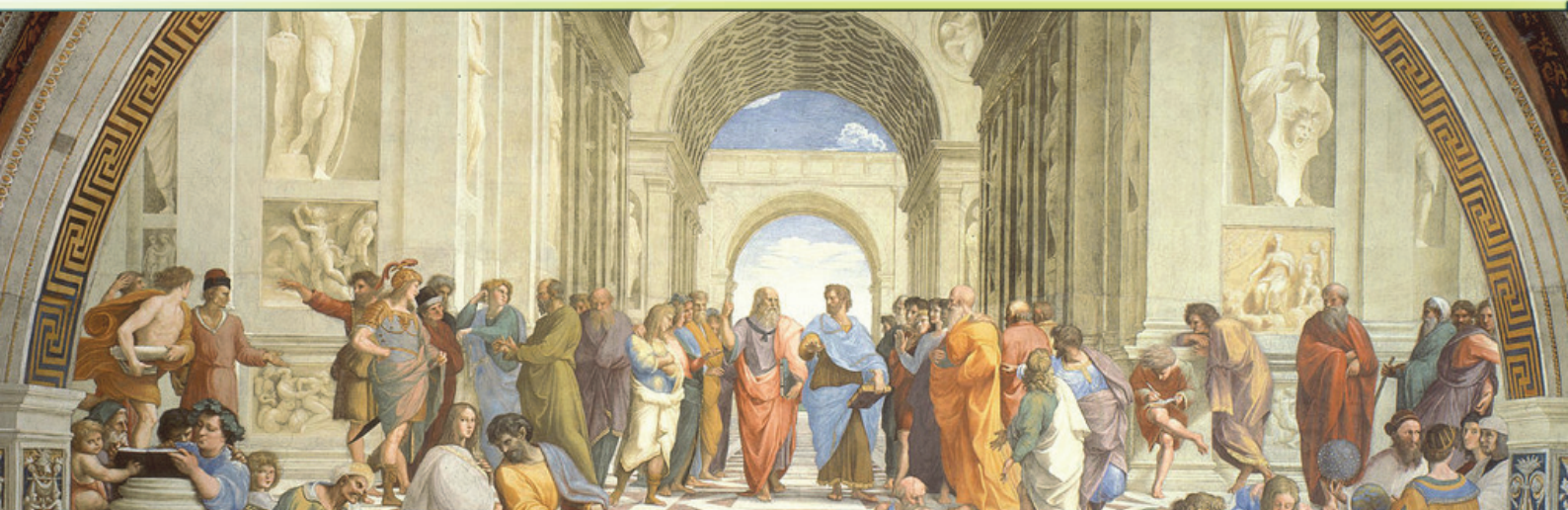


JUS CIVILE

Rivista a cura di Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi



2/2025

marzo-aprile



G. Giappichelli Editore

ISSN 2421-2563

I contributi, inviati alla Rivista per la pubblicazione, sono soggetti a revisione tra pari a doppio cieco (*double blind*). È, quindi, garantito l'anonimato dei valutatori e dei valutati.

Vengono sottoposti a revisione tutti i contributi costituenti Articoli e saggi, inseriti in una delle voci tematiche.

Il Comitato dei revisori è costituito, esclusivamente, da professori ordinari dell'area privatistica, indicati in un apposito elenco pubblicato.

La revisione è affidata a due membri del Comitato dei revisori, scelti a rotazione dai curatori in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente.

Il *referee* è tenuto a compilare la scheda di valutazione. È garantita la piena autonomia dei revisori rispetto alla Direzione della Rivista.

Soltanto in casi eccezionali, i Curatori assumono, con adeguata motivazione, la responsabilità della pubblicazione.



INDICE

pag.

Articoli e Saggi

Il falso problema della causa della remissione del debito e il perfezionamento dell'estinzione dell'obbligazione*	
di <i>Gaetano Edoardo Napoli</i>	168
Fast fashion. Problemi giuridici*	
di <i>Maria Francesca Tommasini</i>	189
Gratuità e comunione di scopo nell'amministrazione condivisa*	
di <i>Antonio Fici</i>	209
L'assegnazione della casa familiare tra valori esistenziali e interessi economici*	
di <i>Maria Zinno</i>	225
Note per uno studio intorno alle vicende dei privilegi generali e alle modificazioni soggettive del debito*	
di <i>Michele Onorato</i>	240
Le decisioni nella relazione di cura e le conseguenze dell'intelligenza artificiale*	
di <i>Simona Cacace</i>	254
Intelligenza artificiale in sanità tra etica, responsabilità civile e consenso informato*	
di <i>Andrea Colaruotolo</i>	272
Prospettive di tutela giurisdizionale del clima alla luce del Giudizio Universale*	
di <i>Giulio Pomante</i>	293

* Contributo sottoposto a revisione.

** I curatori, valutata la rilevanza del contributo, assumono la responsabilità diretta della pubblicazione.



pag.

Giurisprudenza italiana

La Cassazione sulla qualificazione giuridica delle polizze *Linked*: la prevalenza della sostanza sulla forma (Nota a Cass. civ., sez. III, 26 luglio 2024, n. 21022)*

di *Gianluca Briganti*

308

Recensioni

Carlo Dore, *Il prestito vitalizio ipotecario, Tra tutela del credito e attuazione del programma negoziale*, ESI, Napoli 2022, 175

di *Paolo Gallo*

322

* Contributo sottoposto a revisione.

** I curatori, valutata la rilevanza del contributo, assumono la responsabilità diretta della pubblicazione.



GAETANO EDOARDO NAPOLI

Professore ordinario di Diritto civile – Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza

IL FALSO PROBLEMA DELLA CAUSA DELLA REMISSIONE DEL DEBITO E IL PERFEZIONAMENTO DELL'ESTINZIONE DELL'OBLIGAZIONE

SOMMARIO: 1. *Le peculiarità della fattispecie.* – 2. *Le diverse prospettive sulla struttura della remissione.* – 3. *Critiche all'individuazione di una natura contrattuale.* – 4. *Rilevanza dell'accordo. La remissione come schema minimo legale.* – 5. *La ricerca di una causa della remissione.* – 6. *La remissione quale schema normativo senza una causa.* – 7. *Il rifiuto del debitore.* – 8. *La congruità del termine per il rifiuto.* – 9. *Remissione e rinuncia al credito.* – 10. *La rinuncia alle garanzie.*

1. – Approfondendo lo studio della remissione del debito, l'interprete deve confrontarsi con un animato dibattito, ancora aperto, sull'inquadramento dell'istituto e sulle ragioni della peculiare articolazione della disciplina prevista dal codice. Problema mai risolto in modo davvero convincente è, per altro, quello dell'individuazione della sua causa.

L'art. 1236 cod. civ. prevede la remissione quale strumento di estinzione dell'obbligazione. Precisamente, secondo la norma, il creditore fa estinguere l'obbligazione comunicando al debitore la propria dichiarazione di rimettere il debito.

Viene data facoltà al debitore di non volerne profittare: il soggetto passivo dell'obbligazione può infatti decidere di non essere liberato, non traendo vantaggio dalla dichiarazione del creditore. A tal fine, entro un congruo termine, deve comunicare al creditore il rifiuto degli effetti della remissione: in tal caso, l'obbligazione non si estingue.

Per approdare a un inquadramento sistematico della remissione del debito, appare opportuno analizzare la sua struttura e, conseguentemente, la sua natura, provando a individuare una linea argomentativa che, avuto riguardo agli interessi coinvolti nella vicenda remissoria, garantisca maggior coerenza con i principi a cui si ispira il nostro ordinamento giuridico.

L'analisi deve prendere in considerazione sia l'atto abdicativo compiuto dal creditore sia il peculiare potere, attribuito al debitore, di evitare l'effetto estintivo, dichiarando di non voler profittare degli effetti della volontà remissoria. Nelle ricostruzioni dottrinali, sono proprio le problematiche interpretative e i connessi risvolti sistematici che sorgono in relazione al significato da assegnare al rifiuto del debitore a indirizzare gli orientamenti che si sono avvicendati e che mai hanno trovato un solido punto di approdo.

2. – L'indagine può prendere le mosse dalla tesi, seguita in giurisprudenza, che, focalizzandosi sulla volontà del creditore, ritiene che l'estinzione dell'obbligazione prevista dall'art. 1236 cod. civ. trovi



il proprio fondamento in un atto abdicativo di natura negoziale¹. Se ne fa derivare la necessità della capacità di agire in capo al creditore, come normalmente si richiede per gli atti volontari di disposizione del patrimonio (si ritiene, infatti, che con la remissione, il creditore disponga del proprio credito)².

Nell'ambito di questo orientamento, si ritiene che la remissione, quale negozio unilaterale recettizio³, si perfezioni con la comunicazione effettuata dal creditore. Questa tesi enfatizza quella parte della disposizione dell'art. 1236 cod. civ. che collega l'effetto estintivo alla dichiarazione (con valore rinunciativo) comunicata al debitore⁴.

Un'altra tesi considera invece bilaterale la remissione, alla stregua di un contratto⁵.

Valutando la remissione quale atto di liberalità da considerare assimilabile a una donazione⁶, nell'ambito di tale impostazione, si richiede, a fronte della comunicazione di remissione effettuata dal creditore, una sostanziale accettazione (a cui equivarrebbe il mancato rifiuto) da parte del soggetto che ne trae profitto⁷ (delle argomentazioni che, in consonanza con la posizione appena riportata, mettono in rilievo un accordo tra creditore e debitore, considerando unilaterale ovvero bilaterale, a seconda dei casi, la remissione, ci si occuperà, più diffusamente, *infra*).

