propria attività in ossequio ai principi della diligenza professionale, verificabili formalmente *ex ante* e concretamente *ex post*).

La *professionalità*, in termini sostanziali, è da intendersi come condizione o “caratteristica” che implica capacità ed abilità tecnica specifica frutto di una specializzazione nelle attività di controllo, in senso lato, riferite ad un’entità ed all’oggetto del controllo stesso. Ciò implica (per il “controllo legale dei conti”) non solo la verifica, l’accertamento delle competenze individuali di base con esami di idoneità tecnica e conseguente formale iscrizione del soggetto preposto all’attività del controllo (pertanto, responsabile a qualche titolo) ad uno specifico Albo, Elenco, Registro di esperti (specialisti), ma anche una costante formazione dei singoli revisori per il miglioramento delle tecniche e l’aggiornamento nelle varie discipline la cui conoscenza approfondita è indispensabile per lo svolgimento della loro attività.

Nel contesto delle previsioni operative, il lavoro di controllo di base, quello “*sul campo*” (quello che, in realtà, è il più impegnativo in quanto deve condurre all’identificazione delle operazioni, dei fatti amministrativi, ed al

loro riconoscimento come espressione della sostanza patrimoniale, economica e finanziaria del soggetto, entità, sottoposto(a) a revisione contabile e non della sola forma, non riconducibile ad attività meramente esecutive, ma implicanti valutazioni fondate su conoscenze specialiste), affidato ai c.d. *junior*<sup>59</sup> con rilevanti conseguenze in assenza di un’adeguata guida, supervisione e controllo di qualità del loro lavoro.

È da rilevare, poi, che nel contesto di “*team*” di revisione, con ripartizione di compiti, anche in forza di una struttura gerarchica, si realizza frequentemente un “*compartimentazione dell’attività di verifica*” con rinvio di molte aree ad esperti di settore quali quelli dell’area tributaria (*tax department*), di quella giuslavoristica (*labour department*), di quella giuridico-contrattuale e societaria (*legal department*), di quella informatica (*information technology department*), ecc., con la conseguenza, intuitiva, che chi opera sul campo dispone di una conoscenza complessiva assai limitata sia dell’entità da controllare, sia di singoli aspetti degli accadimenti aziendali, difficile per gli stessi non solo riconoscere compiutamente la sostanza dei fatti rispetto alla loro forma, ma anche la stessa regolarità formale delle rappresentazioni documentali dei fatti stessi, ricondotta frequentemente la verifica ad una forma del controllo di apparente identità tra apparenze dei documenti e delle rilevazioni contabili e dichiarazioni, asserzioni, attestazioni del *management* e, su fondamento, in genere campionario (non necessariamente, sempre, di natura statistica), di terzi, avendo cura di rispettare la forma dei programmi di lavoro *standard* assegnati;

- e) *riservatezza* (sia nel senso proprio del divieto di divulgazione di notizie riservate anche all’interno dell’organizzazione di riferimento o di appartenenza, sia quale connotazione soggettiva della persona che opera);
- 2) dal punto di vista oggettivo:
- a) *adeguata conoscenza* dell’entità oggetto del controllo;
  - b) *verificabilità* dell’oggetto del controllo;
  - c) *valutazione del rischio* proprio delle attività di controllo identificabile: nel rischio intrinseco (di inesattezza del saldo di un conto o di

<sup>58</sup> Questo non solo per il revisore certificatore, ma anche per il revisore interno, barriera primaria di contrasto alle frodi. Valga il caso di P. VAN BUITENEN (*ex-internal auditor*), European Commission, *Blowing the Whistle*, Politicos Pub, March 2000: “On 9 December 1998, in my position as assistant-auditor in the Commission’s Financial Control Directorate, I blew the whistle on the Commission’s poor management of the fight against internal irregularities and fraud. I forwarded an incriminating 34 page letter, including almost 600 pages of reference material, to a Member of the European Parliament. This was the acceleration of an ongoing series of events that finally led to the resignation of the entire Commission little more than three months later ... As a result of this, I was suspended for 4 months on half pay. I was reinstated in April, but banned from further auditing tasks and was finally disciplined with a reprimand that was severe in its wording. I have considered leaving the Commission’s services ...”, citato in K. WADE (Director CATS International and Director of Audit Studies), *A Plague of Audit*, CATS International, Henley Management College, South Africa, July 2001.

<sup>59</sup> Del revisore contabile “*sul campo*” la dottrina specialistica si era occupata decenni orsono: “*The typical auditor is a man past middle age, spare and wrinkled, intelligent, cold, passive, non-committal, with eyes like codfish, polite in contact but at the same time unresponsive, calm and as damnable composed as a concrete post or a plaster-of-paris cast; a human petrification with a heard of feldspar, and without charm, minus bowels, passion or a sense of humour, Happily, they never reproduce, and all of them finally go to hell*”, E. HUBBARD (umorista americano), *The Buyer*, Roycrofters Press, East Aurora, New York, 1922, quoted by K. WADE (Director CATS International and Director of Audit Studies), *A Plague of Audit*, CATS International, Henley Management College, South Africa, July 2001. Non molto dissimile appare la posizione dottrinarica, sia pure avulsa dal “*sense of humor*” di Hubbard, di R. MALINVERNI, *La tecnica della revisione*, UTET, Torino, 1929, pagg. 14-15, par. 27, che indica (lett. A) in 30 anni l’età minima del revisore contabile.

una classe di operazione atta a generare inesattezze significative del bilancio di esercizio, sia di singole voci, sia nel suo complesso, a prescindere dall'esistenza o meno di adeguati controlli interni), nel rischio di controllo (relativo ad inesattezze che, considerate singolarmente od aggregate ad altre, potrebbero verificarsi in un conto od in una classe di operazioni, e non suscettibili di prevenzione o di tempestiva individuazione e conseguente correzione) e nel rischio di individuazione (inteso come impossibilità delle procedure di controllo poste in essere in grado di accertare inesattezze di entità significativa); questo distinguendo tra rischio specifico e rischio generico;

- d) *pianificazione delle attività di controllo* in relazione alla dimensione dell'entità da controllare, alla conoscenza dell'attività dell'entità e del settore di riferimento, della natura dei fattori di rischio, della complessità del lavoro di controllo, dell'esperienza<sup>60</sup> e delle conoscenze del soggetto che svolge i compiti propri della revisione contabile e di bilancio dell'entità;
- e) *periodicità dei controlli* (senza vincoli di frequenza o di intervallo tra un controllo e quello successivo), auspicabile il controllo permanente (costante monitoraggio);
- f) *prevalenza della sostanza* delle verifiche sulla loro forma;
- g) accertamento dell'esistenza e del grado di *affidabilità del sistema di controllo interno* (con il rinvio alle valutazioni caso per caso nel caso di mancanza di un adeguato sistema di controllo interno);
- h) *osservanza delle norme di legge* (tutte e non solo alcune o quelle note ai revisori contabili che operano "sul campo" ed esaminano i documenti aziendali) e *delle direttive e degli standard tecnici* (professionali), variabili in relazione alla natura sociale, tecnica, economica e giuridica del soggetto da sottoporre al controllo contabile e di bilancio, alle finalità del controllo, alla verifica della conformità del bilancio alle norme di legge, alle risultanze dei libri e delle scritture contabili, alla documentazione dei fatti di gestione rappresentati nelle scritture contabili e della conformità delle scritture contabili agli accertamenti effettuati; ciò con obbligo di raccolta degli elementi di prova;
- i) *utilizzo*, per le attività di controllo, *se non diversamente ritenuto utile, del criterio campionario*, la cui definizione deve essere, in ogni caso, coerente con la natura dell'attività, il tipo di organizzazione, le dimensioni dell'impresa, le procedure contabili ed organizzative in essere, l'esistenza o meno di un

sistema di controllo interno efficiente.

Il criterio campionario adottato deve tener conto sia della valutazione del grado di probabilità (su fondamento scientifico e non su sensibilità soggettive) che, nel complesso, possano risultare errori, irregolarità o fatti censurabili, sia della disponibilità, da parte di soggetti preposti al controllo, di elementi che facciano presumere l'esistenza di irregolarità, alterazioni e frodi di natura contabile e/o documentale ed identificare la natura ordinaria o straordinaria delle operazioni amministrative e delle poste di bilancio soggette a controllo, tenuto conto, in ogni caso del loro valore assoluto o relativo (principio di significatività). Questo implica una valutazione della natura e composizione dei singoli "universi di dati" da investigare e della loro possibile stratificazione per natura ragionevolmente omogenea delle operazioni.

Appare evidente come le componenti soggettive ed oggettive di un quadro concettuale sistematico di questo tipo si pongano in stretta reciproca relazione sistemica con intuitive conseguenze.

Vi è poi da considerare un aspetto di natura strettamente giuridica.

Il revisore contabile, sia esso (in Italia) il Collegio sindacale di una società di capitali, sia esso il revisore contabile a matrice squisitamente professionale o a matrice imprenditoriale, viene "scelto", in condizioni ordinarie, cioè fatta esclusione delle designazioni effettuate in caso di procedimenti legali, da parte di Arbitri, Collegi arbitrali, Giudici della Magistratura (civile, penale, amministrativa), dall'assemblea dei soci o, comunque, dai portatori (non tutti essendo le deliberazioni assunte con determinate maggioranze) degli interessi di capitale di rischio.

Detta scelta è apparente. Infatti, l'indicazione del revisore contabile, anche a seguito di bandi di gara a ribasso del corrispettivo (spesso sostanzialmente forfettario e non a consuntivo), avviene da parte dell'Organo di gestione (l'amministratore unico od il presidente del consiglio di amministrazione od il consiglio di amministrazione a seguito di delibera conseguita a discussioni e mediazioni tra confliggenti interessi di parte e non tenendo in primario conto le qualità tecniche del revisore "in gara").

È l'Organo di gestione che, poi, propone il nominativo all'assemblea (ovvero, frequentemente, tre nominativi scelti tra gli eventuali più numerosi che hanno partecipato alla gara per il conferimento dell'incarico tra cui scegliere) i cui soci sono stati già rappresentati, più o meno convenientemente, nell'Organo di gestione.

Tutto ciò pone un'ulteriore seria ipotesi, in presenza di un numero limitato di entità che operano nel campo dell'*auditing* certificatoria dei bilanci di esercizio di grandi imprese, sulla reale indipendenza del revisore contabile.

<sup>60</sup> Intesa come "acquisizione di conoscenze attraverso il contatto diretto, personale con una realtà specifica o con la realtà in generale" (F. SABATINI, V. COLETTI, *Il Sabatini Coletti dizionario della lingua italiana*, Rizzoli Larousse, Milano, 2008).

## 7. L'indipendenza del revisore legale dei conti. Le Direttive dell'Unione Europea

Sin dalla prima Direttiva in materia di revisione legale dei conti (Dir. 84/253/CEE del 10 aprile 1984<sup>61</sup>) si è statuito, sia pure con diverse opzioni esercitabili dai Paesi membri della Comunità, l'obbligo, per determinati soggetti, di sottoporre il loro bilancio annuale a revisione contabile con effetti legali. Da allora, sono trascorsi molti anni, ma non appare si sia pervenuti a soluzioni decisive, condivise ed indenni da critica.

Nel percorso seguito dal legislatore comunitario si ritiene utile enfatizzare quanto rappresentato in materia di indipendenza del revisore contabile (e di difficoltà di condivisione di questo principio di assoluto rilievo) in alcuni documenti che consideriamo fondamentali.

Nel *Libro verde* del 1996 [COM(96) 338], del 24 luglio 1996, "*Il ruolo, la posizione e la responsabilità del revisore legale dei conti nell'Unione europea*", si è sottolineato che al momento dell'adozione dell'VIII Direttiva CEE non era stato possibile raggiungere un accordo su una definizione comune del concetto di indipendenza<sup>62</sup>:

- 1) "*difficilmente sarà possibile raggiungere a breve termine un accordo a livello dell'Unione europea su una definizione comune che abbracci le varie problematiche sollevate in rapporto all'indipendenza del revisore*"<sup>63</sup>;
- 2) "*l'adozione di una serie di norme in materia di indipendenza non è in sé stessa sinonimo di effettiva indipendenza*"<sup>64</sup>.

Dopo 12 anni dall'adozione della Direttiva, non si era ancora in grado di formulare una definizione del principio legale di indipendenza, sia in termini generali, sia come espressione di un qualificante aggregato di componenti basilari condivisi atti a qualificarlo per i suoi essenziali connotati.

Sei anni dopo, nella Raccomandazione della Commissione Europea 2002/590/CE, C(2002) 1873<sup>65</sup>, del 16 maggio 2002, "*L'indipendenza dei revisori legali dei conti nell'UE: un insieme di principi fondamentale*", si è precisato, che "*l'indipendenza dei revisori incaricati del controllo di legge dei conti è fondamentale per la fiducia del pubblico nell'affidabilità delle*

*relazioni di revisione*"<sup>66</sup>, e si è fatto constatare che, al tempo dell'emanazione della Raccomandazione mancava ancora "*un insieme di principi etico-professionali internazionalmente accettato in materia di indipendenza dei revisori legali che potesse fungere da termine di riferimento per le regole nazionali in materia di indipendenza nell'ambito dell'UE*"<sup>67</sup>.

Al contempo<sup>68</sup> si faceva prendere atto del fatto che le normative nazionali degli Stati membri, in materia di indipendenza dei revisori legali, differivano sotto diversi profili, quali: l'ambito delle persone cui si doveva applicare il requisito dell'indipendenza (sia all'interno che all'esterno della società di revisione); la natura delle relazioni finanziarie, d'affari o di altro tipo legittimamente sussistenti tra un revisore legale, una società di revisione o una persona in attività in una società di revisione e il cliente oggetto della revisione; la natura dei servizi diversi dalla revisione suscettibili di essere prestati ad un qualsiasi cliente e le misure di salvaguardia da porre in essere.

In quella sede è stato sottolineato che, in una situazione simile, era concretamente difficile assicurare agli investitori, ed agli altri soggetti portatori di interessi in una società dell'UE, un grado uniformemente elevato di certezza che i revisori incaricati del controllo di legge dei bilanci potessero esercitare le loro funzioni in condizioni di concreta, reale, totale indipendenza.

Nella richiamata Raccomandazione è stato, poi, espresso il convincimento che fosse preferibile che il principio dell'indipendenza del revisore legale dei conti dovesse essere la conseguenza di un approccio informato ad una previa definizione di principi di base; ciò in quanto tale approccio risultava meglio rispondente alle esigenze dei mercati europei dei capitali ed a quelle delle Piccole e Medie Imprese<sup>69</sup>.

Nella stessa Raccomandazione<sup>70</sup> si è anche sottolineato che doveva essere obbligo dello stesso revisore legale dei conti assicurare (un'autovalutazione<sup>71</sup>) che venisse rispettato il requisito della sua indipendenza, requisito che si doveva applicare sia al revisore legale ed coloro che si trovano in una posizione tale da poter influenzare il risultato della revisione legale.

Detti soggetti, vincolati all'osservanza del principio di indipendenza e, pertanto, all'insussistenza di conflitti di interesse di sorta, dovevano essere identificati in tutte le persone partecipanti direttamente alla revisione legale, compresi i soci revisori, la direzione aziendale e il personale di revisione (il *team* di revisione), i professionisti di altre discipline di ausilio

<sup>61</sup> Per le primissime posizioni dottrinarie in materia, F. PONTANI, *Il revisore legale dei conti: VIII Direttiva CEE*, Ipsoa Informatica, Milano, 1984.

<sup>62</sup> *Ivi*, par. 4.7. La questione era stata affrontata in maniera diversa dagli Stati membri.

<sup>63</sup> *Ivi*, par. 4.16.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> I richiami al "passato" formulati in quell'occasione sono identificati oltre che nel *Libro verde* su "*Il ruolo, la posizione e la responsabilità del revisore dei conti nell'Unione europea*" (COM (96)338), del 24 luglio 1996 (accolto con favore dal Consiglio, dal Comitato economico e sociale e dal Parlamento europeo), nella Comunicazione della Commissione (C 98) dell'8.5.1998 "*La revisione contabile nell'Unione europea: prospettive future*", e nella Comunicazione della Commissione, "*La strategia dell'UE in materia di informativa finanziaria: la via da seguire*" (COM(2000) 359), del 13.6.2000, ove si è sottolineata l'importanza di assicurare che la funzione di revisione legale dei conti debba essere "*esercitata a livelli qualitativi uniformemente elevati nell'ambito dell'Unione, sviluppando regole comuni anche per quanto riguarda le norme etico-professionali*".

<sup>66</sup> Al 1° *Considerando* della Raccomandazione.

<sup>67</sup> *Ivi*, 6° *Considerando*.

<sup>68</sup> *Ivi*, 5° *Considerando*.

<sup>69</sup> *Ivi*, 11° *Considerando*.

<sup>70</sup> All'art. 2.

<sup>71</sup> Non indenne, questa, dal rischio, non marginale, di una "sottovalutazione calibrata" del possibile potenziale conflitto di interessi. Il rischio delle "autodichiarazioni" è quello del rilascio di "tranquillanti" dichiarazioni di insussistenza di fattori di rischio e questo al manifesto fine della conservazione od acquisizione di incarichi di revisione legale dei conti non ricorrendo, tuttavia, le situazioni di insussistenza delle condizioni di indipendenza a garanzia dell'espressione di un giudizio legale corretto sui conti del soggetto sottoposto a verifica.

all'assolvimento dell'incarico di revisione (quali avvocati, attuari, fiscalisti, informatici, specialisti della gestione di tesoreria), i soggetti incaricati del controllo di qualità o di quelli incaricati della direzione immediata dell'esecuzione dell'incarico di revisione.

Ci si riferiva, in quella sede, in particolare, a tutte le persone facenti parte della "catena di comando" nell'esecuzione della revisione legale all'interno della società (o dell'impresa) di revisione o nell'ambito di una rete della quale fosse parte detta società (od impresa) ed a tutte le persone nell'ambito di detta entità o della rete che, per qualsiasi altro motivo, si dovessero trovare in una posizione tale da poter esercitare un'influenza sulla revisione tale da condizionare l'esito della stessa in termini di giudizio sul bilancio di esercizio dell'entità verificata.

Nella Comunicazione della Commissione Europea al Consiglio ed al Parlamento Europeo, avente per oggetto l'obiettivo di "Rafforzare la revisione contabile nell'UE" (2003/C 236/02)<sup>72</sup>, è stato sottolineato che:

*"L'obiettivo fondamentale dell'approccio comunitario è semplice: un revisore legale non deve accettare un incarico di revisione legale dei conti se tra il revisore stesso e il cliente esistono relazioni finanziarie, d'affari, di lavoro o di altro genere (comprese quelle derivanti dalla prestazione al cliente di taluni servizi diversi dalla revisione) tali che un terzo ragionevole ed informato riterrebbe compromessa l'indipendenza del revisore legale".*

Non possiamo, a questo punto, non ricordare la COM(2010) 561, del 13 ottobre 2010, *Libro verde* concernente "La politica in materia di revisione contabile: gli insegnamenti della crisi".

Nel *Libro verde*, con riferimento a documenti di ricerca di indubbia importanza, si testimonia ancora che:

*"è importante sottolineare che i revisori contabili hanno un ruolo importante e che la legge affida loro il compito di effettuare revisioni legali dei conti. Questo compito corrisponde ad un ruolo sociale, quello di fornire un parere sulla verità e la giustezza dei bilanci delle entità sottoposte a revisione contabile. L'indipendenza dei revisori dovrebbe pertanto essere il fondamento della revisione contabile"*<sup>73</sup>.

È di rilievo, tra gli altri aspetti trattati nel *Libro verde*, la sottolineatura della Commissione europea sul fatto che:

*"la revisione contabile, assieme alla vigilanza e al governo societario, dovrebbe dare un contributo essenziale alla stabilità finanziaria, in quanto fornisce la sicurezza della veridicità della solidità finanziaria delle imprese. Questa sicurezza dovrebbe ridurre i rischi di errori e pertanto i costi che le parti in causa dell'impresa e la società civile nel suo complesso dovrebbero sostenere in caso di fallimento"*<sup>74</sup>.

Se tali circostanze di rilievo vengono rimarcate, è di particolare significatività anche l'interrogativo formulato dalla Commissione:

*"il fatto che numerose banche abbiano rivelato di aver registrato nel periodo dal 2007 al 2009 perdite ingenti sulle posizioni detenute sia in bilancio che fuori bilancio solleva non soltanto la questione di come i revisori contabili abbiano potuto redigere relazioni contabili favorevoli per i loro clienti per quegli anni, ma anche quella dell'adeguatezza del vigente quadro legislativo".*

A seguito di questo lungo percorso, nella Direttiva 2006/43/CE<sup>75</sup> (aggiornata con le modifiche intervenute sino all'aprile 2014) si è statuito che è dovere degli Stati membri assicurare che, ai fini della corretta, in termini giuridici, l'effettuazione della revisione legale dei conti di una qualsiasi entità<sup>76</sup> non fosse consentito ad un revisore legale o ad un'impresa di revisione contabile ed a qualsiasi persona fisica (potenzialmente in grado di farlo) di influenzare direttamente o indirettamente l'esito della revisione legale. Questo almeno per tutto il periodo di esecuzione del lavoro.

L'indipendenza deve essere sempre valutata in termini concreti<sup>77</sup>; ciò, in particolare, in presenza di investimenti finanziari dei revisori legali dei conti o di relazioni d'affari (od assimilabili) tali da ledere il principio di indipendenza, di trascorsi rapporti di lavoro (od anche solo atti a far percepire ai terzi la sussistenza di condizioni di conflitto di interessi e, quindi, della sussistenza di carenza di indipendenza) con la conseguente possibile compromissione della correttezza del giudizio espresso (o da esprimere) o dello stesso svolgimento del lavoro di revisione legale dei conti<sup>78</sup>.

La Direttiva, ancora, ha specificatamente statuito che i soggetti coinvolti nell'attività di revisione legale di una determinata entità non debbano sollecitare o accettare regali o favori di natura pecuniaria e non pecuniaria dall'ente sottoposto a revisione o da qualsiasi ente legato a un ente sottoposto a revisione; ciò salvo il caso in cui un terzo informato, obiettivo e ragionevole considererebbe il loro valore trascurabile o insignificante, da valutare caso per caso i parametri indicatori della trascurabilità od insignificanza<sup>79</sup> di detto valore.