Secondo un orientamento intermedio, da far risalire al periodo che ha preceduto l'entrata in vigore

¹ Cfr. Cass., 9 giugno 2014, n. 12914: "La remissione del debito ... costituisce un negozio unilaterale recettizio ... i cui effetti non possono essere disconosciuti dal creditore, ai sensi dell'art. 1236 c.c., una volta manifestato l'intento abdicativo al debitore, il quale soltanto può paralizzare l'efficacia di tale negozio ... mediante la tempestiva opposizione prevista dall'ultima parte della norma citata". Cfr. anche Cass., 29 febbraio 2024, n. 5384; 14 luglio 2006, n. 16125; 4 ottobre 2000, n. 13169; 22 febbraio 1995, n. 2021; 5 agosto 1983, n. 5260; Trib. Udine, 10 maggio 2018, in *Pluris*, 2018; Trib. Milano, 16 giugno 2012, in *Pluris*, 2013; Trib. Roma, 9 luglio 1991, in *Rass. giur. en. el.*, 1992, 457.

² Cfr. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Giappichelli, 1952, 271 ss.; PELLEGRINI, *op. cit.*, 137; LUMINOSO, *op. cit.*, 8.

³ Cfr. TILOCCA, *Remissione del debito*, cit., 402; C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 461 s. Cfr. anche ALLARA, *op. cit.*, 250 ss.; S. ROMANO, *Sulla remissione del debito*, in *Econ. cred.*, 1970, 567 s.; L. FERRI, *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, Giuffrè, 1960, 71; FERRARI, *Riflessioni in tema di rinuncia al credito e di remissione del debito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, 10 ss.; SPANGARO, *La remissione del debito*, in *Le obbligazioni*, I, *Le obbligazioni in generale (1173-1320 c.c.)*, a cura di Franzoni, Utet, 2004, 481 ss.; VENTURELLI, *Struttura e funzioni della remissione del debito*, in *Obbl. contr.*, 2012, 529 ss. In giurisprudenza, cfr., in tal senso, Cass., 21 marzo 2019, n. 8012; Cass., 9 giugno 2014, n. 12914; Cass., 20 novembre 2003, n. 17623; Cass., 22 febbraio 1995, n. 2021; Cass., 5 agosto 1983, n. 5260; Cass., 16 dicembre 1982, n. 6934; Cass., 18 ottobre 1976, n. 3559; Cass., 24 giugno 1968, n. 211. Cfr. anche, nello stesso senso, Cons. Stato, 20 settembre 2012, n. 5012, in *Pluris*, 2012.

⁴ Cfr. G. BENEDETTI, *Struttura della remissione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 1303 ss.

⁵ Cfr., al riguardo, PELLEGRINI, *op. cit.*, 134 s.

⁶ Sull'onda della tradizione francese, per la quale cfr. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro esteriore*, trad. it. di Bernardi, II, Tipografia Sonzogno, 1809, 327 ss.; TROPLONG, *Droit civil explique suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente*, II, *Des donations entre-vifs et des testaments ou commentaire du Titre II du Livre III du Code Napoleon*, II ed., Hingray, 1855, 1076 s.

⁷ Cfr., sul tema, RECUPERO, *Remissione del debito e donazione liberatoria nel quadro della liberalità giuridica*, in *Temì*, 1955, fasc. 1, 95; DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Jovene, 1972, 428. Per l'orientamento che considera possibile interpretare la remissione alla stregua di un contratto, il cui perfezionamento si realizzerebbe col mancato rifiuto da parte del debitore, cfr. PELLEGRINI, *op. cit.*, 134 s.; GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Giuffrè, 1959, 99; P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, Jovene, 1968, 54 ss., 138 ss., 156; ID., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario Scialoja-Branca*, sub artt. 1230-1259, Zanichelli, 1975, 189 ss.; MACIOCE, *Il negozio di rinuncia nel diritto privato*, I, Parte generale, Esi, 1992, 162 ss.; Stanzione, *Remissione del debito*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVI, Utet, 1997, 582 ss.; NADDEO, *Il rifiuto nella problematica contrattuale*, Esi, 1999, 169 ss.; COPPOLA, *La rinuncia ai diritti futuri*, Giuffrè, 2005, 103; ROSSI, *La remissione del debito*, in *Commentario Schlesinger*, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2018, 17 ss. Un punto di riferimento comparatistico, con riferimento a questa impostazione, può essere avvenuto nel § 397 BGB, che richiede, per la remissione, il perfezionamento di un contratto.



del nostro codice (che, innovando la regolamentazione della materia, ha introdotto la formula oggi contenuta nell'art. 1236), la funzione e la struttura della remissione sarebbero variabili: si avrebbe una struttura unilaterale in caso di remissione con funzione rinunciativa, mentre si rientrerebbe necessariamente nella struttura contrattuale in caso di remissione con funzione di liberalità⁸ (in applicazione delle norme sulla donazione, che prevedono il consenso delle parti).

Assume una posizione duttile anche chi, combinando insieme la peculiare ragione che sottende la prima parte dell'art. 1236 cod. civ. – che fa da corollario alla disponibilità del diritto di credito da parte del creditore – e la tutela dell'interesse del debitore a non subire ingerenze sulla propria sfera personale e patrimoniale – a cui si dedica la seconda parte della disposizione – ispirandosi a un generale principio di libertà e autonomia privata, non considera sussistente né una bilateralità piena né una unilateralità pura, nella struttura della remissione del debito⁹.

3. – Risultano utili al fine della individuazione della natura della remissione del debito alcune osservazioni critiche sollevate nei confronti dell'impostazione che assegna alla remissione una struttura bilaterale, basandosi sull'equiparazione del mancato rifiuto del debitore alla manifestazione di una sua precisa volontà di acconsentire agli effetti voluti (seguendo tale tesi, sarebbe meglio qualificarli come "effetti proposti") dal creditore mediante la manifestazione dell'intento remissorio. Il silenzio del debitore, che perduri per tutto il tempo considerato *congruo* ai sensi della norma in esame, configurerebbe così un'accettazione della dichiarazione di remissione.

Viene richiamato, a supporto, lo schema previsto nell'art. 1333 cod. civ., che disciplina la conclusione del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente¹⁰.

Tuttavia, a differenza di quanto avviene in materia di contratti, il cui perfezionamento, *ex art.* 1321 cod. civ., si basa sul criterio generale dell'accordo, con riferimento alla remissione – il cui effetto estintivo viene invece testualmente collegato dalla legge alla mera comunicazione al debitore della dichiarazione (atto unilaterale) del creditore – non è individuabile un analogo parametro precettivo.

La Relazione al Re, che accompagna il testo del codice civile, appare particolarmente eloquente a tal riguardo, distinguendo tra la necessità, in relazione ai contratti, di porre un accordo a loro fondamento (anche per il caso in cui ne scaturiscano obbligazioni solo a carico del proponente) e la diversa esigenza, in relazione agli atti unilaterali, di prevedere semplicemente il momento da cui essi producono effetti (artt. 1334 e 1335 cod. civ.), vincolando i soggetti coinvolti¹¹. Il codice civile ha risolto così le problematiche conseguenti alla formulazione dell'art. 36, comma 4, codice di commercio del 1882¹²

⁸ Cfr. PIRAS, *La rinuncia nel diritto privato*, Jovene, 1940, 96.

⁹ Cfr. LUMINOSO, *op. cit.*, 8.

¹⁰ Cfr. PELLEGRINI, *op. cit.*, 134 ss.

¹¹ La Relazione al Re, nn. 604 e 606, fa riferimento a una diversa disciplina prevista, da un lato, per i contratti cc.dd. unilaterali, cioè quelli con obbligazioni a carico del solo proponente (art. 1333 cod. civ.) e, dall'altro, per gli atti unilaterali (art. 1334). Vi si afferma che, in caso di contratto unilaterale, l'accettazione del destinatario è sempre necessaria e può anche risultare dal silenzio prolungato per una certa durata: il consenso del destinatario, in questo caso, si deduce dal silenzio mantenuto per un certo tempo, durante il quale il soggetto che voglia rifiutare l'offerta ha il dovere di manifestarlo. Con riguardo all'atto unilaterale, invece, si afferma che si è inteso solo precisare il momento del prodursi del suo effetto giuridico: si è deciso di farlo coincidere con quello in cui l'atto perviene a conoscenza del destinatario.

¹² Cfr., sul tema, V. SCIALOJA, *Osservazioni sull'art. 36 del codice di commercio*, in *Studi giuridici varii per Enrico Pesina*, III, Tipografia Trani, 1899, 7, e poi A. SCIALOJA, *La dichiarazione di volontà come fonte di obbligazioni*, in *Studi di diritto privato*, Bernardo Lux, 1906, 77.



che, suscitando molti dubbi, enunciava: “Nei contratti unilaterali le promesse sono obbligatorie appena giungano a notizia della parte cui sono fatte”. La sibillina formulazione aveva infatti prodotto incertezza circa l’effettivo perfezionamento di un contratto tra le parti o, al contrario, la mera vincolatività della promessa unilaterale ivi contemplata.

Tale opera di chiarificazione conduce l’interprete a correlare le regole sul contratto con obbligazioni a carico del solo proponente e sugli atti unilaterali con la disciplina delle promesse unilaterali (artt. 1987 ss. cod. civ.), dal cui rigore emerge un monito che ostacola ogni indirizzo ermeneutico volto ad ampliarne l’applicazione oltre i limiti espressamente circoscritti.

Alla luce di queste notazioni, risulta necessario analizzare criticamente ogni tentativo di parallelismo tra remissione e contratto.

Primariamente, desta perplessità la finzione – della sussistenza di una certa volontà del debitore, quella di accettare la remissione (che non risulta concretamente manifestata in alcun modo) – su cui fa leva l’orientamento qui confutato, nell’attribuire una struttura bilaterale alla remissione, ritenendo sorretti da una stessa *ratio* sia l’art. 1333 cod. civ.¹³ che l’art. 1236 cod. civ. La tesi si ricollega al postulato per il quale un soggetto accoglie, di norma, favorevolmente ogni occasione di conseguire vantaggi sulla propria sfera patrimoniale, per approdare a una presunzione: consistendo la remissione in un miglioramento del patrimonio del destinatario (eliminando un obbligo di pagamento), dovrebbe allora sottintendersi l’accettazione da parte del debitore che resti inerte per un determinato periodo di tempo.

Anche se si ammettesse la sussistenza dell’anzidetto postulato, non sarebbe però possibile rinvenire nel nostro ordinamento alcuna ragione a sostegno della citata presunzione: deve anzi escludersi, secondo quanto sopra esposto, l’eventualità di una rilevanza dell’accettazione da parte del destinatario dell’atto remissorio quale corollario delle regole generali sugli atti unilaterali (che depongono in senso contrario all’esigenza di una accettazione).

Oltre alla citata Relazione al Re e al dato inequivocabile relativo al momento di produzione dell’effetto estintivo *ex* art. 1236 cod. civ., a ulteriore conferma dell’unilateralità – o, meglio, della non contrattualità – della remissione depone l’art. 2726 cod. civ.: se la remissione avesse natura contrattuale, infatti, quest’ultima norma – sorta proprio per consentire l’applicazione della disciplina della prova dei contratti – non avrebbe ragion d’essere; la disposizione pone, per altro, sullo stesso piano la remissione e il pagamento, atto unilaterale per eccellenza.

Può, ad ogni modo, osservarsi che è certamente corretto assegnare una centralità alla volontà del soggetto a cui viene offerta l’opportunità di migliorare la propria situazione patrimoniale. Ma da ciò non può farsi derivare, in materia di remissione, alcuna impostazione che faccia leva su un’accettazione da parte del destinatario¹⁴ (elemento essenziale per la produzione di effetti giuridici in

¹³ Sull’art. 1333 cod. civ., cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, II ed., Giuffrè, 2000, 116; SACCO, *Contratto con obbligazioni a carico del solo proponente*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., Agg., IV, Utet, 2010, 420; BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Giuffrè, 1969, 185.

¹⁴ Se si accogliesse la tesi che riconduce la remissione nell’alveo dei contratti, si dovrebbe ammettere che, a seguito della manifestazione di remissione, valutabile alla stregua di una proposta, possa intervenire una revoca durante la pendenza del termine accordato al debitore per esprimere il rifiuto, sulla scorta di quanto previsto dall’art. 1328 cod. civ. Ma ciò deve essere escluso, come osservato *infra*. Una tale ricostruzione scardinerebbe radicalmente lo schema della remissione previsto dalla legge, diretto a collegare l’effetto estintivo alla comunicazione al debitore dell’intento remissorio del creditore. Tenta di superare queste difficoltà ermeneutiche la tesi che collega la remissione alla figura del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente (l’art. 1333 cod. civ. dispone, difatti, l’irrevocabilità della proposta appena giunge a conoscenza dell’altra parte), ma, come si dirà nel testo, appare inconferente il richiamo alla materia del contratto.



via contrattuale): l'inerzia del debitore non può tradursi in un consenso alla remissione operata dal creditore.

D'altro canto, la semplice omissione, di per sé, in mancanza di regole che ne consentano una specifica qualificazione (come avviene invece in materia di contratti. Si veda *supra*) non può essere interpretata in modo univoco, trattandosi di comportamento che può fondarsi su ragioni e circostanze di vario tipo.

Ragionando *a contrario*, anche il rifiuto del debitore, che esprima la volontà di non voler profittare della remissione, non può essere considerato alla stregua di una semplice mancanza di accettazione.

L'oblato che non accetti una proposta di contratto tiene difatti un comportamento di per sé neutro, che può ricondursi, in astratto, alle più svariate motivazioni (alla non convenienza dell'affare, all'impossibilità di far fronte agli impegni previsti dal contratto, alla mancanza di interesse alla specifica modifica del proprio assetto patrimoniale conseguente al contratto, persino alla semplice mancanza di volontà di analizzare la proposta ricevuta, anche per inedia, ecc.) ma che, in concreto, non rivela, in modo preciso, alcun peculiare interesse.

Differente appare invece la posizione del soggetto che, dopo aver ricevuto la comunicazione di remissione, si opponga a che questa abbia effetti sulla propria sfera giuridica, pretendendo di non volerne beneficiare. Questo atteggiamento di rifiuto denota una presa di posizione netta, che si colloca come manifestazione di segno opposto rispetto a quella della remissione del debito. Con la sua opposizione alla remissione, il debitore manifesta comunque, in modo immediato e diretto, un interesse di fondo, quello a non essere liberato dall'obbligazione o, in positivo, quello a restare vincolato all'adempimento nei confronti del creditore. Ovviamente, un tale interesse può a sua volta collegarsi ad altre ragioni specifiche, ma da esso non può prescindersi: è sicuramente alla base della motivazione del rifiuto (atto da considerarsi negoziale) della remissione.

Ciò distingue il rifiuto della remissione, che presuppone la previa esistenza di un'obbligazione, anche dal rifiuto previsto dall'art. 1333, comma 2, cod. civ., alla cui base non si rinviene un simile essenziale interesse minimo, non intervenendo (al contrario di quello previsto dall'art. 1236 cod. civ.) su un rapporto già sorto.

A ulteriore critica della tesi che considera la remissione alla stregua di un contratto, si può aggiungere che, a volerla seguire, risulterebbe difficile individuare una netta linea di demarcazione tra l'atto rinunciativo (qualificabile quale atto di disposizione del credito) alla base della fattispecie qui esaminata e la cessione del credito a favore del debitore, con cessazione del vincolo dell'obbligazione per applicazione di un diverso meccanismo estintivo, quello della confusione¹⁵.

¹⁵ Per la tesi che paragona la remissione a una cessione del credito, cfr. GANGI, *Remissione del debito solidale e remissione della solidarietà*, Nava, 1905, 34, con riferimento alla remissione totale a favore di un condebitore solidale al fine di favorirgli consentendogli l'azione di regresso verso gli altri condebitori, come se avesse eseguito la prestazione. Deve precisarsi che una tale finzione, com'è quella delineata dall'Autore, si porrebbe adesso in contrasto con l'impianto logico che sottende la norma dell'art. 1301 cod. civ., nonché con i principi in materia di simulazione e di indebito.

Secondo un orientamento, tuttavia, potrebbe essere oggetto di remissione anche un credito non cedibile. Cfr. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., 103; ROSSI, *op. cit.*, 33.

A tal riguardo, deve ritenersi che, se un credito non è cedibile, in quando non disponibile, in ragione di un interesse inderogabile alla tutela del creditore (si pensi, ad esempio, al credito di mantenimento: cfr. Cass., 14 maggio 2018, n. 11689), non si può ammettere la remissione del corrispondente debito. Appare opportuno, a tal proposito, quanto rilevato da A. BOZZI, *Rinuncia (diritto pubblico e privato)*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Utet, 1968, 1141 ss.: "La rinunziabilità o meno di un diritto è il riflesso o il risultato di una qualificazione normativa. (...) Un diritto soggettivo è rinunziabile quando dal sistema normativo



D'altro canto, a conforto dell'impostazione opposta a quella qui criticata, si segnala che quella della remissione non è l'unica fattispecie che prevede un miglioramento del patrimonio del destinatario come conseguenza di un atto unilaterale, quindi al di fuori della materia contrattuale. Si pensi all'art. 649 cod. civ.: anche il legato si acquista, infatti, senza bisogno di accettazione; pure in questo caso, la legge fa salva la facoltà di rinunziarvi¹⁶, a conferma del principio che esclude ogni facoltà privata di incidere (anche in senso patrimonialmente conveniente) sulla sfera di chi non voglia acconsentirvi¹⁷.

4. – È stata affermata la natura contrattuale della remissione con riferimento al caso in cui il creditore e il debitore raggiungano un accordo affinché non venga fatta opposizione alla volontà di rimettere il debito¹⁸.

Analizzando il problema proprio dalla prospettiva di un accordo tra le parti, una tesi¹⁹, particolarmente articolata, non escludendo né la unilateralità né la bilateralità dell'istituto qui in esame, ravvisa, oltre alla fattispecie dell'art. 1236 cod. civ., altri modelli per la realizzazione della remissione del debito. Precisamente, si avrebbe una struttura bilaterale qualora l'iniziativa, al fine dell'estinzione dell'obbligazione, venisse presa dal debitore: in questo caso, risulterebbe necessaria l'accettazione del creditore. La bilateralità sussisterebbe, altresì, in caso di dichiarazione di remissione effettuata dal creditore a cui facesse seguito l'accettazione del debitore. Al contrario, la struttura sarebbe unilaterale qualora le parti raggiungessero un accordo al fine di considerare sufficiente la dichiarazione del creditore, escludendo la necessità dell'intervento del debitore, in modo da prescindere dal suo mancato rifiuto o dalla sua accettazione.

A ben vedere, non sembra possibile collocare, in modo diretto e immediato, le vicende remissorie qui sopra delineate nell'ambito contrattuale.

Sebbene, come noto, nell'alveo dei contratti rientri l'accordo con cui due parti decidono di estin-

risulta l'indifferenza che esso permanga o meno nella sfera del titolare. È al contrario irrinunciabile quando per la concreta realizzazione dell'interesse che ne sta alla base sono necessarie l'aderenza e la permanenza di esso nella sfera del titolare”.

¹⁶ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II.2, *Le successioni*, Giuffrè, 2015, 313; MASI, *Dei legati*, in *Commentario Scialoja-Branca*, sub artt. 649-673, Zanichelli, 1979, 11, BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 12.

¹⁷ Cfr., in materia, MAZZARIOL, *Rinuncia abdicativa alla quota di comproprietà: tra tipicità e atipicità della fattispecie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 582.