Appare evidente come nella Direttiva, anche a seguito delle ultime modifiche intervenute, si sia ritenuto di statuire regole, indubbiamente rigorose, che impongono, al revisore contabile, in qualsiasi forma giuridica eserciti la sua attività, in adempimento di obblighi di legge, il rispetto di rigorose regole di autodiagnosi; questo anche attraverso sistemi di dichiarazioni

<sup>75</sup> La Proposta di Direttiva è la COM(2011) 778 del 30.11.2011.

<sup>76</sup> Par. 1°.

<sup>77</sup> Fattori condizionanti l'indipendenza possono essere anche quelli dei rapporti familiari (tenendo conto della nozione di famiglia allargata e di famiglia non convenzionale) di singoli revisori, con parenti (a vario livello) impiegati, a diverso titolo, presso l'entità sottoposta a verifica, o società od imprese correlate anche per il tramite di interposti soggetti ed entità interposti, l'intrattenimento di relazioni sociali con il *management* del soggetto verificato [condivisione di iniziative sportive, culturali, di vacanze, ospitalità, per sé stesso e suoi familiari, a carico del soggetto verificato o componenti del suo *management*, l'essere in modo diretto o di suoi familiari (intesi nel senso in precedenza precisato), commensale abituale di *manager*, anche in posizione non apicale, del soggetto sottoposto a verifica, condivisione di investimenti finanziari ed immobiliari, e altri simili], o di enti correlati.

<sup>78</sup> Par. 4°, sostituito dall'art. 1 della Dir. 56/2014.

<sup>79</sup> Par. 5°, aggiunto dall'art. 1 della Dir. 56/2014.

<sup>72</sup> *Ivi*, par. 3.5. Non ci si trovava, ancora, nella situazione di crisi che avrebbe afflitto, in modo devastante, il sistema finanziario ed economico globale, eppure si rendeva necessario richiamare l'attenzione su dei fattori di rischio che imponevano un rafforzamento dell'istituto e, quindi, delle regole che lo disciplinavano, della revisione legale dei conti.

<sup>73</sup> *Ivi*, pag. 3.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

(e successive riconsiderazioni delle stesse) dell'ente da sottoporre a revisione legale dei conti.

Tali sistemi sono indirizzati ad accertare, nell'ambito di sociogrammi analitici, reciprocamente posti a confronto, fatti e situazioni di rischio atti a influenzare l'indipendenza di giudizio sui conti ed i bilanci della società da sottoporre a revisione contabile. Questa attività di accertamento e verifica, in presenza di incarichi pluriennali, deve essere posta in essere con costanza per tutta la durata del mandato<sup>80</sup>.

Il tema è, chiaramente, di particolare importanza in presenza di prestazioni di servizi diversi da quelli della revisione legale.

## 8. (segue). Il Regolamento UE del 2014

Il Regolamento (UE) n. 537/2014<sup>81</sup>, del 16 aprile 2014, ha disciplinato i requisiti specifici relativi alla revisione legale dei conti di enti di interesse pubblico, questo individuato secondo le qualificazioni indicate nello stesso Regolamento, e nelle legislazioni dei singoli Paesi membri.

La rilevanza del principio di indipendenza del revisore legale dei conti è tale da aver reso indispensabile il suo richiamo in diversi "Considerando"<sup>82</sup> ed in 2 (i primi due) dei 3 articoli del Titolo I, tra i divieti di svolgimento dell'attività per difetto delle condizioni di indipendenza<sup>83</sup>; ciò con richiamo specifico alle disposizioni in materia dettate dalla Direttiva 2006/43/CE<sup>84</sup>, ed a specifiche, analitiche regole, sia formali che sostanziali, volte ad indirizzare i comportamenti del revisore contabile in materia<sup>85</sup>.

La disciplina regolamentaria prevede anche l'obbligo di riesame dell'incarico<sup>86</sup> e fissa in modo inequivocabile, tra i principi, quello dell'indipendenza, confermando il dettato della Direttiva 2006/43/CE<sup>87</sup>.

In presenza della particolare gamma di interessi protetti, nonché della più complessa struttura organizzativa e di controllo degli enti qualificati come di interesse pubblico, rispetto ad altri obblighi a sottopor-

re i conti annuali individuali e consolidati alla revisione legale, una specifica regolamentazione integrativa, dispone per il rilascio di dichiarazioni e relazioni aggiuntive aventi ad oggetto il rispetto dei requisiti di indipendenza del revisore legale<sup>88</sup>.

Una disciplina legale *ad hoc* vincola, poi, i Paesi membri imponendo che le autorità competenti a verificare, sia il comportamento dei revisori contabili, sia la sussistenza delle condizioni della loro indipendenza, siano, a loro volta, in condizioni di indipendenza per la formulazione dei loro giudizi<sup>89</sup>.

L'indipendenza costituisce principio di riferimento per assicurare l'attuazione di "politiche e procedure appropriate in materia di indipendenza e di obiettività del personale, compresi gli ispettori, e di gestione del sistema di controllo della qualità"<sup>90</sup>.

Il Regolamento dell'UE impone, quindi, un sistema articolato e complesso di effettivi accertamenti in tema di indipendenza, sia dei revisori legali dei conti, sia delle Autorità e delle persone fisiche alle quali vengono demandati compiti di natura ispettiva sui revisori contabili, persone fisiche ed imprese, che prestano tali servizi alle entità di pubblico interesse.

Non solo. Una questione di particolare rilievo tratta è quella dell'entità dei corrispettivi che può costituire ragione di rischio per l'indipendenza del revisore legale<sup>91</sup> ed una specifica parametrica viene formulata allo scopo.

In ogni caso, punto focale di riferimento per l'indipendenza soggettiva ed oggettiva rimane quello della definitiva formulazione della Direttiva dell'Unione Europea del 2014.

## 9. Conclusioni

La revisione legale (o con effetti legali) dei bilanci di esercizio e consolidati è stata oggetto, per decenni, di valutazioni tecnico-giuridiche, considerazioni socio-economiche e di contributi dottrinari di varia natura, sino a condurre, nel sistema economico-finanziario mondiale, alla fissazione di norme tecniche *standard* (non necessariamente condivise in modo "totalizzante") e di norme giuridiche di sempre maggiore sofisticazione.

Il sistema delle definizioni e dei principi generali è rimasto, tuttavia, sostanzialmente "confinato" al dibattito dottrinario (non particolarmente articolato ed "intenso").

<sup>80</sup> L'immodificabilità, per tempi prolungati, di un qualsiasi *team* di lavoro impegnato nella revisione contabile e di bilancio, quindi, in assenza (anche parziale ed insufficiente allo scopo) di rotazione dei componenti il *team*, sia degli incarichi di revisione contabile e di bilancio per il soggetto incaricato (persona fisica o giuridica) contrattualmente del lavoro, sia per le persone fisiche che lo svolgono, determina il rischio concreto del venir meno del requisito di indipendenza del revisore.

<sup>81</sup> Il Regolamento abroga la Decisione 2005/909/CE della Commissione Europea con la quale si era istituito "un gruppo di esperti incaricato di consigliare la Commissione e di agevolare la cooperazione tra i sistemi di controllo pubblico dei revisori legali e delle imprese di revisione contabile".

<sup>82</sup> Si tratta di ben n. 11 "Considerando" (nn. 5, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 21, 24, 31, 34) del Regolamento (su complessivi n. 34), con 17 richiami al principio.

<sup>83</sup> Art. 5.

<sup>84</sup> Art. 5, 2°, 3° e 5° comma.

<sup>85</sup> Questo sin dalla fase di preparazione alla revisione legale e connessa, in modo inscindibile, valutazione dei rischi per l'indipendenza del revisore.

<sup>86</sup> Art. 8.

<sup>87</sup> Art. 9, con richiamo specifico anche ai principi di revisione internazionale. In verità, il Regolamento, nella sua versione in lingua inglese, si riferisce agli "auditing standard" tra i quali viene annoverato quello dell' "auditor independence".

<sup>88</sup> Art. 6, par. 2, lett. a) e art. 11.

<sup>89</sup> Art. 21.

<sup>90</sup> Art. 26, parr. 4 e 7, lett. a).

<sup>91</sup> Al 7° Considerando si sottolinea che "il livello dei corrispettivi ricevuti dall'ente sottoposto a revisione e la struttura dei corrispettivi possono costituire un rischio per l'indipendenza di un revisore legale o di un'impresa di revisione contabile. Pertanto, è importante garantire che i corrispettivi per la revisione non siano subordinati ad alcuna condizione" e che "se il revisore legale o l'impresa di revisione contabile diventa eccessivamente dipendente da un singolo cliente, il comitato per il controllo interno e la revisione contabile dovrebbe decidere sulla base di validi motivi se il revisore legale o l'impresa di revisione contabile possa continuare a effettuare la revisione legale dei conti".

La materia trova una sua disciplina specifica all'art. 4 del Regolamento, in comb. con l'art. 25 della Direttiva 2006/43/CE.

La nuova “*grande crisi*” finanziaria, prima, ed economica, poi, quella che si è manifestata a partire dal 2008, ha indotto a nuove valutazioni e considerazioni sul tema.

Nell’Europa comunitaria, che aveva visto il suo primo intervento in materia con l’emanazione dell’VIII Direttiva (1984) ha, nel tempo, espresso *Pareri*, assunto *Decisioni*, realizzato “*Libri Verdi*”, sostituito (2014) la stessa originaria VIII Direttiva con altra qualificata come “*nuova VIII Direttiva*”, anche questa poi modificata, ma, soprattutto, emanato, per la prima volta (2014), un Regolamento per gli enti di interesse pubblico.

L’Unione Europea ha, comunque, constatato e sempre ribadito, nel tempo, l’insufficienza dei quadri normativi di riferimento adottati dai singoli Paesi della Comunità Economica, prima, e dell’Unione poi, ed ha, sempre più intensamente, focalizzato la sua attenzione sulla necessaria definizione ed osservanza, particolarmente nei comportamenti concretamente posti in essere, del principio di indipendenza dei revisori legali dei conti, delle organizzazioni imprenditoriali dei soggetti che forniscono questo tipo di servizio e di coloro (Autorità ed ispettori) che vigilano su detti soggetti ed organizzazioni.

È difficile poter affermare, con sicurezza, che queste nuove iniziative, come d’altronde il recepimento di Direttive, l’applicazione dei Regolamenti e l’assunzione di indirizzi tecnico-giuridici in materia, produrranno, concretamente, gli effetti auspicati, attesi.

Ciò che emerge, con chiarezza, è un quadro critico dell’istituto della revisione legale dei conti.

Molti difetti sono venuti ad evidenza nell’applicazione di tecniche e regole date. Ad evidenza è venuto anche un sistema comportamentale che mostra chiaramente come il principio cardine ispiratore dei comportamenti dei revisori legali dei conti, e cioè quello concernente l’indipendenza, la terzietà degli operatori del controllo certificatorio, rispetto al complesso sistemico di interessi economici e politici, individuali e di Gruppi, sia risultato, in parte, inosservato e, non di rado, colpevolmente o consapevolmente violato.





# La funzione del diritto

## Limiti e problematica

† Pietro Coticoni

Ospitiamo volentieri questo pregevole scritto del compianto Avv. Coticoni, appassionato studioso del diritto e dell'economia, stimatissimo Avvocato del foro di Torino.

### BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

ALIGHIERI DANTE, *De Monarchia*, 1312-13; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 1947; BACHI R., voce "Crisi economiche", Enc. Treccani, 1931; BARILE P., *Corso di diritto costituzionale*, Ed. Cedam, 1962; BASSANELLI SOMMARIVA G., *Costanzo e Costante hanno davvero abolito il processo formulare?*, in *Rivista di Diritto Romano*, I, 2001; BENTHAM J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, Clarendon Press, 1907; BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, Giuffrè, 1949-1971; BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994; BOBBIO N., voce "Eguaglianza", Enciclopedia del Novecento, Treccani, 1970; BOCKELMANN P., *Studien zum Täterstrafrecht*, Ed. De Gruyter, 1940; BONFANTE P., *Storia del diritto romano*, Soc. Editrice Libreria, 1923; BORDIN A., *Lezioni di economia politica*, Raccolte ed annotate da RICOSSA S., Ed. Giappichelli, 1959; CARACALLA, *Constitutio antoniniana*, 212 d.C.; CHAPMAN D., *Lo stereotipo del criminale*, Einaudi, 1971; CICERONE M.T., *De legibus*, 52 a.C.; CICERONE M.T., *Pro Rabirio*, 63 a.C.; COASE R.H., *La natura dell'impresa, in Impresa, mercato, diritto*, Ed. Il Mulino, 1995; COTICONI P., *Gestione monetaria. Responsabilità del sistema bancario*; COTICONI P., *Il concetto di giustizia e stato sociale*; COTICONI P., *Flessibilità e staticità degli ordinamenti nel quadro delle mutazioni dell'economia globale. Modelli economici e libertà civili*; COTICONI P., *Equilibrio politico globale. Anatomia di una depressione in Studi e Ricerche*, in [www.pontani.it](http://www.pontani.it); DE TOCQUEVILLE A., *La democrazia in America*, Edizione BUR Biblioteca Universale Rizzoli, Collana La scala, Saggi, 1999; DIONE CASSIO COCCEIANO L.C., *Storia romana* (prima metà del terzo secolo d.C.); GAIO - GIUSTINIANO, *Istituzioni*, Edizioni Simone, 1995; GALBRAITH J.K., *Il nuovo stato industriale*, Einaudi, 1962; GALBRAITH J.K., *L'età dell'incertezza*, A. Mondadori, 1977; GALBRAITH J.K., *La moneta da dove viene e dove va*, Ed. Oscar Saggi Mondadori, 1979; GALBRAITH J.K., *Storia dell'economia*, Biblioteca Universale Rizzoli, 2006; GELLIO A., *Noctes Atticae*, 159 d.C., in [http://la.wikisource.org/wiki/Noctes Atticae](http://la.wikisource.org/wiki/Noctes_Atticae); GOLDSMITH O., *Il vicario di Wakefield*, Ed. Vallecchi, 1931; GRIMAL P., *Cicerone*, Ed. Il Giornale Biblioteca Storica, Ed. Garzanti, 1986-1996; GROSSO G., *Lezioni di storia del diritto romano*, Ed. Giappichelli, 1952; GROSSO G., in Iura; GROZIO U., *De jure belli ac pacis* (a cura di ARICI F., TODESCAN F. ed Introduzione di FASSÒ G.), Cedam, 2010; HERMANN HOPPE H., *Democrazia: il dio che ha fallito*, Liberi Libri, 2005; LIVIO T., *Ab Urbe Condita* (27 a.C. - Liber X); MATTEUCCINI., *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, UTET, 1976; MEZGER E., *Die Straftat als Ganzes*, ZStW (Zeitschrift fuer die gesamte Strafrecht Wissenschaft), 1937; MYRDAL G., *Response to introduction*, in *American Economic Review*, Vol. 62, n. 2, 1972; PARADISI B., voce "Diritto", Enciclopedia del Novecento, Treccani, 1970; PERSONS W.M., *Theories of business fluctuations: a classification of the theories*, *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, Vol. 41, n. 1, Nov., 1926; PIGOU A.C., *Wealth and Welfare*, Macmillan and Company, 1912; PIGOU A.C., *The economics of Welfare*, Transaction Publishers, 1952; PIGOU A.C., *Keynes's General Theory - A Retrospective View*, Ed. A.M. Kelley Fairfield, 1978; PLATONE, *La Repubblica*, Ed. Laterza, 2007; PONTI G.L., *Compendio di criminologia*, Libreria Cortina, 1980; ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Ed. Sansoni, 1946; ROSTOW W.W., *The Diffusion of Power: An Essay in Recent History*, Macmillan, 1972; SANT'AGOSTINO, *De Civitate Dei*, 426; SCHUMPETER J., *Ueber das Wesen der Wirtschaftskrisen*, *Zeitschrift fuer Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung*, 1910, e *Economic Journal*, n. 38, 1928; SEN A.K., *The impossibility of a Paretian Liberal*, *Journal of Political Economy*, n. 78, 1970; SEN A.K., *Globalizzazione e libertà*, Ed. Mondadori, 2002; SUTHERLAND E.H., *White Collar Criminality*, in *American*

*Sociological Review*, n. 5, 1940; SVETONIO (GAIUS SVETONIUS TRANQUILLUS), *Vita di Cesare (Divus Iulius, Vol. 1)*, in "De Vita Caesarum", in <http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Suetonius/12Caesars/home.html>; TUCIDIDE, *La guerra del Peloponneso*, Ed. Rizzoli, 1996; VOCI P., *Esame delle tesi del Bonfante su la famiglia romana arcaica*, in *Studi in onore di V. Arangio Ruiz*, Vol. 1, Jovene, 1952; WEBER M., *Law in economy and society*, Cambridge Mass, 1954-1966; WELZEL H., *Persoenlichkeit und Schuld*, ZStW, 1941; WESLEY MITCHELL M., *Business cycles, the problem and its setting*, National Bureau of Economics Research, 1927; ZAGREBELSKY G., *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, UTET, 2007.

### SOMMARIO

1. Preambolo. Note sul metodo. - 2. Teorie sulla funzione del diritto. - 3. Diritto processuale. Storia. - 4. Il processo politico romano. - 5. Strumentalizzazione del processo. - 6. Evoluzione processuale. Dall'arbitrato obbligatorio al processo nell'epoca giustiniana. - 7. Ondulazioni cicliche delle crisi economiche moderne. - 8. Il diritto e la "vischiosità" globale. - 9. L'interpretazione del diritto. - 10. Le teorie dell'utilitarismo giuridico. - 11. Stato di diritto e stato sociale. - 12. Criminalità economica. - 13. Il concetto religioso della giustizia. - 14. Spunti riflessivi in tema di morale. - 15. Insufficienze del sistema giuridico nel campo dell'economia. - 16. Eguaglianza e libertà. - 17. Riflessioni.

### 1. Preambolo. Note sul metodo

Questa esposizione non ha affatto la pretesa di essere esaustiva degli argomenti, temi e motivi del diritto e della giustizia. Il concetto di giustizia viene rappresentato dagli ordinamenti come ideale e connesso alle diverse religioni od ideologie dei popoli, mentre l'applicazione concreta del diritto, per converso, è un fatto.

Non abbiamo, quindi, preso in considerazione l'esegesi della normativa (e nemmeno il criterio, dello "stare decisis" del *common law*) in quanto il "thema" proposto riguarda la funzione storica svolta dal diritto, gli effetti dell'applicazione concreta ed i motivi derivanti da fatti storici più complessi, tralasciando la costruzione di teorie che nella realtà attuale non possono ancora essere definite per causa della mutevolezza del mondo globale. Tuttavia l'analisi delle diverse teorie espone dagli studiosi non appare inutile in quanto rivela l'insufficienza in ogni epoca.

La teorizzazione del concetto di giustizia è - come la storia insegna - espressa dai giudici soltanto quando è utile a scopi eminentemente pratici e, talvolta, persino criminali<sup>1</sup>.

Le difficoltà di una formulazione teorica degli schemi e del sistema giuridico nella mutazione che oggi avviene nel mondo globale sono di tutta evidenza.

È, in ogni modo, doveroso ammettere che gli sforzi degli studiosi si indirizzano alla ricerca di una concretezza più aderente alla realtà socioeconomica attuale, ponendo limiti alla funzione del diritto, anche per la causa incognita del futuribile decorso della storia umana.

Ciò, tuttavia, non significa che il ricorso alla storia, aiuto indispensabile per la comprensione di elementi diversi che influenzano il diritto, sia inutile, in quanto gli stessi dubbi che comporta la palinogenesi in atto consentono di verificare i limiti del passato e del presente, mentre il futuro dovrà tener conto dell'economia e della società, che costituiscono il basamento dell'edificio giuridico<sup>2</sup>.

Nel campo legislativo e giudiziario si è giunti, spesso, forzando la teorizzazione del sistema a delle forme che costituiscono l'autorappresentazione di altrettanto evidenti forzature. È, quindi, indubbio che sorga un autentico interesse interdisciplinare che consideri (come auspicato da molti studiosi) la storia, il diritto, la scienza, la politica, l'economia ed ancora la rappresentazione statistica e l'algebra matriciale.

Il bisogno di revisione delle idee è diffuso ed avvertito con particolare sensibilità, causato dal mutamento dei fattori influenti sulla vita dell'uomo partecipe dello stato *post* moderno.

I futuribili giudizi dipendono, in ogni modo, dai limiti di effettività della figura e questo punto appartiene al futuro.

D'altronde, diceva Bobbio *"la storia è fatta così e noi non possiamo farci nulla"*.

## 2. Teorie sulla funzione del diritto

Si impone subito la distinzione tra sistemi collettivistici e sistemi occidentali.

Il sistema collettivistico postula l'abolizione della proprietà privata con legge dello Stato. Questo sistema si poggia su una dittatura (*"rectius"*: tirannia, sovente feroce). Di conseguenza i principi economici di questo regime supportati da una dittatura non consentono alcuna devianza od *"anomia"*, che vengono punite da un rigoroso regime sanzionatorio di pene criminali; certe attività vengono considerate delitti contro l'economia e la sanzione arriva fino alla pena di morte. In sostanza l'ambito di esercizio

dell'economia privata è abolito oppure relegato in un angusto spazio. La tecnologia e la scienza sono indirizzati per la maggior parte alla produzione militare. Lo stesso dissenso di una base altrimenti conclamata democratica è svuotato di contenuto ove sia in contrasto con i principi socio-politici di questo regime. Il diritto, in questo regime, coincide con la politica economica dominata dall'ideologia accentuando, come si disse, il sistema sanzionatorio. I rilievi critici mossi al collettivismo dai maggiori studiosi della materia recano l'espressione univoca che detto regime è refrattario alle mutazioni economiche, maggiormente se trattasi di mutazioni epocali dell'economia dovute all'avanzamento della tecnologia che, in detti regimi, non viene applicata in modo razionale a causa del sistema eccessivamente burocrattizzato. Inoltre il contenuto dei concetti di *"lecito"* ed *"illecito"* coincide con le direttive di natura economico-politica dettate dal regime, sovrapponendosi, in definitiva, la figura economica ad ogni altro principio, svuotando così di contenuto certi principi generali di giustizia. Lo stesso consenso dei consociati è svuotato di contenuto di fronte ai principi posti dall'apparato dirigente.