Si può escludere un diretto rapporto tra la remissione del debito e il legato di liberazione da un debito, previsto dall'art. 658 cod. civ. Quest'ultimo non viene considerato alla stregua di una “rinunzia”: la legge utilizza, per altro, il termine “liberazione” (per alcuni tratti distintivi rispetto alla remissione del debito, cfr. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, II, Giuffrè, 2009, 1182 ss.). Si segnala che il legato, a differenza dalla remissione, ha effetto con l'apertura della successione. La rinunzia allo stesso può avervi entro il termine di prescrizione ordinario, a meno che non vi sia una intimazione specifica a manifestare la volontà di rinunzia entro un termine assegnato dal giudice (art. 650 cod. civ.). Secondo TILOCCA, *Remissione del debito*, cit., 399, il legato di liberazione dal debito consisterebbe nel trasferimento del credito al debitore, con estinzione per confusione. In giurisprudenza, accoglie questa impostazione Cass., 27 luglio 2022, n. 23404: “In tema di successioni, il legato di ‘liberazione da debito’ di cui all'art. 658, 1° co., cod. civ. (c.d. ‘legatum liberationis’), attribuendo al legatario il diritto di credito vantato nei suoi confronti dal testatore, comporta l'estinzione dell'obbligazione per confusione in quanto determina la riunione, nella stessa persona, della qualità di creditore e di debitore, pur distinguendosi dalla fattispecie della remissione ex art. 1236 c.c., in quanto, essendo una disposizione liberale a titolo particolare in favore del debitore e configurandosi come negozio unilaterale non recettizio, produce l'effetto della liberazione del legatario immediatamente all'apertura della successione. Tale efficacia viene, tuttavia, meno con effetto ‘ex nunc’ nei confronti del legittimario che abbia ottenuto la riduzione della disposizione testamentaria che lo contiene, con la conseguenza che il credito del testatore verso il legatario, venendo meno l'effetto estintivo, può essere incluso nella porzione della divisione assegnata per soddisfare il legittimario vittorioso”.

¹⁸ Cfr. G. GIACOBBE-GUIDA, *Remissione del debito (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, 775.

¹⁹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 207 s., 230 ss.



guere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale (art. 1321 cod. civ.), nel caso della remissione, il potere di estinzione è demandato dalla legge a una sola parte, il creditore, salva la possibilità dell'altra parte di impedirne l'efficacia, con un atto, di opposizione, diametralmente inverso.

L'effetto remissorio, cioè l'estinzione dell'obbligazione, non può così collegarsi direttamente alla fattispecie contrattuale, in particolare, a uno specifico accordo indirizzato a impedire il rifiuto del debitore alla remissione. Il punto di riferimento centrale deve essere, difatti, l'impostazione codicistica: piuttosto che enfatizzare le occasioni di accordo tra creditore e debitore, risulta, allora, certamente più appropriata l'individuazione degli elementi rilevanti, a cui collegare gli effetti previsti dalla legge.

Ne deriva che va necessariamente isolato il momento di realizzazione della vicenda remissoria, già produttiva degli effetti estintivi, secondo quanto disposto dalle norme del codice.

Deve essere tenuta distinta l'eventuale accettazione da parte del debitore: essa merita una propria autonoma considerazione. Vertendosi in materia di diritti disponibili, un tale atto va, invero, generalmente interpretato quale rinuncia alla facoltà, riservata per legge al debitore, di dichiarare di non voler profittare della remissione e, perciò (in ragione delle conseguenze di una tale dichiarazione), quale rinuncia al potere di non essere liberato (di restare vincolato dall'obbligazione). Con l'accettazione – atto unilaterale recettizio – degli effetti della remissione – atto unilaterale estintivo, anch'esso recettizio – il soggetto passivo dell'obbligazione non fa, dunque, altro che consolidare la remissione (già in essere o semplicemente prospettata dal creditore mediante una proposta di accordo), conferendole certezza, quindi rendendola invulnerabile da parte dello stesso debitore²⁰.

Ciò vale per l'accettazione di una remissione già autonomamente operante. Nell'evenienza in cui si raggiunga, invece, un accordo sulla remissione, diventa prioritaria l'esigenza di verifica circa la sussistenza degli elementi che la legge prescrive per la sua validità quale contratto (presupposto per la realizzazione dell'effetto estintivo in discorso). Tuttavia, l'estinzione dell'obbligazione resta agganciata saldamente all'esteriorizzazione dell'intento remissorio del creditore.

Un tale effetto può, per altro, essere sottoposto a termine o condizione²¹, attraverso apposita pattuizione contrattuale, con cui può, inoltre, stabilirsi una relazione sinallagmatica con una prestazione corrispettiva, con sostanziale perfezionamento di una transazione.

Ciò non scalfisce la rilevanza dell'archetipo contemplato dall'art. 1236 cod. civ.: la combinazione con clausole accessorie o la corrispettività con altre prestazioni non incide sulla possibilità di isolare, anche nel contesto di una articolata struttura contrattuale, la fattispecie codicistica della remissione del debito, quale *schema minimo essenziale* a cui collegare l'estinzione dell'obbligazione. La manifestazione, nei confronti del debitore, della volontà del creditore di rimettere il debito costituisce l'elementare fattispecie a cui viene assegnata, dalla legge, la denominazione di remissione.

È per tale sostrato minimo che la remissione, in sé, non può considerarsi onerosa.

A queste valutazioni può assegnarsi ampia portata, essendo valide anche se, con un patto, le parti escludono la facoltà del debitore di opporsi agli effetti di un'eventuale remissione futura: in tal caso, emerge una accettazione preventiva, qualificabile, sostanzialmente, come rinuncia a esercitare il potere di rifiuto previsto dal codice. Si conferma, quindi, che l'effetto estintivo deriva dalla valida dichiara-

²⁰ Cfr. G.E. NAPOLI, *Riflessioni sulla causa della remissione del debito*, in *Interessi fondamentali della persona e nuove relazioni di mercato*, a cura di C.M. Bianca, Dike, 2012, 465.

²¹ Cfr., in giurisprudenza, Cass., 9 giugno 2014, n. 12914: La remissione del debito ... oltre che parziale, ben può essere condizionata ...".



zione del creditore di rimettere il debito, adeguatamente comunicata al debitore.

Se l'iniziativa diretta alla liberazione dal vincolo viene presa dal debitore, che formula una proposta in tal senso, è l'eventuale accettazione del creditore ad acquisire rilievo centrale, qualificandosi essa, in modo autonomo, come dichiarazione di remissione del debito. Solo da tale ultimo atto discende, autonomamente, l'estinzione dell'obbligazione, a prescindere dal fatto che sia intervenuto quale riscontro a una proposta altrui²².

I rilievi svolti non intendono assolutamente inficiare la bilateralità di ogni accordo intervenuto tra creditore e debitore in ordine al (non) pagamento o alla risoluzione del rapporto obbligatorio. Semplicemente, rivelano quanto sia necessario estrarre gli elementi fondamentali contemplati dall'art. 1236 cod. civ.: la remissione, come fattispecie minima ed essenziale con autonoma valenza, consiste in un comportamento (un atto negoziale) che estingue l'obbligazione e ha una struttura essenzialmente unilaterale²³.

È stato osservato (a critica dell'impostazione basata sulla unilateralità della remissione) che il debitore potrebbe effettuare una controproposta, apportando modifiche alla proposta del creditore diretta alla remissione del debito²⁴: si è, di conseguenza, sostenuto che lo schema previsto dall'art. 1236 cod. civ. in materia di remissione non sia da considerare inderogabile²⁵.

Al riguardo, certamente rientra nell'autonomia patrimoniale del debitore proporre che la liberazione non si riferisca all'intero debito ma solo a una sua parte, offrendo un pagamento quantitativamente inferiore rispetto a quello dovuto (allo stesso modo, può prospettare l'inserimento di particolari clausole, quali un termine, una condizione, o altro ancora²⁶). Il creditore, dal canto suo, non può considerarsi tenuto ad accogliere una tale richiesta (potendo rifiutare, ex art. 1181 cod. civ., l'adempimento parziale). Se però sceglie di accettare, al creditore stesso può ascrivere una remissione parziale²⁷: anche in tal caso, essa deve essere isolata, quale vicenda giuridica minima, essenziale e unilaterale, a cui ricollegare l'effetto estintivo (sebbene questo non sia integrale, ma circoscritto)²⁸.

L'analisi di questa ipotesi non toglie, dunque, nulla alla unilateralità dello schema remissorio essenziale previsto dal codice²⁹.

²² La remissione non può considerarsi a struttura bilaterale o contrattuale per il semplice fatto che l'iniziativa può essere presa dal debitore. Nulla vieta, infatti, a un soggetto, di attivarsi affinché un altro compia un atto unilaterale che risponda all'interesse del primo.

²³ Cfr. G.E. NAPOLI, *Remissione del debito*, in *Il diritto*, Enciclopedia giuridica de Il Sole 24Ore, XIII, Corriere della sera, 2007, 258; ID., *Riflessioni sulla causa della remissione del debito*, cit., 465.

²⁴ Cfr. P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 192.

²⁵ Cfr. STANZIONE, *op. cit.*, 584, il quale porta l'esempio della remissione corrispettivata e del contratto solutorio che fa estinguere l'obbligazione in virtù dell'accordo tra debitore e creditore remittente. Si rinvia, in proposito, alle critiche evidenziate nel terzo paragrafo di questo contributo in relazione alla possibilità che la remissione abbia carattere oneroso.

²⁶ In caso di controproposta avente ad oggetto una prestazione qualitativamente diversa si avrebbe *datio in solutum*. Cfr. POLACCO, *Della dazione in pagamento*, Drucker & Senigaglia, 1888, 20. Sul punto, cfr. anche C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 441.

²⁷ Cfr. Cass., 9 giugno 2014, n. 12914: "La remissione del debito ... oltre che parziale, ben può essere condizionata ...".

²⁸ Con riferimento all'accordo per la remissione verso pagamento di una parte del debito, cfr. Cass., 23 aprile 1959, n. 1322.