Diverse e più sfumate regolazioni dell'economia, per esempio quelle che connotano la socialdemocrazia, adottano lo strumento legislativo. Il Galbraith<sup>3</sup> in tal senso, affermò che il capitalismo aveva preso un'altra strada, mentre lo stesso Lenin disse, con espressione icastica, che la socialdemocrazia era nata morta.

Per converso il sistema cosiddetto occidentale afferma che la regolazione dell'economia politica debba essere effettuata tramite l'attività dell'esecutivo. La discussione tra le due posizioni è tuttora vivace, tanto che in tempi recenti in Italia si parlò addirittura di conflitto tra i poteri dello Stato. Quanto appena esposto consente di comprendere i limiti e la funzione del diritto nel mondo occidentale in rapporto all'economia, per quanto interessa ai fini del presente scritto.

A proposito della funzione del diritto si deve citare la teoria del Betti<sup>4</sup>: l'insigne giurista, di estrazione romanistica, sostenne che la funzione del diritto si sarebbe esaurita nei giudizi tra privati considerati *"uti singoli"* mentre non avrebbe potuto regolare i rapporti dei grandi aggregati economici.

Questa teoria ha fatto il suo tempo in tema di tutela degli interessi.

Sul punto si esporranno infra i risultati di altri studiosi che hanno trattato espressamente il tema. Le due espressioni - cioè controllo giuridico o da parte dell'esecutivo - non costituiscono un dogma e nemmeno un canone, bensì hanno solo una valenza storica in quanto attuate in un intervallo considerato e, di conseguenza, hanno fatto il loro tempo ove siano considerate l'una esclusiva dell'altra. Infatti molte teorie avanzate da illustri studiosi hanno avuto un'applicazione pratica per un certo intervallo, poi sono cadute, per esempio il sistema monetario di Bret-

<sup>1</sup> N. BOBBIO, voce *"Eguaglianza"*, Enciclopedia del Novecento, Treccani, 1970, pag. 357: *"Non vi è teoria della giustizia che non analizzi e discuta alcuni dei più comuni criteri di giustizia, che di solito vengono presentati come massime generalissime e vuote"*. Diversa, per converso è la definizione della Chiesa cattolica e delle Chiese cristiane - v. *infra* il pensiero di Sant'Agostino. Sua Santità BENEDETTO XVI nel discorso al Bundestag ha detto *"expressis verbis"*: *"Gli Stati senza giustizia sono delle associazioni di briganti"*.

<sup>2</sup> B. PARADISI, voce *"Diritto"*, Enciclopedia del Novecento, Treccani, 1970.

<sup>3</sup> Vedi il nuovo stato industriale.

<sup>4</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994 e *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, Giuffrè, 1949-1971.

ton Wood e le dottrine del Keynes<sup>5</sup>. I progressi tecnologici e scientifici hanno reso palese che la scienza economica non è disciplina statica, bensì mutevole e che gli effetti, come tutte le discipline accomunabili al fenomeno storico, non sono sempre prevedibili e di conseguenza il controllo effettuato con i soli mezzi giurisdizionali nello scenario globale non ha avvenire. Le soluzioni dell'economia moderna, a quanto appare dai dettati d'esperienza, dovranno essere cercate in accordi internazionali senza confidare troppo nella proposizione di modelli economici duraturi, destinati ad essere prontamente sostituiti nei momenti, non agevolmente prevedibili, delle mutazioni dei cicli.

La funzione del diritto in questo divenire storico, non deve essere considerata in modo atomistico, bensì connessa ad un sistema più vasto nel corso della palingenesi che si sta verificando nel mondo globale.

### 3. Diritto processuale. Storia

Abbiamo premesso nei capitoli che precedono le teorie sulla funzione del diritto e della problematica concernente i rapporti tra diritto ed economia.

Non rientra negli scopi proposti nel presente scritto svolgere un'approfondita esegesi sulla teoria generale del diritto, apparendo bastevole, ai fini che qui interessano, svolgere un generico richiamo ai concetti istituzionali.

Un'affermazione tratlizia<sup>6</sup> pone una società o, per meglio dire, il corpo sociale unitario come ente per sé stante<sup>7</sup>.

L'ordine si manifesta come una serie normativa che si impone in diverso modo ai consociati ed è da questi accettata o contrastata, in una dinamica di forze storiche che si traducono spesso in indirizzi politici che, nell'intervallo temporale storico, lungo o breve che sia, provocano variazioni dell'ordinamento stesso.

Nella pluralità di ordinamenti, caratterizzati da diversità sovente rilevanti, riscontriamo storicamente un ordinamento egemone, cioè lo Stato, ed ancora, tra i diversi ordinamenti, l'ordinamento di uno stato egemone sugli altri stati ed ordinamenti, i cui atti hanno influito, nel bene e nel male, sugli altri ordinamenti creando situazioni socio economiche o politiche incisive nella vita degli altri ordinamenti.

Possiamo quindi affermare agevolmente che la "globalizzazione" non è un fenomeno dei nostri giorni, ma è iniziata da almeno un millennio.

Non apparirà, quindi, inutile, la prospettazione dell'evoluzione storica dell'ordinamento romano, imperialista ed egemone, al fine di comprendere i significati più profondi delle mutazioni in essere nella realtà attuale e dei pericoli rilevanti della società moderna.

Questo scritto si propone di approfondire i temi della palingenesi e della metanoia con riferimento ad un nuovo metodo di ricerca nel campo dell'economia politica. Il diritto, unitamente agli altri elementi inci-

sivi, non può essere analizzato soltanto per la funzione che è propria "ratione materiae", né possono trascurarsi gli effetti della corruzione del sistema giuridico che opereranno anche in altri piani economici, sociali e politici.

Ciò posto in breve sintesi, appare opportuno osservare che il giurista positivo, cultore del metodo istituzionalista, limita lo studio al diritto statale dell'ordinamento od anche estende le osservazioni al diritto comparato (cioè il raffronto tra i diversi sistemi giuridici). Difettano, quindi, ulteriori riflessioni in ordine ai riflessi di altri fenomeni sociali che assumono particolari individualità e fisionomie ritenute irrilevanti dall'istituzionalista. Lo studioso dell'economia, per converso, ritiene essenziali gli effetti dei meccanismi giudiziari e del sistema normativo nel campo economico e sociale. A questo punto appare opportuno, ai fini di una sufficiente, sebbene non esaustiva, rappresentazione storica, analizzare l'evoluzione della teoria istituzionale sovra cennata anche attraverso la storia del processo. In tal senso faremo riferimento al diritto romano (sostantivo e processuale), espressione normativa di uno stato egemone. Occorre rammentare che le crisi degli ordinamenti presentano tre aspetti: sociale, economico e politico; gli effetti del diritto e del sistema giudiziario sono, generalmente, delle cause unitamente a elementi disparati e, persino, eterogenei. Di conseguenza le riflessioni circa il metodo di studio e prospettazione dei fatti economici e, in senso più generale, dell'economia politica non possono esaminare gli elementi in modo atomistico, bensì effettuare un'analisi che tenga conto dell'onda secolare, almeno nei limiti del possibile<sup>8</sup>.

Abbiamo descritto<sup>9</sup> i diversi passaggi dallo stato di diritto allo stato sociale ed i dubbi della società odierna dopo la caduta di quest'ultimo.

Il metodo di analisi del diritto che pone accento sul profilo storico, sviluppando la rappresentazione dell'evoluzione degli istituti, rappresenta il traguardo e, contestualmente, il limite del metodo istituzionale nonché del metodo storico circa le mutazioni del tessuto connettivo sociale di un ordinamento, cioè un punto di arresto. In altre parole: non esiste infatti un principio umano che consenta una futuribile e lineare visione della storia.

Riprendendo il filo del discorso, il Bonfante<sup>10</sup> ha definito questo metodo istituzionalistico, con particolare enfasi, "organico" o "naturalistico", mutuando i termini dalla biologia, senza, tuttavia, togliere vigore al nucleo essenziale dell'analisi storica<sup>11</sup>.

Il limite del metodo istituzionalistico risulta dall'esegesi della normativa in vigore nello stato di diritto e del successivo stato sociale romano.

<sup>8</sup> V. *infra* par. 7., *Ondulazioni cicliche delle crisi economiche moderne*.

<sup>9</sup> V. *infra* par. 11., *Stato di diritto e stato sociale*.

<sup>10</sup> P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Soc. Editrice Libreria, 1923.

<sup>11</sup> P. VOCI, *Esame delle tesi del Bonfante su la famiglia romana arcaica*, in Studi in onore di V. Arangio Ruiz, Vol. 1, Jovene, 1952, pagg. 101 e segg.. "Contra G. GROSSO", in *lura*, pag. 421 e segg..

<sup>5</sup> J.K. GALBRAITH, *Storia dell'economia*, Biblioteca Universale Rizzoli, 2006, evidenzia l'errore della teoria Keynesiana.

<sup>6</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Ed. Sansoni, 1946.

<sup>7</sup> G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Ed. Giappichelli, 1952, pag. 1.

Integrando il metodo c.d. “*istituzionale*”<sup>12</sup> con quello “*storico*”<sup>13</sup> ricaviamo una base di analisi.

L’analisi storica degli istituti giuridici, ove ben osservata, è un elemento indicatore dei diversi passaggi dell’economia, da quella primitiva all’economia finanziaria e mercantile insino alle economie moderne. Questo genere di indagine appare essenziale al fine di comprendere la funzione del diritto (civile e penale) nello stato *post* moderno nonché degli effetti del diritto sull’economia politica nel predetto stato.

#### 4. Il processo politico romano

Il termine “*processo*”, sconosciuto nel diritto romano, è nato nel medioevo. In Roma il termine esatto era “*judicium*”.

La prevalente opinione confortata da molti storici ed istituzionalisti, ritiene che il diritto vivente sia uno strumento idoneo ad assicurare la pace sociale, in altre parole il mantenimento istituzionale dell’ordinamento, restio a mutazioni evolutive che si realizzano, per converso, a causa di forze storiche contrastanti connesse a crisi politiche, economiche e sociali.

Un riferimento storico nel diritto romano lo troviamo nell’opera liviana<sup>14</sup>.

Il carattere ordalico della primitiva giustizia (cioè il giudizio di Dio) si trasferì nel processo criminale romano con la nomina dei “*duoviri perduellionis*”. La leggenda dell’Orazio superstite, citata nella narrazione liviana, dice che questi doveva essere sottoposto al giudizio criminale per omicidio, in quanto aveva ucciso la sorella, innamorata di un Curiazio. La lotta ordalica degli Orazi e Curiazi, secondo la leggenda<sup>15</sup>, conclusasi con la vittoria dell’Orazio superstite, decise la supremazia di Roma su Albalonga.

Tuttavia nel caso di omicidio la “*lex horrendi carminis*” prevedeva la condanna a morte ed il processo si svolgeva “*indicta causa*”<sup>16</sup>. In altre parole i duoviri dovevano sempre condannare - *I, lictor! conlega manus* - non consentendo voce alla difesa, non potendo mai assolvere<sup>17</sup>.

Appare in questo processo l’eco di una più antica incriminazione esecutiva che induce a riflettere sulla “*coercitio*” insita nell’“*imperium*” del magistrato, esteriorizzato nell’espressione dei littori con i fasci e le scuri. La leggenda afferma che l’Orazio venne assolto in quanto si era appellato al popolo invocando l’istituto della “*provocatio*”. Questo istituto appare, per converso, sorto in epoca successiva, dopo la laicizzazione del processo avvenuta con l’avvento delle XII tavole<sup>18</sup>.

La “*provocatio*”, quasi certamente sorta in epoca successiva a causa degli abusi provocati dal tirannico regime regio romano, costituiva un limite di natura processuale, un gravame, in altre parole, che consentiva l’apprezzamento del merito e, contestualmente, un limite di natura politica all’“*imperium*”, aprendo la via alle lotte di classe che, in definitiva, determinarono la flessibilità dell’ordinamento romano, connotato dal pragmatismo e dalla concretezza degli atti legislativi e di governo. Il processo di laicizzazione del diritto pose fine a questa forma di processo religioso esercitato dapprima dal *Lucumone rex* e poi dal *Pontifex maximus*: in un certo modo i romani attuarono la separazione del processo laico dal processo religioso.

Possiamo avanzare l’ipotesi che la mutazione del processo segue la mutazione sociale, la trasformazione del sistema e l’eventuale decadenza.

Il “*filtro*”, per così dire, della trasformazione è, da un lato, il coacervo di norme che regolano l’accesso alla giustizia e l’esercizio di questa, e d’altra parte l’interpretazione della normativa che preclude la pronuncia da parte dei giudici, consentita dalle norme processuali, ed a sua volta impeditiva all’esercizio dell’azione da parte dei privati. In altre parole un denegato accesso alla giustizia da parte dei privati. Questi meccanismi antichi, mutati nella forma giuridica, trovano ancora applicazione nel processo civile moderno in certi stati, ove il sistema di potere intende limitare ed, addirittura, impedire l’accesso alla giustizia, escludendo in tal modo il controllo giudiziale verso meccanismi economico-sociali di portata globale, favorendo in tal modo gli interessi dei grandi aggregati economici, ovvero quelli di un’oligarchia di casta.

Le esposte considerazioni, che rivelano i limiti dell’analisi condotta soltanto sotto il profilo istituzionalistico del diritto (civile, penale, processuale), pur tuttavia consentono di comprendere che i concetti di “*diritto*” e “*giustizia*” non possono prescindere, come abbiamo detto nei capitoli che precedono, dall’analisi storica del processo e dall’evoluzione della normativa che lo regola nella scansione storica-temporale. A questi fini non appare inutile l’esposizione sommaria degli schemi evolutivi del diritto romano.

#### 5. Strumentalizzazione del processo

La strumentalizzazione del processo sia a fini politici, sia per favorire gruppi di interessi dei ceti dominanti o di quelli emergenti è antica. Significativo in tal senso è il processo a Caio Rabirio, avvenuto nel periodo della decadenza repubblicana alla quale seguì l’impero augusteo.

Molto si è scritto sull’“*affare Rabirio*”, espressione di un certo esercizio dell’attività giudiziaria che è “*fuori dal tempo*” ed applicato in ogni epoca successiva<sup>19</sup>.

Un tentativo di rivolta armata venne stroncato ed il senato emise il “*senatus consultum ultimum*”. I capi

<sup>12</sup> Cioè lo studio del diritto come istituzione.

<sup>13</sup> L’evoluzione del diritto nel tempo.

<sup>14</sup> T. LIVIO (59 a.C. - 17 d.C.), *Ab Urbe Condita* (27 a.C. - Liber X).

<sup>15</sup> Giova precisare che è soltanto una leggenda, priva di certi riferimenti storici.

<sup>16</sup> In sostanza la difesa dell’accusato era inutile ed inascoltata.

<sup>17</sup> T. LIVIO, *op. cit.* “*qui se absolvere non rebantur ea lege ne innoxium quidem posse*”.

<sup>18</sup> M.T. CICERONE, *De legibus*, 52 a.C., 3.4.11; 3.19.44 e le citate XII Tavole, Tab. IX. “*de capite civis rogari nisi maximo comitatu vetat*”.

<sup>19</sup> L.C. DIONE CASSIO COCCELIANO, *Storia romana* (prima metà del terzo secolo d.C.), 37.26.1 ss. SVETONIO (GAIUS SVETONIUS TRANQUILLUS, 70 - 120 d.C.), *Vita di Cesare (Divus Iulius, Vol. 1)*, in “*De Vita Caesarum*”, [http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Suetonius/12\\_Caesars/home.html](http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Suetonius/12_Caesars/home.html), 12, M.T. CICERONE (106 - 43 a.C.), *Pro Rabirio* (63 a.C.).

della tentata insurrezione, Glaucia ed il tribuno Saturnino si rifugiarono nel tempio di Giove Statore. Raggiunti dalle truppe armate, si promise loro la salvezza della vita ove si fossero arresi alle forze dell'ordine, ma non appena uscirono vennero barbaramente assassinati. Erano passati quasi quarant'anni dall'episodio ed era sopravvissuto soltanto Caio Rabirio che aveva partecipato alla strage. Costui carico di anni e di acciacchi venne accusato di omicidio nella persona inviolabile del tribuno.

Le fila di questo processo erano mosse da Cesare, esponente del partito popolare, le cui mire ambiziose erano peraltro note, ed appoggiava, senza esporsi troppo, la congiura catilinaria in atto.

Il partito che prepara una rivoluzione, prevedendo l'inevitabile caduta del vecchio regime repubblicano, tenta di eliminare i mezzi che avrebbero potuto reprimerla. Uno di questi mezzi era appunto il "*senatus consultum ultimum*", cioè la sospensione delle libertà costituzionali dell'ordinamento repubblicano e la concessione ai consoli dei poteri dittatoriali nel caso di gravi attentati contro lo stato romano.

Vi era ancora un altro motivo di origine economica. Le tensioni del proletariato che richiedeva miglioramenti economici, contrastate dalla classe oligarchica repubblicana, erano confluite nel partito popolare. Precedentemente i Gracchi avevano proposto le leggi agrarie, una vera rivoluzione nell'economia romana. Queste leggi prevedevano il frazionamento del latifondo, fonte di cospicuo reddito della classe senatoriale, assegnando le terre ai proletari. Una specie di cooperativa *ante litteram*, che suscitò le reazioni della classe dominante. I Gracchi vennero uccisi e le leggi non trovarono applicazione.

Il principio, modificato da Cesare e Crasso, venne riproposto dal tribuno Servilio Rullo in altra forma. In sostanza si proponeva di vendere a basso costo ai proletari i beni dello stato romano, creando in questo modo un ceto medio (una specie di centro sinistra diremmo oggi) che avrebbe costituito il serbatoio di voti del partito popolare a danno dell'oligarchia senatoriale conservatrice, minando il potere senatoriale repubblicano ormai agonizzante.

La proposta, contrastata da Cicerone, venne ritirata dallo stesso tribuno.

Cesare, che prudentemente non si era esposto, subì questo smacco che non gli comportò particolari conseguenze politiche.

Il successivo tentativo di minare il potere senatoriale venne effettuato con il processo Rabirio.

Con una procedura insolita a quei tempi il Pretore augure Metello Celere, seguace di Silla ai suoi tempi, nominò i *duoviri perduellionis* nelle persone di Cesare (all'epoca *pontifex maximus*) e di suo cugino Lucio.

Caio Rabirio, come prevedeva questa normativa antica, venne condannato a morte "*indicta causa*". Nel processo comiziale successivo introdotto dalla "*provocatio ad populum*" Rabirio è difeso da Cicerone.

A questo punto le fonti sono incerte, possiamo tuttavia opinare che l'assemblea comiziale (rammentiamo che era in corso la congiura catilinaria) non intendesse condannare Rabirio per timore di una strumen-

talizzazione della sentenza che avrebbe condotto, sul piano politico, ad una paventata eliminazione del "*senatus consultum ultimum*".

Pare che l'augure Metello Celere ad un certo momento abbassasse il vessillo rosso, segnale di invasione dell'Urbe, per cui il processo venne interrotto. Alcuni studiosi sostengono che con questo espediente si voleva evitare uno smacco a Cesare, in vista di una assoluzione comiziale, mentre altri studiosi sostengono che si voleva salvare la vita di Rabirio. In sostanza Rabirio si portò a casa i suoi acciacchi ed il processo non venne ripreso successivamente.

Quanto sinteticamente descritto consente di comprendere l'abisso che separa il concetto del "*diritto*" da quello di "*giustizia*", nonché la rilevanza dell'interpretazione ed, infine, delle norme processuali.

## 6. Evoluzione processuale. Dall'arbitrato obbligatorio al processo nell'epoca giustiziana

Il processo civile romano era caratterizzato dalla figura del magistrato che non interveniva nelle controversie dei privati<sup>20</sup> poiché non si riteneva funzione dello Stato quella di rendere giustizia, bensì perseguire lo scopo di tutelare e conservare la pace sociale<sup>21</sup> impedendo l'applicazione dell'esercizio privato della ragion fattasi ed impedendo inoltre l'esercizio della violenza tra i diversi gruppi. L'evoluzione di questo principio consente di comprendere un elemento storico che si è trasferito, sia pur in diversa forma ed espressione normativa, nello stato di diritto e nello stato sociale dei secoli successivi.

Il formalismo ed il carattere arbitrario che connotava il passaggio dalla ragion fattasi al rito arbitrario è espressione dell'antico carattere religioso (il *fas* presso i romani) risolutore delle controversie. In sostanza il magistrato laico romano è paragonabile all'odierno giudice penale degli USA, il cui compito è il controllo sulla retta applicazione della legge, mentre il giudizio veniva affidato a giudici nominati.

L'istituto processuale dell'"*aequitas*" romana ed il potere del magistrato di concedere o denegare l'azione nel processo civile rappresentano l'inizio di quell'iter conclusosi con l'*edictum perpetuum*, redatto dal giurista Salvo Giuliano per ordine dell'imperatore Adriano, antesignano, *ante litteram*, dei moderni codici di procedura civile. Il diritto criminale ebbe un'altra evoluzione influenzata successivamente dall'influenza del cristianesimo.

L'espansione del commercio internazionale e l'esercizio dell'imperialismo romano, inteso alla conquista egemonica nel mondo globale di allora, comportarono delle mutazioni profonde nel diritto. L'avvento dei banchieri e della finanza internazionale<sup>22</sup> condusse alla formulazione normativa del diritto internazionale<sup>23</sup>, basato sul concetto della fiducia<sup>24</sup>

<sup>20</sup> G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, cit., pag. 143 e segg.

<sup>21</sup> V. *infra* par. 11., *Stato di diritto e stato sociale*.

<sup>22</sup> Argentari e cambiavalute, nummulari.

<sup>23</sup> *Jus gentium*.

assunto come elemento normativo dal *praetor peregrinus*<sup>25</sup>.

In realtà le società finanziarie romane (controllate in Roma da principi ferrei, in particolare in tema di usura) si comportarono all'estero come certe finanziarie moderne, approfittando dei regimi deboli ed anche corrotti. La *societas alicuius negotiationis*, dei banchieri, dei pubblicani ecc., effettuò lo strozzinaggio all'estero con il meccanismo delle singrafi e delle chirografi: uno sfruttamento finanziario che condusse addirittura a guerre sanguinose e a sconvolgimenti sociali di grave entità. L'imperatore Adriano osservò che questa attività criminale non poteva essere ignorata dall'indifferenza del sistema romano. Infatti gli sconvolgimenti e le tensioni provocate da questo genere di finanza comportavano rivolte e guerre e, sovente, costi insostenibili dallo stato romano, oltre al pericolo di invasioni (che avvennero in seguito). L'imperatore Adriano, poiché non poteva disporre di mezzi atti ad impedire queste attività dannose allo stato romano, fece assassinare i maggiori responsabili.

Il concetto di "*fides bona*", enunciato dal sistema di diritto internazionale romano, elemento costitutivo nel rapporto giuridico del commercio, venne in molti casi obliato dalla finanza romana.

Riprendiamo il filo del discorso. L'evoluzione del commercio e della finanza nel mondo "*global*" di allora comportò una mutazione radicale del processo. Le "*legis actiones*" vennero sostituite dal processo formulare. Il formalismo processuale comportava il compimento di gesti rituali e la pronuncia di "*certa verba*", cioè frasi sacramentali, la cui omissione od imprecisione, anche lievissima, precludeva la prosecuzione del giudizio e l'attore perdeva la lite. A questo proposito Gaio riferisce che un Tizio propose la lite "*de vitibus succisis*" poiché avevano tagliato le viti di sua proprietà. L'azione non fu accolta in quanto le XII Tavole si riferivano al più generico termine di "alberi" che non era stato pronunciato in causa.

Queste sottigliezze comportarono la trasformazione completa del rito processuale con l'introduzione del procedimento "*per formulas*" cioè il processo formulare<sup>26</sup>.

Il tipo di processo caratterizzato dall'arbitrato obbligatorio prevedeva l'abbandono delle formule sacramentali<sup>27</sup>, sostituite dalla pronuncia di parole concepite dal magistrato ed adattate alla circostanza<sup>28</sup>.

Questo procedimento "*per formulas*" era mutuato dal processo, retto dal "*praetor peregrinus*", in cui erano parte gli stranieri esclusi dalle "*legis actiones*",

e soppiantò l'antico rito sacramentale, che rimase, dopo la riforma giudiziaria di Augusto, solo per l'azione di danno temuto, in sede, diremmo oggi, cautelare, ed il pignoramento *in executivis*.

La formula era un documento scritto ove venivano trasfusi i termini della controversia. Il ricorso ai "*recipitatores*", in sostanza un arbitrato vigente nel periodo più antico dello *jus honorarium* (il processo ai peregrini), era sottoposto alla decisione del magistrato che sanciva, o meno, l'imperatività.

Osserviamo che il carattere arbitrale e mediativo del processo civile ha connotato nel tempo le procedure di molti ordinamenti. Gli studiosi hanno tratto la sensata congettura che il processo non attua la giustizia in senso etico e sostanziale, bensì è strumentale all'ottenimento della pace sociale: *ne cives ad arma ruant. Nihil sub sole novi!*

La successiva evoluzione comportò ulteriori mutazioni, in ordine alle quali riportiamo brevi e sintetici cenni, lasciando al lettore l'approfondimento, ove interessi, del copioso materiale bibliografico.

Infatti, le formule furono considerate veri e propri strumenti di insidia, impeditivi dell'attuazione di ordinati rapporti processuali<sup>29</sup>.

L'abolizione delle formule era una necessità imprescindibile per l'impero connotato da una struttura verticistica. Il nuovo processo, la *cognitio extra ordinem*, era il risultato dell'organizzazione giudiziaria ed amministrativa dell'impero<sup>30</sup>.

Un'esposizione più completa della costruzione processuale appare ultronea ai fini della presente trattazione che ha come scopo l'analisi della funzione del diritto. Appare, dunque, bastevole l'esposizione di un sintetico schema che consenta di trarre le riflessioni sugli effetti di questo istituto nel corpo sociale.

Il giudizio era affidato a magistrati cognitari, funzionari dell'impero nominati per lo più dall'imperatore, che emettevano una sentenza appellabile all'imperatore stesso, ovvero ad un alto funzionario nominato dall'imperatore stesso. L'invio dell'atto d'appello era discrezionale da parte dello stesso giudice che aveva emesso la sentenza di prime cure. La naturale conseguenza fu il numero altissimo di malversazioni del sistema giudiziario<sup>31</sup> che accompagnò la vita dell'impero insino all'anarchia giudiziaria, specchio fedele del declino dell'impero e l'inevitabile caduta. Le diverse trasformazioni della società romana, ove il ruolo dell'economia era fondamentale,

<sup>29</sup> Il rinvio è alla Costituzione di Costanzo e Costante, nel 342 d.C., ove: C.I. 2.57.1 "*iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur*", pervenuta attraverso il codice giustiniano escerpito da un provvedimento inviato a Marcelino, preside della Fenicia, il 23 gennaio 342 da una località che ci resta ignota, non essendo menzionata nella "*subscriptio*", G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Costanzo e Costante hanno davvero abolito il processo formulare?*, in *Rivista di Diritto Romano*, 1, 2001.

<sup>30</sup> V. G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, cit., pag. 408. "Nell'epoca repubblicana questa forma di intervento extra ordinem del magistrato si era affermata in campo amministrativo. I Romani non concepivano che lo Stato - cioè la civitas, il *populus romanus* - potesse entrare in un rapporto giuridico su piede di parità coi privati. Quindi ogni atto in cui entrasse lo Stato, e cioè per esso il magistrato, esso vi recava il carattere sovrano".

<sup>31</sup> *Nihil sub sole novi*. V. le numerose costituzioni emesse da Giustiano per reprimere questo abuso.

<sup>24</sup> *Fides bona*.

<sup>25</sup> Il magistrato competente nei rapporti con gli stranieri.

<sup>26</sup> GAIO - GIUSTINIANO, *Istituzioni*, Edizioni Simone, 1995, pag. 118, *Commentarius Quartus*, n. 30: "*Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt. Namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigaremur*". Cfr., anche A. GELLIO (125 - 166 d.C.), *Noctes Atticae* (159 d.C.), 16,10, 8, in [http://la.wikisource.org/wiki/Noctes\\_Atticae](http://la.wikisource.org/wiki/Noctes_Atticae).

<sup>27</sup> *Certa verba*.

<sup>28</sup> *Concepta verba*.

comportarono l'evoluzione degli istituti giuridici, delle leggi e della struttura processuale. La stessa cosa avvenne nei secoli successivi.

## 7. Ondulazioni cicliche delle crisi economiche moderne

Occorre, a questo punto ed ai fini di maggior comprensione, premettere brevi cenni sul panorama economico dello stato *post* moderno, che ha mutato la fisionomia strutturale, nonché lo scenario giuridico.

La crisi attuale, i cui sintomi caratterizzano la c.d. "svolta storica", succeduta ai sistemi economici anteriori, costituisce un campo di riflessioni che non può essere analizzato in modo atomistico, avulso, cioè, dalle influenze di altri elementi, schematizzati in discipline o scienze tipicizzate, per così dire, quali, ad es. la politica, l'economia, la tecnologia, il diritto, nonché gli influssi delle attività degli stati su altri diversi e frastagliati ordinamenti. Diversamente opinando si cadrebbe nel criticismo antistorico.

Non intendiamo porre principi generali di valenza assoluta ed imperativa, in un clima di incertezza storica, bensì, più semplicemente, affrontare le problematiche relative alla palingenesi storica, nonché alla metanoia, prospettando una serie di "dubia" e, fin dove lo consente l'intuito, un discorso sul metodo di indagine che possa comportare un rinnovamento rispetto ai modelli precedenti sinora attuati dagli studiosi ai quali il diritto non è estraneo per la funzione che svolge nel contesto sociale e globale.

Effettuate queste premesse chiarificatrici, che evidenziano il campo in cui il diritto può concretamente operare, ci occuperemo dei concetti di giustizia e del diritto, elemento essenziale ed interdipendente con altre discipline per gli effetti che può procurare non soltanto sul piano sociale ed economico. L'analisi storica sulla funzione del diritto si rende quindi indispensabile, rivelatrice dell'influenza sulla fenomenologia degli ordinamenti, anche a livello globale.

Le crisi dell'economia antica erano determinate da tre fattori fondamentali: le guerre, la carestia e l'epidemia. Fattori, questi, che osserviamo ancor oggi in certe plaghe del terzo mondo.

La carenza di capitale fisso, l'insufficienza della tecnologia, il mercato chiuso, l'assenza di maestranze organizzate ed un sistema bancario troppo antico, provocarono le successive mutazioni insino al sorgere, tra il secolo XVII ed il XVIII, all'economia capitalistica nell'Europa occidentale e sviluppatasi rapidamente.

Questa nuova economia, secondo la maggioranza degli studiosi, è connotata da un andamento dinamico, più precisamente da un "trend" aziendale a lungo decorso (detto "secolare"), nonché da andamenti ondulatori che si ripetono in un decorso temporale più breve (il c.d. ciclo).

In altre parole: l'avvento di elementi nuovi, detti parametri - non sempre prevedibili - crea una caduta della posizione di equilibrio economico, considerata, per converso, erroneamente statica dagli operatori.

Questo spostamento della posizione precedente è stato definito "sussultorio" ed "impreveduto"<sup>32</sup>.

Gli economisti in tal senso hanno affermato, con l'ausilio del metodo storico statistico, che la causa della crisi è connessa alle cause dello svolgimento del ciclo. La genericità di questa affermazione deve essere, comunque, integrata dalle osservazioni che seguono.

La teoria della crisi dovrebbe essere definita "teoria della ciclicità", in altre parole delle diverse fasi del movimento ondulatorio.

Le crisi sono poliennali e vengono misurate temporalmente dall'inizio del verificarsi. Il Bachi<sup>33</sup> afferma che le statistiche stabiliscono la durata del ciclo in circa dieci anni e che certi cicli hanno una minor durata di quaranta mesi.

Occorre, a questo punto, specificare che le descritte crisi non sono il ben diverso fenomeno della depressione, di cui tratteremo *infra*.

In questa sede abbiamo esposto solo i punti essenziali per la comprensione del fenomeno.

La copiosa letteratura in merito non rende agevole classificare in modo compiutamente sistematico le varie teorie sulla figura della crisi. Ciò evadrebbe dagli intenti di questo scritto, che si limita ad esporre i "dubia" sollevati dal metodo storico-statistico.

Appare opportuno citare l'opinione del Pigou<sup>34</sup>.

Il Pigou, seguendo il metodo storico statistico, approfondisce le circostanze causali (od occasionali) delle fluttuazioni di un sistema globale.

Secondo il pensiero del Pigou, alcuni fenomeni di questo tipo parrebbero essere causa di lunghe onde piuttosto che di ondulazioni cicliche. L'osservazione del Bachi<sup>35</sup> sul punto appare esatta, quando afferma che la dinamica considerata nel periodo lungo, "secolare" (per citare lo stesso termine dell'Autore), e quella ciclica dell'intervallo temporale più breve, si intersecano.

Di conseguenza, poiché il procedimento statistico di separazione dei sintomi e degli effetti è un'espressione matematica "artificiale", dice il Bachi, il procedimento logico di separazione del sistema causale è difficile; oggi diciamo che è quasi impossibile, attesa l'indole dell'economia, improntata all'elemento storico o entelechiano, come diceva il Bordin<sup>36</sup>.

Pigou ed il suo maestro Marshall erano esponenti della scuola marginalista i cui metodi oggi sono pres-

<sup>32</sup> R. BACHI, voce "Crisi economiche", Enc. Treccani, 1931.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> A.C. PIGOU, economista a Cambridge, successo al Marshall nella cattedra. V. le sue opere *The economics of Welfare*, Transaction Publishers, 1952; *Keynes's General Theory - A Retrospective View*, Ed. A.M. Kelley Fairfield, 1978; *Wealth and Welfare*, Macmillan and Company, 1912; oltre agli scritti sull'"imposta pigouviana", nei quali il PIGOU sostenne la necessità di un atto gestorio, di natura fiscale, teso ad impedire l'inquinamento del pianeta.

<sup>35</sup> *Op. cit.*

<sup>36</sup> A. BORDIN, *Lezioni di economia politica*, Raccolte ed annotate da S. RICOSSA, Ed. Giappichelli, 1959.

soché abbandonati e sottoposti a critica da parte di molti studiosi<sup>37</sup>.

Indubbiamente gli elementi che comportano la variazione dell'onda ciclica nelle sue diverse fasi ed anche nel lungo intervallo secolare hanno una valenza, ma non possono essere compresi in un elenco esaustivo e neppure chiariscono "ex ante" l'andamento dell'onda o delle crisi.

Infatti, se la determinazione matematica della fase si basa solo su elementi certi ricavati dalla statistica metodologica rielaborati, è altrettanto vero che altri parametri, imprevedibili e non compresi nella formazione matematica della fase, non consentono sempre di determinare il momento dello "scoppio" della crisi.

Ora, se un elemento storico imprevedibile, o sottovalutato, o impreveduto addirittura, divarica di fatto dal modello econometrico, posto ed assunto come legge o come panacea, relativo ad un periodo ed alle sue fasi cicliche rispetto alle previsioni che di tali elementi non hanno tenuto conto, possiamo dire che l'onda, verificata e rivisitata con il complemento degli eventi anteriori e successivi allo "scoppio", ci consente di ricavare, anche con l'ausilio delle matematiche e delle statistiche, solamente un "trend", per usare il linguaggio degli economisti, ma non una certezza, sia positiva che negativa. In sostanza l'analisi matematica e la statistica storica hanno limitato il principio esposto da G.B. Vico in ordine ai "corsi e ricorsi storici". Le stesse valutazioni ex post, seppur integrate dalla conoscenza di elementi ex ante impreveduti e imprevedibili, possono non tener conto di altri elementi sfuggiti all'analisi o sottovalutati.

Le trasformazioni tecniche, economiche e sociali, consentono di percorrere altre vie, almeno fin dove arriva la comprensione, ricorrendo all'ausilio dell'economia induttiva.

Appare, quindi, sensata la critica della sola previsione matematica dell'onda sotto il vincolo "coeteris paribus", a causa della difficoltà di individuazione degli elementi che si verificheranno in futuro.

Le conseguenze delle onde secolari, allorché avvengono il punto di scoppio, sono gravissime e coinvolgono il sistema globale. Il primo "scoppio" rammentato fu quello della crisi del 1873-1894, seguito, nel 1929, dalla crisi ormai arcinota ed, infine, dalla crisi attuale. La determinazione delle onde, svolta dalle scuole su basi storico-statistiche accertate "ex post", deve essere integrata, ai fini di una miglior comprensione del fenomeno, con l'esposizione sintetica dei fatti osservati ed analizzando ogni possibilmente prevedibile causa e concausa.

Precisiamo subito che non è possibile fornire un elenco esaustivo di tutti gli elementi, cause o concause del "trend" che ha condotto allo "scoppio" dell'onda lunga, limitandoci soltanto a segnalare i più rimarchevoli.

La frastagliata fenomenologia delle crisi non consente un quadro analitico completo delle cause, sulle quali sono sorte, peraltro, notevoli diatribe tra gli studiosi della materia.

Nonostante questa conclamata impossibilità, meritano essere citate le opere di W.M. Persons<sup>38</sup>.

Prospettiamo un breve elenco degli elementi maggiormente significativi, detti "sintomi" o "parametri" ove si considerino elementi di una funzione matematica:

- la "vischiosità" è un termine usato dalle scienze economiche e storiche mutuato dalla fisica. Ricorre questa figura quando una situazione economica tende a cristallizzarsi in modo statico ed è impeditiva della mutazione. L'esempio da manuale è quello della tendenza di interessi economici radicati da tempo al perpetuarsi opponendosi alle mutazioni. Nel mondo capitalistico diventano spesso espressioni di forze storico-politiche contrastanti e indirizzano l'attività politica alla sconfitta o alla vittoria di una fazione. In questo modo emerge l'aspetto politico delle crisi oltre allo svilimento della politica stessa, applicazione concreta, oltre a tutto, dell'adagio "divide et impera";
- la distruzione del risparmio effettuata dai "professionals" della finanza e delle banche provocando l'assenza della capacità reddituale con effetti sulla domanda e sull'offerta. Le grandi crisi bancarie costituiscono il sintomo più evidente dell'inizio delle depressioni;
- l'illusione monetaria: consiste nell'errore di valutazione di coloro che ragionano in termini di valore monetario. La dottrina porta l'esempio dei consumatori consumisti che non adeguano il proprio tenore di vita ad una previsione di crisi e che, di conseguenza saranno colpiti dalla variazione del potere d'acquisto del denaro o dalle crisi reddituali, com'è successo nella c.d. "bolla subprime";
- l'influenza sull'onda lunga dei progressi scientifici e tecnologici comportante un miglior benessere e la richiesta dei consociati relativa a tali beni. La figura ora detta venne teorizzata da J. Schumpeter<sup>39</sup>;
- non possono essere, inoltre sottaciute, le crisi monetarie e finanziarie, le innumerevoli truffe perpetrate a danno dei risparmiatori e causate dall'assenza di controlli. Questi fatti costituiscono il segnale più evidente e prossimo al finale dello "scoppio" dell'"onda" lunga. La crisi del sistema bancario ed il rialzo del prezzo dell'oro sono i sintomi più sicuri che preannunciano lo "scoppio" dell'onda lunga. In questo caso la tutela giuridica e giurisdizionale è mancata, rilevando l'insufficienza del diritto in vigore nel pe-

<sup>37</sup> Il rinvio è agli studi di A.K. SEN, che in particolare ha esposto gli errori del metodo marginalista, *The impossibility of a Paretian Liberal*, *Journal of Political Economy*, n. 78, 1970, pagg. 152-157. V., inoltre, dello stesso autore, *Globalizzazione e libertà*, Ed. Mondadori, 2002.

<sup>38</sup> W.M. PERSONS, *Theories of business fluctuations: a classification of the theories*, *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, Vol. 41, n. 1, Nov., 1926 e M. WESLEY MITCHELL, *Business cycles, the problem and its setting*, National Bureau of Economics Research, 1927.

<sup>39</sup> J. SCHUMPETER, *Ueber das Wesen der Wirtschaftskrisen*, *Zeitschrift fuer Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung*, 1910, pagg. 271-325 e *Economic Journal*, n. 38, 1928, pag. 361 e segg..

- riodo considerato;
- le istanze sociali, avanzate da diversi movimenti, spesso trascurate dagli economisti e relegate nel limbo della sociologia definita da molti “populista” hanno avuto anch’esse il loro peso. Basti rammentare, tra le tante, la rivoluzione francese e quella comunista, oltre a copiosi e diversi esempi storici;
  - la minor incidenza degli oneri di lavoro in altri sistemi incide sul mercato del lavoro nazionale, limitandolo. Ciò ha comportato la delocalizzazione e posto una seria problematica circa la distribuzione delle risorse, la limitazione dei redditi da lavoro, i costi ricavabili dal conto economico, ecc.;
  - il sistema giuridico, che talvolta rende lecito con sentenza ciò che è illecito ed antieconomico<sup>40</sup>. Noti sono gli scontri tra governi della economia capitalistica e giudici. Gli atti gestori di F.D. Roosevelt, all’inizio del “New deal”, furono fulminati dalla Corte Suprema degli USA. Roosevelt si accaparrò la maggioranza dei giudici costituzionali e ignorò completamente le sentenze che dichiaravano illecito il suo operare. L’esempio di Roosevelt è stato seguito dalla quasi totalità dei governanti sino ai giorni nostri e questo punto dovrebbe far riflettere sui limiti della funzione del diritto;
  - la corruzione ed il malfunzionamento dello Stato e la crisi del processo civile;
  - le crisi del potere giudiziario, connessa alla crisi dello stato sociale, succeduto allo stato di diritto. Crisi legislativa e giudiziaria che ha comportato dilatazioni nell’interpretazione contrarie a collaudati principi giuridici, incapace persino di definire il concetto di illegalità;
  - i trattati internazionali di risanamento delle economie dei paesi sconfitti. In questo caso non operarono come la lancia del centauro Chirone, che con un colpo feriva e con il successivo risanava. Si porta l’esempio del piano Dawes e del trattato di Versailles. Alla Germania vinta furono imposte condizioni onerose che generarono la miseria dei ceti più deboli, dei lavoratori e dei pensionati, impedendo altresì lo sfruttamento del bacino della Ruhr. In quell’occasione J.M. Keynes, consigliere al tavolo della pace, amareggiato da questo stato di cose, diede le dimissioni e pubblicò l’opera: “*Le conseguenze economiche della pace*”. Questa situazione favorì l’avvento di Hitler al potere, raggiunto in modo democratico con libere elezioni. Il benessere creato dal nazismo impedì l’analisi critica di questo regime. Anche in questo caso, sostiene la maggioranza degli studiosi, le proposizioni giuridiche del trattato produssero la rovina dell’economia tedesca e i tragici fatti storici successivi, previsti dal Keynes, come abbiamo or detto;
  - questo esempio storico illumina quanto detto sull’interferenza del ciclo breve con l’onda lun-

ga, nel senso che lo “scoppio” dell’onda lunga è provocato dalle cause più disparate, persino dagli intervalli di prosperità;

- “*last but not least*”, le guerre ed, oggi, il terrorismo.

A questo punto possiamo formulare qualche cauta ipotesi. Le analisi fin qui svolte - desunte dagli studi storico-statistici citati - consentono di comprendere, in un certo qual modo, molti “perché” (non tutti) delle crisi rappresentabili con l’onda lunga.

Permettono ancora di osservare che, nell’intervallo successivo alle due crisi citate, si sono verificate guerre mondiali, rivoluzioni ed ogni altra sorta di tragedie umane. I concetti di giustizia e diritto rimasero lettera morta.

Si deve concludere che la grande varietà e mutevolezza del sistema causale nonché degli effetti che producono ulteriori cause e concause, non consentono la previsione esatta degli effetti delle onde secolari.