²⁹ Diverso sarebbe il caso in cui il creditore accettasse la proposta del debitore di ridurre quantitativamente il pagamento non con animo indulgente ma per porre fine a una controversia o per prevenirla. In tal caso, si rientrerebbe nell'ambito della transazione, non della remissione del debito (si rinvia a quanto già esposto al riguardo nel terzo paragrafo di questo contributo).



5. – Diversi tentativi sono stati esperiti, nello studio della materia, al fine dell’individuazione di una causa che dia fondamento, giuridicamente rilevante, alla remissione del debito.

Nel contesto delle impostazioni che hanno preso le mosse dalla posizione del creditore, è emerso come la remissione possa apparire ispirata da un intento di liberalità verso il debitore. Come sopra accennato, è risultato naturale il richiamo all’istituto della donazione e, di conseguenza, alla materia contrattuale. Indubbiamente, nell’ambito della “disposizione di un proprio diritto” a cui si riferisce la definizione contemplata dall’art. 769 cod. civ., può infatti farsi rientrare la rinuncia del creditore a ricevere la prestazione dovuta dal debitore: se le viene conferita la solennità prevista dall’art. 782 cod. civ. e ne consegue l’accettazione nelle forme prescritte, essa si perfeziona quale rinuncia donativa.

Riprendendo le osservazioni sopra svolte, deve tuttavia isolarsi l’atto remissorio del creditore, rispetto all’accettazione da parte del debitore, in modo da ritagliare la fattispecie minima legale per l’estinzione dell’obbligazione *ex art.* 1236 cod. civ., salva restando l’applicazione – alla complessiva vicenda giuridica che si caratterizzi per la presenza degli elementi previsti dal Titolo V del Libro II del codice – delle regole riguardanti le donazioni.

Si deve fornire il medesimo riscontro, sul piano sostanziale, anche alla tesi che, svincolandosi dalle difficoltà argomentative derivanti dalla rigorosa applicazione degli artt. 769 ss., colloca la remissione nel quadro delle cc.dd. donazioni indirette³⁰, considerando comunque il comportamento del creditore previsto dall’art. 1236 cod. civ. quale manifestazione dell’intento (liberale) di beneficiare il debitore³¹.

Nel confermare la diversità tra lo schema legale essenziale previsto dall’art. 1236 cod. civ. (la cui mera attuazione comporta l’estinzione dell’obbligazione) e la più complessa vicenda con cui si realizza una donazione, sebbene indiretta, deve notarsi che la rinuncia del creditore a ricevere la prestazione non può ritenersi sempre ispirata dall’intento di arricchire il debitore³².

Difatti, il può ben sussistere un interesse patrimoniale a non ricevere la prestazione. Appare significativo, in proposito, il seguente esempio. Il debitore, in ragione dell’obbligazione contratta, è obbligato a consegnare dieci tonnellate di rifiuti al creditore, che si occupa di riciclo di materiali di scarto. Quest’ultimo, prima del termine previsto per la consegna, viene privato della disponibilità del locale destinato al deposito dei suddetti rifiuti (il che può accadere a causa di espropriazione forzata, disdetta da parte del locatore, crollo dell’immobile, ecc.): piuttosto che ricevere la suddetta prestazione, preferisce così, per sua convenienza, rinunciarvi, valutando la conseguente perdita comunque inferiore rispetto all’esborso necessario per procurarsi, entro il termine previsto per la consegna, un locale idoneo alla ricezione di quella particolare merce. Siffatto interesse del creditore è tutt’altro che qualificabile come spirito di liberalità, derivando da un calcolo di mera convenienza economica (il debitore, a sua volta, può rifiutare la remissione – anche in ragione dell’eventuale convenienza a disfarsi, con la con-

³⁰ Cfr. RECUPERO, *op. cit.*, 90 ss. L’Autore, di conseguenza, ritiene (*ivi*, 95) che debba utilizzarsi la struttura del contratto.

Si può osservare come lo schema legale essenziale della remissione escluda una corrispondenza necessaria con la donazione – pure quando quest’ultima venga attuata in via indiretta – in ragione delle differenze tra le rispettive discipline di riferimento previste dal codice civile (si pensi, ad esempio, alle norme sulla revocazione delle donazioni e a quelle sulla loro riduzione, che mancano nella regolamentazione codicistica della remissione).

³¹ Talvolta, viene espressamente precisato che qualora la volontà del creditore fosse quella di arricchire il debitore si avrebbe certamente una donazione liberatoria. Cfr. CERCIELLO, *La rimessione del debito nel diritto civile positivo*, Tipografia Agostiniana, 1923, 31 ss.; PIRAS, *op. cit.*, 132.

³² Cfr. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it., con note, di Fadda e Bensa, VI, Utet, 1930, 401.



segna, della particolare merce in questione – manifestando la propria opposizione entro il congruo termine previsto dalla legge).

Rilevato che la liberalità non può essere un carattere necessario dell'atto remissorio, al fine di rintracciare una sua causa giustificativa, un orientamento particolarmente accreditato, valorizzando il nucleo essenziale della disciplina codicistica, vi ha rinvenuto una causa gratuita³³. Sotto il profilo causale, anche se valutato in astratto³⁴, non sembra infatti praticabile alcuna via interpretativa che consenta di configurare la remissione del debito, nel nucleo essenziale previsto dall'art. 1236 cod. civ., quale negozio giuridico a titolo oneroso, con causa di scambio. Se si va oltre quel modello legale, si prospetta l'applicazione di altre norme: quando il creditore rinuncia alla propria pretesa in cambio di una prestazione, si ha un accordo a cui si applica la disciplina del contratto e, in via speciale, se si pone fine a (o si previene una) controversia mediante reciproche concessioni, quella della transazione; se il creditore consente che il debitore si liberi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, si applica l'art. 1197 cod. civ.; se si conclude un patto per far operare la compensazione in via convenzionale tra le parti, interviene la disciplina degli artt. 1241 ss. cod. civ.; se si configura una novazione oggettiva, si applicano le relative regole di legge; ecc.³⁵.

Questa possibile commistione con svariate logiche negoziali, viene posta a fondamento di un'ulteriore impostazione, che assegna alla remissione una causa variabile, potendosi essa adattare tanto a vicende che esteriorizzano uno spirito di liberalità³⁶ o ispirate comunque alla gratuità, quanto a quelle basate su un interesse di scambio³⁷. Dagli esempi su prospettati emerge, infatti, come non sia praticabile l'attribuzione di un'unica giustificazione causale a tutte le tipologie di negozio che si ottengono combinando lo schema minimo previsto dagli artt. 1236 ss. cod. civ. con altri particolari istituti civilistici.

Simmetricamente, secondo una tesi, che ha riscosso successo in giurisprudenza, la remissione avrebbe una causa neutra³⁸. D'altronde, come appena emerso, lo strumento remissorio è fondato su uno schema normativo in grado di adattarsi alla tutela di interessi di vario tipo, siano essi sinallagmati-

³³ Cfr. C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, cit., 468. Si veda anche LUMINOSO, *op. cit.*, 6; PELLEGRINI, *op. cit.*, 135, 137.

³⁴ Per quanto riguarda l'area dei contratti, risultano indicazioni normative che depongono a favore di una valutazione in concreto. Si rinvia, a tal proposito, a quanto già rilevato in G.E. NAPOLI, *Il riconoscimento giurisprudenziale del contratto preliminare del preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1266 ss.

³⁵ Cfr., al riguardo, G. BENEDETTI, *Struttura della remissione*, cit., 1300; TILOCCA, *Remissione del debito*, cit., 400 s.

³⁶ Al riguardo, appare rilevante quanto stabilito da Cass., 3 maggio 2022, n. 13857: "Il notaio è obbligato a svolgere di persona, in modo effettivo e sostanziale, tutte le attività necessarie per l'indagine sulla volontà delle parti, al fine di dirigere la compilazione dell'atto nel modo più congruente rispetto a tale accertamento, sicché è soggetto a sanzione disciplinare nel caso in cui, richiesto di stipulare un atto di liberalità, stipuli di fatto una compravendita con contestuale remissione del debito del prezzo da parte del venditore, senza avvertire le parti degli eventuali rischi in termini di stabilità dell'atto e di certezza giuridica degli effetti conseguiti".

³⁷ Cfr. ALLARA, *op. cit.*, 260 ss.

³⁸ Cfr. Cass., 9 giugno 2014, n. 12914: "La remissione del debito – la quale, oltre che parziale, ben può essere condizionata – costituisce un negozio unilaterale recettizio, neutro *quoad causam* (con conseguente irrilevanza dell'assenza di vantaggi per il creditore) e non soggetto a particolari requisiti di forma nemmeno *ad probationem*, i cui effetti non possono essere disconosciuti dal creditore, ai sensi dell'art. 1236 c.c., una volta manifestato l'intento abdicativo al debitore, il quale soltanto può paralizzare l'efficacia di tale negozio, ovvero determinarne la risoluzione per l'avverarsi di una condicio iuris, mediante la tempestiva opposizione prevista dall'ultima parte della norma citata". Cfr. anche Cass., 7 maggio 2007, n. 10293; Cass., 14 marzo 1995, n. 2921; Cass., 5 agosto 1983, n. 5260; Trib. Roma, 9 luglio 1991, in *Rass. giur. en. el.*, 1992, 457.

Cfr., sul tema, TILOCCA, *Remissione del debito*, cit., 399, il quale ritiene, comunque, che la remissione debba essere assoggettata alla disciplina relativa ai negozi gratuiti.



ci o meno. Nello stesso senso appare orientata la posizione esegetica che considera la remissione quale negozio giuridico astratto³⁹ o con causa generica⁴⁰.

Un dato accomuna le ricostruzioni da ultimo riportate: esse prendono comunemente le mosse dall'assegnazione alla remissione di una natura abdicativa, valutandola alla stregua di una rinuncia⁴¹.