L’impossibilità di effettuare rimedi ha condotto, come diceva il Galbraith, all’“età dell’incertezza”.

## 8. Il diritto e la “vischiosità” globale

I problemi attuali di *governance* e le debolezze delle applicazioni giuridiche sul piano sociale e dell’economia sono oggi di tutta evidenza. In particolare nel diritto italiano è prevalso il principio che il diritto ha l’esclusiva finalità di regolare le questioni dei privati *uti singuli*, lasciando ad altri organi la gestione dei grandi affari.

Questa posizione ha di fatto limitato l’intervento giudiziale, trasferendo alla politica il compito gestorio. I risultati sono sotto gli occhi di tutti.

Il problema è invero più ampio di quanto non si possa supporre. La tendenza egemone degli stati potenti costituisce un esempio di vischiosità nel senso *supra* delineato. Le forze storico-politiche contrastanti che esistono in ogni ordinamento, operano sia all’interno che all’esterno dell’ordinamento stesso e conducono, secondo autorevoli opinionisti, alla “*frammentazione*” dell’economia, nel senso che le diversità dei sistemi economici vengono in rilievo per causa delle differenze strutturali che, a loro volta, influiscono sugli altri sistemi<sup>41</sup>.

Il sistema dell’aumento del debito pubblico e quello del pareggiamento del debito, seguito dalla politica europea, le conclamate affermazioni sullo “sviluppo”, dovranno essere rivisitate dopo una trasformazione completa del sistema finanziario e monetario ponendo maggior attenzione all’economia reale ed al lavoro.

Appare, di conseguenza, logico ipotizzare che il *trend* evolutivo, sia pur con i dovuti dubbi storici, tenderà al primato nella ricerca, della tecnologia (connessa al potere militare ed ai moderni mezzi di distruzione di massa) oltre ai mezzi di diffusione culturale. In tal senso muterà il concetto di sovranità e gli attori di maggior peso non rinunceranno alle attività che

<sup>40</sup> Il rinvio è anche ai saggi di P. COTICONI, in *Studi e Ricerche*, in [www.pontani.it](http://www.pontani.it).

<sup>41</sup> P. COTICONI, “*Flessibilità e staticità degli ordinamenti nel quadro delle mutazioni dell’economia globale. Modelli economici e libertà civili*”, in *Studi e Ricerche*, in [www.pontani.it](http://www.pontani.it).

possano condurre al ruolo di leader globali, abbandonando i vecchi schemi dei modelli di sovranità<sup>42</sup>.

La frammentazione ora citata si pone non soltanto come limite ad una, meramente ipotetica, integrazione dei principi di una governance globale, ma anche come impedimento all'eliminazione delle disuguaglianze economiche globali di grande rilevanza ed operanti sul piano sociale.

I concetti di giustizia e di diritto attuali, particolarmente in Italia, espressioni dell'autorità statale, saranno contestati ed il principio non è nuovo. L'illuminismo ha posto per primo il metodo critico che ha trasformato le società umane, contestando le autorità ed i principi acritici posti. Questo procedimento, non apparendo dubbi di indole storica e logica per dissentire, continuerà in ogni epoca.

Per completezza di esposizione si deve ancora aggiungere che le leggi attuali non trovano applicazione integrale. Si pensi, ad esempio, al lavoro "nero": l'applicazione integrale della normativa giuslavoristica e pensionistica comporterebbe l'impossibilità di lavoro per gli oneri eccessivi che impone. Il precariato non è, dunque, nato per caso.

### 9. L'interpretazione del diritto

L'interpretazione rivela le cosiddette "lacune" del diritto, ossia i limiti del sistema normativo che non può comprendere tutti i casi. Rammentiamo, in breve estrema sintesi, che nel "common law" il sistema è diverso poiché è il giudice che crea il diritto e la sentenza di un giudice è vincolante per i giudizi successivi (*stare decisis*). L'interpretazione nel "common law" presenta difficoltà analoghe a quelle del sistema codicistico.

Occorre osservare subito che non si può chiedere al sistema giuridico ciò che non può realizzare, sia sotto il profilo istituzionale, sia per i limiti obiettivamente considerati inerenti al principio di separazione dei poteri, la cosiddetta frammentazione degli stessi, cioè il potere legislativo, esecutivo e giudiziario e dei conflitti insorgenti tra i detti poteri che talvolta vengono risolti con un'estensione dell'interpretazione, acriticamente accettata o subita, oltre ai limiti che dovrebbero connotarla. I casi e materiali nelle pronunce del diritto italiano sono molteplici, laddove l'interpretazione si è estesa oltre lo "jus positum". Si porta ad esempio la tutela "contra legem" del sistema bancario in tema di revocatoria fallimentare ed anatocismo, l'insufficienza innanzi alle truffe finanziarie che si sono ripetute in progressione geometrica privando il risparmio dei consociati ed altro ancora<sup>43</sup>. La prospettazione di queste pronunce, arcinote al pubblico e diffuse nel web, sarebbe ultronea in questo scritto, il cui compito si esaurisce nella proposizione dei dubbi insorgenti dall'inefficacia del diritto per l'equa regolazione dell'economia. Ciò costituisce un dato di fatto che non può essere contestato. Il Bobbio soleva dire che oggi l'uomo di cultura deve seminare dubbi anziché raccogliere certezze.

Gli sforzi degli studiosi, tendenti a ricercare un principio razionale nell'applicazione del diritto, esaminati con la lente dell'uomo moderno si rivelano quale frutto di impostazioni teoriche, sovente dirette ad ottenere benefici ad interessi diversi non sempre collaudabili.

Vi è, comunque, una tendenza che accomuna il pensiero giuridico, svolto nel tempo, sulla figura: cioè la considerazione del diritto come evoluzione normativa.

Le espressioni generali e generalizzate che sono state formulate non hanno tenuto conto dei problemi sorti alla ribalta con la realtà globale, nonché della diversità dei sistemi, talvolta in posizioni antitetiché<sup>44</sup>.

In particolare il quadro dell'economia del "laissez faire", seguito in molti ordinamenti, compreso quello italiano, è stato influenzato dall'esteriorizzazione della politica economica degli USA, causatrice in gran parte della crisi globale, e ciò ha comportato la crisi del diritto, contestuale a quella del potere giudiziario.

Ciò era inevitabile: infatti il principio obiettivamente enunciato circa la funzione svolta dal diritto senza etica ai fini dell'ottenimento della pace sociale è crollato sia nello stato di diritto, sia nel successivo stato sociale<sup>45</sup>.

Infatti vi furono conflitti sociali violenti nello stato di diritto, né migliorò la situazione durante lo stato sociale; basti rammentare in Italia i conflitti sociali di massa e gli anni di piombo.

La limitazione dell'interprete alla sola analisi del linguaggio legislativo con intento scientifico non può essere accettata da coloro che considerano la norma senza osservare i contenuti finalistici, etici, sociali nonché gli interessi dei centri di potere che agiscono al di fuori delle istituzioni statali. La pratica ha evidenziato che in molti casi, anche tramite il filtro della norma processuale, si realizza un'ingiusta pronuncia "indicta causa".

La tutela giudiziale di certi sistemi ha per finalità la tutela dell'individuo "uti singulus", non consentendo in altri casi una tutela collettiva e, quindi, l'accesso al processo per la tutela di una classe, in particolare delle classi deboli. Si denegò, ad esempio, la legittimazione processuale alle associazioni delle vittime, che dovevano costituirsi parti civili singolarmente. Inoltre l'istituto della mediazione obbligatoria, introdotto di recente, è un mezzo impeditivo di accesso alla giurisdizione civile. Gli esempi potrebbero continuare. Si auspica da più parti che questo sistema, nell'attuale momento storico della mutazione globale, abbia fatto il suo tempo.

Un'ulteriore questione è posta da quelle scuole che postulano l'eliminazione dall'interpretazione del sistema normativo delle considerazioni sugli scopi effettivamente perseguiti, eliminando ogni collegamento con dette finalità, comprese quelle che il diritto non può effettuare (le c.d. lacune legislative).

La differenza tra questa ora detta posizione e quella che, per converso, spinge l'analisi degli effetti concreti realizzabili (o realizzati) dall'applicazione della norma è evidente.

<sup>42</sup> Si vedano il modello classico del trattato di Westfalia, il modello internazionale liberale ed, infine, il modello cosmopolitico, che, attualmente, appaiono una reminiscenza storica.

<sup>43</sup> V. *infra* par. 12., *Criminalità economica*.

<sup>44</sup> Si pensi alla diversità delle leggi nei diversi Stati del mondo.

<sup>45</sup> V. *infra* par. 11., *Stato di diritto e stato sociale*.

Infatti, osservare la funzione pratica verso l'economia, la scienza od altro è una cosa; ben altra cosa è la considerazione teorica del diritto, come se, teoricamente, fosse privo di qualsiasi contenuto.

Questo concetto sarà meglio chiarito infra ove si tratterà della responsabilità, in particolare dei fatti criminosi internazionali.

Quanto sinora esposto ci induce ad ulteriori riflessioni. La distinzione dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario è rimasta nel mondo globale soltanto un'espressione letteraria.

L'enunciazione dell'indipendenza e dell'autonomia dei poteri è soltanto un "*wishful thinking*".

Le scelte operate dalla politica, come osserviamo quotidianamente nell'attuale realtà, conducono ad interferenze ed, addirittura, ad aperti conflitti tra i poteri dietro i quali si malcelano sovente gli interessi dei poteri economici privati o pubblici.

Inoltre l'iperfetazione legislativa, l'interpretazione, le preclusioni processuali, *l'astreint endoproceessuale et similia* hanno condotto al frazionamento degli indirizzi con pronunce diverse (sovente incomprensibili) in ordine alla medesima fattispecie. La certezza del diritto è oggi una mera illusione, mentre le certezze dello stato di diritto hanno provocato altro genere di disastri, soprattutto quando presentavano i caratteri tipici di un legislatore autocrate.

Questo *trend* non è tipico della nostra epoca soltanto e l'abbiamo sottolineato nell'ordinamento romano. La storia non si ripete in modo uguale al passato, tuttavia certe analogie sono un monito storico da non sottovalutarsi da parte dell'uomo dello stato *post* moderno.

A questo punto dobbiamo riflettere sui seguenti punti.

Quali sono e saranno i confini tra interpretazione e legislazione, se accettiamo una teoria evolutiva dell'interpretazione?

In caso di leggi mal fatte ed, addirittura, deleterie all'economia, prive di ogni principio etico anche minimo, quali rimedi si dovranno esperire?

Quali limiti saranno applicabili al potere esecutivo e all'amministrazione?

La risposta dipende dal futuro.

Riteniamo che la prima e più importante attività da esperirsi sia l'analisi di tutte le discipline e scienze della realtà attuale, elementi, in altre parole, significativi di una analisi interdisciplinare.

Per quanto riguarda l'economia, appare opportuno esporre i criteri contabili che rappresentino l'effettiva realtà economica. Questa ricerca di verità non si può esperire in un intervallo breve, tuttavia si rende necessaria, in quanto appare inutile l'effettuazione di atti gestori ovvero di un'attività legislativa e giudiziaria senza avere una conoscenza precisa dei fatti.

A questo punto appare opportuno citare il pensiero di Dante che, riteniamo, è una delle migliori definizioni del diritto: "*Jus est realis et personalis hominis*

*ad hominem proportio, quae servata, societatem servat, corrupta corrumpit*"<sup>46</sup>.

## 10. Le teorie dell'utilitarismo giuridico

Il contrasto tra i concetti di "*diritto*" e di "*giustizia*" non è nuovo; la giustizia intesa come "*forza*" è stata teorizzata dai greci<sup>47</sup>.

Lo storico Tucidide racconta che gli ateniesi sottomisero con le armi l'isola di Melo. Prima della battaglia le parti intavolarono delle trattative che si concretizzarono sul tema della giustizia.

Tucidide<sup>48</sup> riferisce che gli ateniesi assunsero come base del concetto di giustizia il "*sympheron*", cioè l'utile, anziché il "*giusto*" (*dikaion*).

"... *nella considerazione (logos) umana il giusto (dikaia, come complesso di diritti e di doveri di ciascuno) viene preferito per uguale necessità (apotes ises ananches) mentre chi è più forte fa quello che può e chi è più debole cede*".

I Meli allora dissero che le considerazioni sul concetto si dovevano basare sul giusto e sulla pietà religiosa.

I rappresentanti ateniesi replicarono: "*noi crediamo infatti che per necessità di natura chi è più forte comandi; che ciò lo faccia la divinità lo crediamo per convinzione (doxa), che lo facciano gli uomini lo crediamo perché è evidente*"<sup>49</sup>.

Seguendo questa impostazione è giocoforza concludere che l'asserito contenuto religioso del concetto esprime, a tutta evidenza, un contenuto politico: infatti la laicizzazione del diritto e del processo ha sgretolato il contenuto sacramentale della giustizia intesa in senso sostanziale. In questo senso il Grimal<sup>50</sup> sostiene che il concetto di giustizia costituisce un alibi religioso (in altri ordinamenti un alibi ideologico) all'esercizio del potere.

Si può argomentare che vi sono due principi che divennero in seguito un elemento fondamentale degli stati: cioè il diritto naturale di ispirazione divina, e l'azione umana dei funzionari, capaci di indirizzare il principio verso la direzione reputata utile allo stato.

Correranno ancora parecchi secoli prima che gli studiosi sviluppassero la tesi dell'"*utilitarianism*" del diritto e dei connessi atti gestori dello stato. Il Bentham<sup>51</sup> dice: "*La giustizia, nel solo senso in cui ha un significato, è un personaggio immaginario, inventato per convenienza di discorso, i cui dettati sono i dettati dell'utilità, applicati ad alcuni casi particolari*".

Max Weber<sup>52</sup> affermò che lo sviluppo del capitalismo comporta "*un diniego di giustizia alle classi economicamente più deboli*" aggiungendo che un

<sup>46</sup> DANTE ALIGHIERI, *De Monarchia* (1312-13).

<sup>47</sup> TUCIDIDE, *La guerra del Peloponneso*, Ed. Rizzoli, 1996.

<sup>48</sup> *Op. cit.*, 89.1.

<sup>49</sup> TUCIDIDE, *op. cit.*, 105.2.

<sup>50</sup> P. GRIMAL, *Cicerone*, Ed. Il Giornale Biblioteca Storica, Ed. Garzanti, 1986-1996, titolo originale *Ciceron*.

<sup>51</sup> J. BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, Clarendon Press, 1907.

<sup>52</sup> *Law in economy and society*, Cambridge Mass, 1954-1966.

contenuto etico, se contenuto in una norma essenziale, avrebbe impedito lo sviluppo.

Un esempio storico significativo è dato dalla Santa Alleanza. Lo zar Alessandro propose nel congresso di Vienna un impegno ai congressisti di conformarsi ai principi della carità cristiana scritti “*nell’eterna religione di Dio Salvatore*”.

Nonostante l’irrisione di Lord Castlereagh che lo definì “*un pezzo di sublime misticismo ed assurdità*” e dello stesso Metternich<sup>53</sup> il patto trovò attuazione.

In realtà costituiva soltanto un alibi di carattere religioso, che avrebbe giustificato un intervento armato paventando le attività belliche degli stati laici contrari alla monarchia assoluta.

## 11. Stato di diritto e stato sociale

Il metodo istituzionalistico, cennato *supra* in breve sintesi<sup>54</sup> ha rinvenuto tra i principali fautori il Santi Romano<sup>55</sup>. Questa teoria sostiene che “*il diritto prima di essere norma e prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura e posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come corpo a se stante*”<sup>56</sup>.

Si è cercato di fornire una nozione del concetto astratto di Giustizia assumendo che tale concetto era esplicito (o implicito) nelle norme di diritto che, pertanto, lo rispecchiavano. Il tutto confluiva nella sentenza, che era prospettata come il risultato armonico finale di questo iter.

Filosofi e giuristi hanno prospettato una girandola di teorie nel corso dei secoli, fornendo esime e sottili definizioni la cui valenza, verificata oggi con l’occhio dell’uomo globale, non ha maggior valore di un’esercitazione logica o di un principio tautologico; pertanto appare difficile sostenere che molte sentenze, dall’antichità più remota insino ai giorni nostri, siano uno specchio fedele del meramente conclamato concetto di giustizia. La ricerca teorica di una definizione del concetto non potrebbe nemmeno esaurirsi nella tautologia logica, cioè la ferma convinzione che il concetto corrisponda a verità e nemmeno nella tautologia linguistica, vale a dire il concetto espresso in forma esaltante<sup>57</sup>.

L’abbandono della teoresi, dal concetto sposta, dunque, l’attenzione sulla separazione del paradigma astratto di giustizia da altri valori ovvero, in via d’ulteriore esplicitazione, pone in evidenza il diniego assoluto di significati etici, concretamente realizzabili e realizzati, dalle idee di giustizia, per cui, in definitiva, il principio di moralità viene limitato, quando non escluso, dall’interpretazione giudiziale.

Hegel, Fichte ed Alfieri svilupparono l’idea utilitaristica della giustizia e del diritto partendo dal Machiavelli, cantore dell’unità nazionale, sviluppando i motivi che avrebbero in seguito condotto allo stato

laico, perseguiti da altri scrittori che teorizzarono la separazione del diritto dalla morale. L’assenza della morale nel diritto si è unita a quella dell’economia, costituendo, pertanto, una concausa delle crisi storiche.

I principi del sistema dello stato di diritto si sono posti verso i consociati come un immutabile teorema storico. In questo senso si diffuse l’opinione che questo sistema giuridico - pur con le ingiustizie ed iniquità osservabili da ognuno - garantiva la stabilità, rappresentando in modo compiuto le conseguenze delle azioni individuali. Si era creata, dunque, una forza storica che operava nel tempo, sebbene contrastata da altre forze storiche dell’opposizione. Questo convincimento, acriticamente accettato, in sostanza cristallizzava il potere, rendendo, di conseguenza, il sistema refrattario a quelle mutazioni sociali che, per converso, richiedevano una più rapida risposta (e riforma) istituzionale. Il sistema si reggeva, per molteplici cause, in particolare, sulla mancanza di un’opposizione politica, che determinava un consenso forzoso verso questo sistema, attuato dalla classe dirigente.

Nel momento in cui queste forze vennero a mancare, sostituite da nuove forze storiche, lo stato di diritto cadde e iniziò l’avvio del c.d. “*stato sociale*”.

La crisi degli stati nazionali è oggi sotto gli occhi di tutti. Ai primi albori del novecento i conflitti sociali, lo sviluppo dell’industria e dell’economia, nonché l’instaurazione di nuovi sistemi politici sono stati un fomite di questa crisi. I concetti teoretici e teorizzati si sono rivelati per quello che erano realmente: una fragile costruzione di pensiero avulsa dalla realtà sociale.

Era iniziata la crisi dello stato di diritto, mentre apparivano “*in nuce*” i principi dello stato sociale<sup>58</sup>.

Ora, la più semplice delle osservazioni ci permette di comprendere i motivi della crisi dello stato di diritto: i motivi sociali, l’evoluzione scientifica, la richiesta di benessere dovuta alle mutazioni dell’economia.

Lo Stato sociale presenta dei pericoli, nonostante la dizione accattivante, simili a quelli dello stato di diritto e, si ritiene, che abbia anch’esso fatto il suo tempo.

Infatti: l’attuazione dei principi etici dei due stati o descritti - principi vaghi, soggettivi ed imprecisati - varca i limiti della legalità e costituzionalità, aumentando la criminalità economica, politica e quella organizzata.

Non si valorizza la norma giuridica, ma la partecipazione. Il perseguimento di un criterio politicizzato di giustizia sostanziale, ha relegato il diritto positivo in un angolo e si accetta che possano esistere delle forze all’interno dello stato alle quali è consentito di violare la legge.

Il potere viene esercitato con la proliferazione delle leggi e dalla loro sostituzione non meno farraginoso<sup>59</sup>. Il pericolo di quest’inutile congerie di norme appare chiaro: si governa legiferando male con linguaggio politico e non giuridico.

<sup>53</sup> Che disse: “*un nulla altisonante*”.

<sup>54</sup> V. *supra* par. 4., *Il processo politico romano*.

<sup>55</sup> S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, cit..

<sup>56</sup> S. ROMANO, *op. cit.*

<sup>57</sup> PLATONE, *La Repubblica*, Ed. Laterza, 2007. Socrate definì la giustizia “*compendio armonioso di tutte le virtù*”.

<sup>58</sup> V., tra gli scrittori maggiormente significativi, N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, UTET, 1976; J.K. GALBRAITH, *Il nuovo stato industriale*, Einaudi, 1962; *L’età dell’incertezza*, A. Mondadori, 1977.

<sup>59</sup> V. il noto D.Lgs. 6 febbraio 2004 sul nuovo rito societario, presto abrogato per le stravaganze insorte.

Riepilogando: lo stato di diritto a causa delle anomalie descritte, ha creato un sistema giuridico anomalo che, conferendo una situazione di legittimità ai fatti, non solo iniqui, anche socialmente ingiusti ed economicamente dannosi, ha reso un cattivo servizio all'economia ed alla scienza, che sono i motori dell'evoluzione umana, strumenti che creano benessere e migliorano la qualità della vita.

Per converso la conseguenza dell'iperfetazione legislativa, tipica di ogni stato sociale, ha condotto alla proliferazione della corruzione e della criminalità ed all'incomprensibilità assurda del linguaggio legislativo, incapace persino di definire la comprensibilità lessicale della *norma condita*. Appare, dunque, vera la frase attribuita a Tacito: "*corruptissima re publica, plurimae leges*". Una proliferazione di leggi contraddittorie, presto promulgate e ancor prima abrogate, oltre alle mutazioni delle norme di rito, dichiarate spesso interpretative, cioè con effetto retroattivo, che mutano il corso del giudizio a favore di particolari interessi, definite "*pseudoleggi*"<sup>60</sup> od ancora "*Lex in fraudem legis*".