6. – Dinanzi ai polivalenti aspetti di alcune delle tesi più accreditate – sulla variabilità della causa della remissione, sulla sua neutralità, sulla sua astrattezza – sorge un dubbio in ordine alla effettiva opportunità di far riferimento a quelle logiche negoziali che sono direttamente correlate alla disciplina del contratto e, perciò, rendono necessaria l'enucleazione di una causa dalla complessiva vicenda prevista dall'art. 1236 cod. civ.

Assegnando all'istituto in esame il basilare significato che si coglie dal mero articolarsi delle disposizioni del codice, non emerge alcuna valida ragione in tal senso. La remissione consiste, infatti, fondamentalmente, nello schema di comportamento normativamente architettato quale metodo di estinzione dell'obbligazione diverso dall'adempimento. È evidente che, alla base, possono sussistere le più varie ragioni, ma esse non rilevano ai fini dell'applicazione della regola estintiva.

È allora più confacente alla sua essenza escludere che alla remissione del debito debba essere attribuita una specifica causa.

Sebbene gli interessi sottesi possano ovviamente giocare un ruolo centrale nella ricostruzione dell'intera vicenda giuridica in cui si inserisce l'atto remissorio, qualora allo schema normativo previsto dall'art. 1236 cod. civ. si accompagnino ulteriori elementi giuridicamente rilevanti (come accennato *supra*), resta salva la possibilità di delimitare la schietta estinzione dell'obbligazione a seguito della comunicazione al debitore della volontà del creditore di rimettere il debito, salvo opposizione.

Si tratta di uno schema minimo previsto dalla legge, a cui non va attribuita, in sé, alcuna causa. La remissione, autonomamente considerata, non ha, dunque, una propria causa.

7. – Dalla complessiva articolazione dell'art. 1236 cod. civ. emerge nitidamente come debba essere attribuita peculiare rilevanza alla facoltà di rifiuto da parte del debitore.

Essendo la remissione un atto in grado di produrre modificazioni all'interno della sfera di diritti, di natura patrimoniale, di cui l'autore può liberamente disporre, il rifiuto di volerne profittare deve essere qualificato come atto negoziale, in ragione dell'importanza che va attribuita alla volontà degli effetti che ne conseguono.

In particolare, il rifiuto della remissione è un negozio giuridico unilaterale e recettizio⁴².

Manifestando il rifiuto, il debitore persegue un proprio determinato interesse, che fa perno sulla conservazione del vincolo nei confronti del creditore.

Si è sostenuto che il rifiuto sarebbe in grado di risolvere, in maniera retroattiva, l'effetto estintivo

³⁹ Secondo MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile*, Utet, 1966, la remissione sarebbe “un negozio strumentale ed astratto in quanto determinato da motivi ad esso estranei e, talvolta, anche da rapporti ulteriori che non solo gli sono estranei, ma che rimangono altresì ignorati”.

⁴⁰ Cfr. G. GIACOBBE-GUIDA, *op. cit.*, 771.

⁴¹ Cfr. CERCIELLO, *op. cit.*, 32 s.; DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Trattato Rescigno*, IX, *Obbligazioni e contratti*, I, Utet, 1984, 293.

⁴² Cfr., sul punto, STANZIONE, *op. cit.*, 583.



prodotto dalla remissione⁴³: precisamente, a seguito dell'estinzione realizzatasi in corrispondenza della ricezione, da parte del debitore, della manifestazione remissoria, l'obbligazione riviverebbe per il verificarsi della condizione risolutiva consistente nel rifiuto del debitore⁴⁴.

Nel valutare criticamente questo orientamento, ci si può ricollegare a quanto già esposto, rilevando come le regole – tra cui si annovera la disciplina della condizione – che riguardano la materia del contratto non siano conferenti rispetto all'istituto della remissione del debito.

Si può allora ipotizzare di far riferimento alla logica che sottende le condizioni apposte ai negozi unilaterali (si pensi, al tal proposito, agli artt. 633 ss. cod. civ.). La condizione prospettata dalla tesi in esame risulterebbe infatti apposta al negozio unilaterale remissorio, rivelando, tuttavia, una peculiarità: sarebbe destinata a soddisfare non l'interesse dell'autore dell'atto, il creditore, bensì quello del suo destinatario, il debitore.

Con l'obiettivo di dar conto del concreto atteggiarsi dell'istituto, evitando costruzioni fittizie, risultano opportuni alcuni rilievi.

In via preliminare, può svolgersi un'elementare notazione: la remissione può intervenire nel rapporto tra creditore e debitore in un momento in cui non è intervenuto l'adempimento, il quale, infatti, comporta, già da sé, l'estinzione dell'obbligazione. In altri termini, una manifestazione di tipo remissorio successiva all'adempimento non potrebbe aver valore sul vincolo tra le parti, non essendo esso più esistente. L'eventuale restituzione della prestazione ricevuta dovrebbe collegarsi a nuovi parametri giuridicamente rilevanti, non potendo, di certo, far perno su una inesistente (ormai impossibile) remissione.

Intervenendo prima dell'adempimento, la remissione non produce alcun effetto di trasferimento (di alcun diritto) dal creditore al debitore. Essa consegue, d'altronde, alla scelta del creditore di perdere il proprio diritto di credito. Non risulta così corretto un parallelismo tra la remissione del debito e le rinunzie (traslative) contemplate nel n. 5 dell'art. 2643 cod. civ.⁴⁵, norma che prevede la loro trascrizione.

Simmetricamente, non si verifica alcun (ri)trasferimento al creditore in caso rifiuto della remissione da parte del debitore.

Non possono, per tanto, applicarsi le norme che riguardano la condizione risolutiva con effetto traslativo. Si pensi, ad esempio, a quelle sull'amministrazione del bene durante la situazione di pendenza (artt. 641 ss. cod. civ.). Per altro, il trasferimento (che manca nella remissione) del diritto è presupposto di applicazione dell'opponibilità degli effetti della condizione, in conseguenza della trascrizione (artt. 2655, 2659, 2660 cod. civ.).

A questi rilievi, che impediscono di applicare alla remissione l'istituto della condizione così come disciplinato dalla legge, si può aggiungere un'ulteriore notazione. Il rifiuto della remissione, che con-

⁴³ Cfr. ALLARA, *op. cit.*, 254; TILOCCA, *Remissione del debito*, cit., 413 s.; G. BENEDETTI, *Struttura della remissione*, cit., 1295 ss., 1310 ss.; DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 297 s. In giurisprudenza, cfr. Cass., 20 ottobre 1958, n. 3355.

⁴⁴ Secondo Cass., 29 ottobre, 1958, n. 3355, la dichiarazione del debitore di non voler profittare della remissione sarebbe una rinuncia abdicativa, in grado di operare come una condizione risolutiva dell'efficacia del negozio. Cfr. anche Cass., 9 maggio 1955, n. 1272.

⁴⁵ Sul tema, cfr. GAZZONI F., *La trascrizione immobiliare*, I, in *Commentario Schlesinger*, diretto da Busnelli, Giuffrè, 1991, 233; ID., *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli e F. Gazzoni, I, Utet Giuridica, 2012, 258. Cfr. anche L. FERRI-ZANELLI, *Della trascrizione immobiliare*, in *Commentario Scialoja-Branca*, sub artt. 2643-2696, Zanichelli, 1995, 153.



duce a consolidare l'obbligazione annullando le potenzialità estintive della comunicazione remissoria del creditore, dipende dalla mera volontà del debitore. L'art. 1355 cod. civ. vieta però di subordinare l'effetto dell'assunzione di un obbligo a una condizione dipendente dalla mera volontà del debitore. Deve quindi escludersi che la peculiare tutela (rinforzata, rispetto a quella che assiste i vincoli obbligatori) garantita dall'apposizione di una condizione possa realizzarsi quando l'effettività dell'assunzione di un obbligo si realizzi in espressione della mera volontà del debitore di darvi seguito.

Tutto ciò impedisce che possa farsi ricorso alla condizione, tecnicamente intesa, nella ricostruzione del complessivo atteggiarsi della remissione del debito ⁴⁶.

Ciò non ostante, dall'esame del negozio unilaterale del rifiuto del debitore possono sicuramente trarsi utili spunti per individuare le regole di attuazione dello strumento remissorio nel modo più fedele all'effettiva intenzione del legislatore.

In particolare, la valenza attribuita dal codice alla facoltà di opporsi alla remissione, mette in luce la necessità di valorizzare, nel contesto della complessiva vicenda giuridica qui studiata, la figura del debitore ⁴⁷, che ha facoltà di intervenire al fine di impedire l'estinzione dell'obbligazione ⁴⁸.

Come già rilevato, il rifiuto rinvia inevitabilmente a un interesse di base: quello a non essere liberato a causa della remissione. In termini più generali, esso si può collegare alla pretesa del debitore di non subire ingerenze nella propria sfera giuridica, anche quando siano oggettivamente vantaggiose sotto il profilo patrimoniale.

Se ne ricava che, con il rifiuto, si dà valore all'autonomia privata: viene garantito, dall'ordinamento, un filtro che protegge il debitore rispetto all'operato del creditore che intenda svincolarlo dall'obbligazione ⁴⁹.

Dall'art. 1236 cod. civ. emergono, perciò, due fronti: da un lato, quello del creditore, al quale deve essere consentito di disporre della propria sfera patrimoniale, anche rinunciando a un pagamento; dall'altro, quello del debitore, che non può essere costretto ad assistere passivamente alla propria liberazione, voluta da altri ⁵⁰.

I tratti di differenza tra le rispettive posizioni si delineano con riferimento alla realizzazione dell'effetto estintivo: mentre il creditore, a seguito della remissione, non può confidare sull'estinzione dell'obbligazione, il debitore ha, invece, pieno potere circa la sua conservazione. È al debitore che viene riservata l'ultima parola sul destino del vincolo giuridico.