Si è detto che il potere politico si pone in una situazione "*eticamente neutra*" all'atto di promulgazione della legge ed alle successive vicende giudiziarie. L'affermazione non è chiara: la stabilità del sistema si basa sull'equilibrio delle forze storiche. La sola "*ri-volta morale*" è insufficiente, in genere, a provocare mutazioni normative. Il Santi Romano<sup>61</sup> sosteneva che la rivoluzione violenta costituisce pur essa un ordinamento istituzionalizzato. L'auspicio che invochiamo, per converso, è di ben altro genere: se aumenta il numero di coloro che attuano la rivolta morale allora potremmo ottenere, a casa nostra, una rivoluzione organizzata e pacifica basata sulle riforme e questo punto appare importante anche nella visione globale.

Riteniamo che sia opportuno liberarsi dalla concezione del diritto effettuata nel secolo trascorso.

Da un lato si concepiva il diritto come un composto di norme consistenti in atti di volontà dello Stato. D'altra parte si contrappone allo stato la società ed il diritto si concepisce come un'immediata proiezione del fatto sociale. La prima visione, posta come idea formale - detta anche "*positivismo giuridico*" - si pone in modo razionalmente indipendente dal rapporto tra diritto e realtà storica contingente. La seconda, per converso, concepisce la norma quale frutto dell'idea reale, non avulsa dal fatto storico, laddove la traduzione in un concetto appare prodromica alla confezione della norma.

La concezione formale è sorta nel pensiero liberale ed è confluita nello stato di diritto, mentre la seconda ha connotato certi aspetti dello stato sociale. Si può cautamente ipotizzare che la concezione positivista abbia preso a modello altri principi, propri della concezione liberale e considerati immutabili, mentre la seconda vede solo nel diritto positivo l'unico valido. La caduta dei due or detti stati apre, nel mondo globale, le incertezze che avvolgono anche il campo economico e sociale.

Per completezza di esposizione è opportuno accennare alla teoria istituzionalistica esposta da certe scuole di economia, che, tuttavia, non è completamente condivisibile. Il punto debole di questa teoria si incentra nell'analisi della "*statistica senza teoria*", in altre parole la mera descrizione della quantificazione matematica dei fenomeni economici. Questa espressione non chiarisce in modo soddisfacente il metodo matematico occorrente per la valutazione dei fatti statistici. Nonostante le suggestive espressioni questa teoria ha aperto la porta a fermenti critici per la ricerca della via interdisciplinare nel metodo dell'economia politica, cioè lo studio dell'economia attraverso le molteplici istituzioni che la fanno funzionare in concreto, estendendo le analisi alla politica, al diritto, all'etica, alla sociologia, all'ecologia, alla scienza ed altro ancora.

Il Myrdal<sup>62</sup> scrisse: "*Credo che stiamo per vedere un rapido sviluppo della scienza economica nella direzione istituzionale, e che molto di quanto ora passa per raffinatissima teoria sembrerà all'indietro una temporanea aberrazione nel superficiale e nell'irrillevante*".

L'affermazione, che contiene una certa verità, è, tuttavia, generica e non appare frutto della cennata teoria istituzionalistica, che non si sottrae anch'essa alla critica del vaglio storico.

A questo punto possiamo trarre le conclusioni: lo stato di diritto è venuto meno agli inizi del secolo trascorso in un periodo in cui il capitalismo effettuava l'industrializzazione, mentre lo stato sociale è venuto meno con la crisi attuale, denegata dal governo. L'inconoscibile storico dovrebbe far riflettere ogni uomo.

## 12. Criminalità economica

Vi sono ancora ulteriori motivi per sottolineare la pericolosità della finanziarizzazione dell'economia, realizzatasi in un momento storico preoccupante dopo l'implosione del sistema comunista.

La criminalità economica si occupa delle azioni illecite nell'ambito d'attività economiche, imprenditoriali o finanziarie, nonché delle attività professionali effettuate da personaggi che occupano elevate posizioni e, pertanto, capaci di influire sulla qualità di vita dei consociati in un ordinamento od, addirittura, a livello globale.

La criminalità economica è una disciplina sorta recentemente<sup>63</sup>. La compenetrazione di questi illeciti con le attività, produttive, finanziarie o professionali consente la commissione di questi illeciti in quanto l'attività si prospetta all'esterno, verso i consociati, cioè, come attività lecita ed istituzionale nell'ambito di attività di impresa, bancarie e professionali<sup>64</sup>. Per converso le finalità raggiunte da questa attività si concretizzano in favoritismi verso gruppi di potere, coperture di gestioni finanziarie criminali, spalmando le perdite con denaro pubblico o sottratto in modo ano-

<sup>60</sup> G. MYRDAL, *Response to introduction*, in *American Economic Review*, Vol. 62, n. 2, 1972, pagg. 457-462.

<sup>63</sup> E.H. SUTHERLAND, *White Collar Criminality*, in *American Sociological Review*, n. 5, 1940.

<sup>64</sup> G.L. PONTI, *Compendio di criminologia*, Libreria Cortina, 1980, D. CHAPMAN, *Lo stereotipo del criminale*, Einaudi, 1971.

<sup>60</sup> M.T. CICERONE, *De legibus*, 52 a.C.: "*variae ad tempus descriptae*".

<sup>61</sup> *Op. cit.*

malo, dalla ricchezza dei privati, oppure con attività professionali che svuotano di contenuto principi radicati nell'ordinamento in tema di tutela del patrimonio. La conseguenza è che l'indice di occultamento di questi reati è elevatissimo e molti fattori contribuiscono a garantire un alto tasso di immunità agli autori. In primo luogo la stessa codificazione legislativa punisce certi reati il cui danno sociale è enorme, con pene risibili o addirittura contravvenzionali, il che non comporta un particolare disagio agli autori.

Un'ulteriore difficoltà consiste nella difficile identificazione di questi illeciti, abilmente mascherati da una tecnostuttura e, pertanto, l'individuazione da parte di un'attività preventiva di controllo atta ad impedire gli effetti dannosi di dette attività è, se non impossibile, quantomeno lenta e laboriosa.

Inoltre la classificazione di queste attività è praticamente impossibile, per cui è parimenti impossibile l'applicazione di una norma penale. Infatti nelle legislazioni civili il contenuto della norma penale deve riferirsi ad una fattispecie tipica e determinata (*nulum crimen sine lege*), in altre parole: se non esiste una norma tipica incriminatrice di un fatto e di una condotta specifica e determinata, il reato non esiste. Ciò spiega perché in questa disciplina si preferisce usare il termine disonesto (in inglese "unfair" o, più recentemente, il termine di "economia canaglia"). La conseguenza è che queste condotte garantiscono l'impunità sotto il profilo penalistico. L'assenza di specialisti sia nel campo giudiziario che negli organismi di controllo, oltre ad impedire gli stessi controlli, non facilita nemmeno la prospettazione di un'esatta informazione dei meccanismi di queste attività che, come abbiamo visto più volte, sono addirittura elogiate nel nascere dalla stampa specializzata.

Secondo la maggioranza degli autori in materia sono, pertanto di tutta evidenza le collusioni tra queste forme e il potere politico.

Le norme garantistiche nel campo del diritto penale, le norme processuali che rendono difficili gli accertamenti, il patteggiamento (*plea bargain*), e un'allargata politica di "favor rei" consentono ampi margini di impunità o inadeguatezza della pena non solo agli autori di questa forma di criminalità, ma anche a quelli delle c.d. sottoculture criminose, cioè i delitti comuni previsti dai codici penali.

Difetta in sostanza una "summa divisio" della giurisdizione relativamente alla subcultura criminale e criminalità economica.

A ciò deve aggiungersi che la farragine normativa nel campo del diritto civile consente l'elusione, vale a dire il rispetto formale della legge interpretata, per cui il fatto dannoso riceve un'impronta di legittimità, pur restando, nella sostanza, iniquo ed addirittura contrario ai principi di una corretta economia.

A questo punto resta a dire della condotta delittuosa degli uomini di governo. Questi episodi sono presenti in tutti i paesi e in tutte le epoche storiche, onde non a caso si è parlato di "indifferenza legislativa".

Nei tempi attuali, limitando le osservazioni al campo economico ed ai fatti commessi da uomini di governo e comunque da politici operanti nelle strutture dello Stato, questi episodi delittuosi assumono, generalmente, tre aspetti principali.

Il primo consiste nel favorire anche con l'introduzione di modelli contrari all'economia e alla distribuzione dei redditi, interessi pecuniari di gruppi anche a danno della collettività. Il secondo quello della prevaricazione con ogni mezzo (compreso l'avvio dei processi politici, espediente non d'oggi, come ci insegna la storia di Roma, in particolare nel periodo ciceroniano) contro gli avversari politici, falsando l'informazione mediatica.

La terza forma, la più grave e subdola, si concretizza nell'attività di gruppi politici tendente a formare nel tempo, un sistema economico politico che non rispetti le regole costituzionali, mascherato da una struttura altrimenti democratica<sup>65</sup>.

Completamente diverso è il settore di criminalità dei regimi totalitari - dei quali si disse ante nella parte storica di questa trattazione - esercitata contro gli avversari politici. In tal senso la letteratura in materia evidenzia che non sempre questa attività viene esercitata nascostamente in quanto contraria alla legge penale in vigore, bensì, addirittura, con l'introduzione di leggi che puniscono con pena criminale ogni opposizione politica al regime. I paesi nazisti, fascisti e comunisti hanno fornito esempi significativi in tal senso. In particolare si rammenta la c.d. "colpa d'autore", una teoria elaborata dal Mezger<sup>66</sup>, dal Welzel<sup>67</sup> e dal Bockelmann<sup>68</sup>.

L'exasperazione di questa teoria ha influito sull'applicazione delle leggi razziali, alla creazione dei tribunali speciali nei paesi fascisti, mentre nei paesi comunisti si è giunti ad analoghi risultati con applicazione di altri principi, simili tuttavia nel contenuto.

Gli autori di questa teoria sostengono che la colpa non ha per oggetto il singolo fatto criminoso, ma il modo di essere del soggetto agente, il c.d. Taetertyp<sup>69</sup>.

Le conclusioni che si cavano da queste esposizioni vanno nel senso che queste attività non rispettano i diritti costituzionali e provocano tensioni sociali che, nell'ottica della disciplina economica, sono, appunto, antieconomiche, sia a livello dell'interesse privato, sia pubblico nel senso che all'ordinamento si sovrappongono interessi non meritevoli della tutela statale prospettati all'esterno nella forma solo apparentemente legalitaria.

Questo fatto, tuttavia, non è ignoto agli storici dell'economia e si verifica particolarmente quando le innovazioni scientifiche e tecnologiche trasformano il tessuto connettivo sociale. In tal senso la nostra (sommessa) opinione conchiude nel senso che alle trasformazioni sociali difetta la risposta istituzionale, laddove non vi siano le riforme adatte alla mutazione

<sup>65</sup> Esempio, in questo senso, è il nazismo, giunto al potere con l'assenso democratico.

<sup>66</sup> E. MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, ZStW (Zeitschrift fuer die gesamte Strafrecht Wissenschaft), 1937, pag. 675 e segg..

<sup>67</sup> H. WELZEL, *Persoenlichkeit und Schuld*, ZStW, 1941, pag. 428 e segg..

<sup>68</sup> P. BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, Ed. De Gruyter, 1940.

<sup>69</sup> F. ANTOISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 1947.

sia del ciclo economico, sia al valore delle libertà costituzionali.

È ancora opportuno accennare, per quanto concerne il potere mafioso e le organizzazioni criminali mondiali, che queste associazioni, come i poteri occulti d'altronde, hanno interesse a ripulire il denaro acquisito con la loro attività e pertanto cercheranno di approfittare delle anomalie del sistema per riciclare i proventi dell'attività delittuosa. È, dunque, appena il caso di sottolineare i danni che questa attività comporta per le economie perché queste figure criminose investono istituzioni creditizie che non sono affatto utili all'economia e pertanto nel procedimento di finanziarizzazione viene raccolta anche questa forma di illecito. Di conseguenza, attraverso la prospettazione legittima della figura di società ed impresa viene lesa quella fascia di interessi costituzionalmente protetti, che, per converso, dovrebbe essere degna della massima tutela, comportando, inoltre delle minori capacità reddituali dei consociati.

I disastri provocati dai "promotori finanziari" e dalle società finanziarie sono sotto gli occhi di tutti. Un sistema miope non ha voluto prevedere i controlli e nemmeno sanzionare penalmente in modo rigoroso i responsabili di tali episodi. Questa colpevole mancanza di tutela si è rivelata il peggior nemico del sistema occidentale, per la nefasta influenza sul reddito aggregato nonché sulla gestione economica.

Un esempio: la cartolarizzazione prende le mosse dalla L. 130/1999 del governo D'Alema.

Dopo l'uscita dal SME (Sistema Monetario Europeo) nel 1992 a causa delle manovre del finanziere Soros, svalutazioni selvagge della lira, le banche, già aggravate dai prestiti alla P.A., dalla finanza allegra e dall'insolvenza delle imprese e dei privati, effettuano la c.d. "cartolarizzazione". In buona sostanza, questa legge consentì alle banche di cedere i crediti "in sofferenza" a delle società appositamente costituite con capitale minimo di venti milioni di lire.

Questi crediti furono pagati con mere "promesse di pagamento", oppure derivati ed "hedge fund". Non era garantito in alcun modo il "nomen verum" ed il "nomen bonum" del credito ceduto.

La cessione avveniva, per così dire, "in monte", cioè un coacervo di crediti non identificati assunti come iscritti ad un'azienda bancaria, come previsto dall'art. 58 del TU bancario<sup>70</sup>, che sconvolse tutte le regole della civilistica. La notifica della cessione del credito venne eliminata per cui ogni soggetto può essere debitore di queste fantomatiche società senza saperlo, né identificare in via preventiva chi agirà per la riscossione.

Una di queste società era la Castello gestione crediti S.r.l., che diede luogo a contestazioni sindacali al momento del suo assorbimento nell'Italfondario S.p.A..

Queste società si trovarono ben presto di fronte ad una sgradita sorpresa. I crediti ceduti, anatocizzati, in sostanza non erano crediti "in sofferenza" bensì la banca era debitrice di somme rilevanti verso i mera-

mente assunti debitori per aver applicato illecitamente l'anatocismo.

Per porre rimedio a questo stato di cose, il governo D'Alema emanò il c.d. "decreto salvabanche"<sup>71</sup> con il quale tentò di rendere lecito l'anatocismo. Le successive vicende sono note. Immagini ognuno cosa sarebbe successo se le banche avessero agito "in executivis" contro meramente assunti debitori, che tali non erano, per un ammontare di circa 300 miliardi di euro!

Fortunatamente la Consulta fulminò questo decreto.

Successivamente ancora le S.U. della Cassazione eliminarono una volta per tutte l'anatocismo dal mondo giuridico.

Un esempio tra i tanti: l'Italfondario S.p.A. assorbì la citata società Castello gestione crediti S.r.l., in ambace dopo la citata sentenza delle S.U..

Il socio di maggioranza dell'Italfondario è la famosa Fortress Investment group, nota alle cronache per i titoli tossici, nonché corse di cavalli e acquisto di casinò.

Queste società, mosse da Wall Street come è arcinoto, aggrediscono i patrimoni italiani per la predetta somma di circa trecento miliardi di euro.

In sostanza i debitori siamo noi, senza saperlo mentre siamo, per converso e sempre senza saperlo, creditori.

L'attuale governo non è intervenuto incisivamente per eliminare questa figura e neppure ha introdotto mezzi incisivi per troncane questo sconcio giuridico.

È, dunque, appena il caso di osservare che questa attività in certi stati sarebbe oggetto di pesanti sanzioni penali.

A questo punto è auspicabile che i magistrati mettano la "mano dura", proseguendo i procedimenti penali in corso.

Vi è ancora da aggiungere che in molti casi la criminalità organizzata acquista con notevoli sconti patrimoni immobiliari intestandoli a prestanomi.

Questo periodo presenta evidenti analogie con quello della banca Romana e se osserviamo questi elementi, possiamo comprendere il perché delle mutazioni che non sempre conducono alla realizzazione del bene comune.

Lo sfacelo dello stato sociale<sup>72</sup> ha comportato un aumento in progressione geometrica della criminalità economica.

Gli esempi potrebbero continuare all'infinito; basti rammentare il caso del Banco di Tricesimo, una serie di titoli tossici immessa in un dossier di deposito bancario. Il caso ben più famoso del Banco Ambrosiano ed altri copiosissimi episodi di macro e micro criminalità, connessi alla corruzione politica. Inoltre il caso dell'IFM (Istituto Fiduciario Milanese)<sup>73</sup> in Milano che coinvolse i vertici della Consob.

<sup>71</sup> D.Lgs. 4 agosto 1999, n. 342, il cui art. 25, 3° co., venne dichiarato incostituzionale dalla Sentenza Corte Costituzionale 9-17 ottobre 2000, n. 425.

<sup>72</sup> V. *supra* par. 11., *Stato di diritto e stato sociale*.

<sup>73</sup> Un *crac* del 2000 con 163 miliardi di lire di risarcimenti.

<sup>70</sup> D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 e succ. modd..

Nel sistema comunista il diritto era considerato solo in modo accidentale, quasi irrilevante. Il soggetto della tutela era lo Stato e non il privato, a differenza dei principi giuridici del mondo occidentale, e la tutela doveva esprimersi soltanto per l'evoluzione della classe lavoratrice.

Un esempio storico: Martin Ivanovic Latsis fu uno dei padri del "terrore rosso"<sup>74</sup>. Nel 1918 un funzionario della Ceka in Ucraina stabilì il principio che nelle sentenze di condanna si doveva accertare la classe di appartenenza dell'imputato. Il Latsis<sup>75</sup> precisò meglio il concetto: i *soviet* devono sterminare la borghesia e la nobiltà, considerate classi legate al vecchio potere zarista. Pertanto non occorre dimostrare che l'imputato ha agito contro il potere sovietico, essendo bastevole, per applicare la condanna (generalmente la morte), appurare semplicemente a quale classe appartiene l'imputato, se borghese o altra analoga, inoltre verificare quale tipo di istruzione ed educazione ha avuto ed, infine, qual è la sua occupazione. La verifica di questi punti decide la condanna o meno dell'imputato.

Per ironia del destino il Latsis fu accusato, sulla base dei principi da lui posti, di essere un controrivoluzionario e fucilato nel 1938. Nell'anno 1956 il governo comunista lo riabilitò.

Il principio non è nuovo: la rivoluzione francese<sup>76</sup> mandò alla ghigliottina gli aristocratici soltanto per il fatto d'essere tali. Robespierre, proprio lui, vedi la sorte beffarda!, scrisse un trattato contro la pena di morte! Il nazismo ed il fascismo applicarono lo stesso principio agli ebrei, agli zingari, ai malati di mente ed agli handicappati usando metodi più rapidi dei romani che gettavano i neonati dalla rupe Tarpea. L'inquisizione applicò il sistema della tortura ed infine gli Usa fecero le stesse cose con i nativi "pellerossa"<sup>77</sup>. Per non dire del trattamento dei negri che avevano portato in America con la violenza. Gli esempi potrebbero continuare. Tutto ciò era considerato giuridicamente lecito sulla base di norme giuridiche. Allora dobbiamo chiederci come si esprimeva il concetto di giustizia posto alla base del diritto e su quali principi poggiasse.

Si impongono quindi alcune domande: è questa la funzione del diritto? perché le norme non possono trovare applicazione? Evidentemente il diritto ha una portata limitata e non può regolare, pacificamente, ogni fatto umano, pertanto non possiamo aspettarci dal diritto ciò che non può realizzare.

### 13. Il concetto religioso della giustizia

La Chiesa definisce la giustizia "virtù morale" che consiste nel dare a Dio ed al prossimo ciò che è loro dovuto. La giustizia verso Dio è la religione; verso gli

uomini è l'applicazione, nelle relazioni umane, della parola evangelica<sup>78</sup>.

Sant'Agostino<sup>79</sup> ha sviluppato il concetto della giustizia informato da un lato al filone mistico delle origini, e d'altra parte connotato da un sano realismo. Nel *De Civitate Dei* sostiene che la legge di natura è insita nell'uomo e l'unica fonte del diritto è la volontà di Dio, rivelata dalle scritture. Aggiunge che la ragione umana da sola non può specificare il concetto di giustizia, operando, quindi, una netta distinzione fra religione e politica.

Esistono due realtà: il regno terreno e quello di Dio: il primo è quello degli uomini che perseguono le finalità terrene attuate dallo Stato, il secondo è quello di coloro che seguono la parola evangelica.

Gli ordini della città celeste (ordine superiore) e della città terrena sono posti su un piano diverso, tuttavia, precisa Agostino, la città celeste non deve sostituirsi alla città terrena: un'utopia irrealizzabile.

Lo Stato può definirsi tale soltanto se persegue le esigenze di giustizia, in altre parole se realizza la pace sociale ed in ciò rinviene la propria giustificazione. Le devianze al principio comportano l'illegalità e la corruzione dell'ordinamento.

La valutazione agostiniana dello Stato concerne gli aspetti strutturali dell'ordinamento e viene messa in evidenza l'innata corruzione umana. Lo stato corrotto diventa un'associazione a delinquere, espressa da Agostino nella frase "quid sunt regna nisi nimia latrocinia?"

Il concetto religioso della giustizia è stato esposto da Cicerone.

Le due opere ciceroniane, *De re publica*<sup>80</sup> e *De legibus*<sup>81</sup> rappresentano una situazione ripetutasi in diverse epoche, soprattutto quella contemporanea, perciò possiamo dire che queste opere sono fuori dal tempo.

Cicerone affronta il problema della legislazione partendo dalle osservazioni sulle leggi non pensate da un unico legislatore, bensì formatesi nel corso dei tempi, poste dai rappresentanti dei diversi governi che si succedevano nel breve tempo, in quanto il sistema costituzionale romano ai tempi della repubblica non prevedeva l'iterazione delle cariche pubbliche<sup>82</sup>. Quindi, effettuò una ricerca sul metodo per introdurre principi razionali in questa congerie caotica normativa che, tramite l'interpretazione dominata dalla politica, non permetteva di costituire un'"ars" del diritto civile, anzi, conduceva alla frode di legge<sup>83</sup>.

Più interessante appare, per converso, la critica delle "pseudoleggi"<sup>84</sup>, concause dell'agonia della repubblica, incapaci di realizzare un'utilità sistematica.

<sup>78</sup> Luca, Vang. 19,15 "Non tratterai con parzialità il povero, né userai preferenze verso il potente, ma giudicherai il tuo prossimo con giustizia".

<sup>79</sup> *De Civitate Dei*, 426.

<sup>80</sup> 55-51 a.C..

<sup>81</sup> Intorno al 52 a.C..

<sup>82</sup> Una specie, in certo modo, di "spoils system" come diremmo con il linguaggio odierno.

<sup>83</sup> *Lex in fraudem legis*.

<sup>84</sup> "Variae ad tempus descriptae".

<sup>74</sup> Gli stermini di massa operati dal comunismo.

<sup>75</sup> MARTIN IVANOVICH LATSIS (1888-1938).

<sup>76</sup> 1789-1791.

<sup>77</sup> La strage di "wounded knee" ed il genocidio degli indiani d'America, le streghe di Salem, il c.d. maccartismo, ecc..

Cicerone, allievo di Diodoto, grande dialettico e geometra, cercava il principio razionale da applicarsi alla tecnica legislativa, alla legge concreta: in altre parole, come si devono fare le leggi.

Il termine “legge” non è univoco, sostiene Cicerone: vi è una dicotomia.

Il primo tipo è costituito dalla legge universale, definita come un principio di ragione sovrana, inclusa nella natura, che ordina quello che si deve fare e proibisce il contrario.

Il secondo tipo è quello che stabilisce la “*voluntas legis*” tramite un ordine o una proibizione. La legge naturale riflette il pensiero del dio reggitore dell’universo.

La legge umana riflette i principi della legge naturale, dovendo partecipare gli uomini alla ragione universale presente nella divinità.

Di conseguenza, poiché la legge è identica alla ragione, comune agli uomini ed agli dei, si può concludere il sillogismo affermando che uomini e dei sono associati in una sola comunità di diritto. Su quest’affermazione si fonda tutto il dialogo del “*De legibus*”.

Il pensiero politico di Cicerone si basa sulla religione.

Vi sono “*in nuce*” i due principi, che divennero i fattori di evoluzione dell’impero romano, cioè il diritto naturale e l’azione umana di dirigenti capaci di indirizzare il principio verso la direzione più favorevole allo stato romano.

In questo modo, dice P. Grimal<sup>85</sup>, Cicerone ha fornito un “*alibi ideologico*” al principato, il regime, cioè, che stava per nascere. Questo metodo, con proposizioni simili nel contenuto ed adattate ai tempi, si è protratto nei secoli.

Nel pensiero di Cicerone la giustizia è l’elemento essenziale che distingue uno Stato da una mera associazione. Lo *jus* incorrotto è, dunque, l’elemento essenziale che connota l’ordinamento pubblicistico con il quale dovrebbe coincidere, cioè lo Stato.

Agostino, per converso, nega che la connotazione dello Stato debba possedere due elementi essenziali: il criterio del giusto e il criterio utilitaristico (circa il quale si discute ancor oggi), così contraddicendo il pensiero ciceroniano.

Persino una qualsiasi associazione politica, anche se basata sulla forza<sup>86</sup>, atta a convergere verso uno scopo comune gli associati è uno Stato<sup>87</sup>.

La negazione dello Stato è stata effettuata da H. Hermann Hoppe<sup>88</sup>.

Ora, confortati dalla scansione storica, osserviamo che le “*crisi*” degli stati e conseguenti mutazioni si

sono sempre verificate e si verificheranno ancora. Infatti lo Stato, sia pur ridotto ad una figura meramente formale, continua pur sempre ad esistere. Lo sfacelo, semmai, riguarda il regime socio-politico, economico e le istituzioni. Caduti questi elementi, lo stato si è trasformato, ma non è stato cancellato. L’esempio lampante è dato dalla caduta del regime comunista: lo Stato si è trasformato, ma non è stato cancellato. Non è, quindi, lo Stato che “*fallisce*”, ma il regime. La stessa cosa possiamo dirla dopo la caduta del regime nazista e fascista. La storia ha quindi dato ragione ad Agostino.

#### 14. Spunti riflessivi in tema di morale

L’Europa ha adottato il principio dell’“*economia morale*”, abbandonando il principio della c.d. “*economia civile*” del sistema anglosassone, criticato per gli effetti di “*anarco-liberismo*” - causato in grossa parte anche dalla “*deregulation*” - che ha prodotto e constatabili dalla più semplice osservazione.

I punti sui quali riflettere sono, pertanto, i valori, la solidarietà e sussidiarietà di questa forma d’economia, la tecnologia vista anche sotto il profilo dell’*outsourcing* ed, infine, l’ecologia.

In preambolo, s’impone un’attenta riflessione a proposito della mancanza di valori che costituiscono la pietra angolare, sulla quale si basa la solidità della società.

L’appena enunciato principio deve essere specificato, tuttavia, con la prospettazione dei corollari idonei al realizzo di valori collaudabili e determinati, affinché non resti soltanto una mera dichiarazione d’intenti da parte di certi dichiaranti che già nell’intenzione non intendono renderli effettivi, svuotandoli spesso di contenuto di fronte all’esercizio di un mal apposto realismo politico.

Quando l’arte politica e diplomatica, in uno scenario desolante di incapacità pubblica e privata - sintomi della dissoluzione in cui versa una società -, raggiungono elevati livelli uniti ad una cultura altrettanto elevata, allora certi personaggi che si autostimano “*savi*”, confidano di poter usare gli altri uomini, ai fini di conseguire soltanto il proprio profitto individuale.

Il motivo centrale di quest’atteggiamento è rivelatore di un’oscura coscienza di catastrofi inevitabili e dissoluzioni sociali, con presentimenti intuitivi e timorosi del sopraggiungere di una palingenesi sociale foriera d’oscuri ed imprevedibili mali storici.

Costoro non contrastano questo stato di cose in quanto sono certi che anche dal cambiamento ne potranno trarre ulteriori vantaggi.

Questi individui, esistiti in tutte le epoche, possono sopravvivere; è sicuramente indubitabile che una società senza valori non può sopravvivere a se stessa.

Questa miserevole saviezza, espressa con il linguaggio degli affaristi di bassa lega sostituisce ai valori civili la corruzione, il crimine, la doppiezza e la simulazione, sovente favorita dai media.

La diffusione di queste espressioni capta il consenso dei consociati e provoca dei convincimenti acritici che agiscono come forze storiche operanti nel tempo che impediscono l’adeguamento degli ordinamenti alle

<sup>85</sup> P. GRIMAL, *Cicerone*, Ed. Il Giornale Biblioteca Storica, Ed. Garzanti, 1986-1996.

<sup>86</sup> S. ROMANO *supra* citato.

<sup>87</sup> S. ROMANO: definisce questa figura “*ordinamento*” come abbiamo detto *supra*.

<sup>88</sup> Fautore dell’anarco capitalismo e dell’opera *Democrazia: il dio che ha fallito*, Liberi Libri, 2005. V. P. COTICONI, “*Equilibrio politico globale. Anatomia di una depressione*” in Studi e Ricerche, in [www.pontani.it](http://www.pontani.it).

mutate condizioni socioeconomiche non perseguendo, in definitiva, il bene comune.

Questa premessa consente di mettere in evidenza i criteri fondamentali dell'impegno politico che dovrà essere esperito.

La Chiesa ha enunciato da tempo i principi sociali raccolti nelle numerose encicliche ed atti diversi; l'enciclica "*Caritas in veritate*"<sup>89</sup> ha fornito, inoltre, indicazioni pragmatiche.

L'economia, così pure il diritto e la scienza, senza morale non sono accettabili, in quanto i principi religiosi e quelli costituzionali in tema di solidarietà sono univoci.

Di conseguenza le costruzioni finanziarie ed economiche che non tengono conto di questi principi, non possono essere accettate. Infatti, soffermandosi sul piano pratico, la più semplice delle osservazioni sul punto ci porterà a concludere che i principi adottati sinora si sono rivelati antieconomici. Infatti: esempi concreti in tal senso sono la massificazione dei lavoratori e degli utenti, considerati una componente scomoda del conto economico, nonché la delocalizzazione intesa ad effettuare una colonizzazione che effettua forme intollerabili di dipendenza, se non addirittura di schiavismo, e non anche a portare progresso e civiltà. Ancora non si può tacere sui pericoli dell'attività industriale che produce o scarica elementi tossici ed inquinanti in diversi punti del globo, senza curarsi dei danni che si producono.

La valenza delle associazioni "*no profit*" ha avuto uno sviluppo e potrà essere collaudabile laddove i controlli adeguati impediscano l'abuso di queste figure che all'apparenza si presentano come *onlus* benefiche, mentre in realtà le fila vengono occultamente tirate da settari, malfattori o peggio ancora.

Particolare attenzione deve essere posta all'eliminazione degli eccessi della burocrazia, tipica, come diceva Luigi Einaudi, dei tiranni, che impedisce la creazione di controlli adeguati, quanto mai necessari dopo l'introduzione della privatizzazione finanziaria.

Un punto delicato e difficile riguarda le figure del bipolarismo e del pluralismo, sulle quali nel recente passato sono sorti ampi dibattiti. Il problema è stato inquadrato esattamente dai costituzionalisti<sup>90</sup>.

L'opposta tesi<sup>91</sup>, che postula l'avvento del pluralismo, se da un lato consente il raggiungimento della rappresentatività in un Parlamento, d'altra parte può condurre alla dispersione, come si è recentemente notato, in mille rivoli dei consensi, risultando, in ultima analisi, impeditiva dell'attività gestoria e, di conseguenza, del raggiungimento del bene comune.

Queste anomalie, storicamente osservabili, costituiscono i punti deboli della democrazia.

Le soluzioni non appaiono a portata di mano e richiedono profonda e matura riflessione oltre all'osservazione concreta degli sviluppi, per così dire, quotidiani. Il dubbio resta, ad ogni modo, e deve essere avvertito.

Il punto focale coincide con i principi posti dalle encicliche sociali.

Altri valori conclamati e riferiti a criteri applicativi della giustizia civile - oggi in crisi profonda -, presentando il difetto di ben altri valori, non possono essere approvati e seguiti.

I sistemi creati dagli uomini non funzionano da soli come una macchina utensile che produce a catena, laddove ai singoli consociati difettino nella coscienza i valori di onestà, umanità e solidarietà. Vediamo bene oggi i frutti del materialismo, del relativismo, dell'edonismo e gli effetti che si sono verificati.

È bene ripetere che, senza questi valori, impressi nella coscienza dei singoli, ogni attività sarà vuota di contenuto e gli effetti posti da un programma non saranno raggiunti, rammentando ancora che, senza carità, anche i migliori principi sono soltanto un cembalo sonante. La critica deve, pertanto, appuntarsi su un certo atteggiamento della politica che, oggi, è deleterio in quanto impeditivo del raggiungimento del bene comune.

Le conseguenze si sono ben presto rivelate sul piano pratico, infatti le sole teorie applicative del c.d. "*mercatismo*" e dell'avidità di denaro, figli dell'economia di carta, hanno condotto, sul piano economico sociale, all'anarco liberismo alla mancanza di controlli adeguati ed alla criminalità economica.

L'economia solidale dovrà essere informata, accanto ai principi classici dello scambio e della redistribuzione della ricchezza, anche al principio di reciprocità, attuabile con il *no profit*. In tal caso il dono, avendo anche una valenza economica, deve entrare nelle famiglie, nelle imprese e nelle organizzazioni.

Una particolare vigilanza dovrà essere posta alle dinamiche finanziarie, all'economia di carta, ai mercati drogati, seguendo principi che includono la promozione della pace, i diritti umani, la sussidiarietà e reciprocità, l'umanesimo nel campo del lavoro e l'impegno caritativo, avendo sempre presente che l'economia non può prescindere dalla morale.

Infine, si deve osservare la pericolosità delle attività che non intendono cambiare il sistema energetico.

Abbiamo esposto *supra* la problematica relativa a questo punto, vale a dire le difficoltà della mutazione dell'energia considerate sotto il profilo economico. In questo senso si può parlare di "*luddismo*" al contrario ma, a ben vedere, c'è un altro pericolo di grossa rilevanza: cioè l'inquinamento del pianeta ed i rischi che comporta. Pertanto, il problema, esattamente inquadrato, si riduce a questi termini: ove non si cambi il sistema energetico, i costi oscillanti sul mercato dell'energia conducono a crisi profonde<sup>92</sup> ed inquinamento pericoloso del pianeta. D'altra parte, se si produce un certo tipo di energia entro i confini dell'attuale ordinamento economico, si otterrà certamente energia pulita, mentre contestualmente e contemporaneamente si avranno riflessi sui redditi globali - punto preoccupante anche oggi - e potrebbero verificarsi catastrofi di altro genere a livello globale (consi-

<sup>89</sup> "*Charitas kai aletheias*" (2009), Vang., Giov. 4.

<sup>90</sup> *Ex multis* P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, Ed. Cedam, 1962.

<sup>91</sup> *V. infra* "*saepe repetita juvant*".

<sup>92</sup> Recessione od, addirittura, stagflazione.

gliamo la lettura attenta del teorema di R.H. Coase<sup>93</sup>). Interessante appare la critica del teorema, che offre dubbi e motivi di riflessione sulla situazione globale sotto il profilo dell'ecologia.

Come si può notare, questa crisi è molto più grande di quanto si possa pensare.

In nostri saggi precedenti<sup>94</sup> abbiamo impostato il problema ed illustrato diversi profili. Ora, sotto quest'ultimo profilo, appare esatta la nostra affermazione sulla necessità di una palingenesi globale, accompagnata, soprattutto nei paesi più evoluti, dalla metanoia, cioè un cambiamento di mentalità che consenta l'abbandono, in via globale, di certi convincimenti acritici impeditivi di una mutazione al fine - tramite il corretto impiego della scienza e della tecnologia - di realizzare l'equa e dilatata distribuzione della ricchezza, eliminando, in definitiva, le forze storiche che si oppongono a questa mutazione del ciclo economico nel senso indicato, che non consentono, inoltre, l'ingresso alle introduzioni di meccanismi di controllo e regolazione del ciclo.

La soluzione deve essere trovata dalle sinergie internazionali, che abbiano per base principi rigorosi ed improntati al senso di solidarietà, come auspicato nei nostri scritti.

Ovviamente la legge ed il diritto avranno un ruolo non eliminabile in questa palingenesi.

## 15. Insufficienze del sistema giuridico nel campo dell'economia

Occorre *"in primis"* osservare che il crollo storico dei regimi economici che hanno ridotto il modello economico od il regime economico entro gli angusti schemi del diritto o dell'ideologia, senza tener conto dei fattori fondamentali, scientifici e sociali, che hanno connotato l'evoluzione umana è oggi un monito storico.

La ricerca di stelle fisse in questo scenario di meteore ci induce a ricercare i principi negli schemi costituzionali, punto indefettibile di partenza per l'autorità e coerenza di tale normativa, che certi poteri forti vorrebbero modificare. Vengono, pertanto, in rilievo i contenuti di solidarietà economica ed i rapporti etico-sociali che costituiscono punti concreti ed irrinunciabili, al di là delle formulazioni teoriche del concetto di giustizia, espressi come una tautologia logica ed esaltante il contenuto del concetto stesso.

A questo punto è opportuno premettere alcune riflessioni sulle anomalie del sistema democratico, peraltro rilevate da molti opinionisti, che influenzano negativamente l'attività legislativa e quella giudiziaria, oltre ad essere impeditive ed addirittura distorsive di altri atti di governo.

Il concetto *supra* espresso di vischiosità<sup>95</sup> si traduce in una remora dell'attività legislativa e, di conseguenza, dell'attività giudiziaria. Infatti le forze politiche presenti in un parlamento sono portatrici di parti-

colari interessi, anche quelli di natura economica e finanziaria, ed il risultato della *"lex condita"* in molti casi è frutto di un compromesso tra interessi diversi delle parti politiche e delle *lobbies* che li appoggiano.

In definitiva si constata la mancanza di efficacia e di effettività degli atti gestori, diretti a scopi diversi e inidonei a conseguire l'utilità sociale.

Le figure del bipolarismo e del pluralismo hanno posto particolari problemi affrontati dagli studiosi del diritto costituzionale. P. Barile<sup>96</sup> sostiene che una maggioranza concorde, tipica sovente nel bipolarismo, consegue l'effettività e l'efficacia degli atti gestori del governo a scapito della rappresentatività dei gruppi politici minoritari e dell'opposizione. In tal senso A. de Tocqueville<sup>97</sup> sostenne che la democrazia è capace, in certi momenti storici, di alterare il contenuto democratico sotto il profilo ideologico, realizzando la cosiddetta *"tirannia della maggioranza"*. Queste figure, la vischiosità e la tirannia della maggioranza, sono pericolose in una società corrotta e senza controlli, come la società italiana, in particolare quando gli atti posti in essere possono essere addirittura modificati *in pejus* dalla burocrazia (tipica degli stati tirannici) e dalle anomalie interpretative del sistema giudiziario.

A questo punto possiamo svolgere una serie di considerazioni sul sistema.

Il diritto non svolge *da solo*, né in passato l'ha mai svolta, una funzione regolatrice in ordine alla regolazione della ricchezza e, come abbiamo detto *supra*<sup>98</sup>, nemmeno l'attività dell'esecutivo, senza principi di legalità. In sostanza - dimenticando persino la valenza dell'aggregato umano nell'economia della grande distribuzione - il diritto, per un certo tempo, ha posto su un piano paritario le fasce di interessi degli utenti consumatori<sup>99</sup> con i *"professionals"* cioè le grandi imprese industriali e finanziarie che posseggono strumenti di tutela e cognizioni tecniche o scientifiche che indubbiamente sfuggono alla maggioranza degli utenti. *"Justitia in rebus creditis fides nominatur"*, dicevano i romani; infatti la fiducia, rappresentata dai romani con la mano fasciata, è la base della corretta economia e per questo oggi domina la sfiducia verso un perverso sistema che si è sovrapposto ad ogni istituzione, la cui pericolosità, considerata nei meccanismi internazionali, dovrebbe far riflettere. In particolare i principi del diritto civile posti in tema di responsabilità contrattuale sono completamente obliati e la conseguenza sul piano processuale non consente l'interversione probatoria, cioè gravare l'onere della discolpa sul danneggiante che ha maggiori conoscenze in base alla rilevanza della perdita subita dal soggetto più debole. Nel sistema anglosassone vi è la figura dei *"contracts uberrimae fidei"*, cioè particolari contratti che presentano dei rischi per un sottoscrittore. In questo caso il *"professional"* al quale è stata affidata la gestione dell'affare, in caso di perdite deve fornire la prova concreta di avere professionalmente

<sup>93</sup> R.H. COASE, *La natura dell'impresa*, in *Impresa, mercato, diritto*, Ed. Il Mulino, 1995.

<sup>94</sup> In [www.pontani.it](http://www.pontani.it).

<sup>95</sup> V. *supra* par. 7., *Ondulazioni cicliche delle crisi economiche moderne* e par. 8., *Il diritto e la "vischiosità" globale*.

<sup>96</sup> P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, cit..

<sup>97</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Edizione BUR Biblioteca Universale Rizzoli, Collana La scala, Saggi, 1999.

<sup>98</sup> Funzione del diritto.

<sup>99</sup> Gli users.

agito e soltanto su di esso grava l'onere di questa prova che, se non viene fornita, comporta la condanna al risarcimento ed alla restituzione.

In sostanza, nel mondo della moderna finanza in particolare, il principio della parità di posizioni delle parti contrattuali si è rivelato un'ingiustizia esercitata a danno dei risparmiatori e dei consumatori con effetti deleteri sul rapporto economico. Infatti non si sono tutelate le posizioni delle fasce più deboli dei contraenti e la crisi del sistema giudiziario non consente un accesso facile al giudice per ottenere giustizia.

L'iniquità di tale situazione ha condotto, nel 1939, all'introduzione negli USA delle c.d. "class actions". Brevemente: si tratta dell'azione collettiva offerta a tutela di tutti i cittadini vittime di ingiustizie al fine di ottenere dal "professional" (in particolare le multinazionali) una sentenza di condanna a favore di una classe. Questo meccanismo processuale<sup>100</sup> consente di estendere i benefici processuali agli appartenenti alla medesima categoria (*class*) che sono stati lesi nei loro diritti. La figura ora descritta presenta tuttavia luci ed ombre, oltre a certi espedienti che possono vuotarla di contenuto sui quali non ci soffermiamo, seguendo l'intento di esporre soltanto principi generali e i "dubia" relativi.

## 16. Eguaglianza e libertà

La spinta verso l'uguaglianza costituisce un fomite essenziale alle lotte sociali ed è, come osservava A. de Tocqueville, irresistibile ed inarrestabile, un motore, in definitiva, dello sviluppo storico.

Dobbiamo premettere, prima di addentrarci nel vivo della materia, alcune riflessioni sulla realtà globale.

Non si può negare che in una società democratica moderna il frazionamento del potere<sup>101</sup> è fondamentale e contestualmente funzionale all'esercizio della libertà civili. Il principio ora esposto è, inoltre, la base dell'indipendenza delle nazioni e può essere impeditivo, in definitiva, al realizzo di una egemonia planetaria, od anche, più semplicemente, continentale.

Devesi inoltre aggiungere che, senza un'adeguata struttura giuridica la società diventerebbe violenta e caotica, come osserviamo quotidianamente.

Tuttavia l'indipendenza assoluta, non condizionata e non strutturata delle nazioni potrebbe condurre agli stessi risultati.

Questo problema deve essere avvertito in modo precipuo ai fini della ricerca della pace sociale internazionale, stabile fin ove possibile, evitando i pericoli di sovranità egemone, come abbiamo detto *supra* parlando del concetto di sovranità.

La funzione del diritto, costituzionale, interno ed internazionale, in questo contesto non è sufficiente a realizzare il cennato e sperato equilibrio, in particolare in quegli ordinamenti ove si verificano crisi giudiziarie e legislative, accompagnate dalle disfunzioni in ordine alla circolazione della ricchezza.

Infatti abbiamo notato che le anomalie del diritto e del sistema giudiziario, nel campo dell'economia,

rendono leciti, contrariamente al vero, fatti che non soltanto sono illeciti e nemici dei rapporti libertari di un popolo, bensì dannosi nei confronti dell'economia.

Effettuata questa doverosa premessa, riprendiamo il filo del discorso.