La centralità dell'interesse del debitore all'adempimento viene in rilievo anche nelle norme che disciplinano la mora del creditore: al debitore viene infatti attribuito il diritto di liberarsi (artt. 1210, comma 2, 1216, comma 2), ponendo in essere dei comportamenti diretti al pagamento. Può così dar seguito alla volontà di effettuare l'adempimento, anche quando il creditore non intenda riceverlo.

Distinguendo i mezzi necessari per organizzare ed eseguire un certo pagamento dal risultato finale

⁴⁶ Appare, per altro, incoerente col sistema dei negozi giuridici, ergere a condizione un atto di riscontro da parte di un soggetto, il debitore, che, di fronte alla comunicazione della remissione, viene spesso paragonato a un oblato: d'altro canto, non si può considerare "condizione" il rifiuto (o il mancato rifiuto), entro un certo tempo, dell'oblato in caso di proposta di contratto con obbligazioni a carico del solo proponente.

⁴⁷ Cfr., al riguardo, STANZIONE, *op. cit.*, 579.

⁴⁸ Cfr., sul punto, PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 194; STANZIONE, *op. cit.*, 584.

⁴⁹ Cfr. N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 301.

⁵⁰ Cfr. G. GIACOBBE-GUIDA, *op. cit.*, 768 s.



che si consegue con esso, si può allora ritenere che, mentre quest'ultimo riguarda precipuamente la sfera del creditore, i primi afferiscono alla sfera di autonomia del debitore, a cui non può essere sottratto il potere di attivarli.

D'altro canto, la soddisfazione del creditore non è normalmente collegata all'impiego di specifiche modalità di esecuzione della prestazione, da parte di uno specifico soggetto, potendo raggiungersi anche mediante l'adempimento ad opera di un terzo.

In segno di distinzione tra le due contrapposte situazioni, il risultato da conseguire caratterizza la posizione di credito, così come gli strumenti per approdarvi caratterizzano, ordinariamente, la posizione di debito. Per questa ragione, con la remissione del debito, il creditore può liberamente manifestare di voler rinunciare al risultato, ma resta riservata all'autonomia del debitore la facoltà di attuare ugualmente i mezzi per il pagamento, opponendosi alla liberazione.

Va osservato, in merito, che l'interesse ad adempiere non coinvolge necessariamente solo profili di valenza morale, potendo riflettere una rilevanza patrimoniale. Si pensi, al riguardo, all'importanza economica che assume la dimostrazione della capacità di adempiere a determinate obbligazioni (si pensi, specialmente, a quegli adempimenti che presuppongono una peculiare capacità organizzativa), al fine di conseguire un elevato grado di attrattività sul mercato.

In aderenza a quanto osservato, dall'art. 1236 cod. civ. si evince che spetta al debitore il potere di far operare l'estinzione dal momento della ricezione dell'atto remissorio, restando inerte. Tale atto non produce, invece, alcun effetto in caso di un suo rifiuto.

Si deve ritenere che la legge abbia inteso escludere valore a qualsiasi interesse – in capo a soggetti diversi dal debitore – a conoscere, prima che trascorra il lasso di tempo congruo previsto per il rifiuto, se effettivamente alla remissione possa assegnarsi valore (definitivamente) estintivo, a far data dalla relativa comunicazione.

Ciò comporta che, una volta manifestata la remissione, il creditore non può validamente accettare un eventuale adempimento del terzo. Altrimenti, il debitore sarebbe obbligato a pagare il terzo, con sostanziale impedimento dell'effetto della remissione, ma non per volontà del soggetto (appunto, il debitore) il cui preminente potere al riguardo è garantito dalla legge. Ne deriva che, se il creditore accetta un tale adempimento e successivamente il debitore non rifiuta la remissione entro il termine previsto dall'art. 1236 cod. civ., si configura un indebito.

Seguendo la stessa impostazione logica, in caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione successiva alla messa in mora (con conservazione, quindi, del vincolo a carico del debitore, *ex art. 1221 cod. civ.*)⁵¹, a cui faccia poi seguito la remissione, il debitore deve poter optare, comunque, per l'adempimento per equivalente. Ancora, se dopo la manifestazione dell'intento remissorio, il creditore cede il credito, in capo al debitore deve essere mantenuto il potere di opporre, anche nei confronti del cessionario, l'estinzione dell'obbligazione, sin dal momento della ricezione della remissione. Ciò deve valere, altresì, con riferimento agli altri casi di modificazioni soggettive riguardanti l'obbligazione e indipendenti dalla volontà del debitore. Si pensi a una espromissione che intervenga dopo la manifestazione della volontà remissoria: il debitore deve poter confidare nel potere di giungere all'estinzione dell'obbligazione – escludendo così che all'espromissione possa essere attribuito un qualche valore – sempre a far data dalla ricezione della remissione. Nel caso, invece, di delegazione o acollo – in cui

⁵¹ In mancanza di conservazione del vincolo, non può esservi, ovviamente, remissione. Cfr. Cass., 29 febbraio 2024, n. 5384: la remissione presuppone che il debito del destinatario non sia stato già estinto in altro modo.



gioca un ruolo fondamentale la volontà del debitore – intervenuti in un momento successivo alla ricezione della remissione, si può considerare sussistente, implicitamente, un sostanziale rifiuto *ex art.* 1236 cod. civ., con conservazione dell'obbligazione.

Altra conseguenza necessaria della previsione, ad esclusivo vantaggio del debitore, del termine per il rifiuto consiste nell'inammissibilità della revoca della remissione già comunicata al debitore⁵²: quest'ultimo soggetto, infatti, può scegliere di far valere l'effetto estintivo direttamente dal momento della suddetta ricezione. Perché abbia effetto, la revoca deve allora giungere al debitore prima della remissione. La revoca, cioè, deve rendere manifesto che la successiva comunicazione di remissione va considerata priva di valore. Ciò è certamente consentito in altri ambiti: si pensi a quanto previsto dall'art. 1328, comma 2, cod. civ. per la revoca dell'accettazione (l'applicabilità della stessa regola si giustifica in virtù della similitudine di *ratio*: gli effetti patrimoniali, all'esito delle trattative, sono infatti ascrivibili alla comunicazione dell'accettazione, non della proposta, così come è alla comunicazione della remissione che deve collegarsi l'effetto patrimoniale estintivo disposto dall'art. 1236 cod. civ.)⁵³.

Non emerge una valida ragione per disquisire, aprioristicamente e astrattamente, in ordine alla ricerca del momento di estinzione dell'obbligazione. La norma lo fa coincidere con la comunicazione della remissione al debitore ma, in sostanza, rientra nell'esclusiva disponibilità di quest'ultimo deliberare, entro un termine congruo, circa la liberazione dal vincolo: se si oppone, la remissione non ha portata estintiva; se non fa nulla entro l'anzidetto termine di legge, la remissione si considera dotata di portata estintiva che risale al tempo della ricezione.

Questi rilievi si pongono in continuità con la ricostruzione ermeneutica sopra prospettata circa l'inutilità della ricerca di una causa da imporre in modo generalizzato alla remissione del debito. Quest'ultima si risolve in un mero schema di legge per l'estinzione dell'obbligazione, la cui applicazione, o meno, a una situazione concreta va valutata, imprescindibilmente, *a posteriori*: dopo la decorrenza del congruo termine, con estinzione dell'obbligazione da collocare al momento della comunicazione della manifestazione remissoria; ovvero, in alternativa, dopo il rifiuto del debitore, con esclusione di ogni effetto estintivo.

Deve evitarsi, essenzialmente, qualsiasi preconcetto per cui la valutazione circa l'estinzione dell'obbligazione debba effettuarsi già al tempo della comunicazione della remissione. Siffatta valutazione può operarsi solo nel momento in cui tutti gli elementi, compreso il rifiuto o il decorso del termine congruo (senza opposizione del debitore), dello schema remissorio previsto dalla legge sono ormai emersi. Un tale accertamento non può avvenire quando viene ricevuta la remissione, sebbene sia in tale momento che deve collocarsi l'effetto estintivo, se decorre inutilmente il termine congruo assegnato al debitore.

Ne scaturisce, ad esempio, la doverosità dell'adempimento del debitore, intervenuto dopo la comu-

⁵² Nonostante le ragioni alla base della disciplina in materia differiscano, come rilevato nel testo, da quelle che sottendono le norme sul contratto, può ipotizzarsi l'applicazione, in via analogica, dell'irrevocabilità disposta dal comma 1 dell'art. 1333 cod. civ. con riferimento alla proposta (che, d'altronde, è un atto unilaterale, al pari della remissione) ivi contemplata.

⁵³ A confutare la tesi sostenuta nel testo, circa l'inammissibilità della revoca, non può valere il richiamo alla disciplina del contratto a favore del terzo, che consente allo stipulante di revocare la stipulazione finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente, di volerne profittare. Questa revocabilità si giustifica perché si verte in materia contrattuale: la manifestazione del terzo può infatti paragonarsi a una sostanziale accettazione degli effetti del contratto. D'altronde, in questa materia, la legge non prevede che il terzo acquisti il diritto contro il promittente "dal momento" della stipulazione, bensì "per effetto" della stipulazione (la locuzione non prevede una collocazione temporale per l'efficacia del contratto nei confronti del terzo, stabilendo semplicemente il nesso tra la stipulazione e l'acquisto del diritto in capo a tale soggetto).



nicazione della dichiarazione di remissione ma entro il termine indicato dall'art. 1236 cod. civ. Esso non può considerarsi alla stregua di un indebito, in quanto – lo si ribadisce – se è vero che la remissione estingue l'obbligazione al momento della comunicazione al debitore, è vero anche che non vi è alcuna remissione da analizzare prima del decorso del tempo congruo stabilito dalla legge (è necessario attendere la conclusione di tale periodo temporale per poter affermare se si prospetti o meno, nei fatti accaduti, un atto remissorio con valore estintivo).