Eguaglianza, libertà e giustizia non sono sinonimi, bensì principi irrealizzabili, in ordine ai quali i teorici hanno prospettato numerose e svariate teorie - sovente confliggenti - la cui completa elencazione è impossibile.

Evade da queste pagine l'intento di una prospettazione al di fuori dei confini proposti: più precisamente l'influsso del sistema politico sulle figure in questione.

Vengono subito in rilievo due considerazioni: l'una di carattere giuridico ovvero, per meglio dire, la considerazione legislativa dell'eguaglianza. L'altra riguarda, in modo concreto, la limitazione dell'eguaglianza di fronte ai rapporti di lavoro e dell'economia.

Per ciò che attiene al primo punto dobbiamo osservare che le diverse dottrine (e appare inutile esporle) espongono maggiormente i caratteri della disuguaglianza, oltre all'impossibilità di determinare il modo concreto che condurrebbe all'applicazione del principio<sup>102</sup>. Quindi l'indeterminato concetto di "eguaglianza" ha a che fare con il concetto parimenti indeterminato di "giustizia"<sup>103</sup>. L'eguaglianza intesa nel senso più ampio dovrebbe essere riferita ad ogni uomo, il che non è mai avvenuto e nemmeno lo si riscontra nella realtà dello stato *post* moderno.

Molto si è scritto in passato sul concetto con riferimento alle situazioni ed ai criteri di giustizia, tuttavia dobbiamo osservare che la formulazione astratta di queste teoresi non ha mai recato alcun ausilio ai pratici ai fini di una corrispondenza ideale tra l'enunciazione tautologica e la realtà concreta.

Appare quindi ultroneo soffermarsi sui concetti espressi dai maggiori pensatori, antichi e moderni, sulla giustizia distributiva, retributiva, attributiva<sup>104</sup>.

Nello stato *post* moderno la realtà frastagliata delle situazioni socioeconomiche e sociali ha indotto gli studiosi a riguardare "in primis" i fatti storici concreti delle diverse fattispecie. Di conseguenza la proposizione di principi generali ai quali fare riferimento per la regolazione delle realtà quanto mai mutevoli dello

<sup>102</sup> N. BOBBIO, *op. cit.*, *supra* nota n. 1. Il BOBBIO dice: "Eguaglianza tra chi? Eguaglianza in che cosa?".

<sup>103</sup> N. BOBBIO, *op. cit.*, *supra* nota n. 1.

<sup>104</sup> Vedi: a) giustizia distributiva. Mira a promuovere l'equa ripartizione tra le risorse comuni. Ma questa è solo una formula che non ha precisato nulla; b) giustizia retributiva. La definizione classica esprime il concetto del "contrappasso" nei rapporti interpersonali. Il male richiama il male, il bene, il bene e la pena deve essere equivalente al male. Questa affermazione ricorda un'ingenua frase di O. GOLDSMITH, *Il vicario di Wakefield*, Ed. Vallecchi, 1931, che muove al sorriso: "Le leggi per essere giuste dovrebbero premiare i buoni così come colpiscono i rei"; c) giustizia attributiva e ricompensativa. La formulazione è attribuita a U. GROZIO, *De jure belli ac pacis* (a cura di F. ARICI, F. TODESCAN ed Introduzione di G. FASSÒ), Cedam, 2010. Il GROZIO distingue i diritti imperfetti dai diritti perfetti. I primi sono attribuiti ad un soggetto un bene che non gli spetta. I secondi attribuiscono al soggetto la giusta ricompensa. Ma quali sono i beni e le ricompense? Quali sono le giuste ricompense? Come si realizzano? Se osserviamo i fatti preteriti e li confrontiamo con l'asserzione dei concetti, dovremmo concludere per la mutevolezza del concetto di fronte alla diversità dei fatti in esame.

<sup>100</sup> Sorto negli USA nel 1939.

<sup>101</sup> W.W. ROSTOW, *The Diffusion of Power: An Essay in Recent History*, Macmillan, 1972.

stato *post* moderno è sconsigliabile in quanto impossibile. La riprova dell'affermazione la rinveniamo nelle leggi dello stato sociale, presto promulgate e presto abrogate in quanto inutili o dannose<sup>105</sup>.

In definitiva giustizia ed eguaglianza che significato hanno? Certamente non quello di costruire un concetto ideale come quello socratico, ma il ricercare la verità nelle vicende umane in concreto<sup>106</sup>.

Possiamo ora concludere l'analisi del primo punto suscitato con un'osservazione basata sulle sentenze emesse dai giudici del lavoro e precisiamo, ancora, che le stesse deduzioni sono applicabili "*mutatis mutandis*" ad ogni altra figura od istituto che interessi una classe o un potere dominante che influisce sulla formazione delle leggi e sulla loro interpretazione.

La situazione del lavoro antecedente agli anni '60 ed il successivo periodo delle grandi riforme sociali che condussero, con le azioni sindacali di quel periodo, alla promulgazione dello Statuto dei lavoratori, consente di sviluppare deduzioni sulla base della scansione dei fatti storici nella loro materialità.

La lettura attenta delle pronunce giudiziali *ante* e *post* inizio delle contestazioni sociali evidenzia l'antica ingiustizia, da un lato, del sistema verso il mercato del lavoro e d'altra parte, gli eccessi del giu-slavorismo a danno del sistema imprenditoriale.

In sostanza si realizzò un'antitesi tra confliggenti ideologie che si trasferirono sul piano politico, con i conseguenti effetti sulla situazione del mercato del lavoro e della situazione economica imprenditoriale. Questa situazione si è evoluta nell'intervallo dell'onda lunga<sup>107</sup> e vi fu una mutazione radicale nel diritto del lavoro con l'introduzione del precariato<sup>108</sup>.

Una teoria avanzata dagli studiosi opina che le mutazioni di sistema possono trarre origine dai fatti storici o dalle ideologie. Non riteniamo aderire all'una o all'altra tesi in modo esclusivo in quanto i fatti, le ideologie e persino le religioni sono elementi che influiscono nella realtà concreta e la prospettiva di un metodo per l'analisi economica non può non tenerne conto.

È doveroso avvertire che le espressioni della citata teoria non hanno una valenza assoluta; la realtà attuale, come abbiamo detto *supra*<sup>109</sup>, ha confermato l'impossibilità delle definizioni generali atte a fornire un criterio univoco per l'interpretazione dei casi e materiali, stante la velocità della mutevolezza dei fatti nel sistema dello stato *post* moderno e la natura dell'economia, connotata anche dall'elemento storico, come diceva il Bordin<sup>110</sup>.

Con riguardo al secondo punto sopra esposto, si deve osservare che le grandi opere effettuate dall'uomo si sono realizzate tramite la classe dei lavoratori, per esempio le grandi opere dell'antichità erano realizzate dagli schiavi.

A nostro sommo avviso le politiche che intendono frenare o comprimere, con diversi mezzi, le evoluzioni sociali, possono provocare nel lungo termine delle tragedie universali contro le quali saranno esperiti rimedi altrettanto tragici. Ed infatti così avvenne.

Il congresso di Vienna sottoscrisse la "*Dichiarazione contro la tratta dei negri*"<sup>111</sup>. In questa dichiarazione si volle vedere un benemerito principio per l'abolizione dello schiavismo. La realtà era, per converso, molto diversa. Questo principio era posto a favore degli interessi inglesi nei confronti delle colonie francesi, le quali sarebbero state danneggiate nei loro interessi economici dall'abolizione della schiavitù. Gli inglesi (e gli olandesi) con le famose e famigerate Compagnie - simili a certe multinazionali che oggi operano nel mondo - preferirono altri sistemi per poter tutelare i loro interessi nelle colonie e nelle Indie, com'è risaputo. Interessi analoghi ispirarono gli *yan-kee* ad abolire la schiavitù in America. Il sistema imprenditoriale del Nord preferì, di fronte alle mutazioni del sistema industriale, pagare dei liberi salariati anziché correre il rischio di una rivoluzione violenta che avrebbe danneggiato il sistema. Il capitalismo proteiforme ottenne con l'abolizione della schiavitù il collasso dell'economia del Sud; l'avvento dei "*carpet-baggers*" fece il resto e le ricchezze passarono di mano. In questo caso i motivi umanitari si realizzarono in seguito a precisi interessi economici del sistema.

Le anomalie del sistema occidentale nel campo del lavoro hanno suscitato delle giuste critiche. Tuttavia i *laguoi* cinesi, il trattamento dei lavoratori e la criminalità dell'America del Sud, le caste indiane, la miseria materiale e morale dei paesi africani e del medio oriente, ove lo sviluppo economico di questi paesi si basa su forme peggiori della schiavitù, ci inducono a pensare che i principi di giustizia scritti nelle carte di quei paesi, siano soltanto una vergognosa mistificazione che malcela delitti contro l'umanità, i cui promotori non si vedranno mai nei banchi degli imputati di delitti contro l'umanità nel Tribunale internazionale.

Riepilogando quanto sinora esposto, possiamo trarre alcune conclusioni fondamentali.

Le pronunce giudiziali contrarie tra loro nell'evolversi storico temporale della realtà umana, vale a dire delle mutazioni del sistema, si riferiscono sovente al medesimo concetto generale di giustizia, oppure allo "*jus superveniens*" che regola altrimenti la fattispecie.

La nozione teorica di "*eguaglianza e giustizia*", come osservato acutamente dal Bobbio<sup>112</sup> e dallo Zagrebelsky<sup>113</sup>, è meramente tautologica.

Un ulteriore punto lo ricaviamo dalla storia: la creazione di più ampi sistemi imprenditoriali, sostitutivi di

<sup>105</sup> P. COTICONI, "*Il concetto di giustizia e stato sociale*", in Studi e Ricerche, in [www.pontani.it](http://www.pontani.it).

<sup>106</sup> G. ZAGREBELSKY, *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, UTET, 2007.

<sup>107</sup> V. *supra* par. 7., *Ondulazioni cicliche delle crisi economiche moderne*.

<sup>108</sup> P. COTICONI, "*Gestione monetaria. Responsabilità del sistema bancario*", in Studi e Ricerche, in [www.pontani.it](http://www.pontani.it).

<sup>109</sup> N. BOBBIO, *op. cit.*, *supra* nota n. 1 e G. ZAGREBELSKY, *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, cit., pag. 43.

<sup>110</sup> *Op. cit.*

<sup>111</sup> 8 febbraio 1815.

<sup>112</sup> *Op. cit.*, *supra* nota n. 1.

<sup>113</sup> *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, cit..

quelli antecedenti ed obsoleti, la costruzione di opere e lo sviluppo necessario all'ammodernamento dei beni richiederanno costi minimi della forza lavoro. Se il sistema capitalistico ritarda la flessibilità nelle risposte sociali e, sotto il profilo economico, non riesce ad essere proteiforme in aderenza alle nuove realtà, come è avvenuto con la "rivoluzione keynesiana" nel secolo trascorso, non si risolverà l'equazione costo-reddito sociale. In tal caso il pericolo consiste nella rivolta morale, che può trasformarsi in rivolta violenta, in questo caso a livello globale e non sarebbe fermata dal diritto.

Il pensiero della Chiesa è, per converso, molto preciso in quanto vi è il riferimento etico religioso della dignità umana, il cui rispetto è irrinunciabile, anche sotto un profilo laico, alla civile convivenza.

La dignità dell'uomo è il fondamento principale della radicale eguaglianza tra gli uomini.

Soltanto il riconoscimento della dignità umana può rendere possibile la crescita comune e personale di tutti. Questa crescita può avvenire soltanto se si garantisce un'obiettivo eguaglianza tra le diverse classi sociali. Soltanto con l'azione concorde di tutti i popoli si possono eliminare le disparità, fomenti di gravissimi contrasti che conducono alla miseria. Dobbiamo dire, ancor oggi, che l'evangelica chiocchia che raccoglie tutti gli uomini sotto le sue ali non è ancora nata.

## 17. Riflessioni

Caracalla<sup>114</sup> concesse la cittadinanza romana a tutti gli abitanti dell'impero con esclusione dei "deditici"<sup>115</sup>.

Il problema di applicare l'uniformità del sistema legislativo e giudiziario a diversi ordinamenti ai fini di un'auspicata unificazione è antico: la concessione della cittadinanza comportò l'estensione del diritto romano a tutte le popolazioni dell'impero, dall'estremo nord insino all'oriente. I giuristi dell'epoca modificarono la normativa tenendo conto delle usanze e norme locali. Questo sistema lo rinveniamo ancor oggi negli States e, più diffusamente, negli stati federali, ovviamente mutato nel decorso del tempo.

Questo procedimento si è verificato negli stati unitari, mentre nel mondo globale l'unificazione legislativa appare un'utopia. In questo ambito il riferimento è effettuato, per lo più nel campo del diritto internazionale e nei trattati. Il diritto interno dei singoli stati svolge la propria funzione, per il caso che qui interessa, nei confronti delle imprese straniere che hanno effettuato l'*outsourcing*.

In questo scenario composito, dominato dalla scienza e dall'economia, il diritto costituisce un problema serio ai fini dell'applicazione della giustizia sostanziale.

La stessa definizione del concetto astratto e generale di "giustizia" non ha condotto a risultati uniformi ed è maggiormente riscontrabile la violazione di collaudati principi generali in tema di illecito, prospet-

to nella dizione addirittura come lecito fondamento di giustizia applicato al caso concreto.

Riepilogando quanto sinora esposto possiamo trarre alcune riflessioni che ci inducono ad affermare che le singole discipline e scienze non devono essere considerate in modo atomistico, bensì sotto il vincolo di contestualità - storica e funzionale - che li lega.

Il sistema giuridico ha presentato anche due aspetti: il primo si è concretizzato con la tendenza all'immutabilità o, per meglio dire, alla mancanza di flessibilità innanzi a fatti storici che avrebbero richiesto, per converso, una maggiormente rapida mutazione. La storia è piena di esempi in tale senso<sup>116</sup>. Il capitalismo antico, basato sulla più antica ideologia liberale, si è rivelato una concausa di questa rigidità sistemica.

L'altro aspetto, tipico dello stato anteriore a quello attuale, consiste, come abbiamo sottolineato nello svolgimento di questo scritto complementare, nella variabilità normativa.

Nel capitolo "Ondulazioni cicliche delle crisi economiche moderne"<sup>117</sup> abbiamo esposto la costruzione delle maggiori scuole economiche che hanno descritto gli intervalli dei cicli brevi e di quelli lunghi, le c.d. "onde secolari".

La velocità di trasformazione del sistema, dovuta a svariate cause tra le quali le più importanti sono il progresso scientifico e l'economia, ha accelerato i termini (iniziale e finale) dei cicli, riducendo l'intervallo ed aumentando, contemporaneamente, la ripetitività: cioè un maggior numero di cicli che si ripetono in intervalli sempre più brevi, insino allo "scoppio" dell'onda lunga.

Sul piano del diritto ciò ha comportato, come è stato esattamente osservato dalle più serie scuole giuridiche, l'iperfetazione legislativa e l'abrogazione di norme che non hanno trovato applicazione od erano manifestamente nocive al sistema economico (od anche ad altre figure).

La conseguenza non poteva mancare: la certezza del rapporto giuridico nel diritto civile, tipica dello stato di diritto, è scomparsa mentre il principio della parità delle situazioni soggettive posto dalla legge (uguagliando gli "users" ed i "professionals"), ha scosso la fiducia dei consociati nel sistema giuridico e in quello giudiziario, come abbiamo detto *supra*.

In questo scenario, caratterizzato da confini labili e mutevoli, la funzione del diritto, anche per causa di interferenze lobbistiche o di casta, parrebbe aver l'effetto ultimo delle grida di manzoniana memoria.

La formulazione della stessa normativa induce a riflettere sull'antico proverbio italiano: "Fatta la legge, trovato l'inganno".

Appare opportuno svolgere un'ulteriore osservazione che riguarda le posizioni del capitalismo.

L'eliminazione della staticità degli ordinamenti è quindi una priorità storica indispensabile per conseguire gestioni altrimenti equilibrate.

<sup>114</sup> *Constitutio antoniniana*, 212 d.C..

<sup>115</sup> Con questo termine i romani chiamavano la popolazione sconfitta che si era arresa a discrezione del vincitore, la "deditio" appunto.

<sup>116</sup> Si pensi alla rivoluzione francese e alla nascita del comunismo in Russia, regimi sorti per il mancato adattamento alle esigenze socio-economiche.

<sup>117</sup> V. *supra* par. 7..

Significativa è l'ironia del Galbraith<sup>118</sup>: “*Chi desidera la fine del capitalismo dovrebbe dunque pregare perché vadano al governo uomini convinti che qualunque intervento attivo sia contrario a quello che essi solennemente definiscono i principi della libera iniziativa*”.

È ancora il caso di soggiungere che lo stesso discorso vale per coloro che auspicano la staticità di ogni altro sistema.

Un altro punto riguarda il sistema finanziario e la privatizzazione informata al “*laissez faire*”, nonché priva di ogni controllo<sup>119</sup>.

Per ciò che riguarda le banche riportiamo la celebre frase di Henry Ford: “*Meno male che il popolo non capisce il nostro sistema bancario e monetario, perché se lo capisse, credo che prima di domani scoppierebbe la rivoluzione*”.

Oggi, fortunatamente, molti lo hanno capito in quanto, grazie all'applicazione distorta delle teorie monetarie si sono verificati e si stanno verificando i peggiori disastri che destano una preoccupazione diffusa e, purtroppo, tardiva a livello globale.

Il declino e la caduta del collettivismo comunista in Russia hanno posto l'accento su dubbi del metodo, in particolare la costruzione del sistema partendo dalle ideologie. Lo stesso ragionamento si può fare per il sistema opposto, cioè quello che parte dai fatti per costruire il sistema.

La crisi avvolge una triade: giustizia, Stato, economia, elementi essenziali ed indissolubili della triade.

Quale giustizia dobbiamo attenderci? Quella del Tartuffo della commedia di Molière, l'intrigante portaborse che prospetta i buoni principi per commettere ogni sorta di iniquità? Un potere assoluto che si serve di questi utili servitori.

O quella del personaggio Joseph K., protagonista dell'opera “*Il processo di Kafka?*” L'ebreo chassidico Kafka prospetta uno stato anti utopico ove l'individuo perde la propria individualità dinnanzi a un tribunale misterioso. Le parole legge e diritto non sono state scritte da Kafka (che era laureato in legge) nell'opera citata e l'individuo è destinato a soccombere senza sapere il perché.

Abbiamo notato che il concetto di giustizia nell'antichità si basava sulla religione (presso i romani il “*fas*”).

In sostanza, ogni religione esprimeva il contenuto del concetto con linguaggi simili, quando non addirittura identici e collaudabili in linea di principio.

Il solo concetto di giustizia espresso con le stesse parole da un monaco della Trappa o da un sicario, nulla ci dice circa le finalità di applicazione concreta.

La mitologia<sup>120</sup>, il Corano e persino l'antico testamento contenevano principi la cui attuazione è impensabile addirittura nella realtà odierna.

Allora: a quali principi religiosi può essere riferito il conclamato concetto di giustizia?

Nella storia del pensiero umano molti grandi pensatori si sono riferiti ai valori cristiani, in quanto espressivi di principi ritenuti una base solida per il vivere civile con rispetto della dignità umana.

Tra i pensatori di maggior rilievo rammentiamo Vico, Kant, Fichte, Hegel, Rousseau ed altri ancora, persino atei.

Benedetto Croce nel 1942 scrisse un saggio: “*Perché non possiamo non dirci cristiani*”.

Ora riportiamo in breve sintesi il pensiero della Chiesa cattolica.

La giustizia è un valore che si accompagna all'esercizio della corrispondente virtù morale cardinale. Secondo la sua più classica formulazione la giustizia consiste nel dare a Dio ed al prossimo ciò che è loro dovuto.

Sotto il profilo soggettivo la giustizia vuole che si riconosca “*l'altro*” come persona, mentre dal punto di vista obiettivo costituisce il criterio determinante la moralità nelle relazioni sociali con gli “*altri*”.

La giustizia sociale acquista oggi una sempre maggior importanza in quanto connessa alla questione sociale, la cui importanza è, oggi, mondiale.

La Chiesa ha svolto una profonda critica alle teorie utilitaristiche nel campo giuridico. La giustizia non è una convenzione umana, perché ciò che è giusto emerge dall'identità profonda dell'essere umano.

La diffusione della piena verità e la ricerca delle dimensioni strutturali ai fini della soluzione dei problemi sociali sono elementi essenziali della giustizia.

La giustizia da sola non basta! Può addirittura negare se stessa e costituire un alibi per consentire ad un sistema la commissione di iniquità e delitti, ove difetti nell'uomo il senso dei valori morali, tra cui il senso della solidarietà, che consente di percorrere il luminoso sentiero che conduce alla pace sociale. *Opus solidaritatis pax!* In questo percorso l'uomo deve essere accompagnato da quei valori morali, anche se non recepiti formalmente nello “*jus scriptum*”, che favoriscono la convivenza.

<sup>118</sup> J.K. GALBRAITH, *La moneta da dove viene e dove va*, Ed. Oscar Saggi Mondadori, 1979, pag. 367.

<sup>119</sup> P. COTICONI, “*Flessibilità e staticità degli ordinamenti nel quadro delle mutazioni dell'economia globale. Modelli economici e libertà civili*” e “*Gestione monetaria. Responsabilità del sistema bancario*”, in Studi & Ricerche, in [www.pontiani.it](http://www.pontiani.it).

<sup>120</sup> Gli dei greci avevano gli stessi difetti degli uomini.









**All the contents are protected by copyright.  
No part can be copied without the Editor in Chief's and Author's permission.**

**Pontani e Associati S.p.A.**  
**Cap. Soc. € 120.000 (centoventimila) int. vers. - REA Milano 1047300 - R.I./C.F./P.I. 04847510155**  
**Sede Legale, Direzione e Amministrazione: 20121 Milano - Piazza Castello n. 5 - Tel. 02-36682148**  
**Fax 02-36687506 \* Direttore Responsabile: Dott. Franco Pontani**  
**Registered by the Cancelleria del Tribunale di Milano n. 5 del 9 gennaio 2015**  
**E-mail: [info@pontanieassociati.com](mailto:info@pontanieassociati.com)**