8. – Il termine assegnato al debitore per poter esercitare il diritto di rifiuto deve risultare adeguato rispetto alla decisione da prendere. Il rilievo che assume, secondo quanto è stato sopra ricavato, la figura del debitore in ordine all'estinzione dell'obbligazione, induce a rapportare la congruità del termine all'interesse di tale soggetto⁵⁴.

Ciò non consente, tuttavia, di attribuire al debitore la scelta su quale ampiezza debba avere il tempo a sua disposizione per rifiutare la remissione. Risulterebbe, altrimenti, gravemente sacrificata la certezza sulla permanenza o meno del rapporto obbligatorio, con inaccettabile pregiudizio della sfera del creditore. Devono, per tanto, essere osservati dei parametri oggettivi, che comunque ricolleghino l'individuazione della congruità del termine alla specifica situazione in cui versa il debitore, a cui deve essere offerta, in modo concreto, la possibilità di rifiutare la remissione. In mancanza di elementi specializzanti, il termine deve, allora, calcolarsi in modo da assegnare un valore dominante alla sfera di libertà del destinatario della remissione.

Può richiamarsi, al riguardo, per una sua applicazione analogica, la norma che, al fine di circoscrivere il tempo dell'adempimento, prende le mosse dalla volontà del debitore. Si fa riferimento all'art. 1183, comma 2, cod. civ., secondo il quale, se il termine per l'adempimento è rimesso alla volontà del debitore, spetta al giudice di stabilirlo secondo le circostanze. All'esercitabilità del rifiuto della remissione si applica così il termine che le circostanze consentono di definire congruo: in caso di controversia, la sua precisa individuazione spetta al giudice.

La centralità da assegnare alla figura del debitore impone una relativizzazione, a suo favore, del congruo termine. Così, ad esempio, non deve considerarsi necessariamente indebito il pagamento da questi concretamente eseguito dopo la remissione, anche se esso si realizza in un momento successivo all'avvenuto decorso di un lasso di tempo oggettivamente congruo secondo un criterio di normalità meramente astratto⁵⁵.

La natura negoziale del rifiuto rende applicabili, in quanto compatibili, le norme che riguardano l'invalidità per incapacità e vizi del consenso, in virtù del rinvio operato dall'art. 1324 cod. civ. Un rilievo a sé deve essere attribuito invece alla mancanza di rifiuto, cioè alla mera perdurante omissione a fronte della comunicazione della volontà remissoria del creditore. Il silenzio del debitore, in sostanza, è un "non comportamento". Esso risulta privo di un sostrato esteriore che consenta di renderlo oggetto di impugnazione per incapacità, errore, violenza o dolo, sebbene abbia un incisivo valore ai fini

⁵⁴ Cfr. G.E. NAPOLI, *Remissione del debito*, cit., 258.

⁵⁵ Secondo P. GALLO, *Pactum de non petendo e prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 987, un tale pagamento dovrebbe ritenersi indebito, ma comunque irripetibile *ex* art. 2034 cod. civ. Secondo l'Autore, il requisito della spontaneità del pagamento, previsto dall'art. 2034 cod. civ., può ravvisarsi anche in caso di errore (*ivi*, 1005 s.; certamente, non in caso di violenza o dolo). Non si comprende, tuttavia, a supporto della applicazione, per ragioni di specialità (che escludono di far ricorso all'art. 2034 cod. civ.), della regola individuata qui sopra nel testo, perché mai un debitore che conosca la dichiarazione di remissione del creditore ed effettui, senza rilevanti condizionamenti del consenso, il pagamento, debba poi chiederne la restituzione.



dell'estinzione dell'obbligazione, corrispondendo a una sostanziale acquiescenza nei confronti dell'intento, di liberazione dal vincolo, manifestato dal creditore. Su una tale accondiscendenza posso-no, d'altronde, incidere in modo determinante i suddetti vizi, che ordinariamente vengono in gioco quali interferenze riguardanti il momento di formazione della volontà: ne deriva la necessità di prenderli in precipua considerazione all'interno dell'*iter* che conduce alla definitività degli effetti della remissione⁵⁶.

Il parametro che consente di darvi rilievo è proprio la congruità, prevista dalla legge, del tempo concesso per il rifiuto.

I fattori che, in ambito negoziale, sono in grado di comportare l'annullabilità, per incapacità e vizi del consenso, si devono tradurre, perciò, in cause che impediscono il decorrere del termine assegnato al debitore dall'art. 1236 cod. civ. Precisamente, esso decorre congruamente se il debitore versa in una situazione che consenta di intendere gli effetti della remissione e di manifestare liberamente una consapevole opposizione della stessa. Altrimenti, non decorre, in applicazione di quei principi che ispirano la prescrizione dell'azione di annullamento e che si traggono dall'art. 1442, comma 2, cod. civ. Ad esempio: se il debitore subisce una minaccia che sarebbe rilevante, in ambito contrattuale (secondo gli artt. 1434 ss. cod. civ.), il termine per manifestare il rifiuto non può decorrere prima della cessazione della violenza; ancora, in caso di errore (rilevante *ex lege ex art.* 1428 cod. civ.), il termine per il rifiuto può congruamente decorrere solo dalla scoperta, in capo al debitore, della divergenza tra il reale atteggiarsi della vicenda remissoria e la rappresentazione che questi ne ha.

Alla congruità del termine deve, dunque, essere attribuito un valore non oggettivo e assoluto bensì soggettivo e relativo alla posizione del debitore.

La tesi qui offerta si pone in continuità con le critiche, già tracciate *supra*, all'impostazione che conferisce natura negoziale al mancato rifiuto pretendendo di trarne la bilateralità della struttura della remissione del debito⁵⁷.

Resta salva, vertendosi in materia di diritti di credito disponibili, la facoltà del creditore di ampliare il termine, oltre il limite di congruità previsto dalla norma. Non ha invece il potere di ridurne la portata, trattandosi di termine previsto a favore del debitore: non è consentito al creditore di fissare unilateralmente un termine di decadenza⁵⁸ restringendo così il tempo che la legge concede al debitore per rifiutare la remissione.

9. – La remissione trova il proprio fondamento nella decisione del creditore di sacrificare il proprio interesse alla prestazione, liberando il debitore. Si ritiene diffusamente che la remissione consista in un atto di rinuncia al credito, dal quale discende, in modo consequenziale, l'estinzione dell'obbligazione⁵⁹.

Secondo un diverso orientamento, la rinuncia al credito comporterebbe la perdita del diritto del creditore, mentre per la remissione, quindi per l'effetto estintivo sul vincolo tra le parti, sarebbe neces-

⁵⁶ Con riferimento al mancato rifiuto previsto dall'art. 1333 cod. civ., rinvia alla disciplina sull'impugnazione per vizi del consenso, SACCO, *Contratto e negozio a formazione bilaterale*, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Utet, 2016, 226 s.

⁵⁷ Sul punto, cfr. LUMINOSO, *op. cit.*, 7.

⁵⁸ Cfr. STANZIONE, *op. cit.*, 589, il quale ritiene che il congruo termine debba ricostruirsi alla luce del "principio di correttezza e di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.". Cfr., sul punto, G. GIACOBBE-GUIDA, *op. cit.*, 778 s.

⁵⁹ Cfr. TILOCCA, *La remissione del debito*, Cedam, 1955, 7 s.



saria la realizzazione della complessiva fattispecie prevista dalla legge⁶⁰, che consente al debitore di conservare l'obbligazione manifestando il proprio rifiuto⁶¹.

Individuando, quale elemento di distinzione, una autonoma sfera di azione dei due istituti, si è ritenuto che la remissione influisca direttamente sulla sfera del debitore, mentre la rinuncia solo su quella del creditore⁶².

Questa impostazione ermeneutica ha fatto perno sulla ricostruzione di due differenti funzioni: dismissiva, quella della rinuncia, ed estintiva, quella della remissione⁶³. La rinuncia – seguendo tale tesi – avrebbe, in via diretta, una valenza abdicativa: l'estinzione del debito sarebbe solo un suo effetto, eventuale e riflesso⁶⁴.

Rispondendo a tale ricostruzione, si è precisato che la remissione opera, comunque, direttamente nella sfera del creditore: l'effetto su quella del debitore è realizzato dalla legge⁶⁵.

La tipizzazione codicistica induce, invero, a ritenere che la rinuncia a un diritto di credito consista, tecnicamente, in una remissione⁶⁶.

Deve notarsi, a tal proposito, che una rinuncia all'adempimento, nella misura in cui assuma forma in aderenza alla complessiva fattispecie dell'art. 1236 cod. civ. (in mancanza di rifiuto del debitore) e

⁶⁰ Cfr. P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., 130.

⁶¹ Cfr. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit., 209 ss.; STANZIONE, *op. cit.*, 590 s.

⁶² Cfr. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Giappichelli, 1996, 168 s. Secondo l'Autrice, la remissione non si può considerare perfettamente equivalente a una rinuncia, in quanto la manifestazione di volontà del remittente non influisce unicamente sulla sua posizione attiva, ma incide anche sulla posizione del debitore: per questo, al debitore è attribuito il diritto di rifiutare la remissione, incidendo così nella sfera del creditore l'operatività di una rinuncia, invece, non può essere prevista la collaborazione di nessuno.

⁶³ Cfr. P. PERLINGIERI, *Remissione del debito e rinuncia al credito*, cit., 174. L'Autore ritiene che la remissione non sia una rinuncia, essendo possibile una rinuncia al credito diversa dalla remissione: con la rinuncia al credito, il creditore realizzerebbe l'interesse alla mera dismissione del proprio diritto (*ivi*, 220). Quale ipotesi in cui si verificherebbe una rinuncia al credito che non comporti necessariamente una remissione si indica la situazione in cui uno dei creditori solidali rinunci al credito, senza rimettere il debito: si afferma che, in tal caso, il debitore sarebbe pur sempre tenuto, verso gli altri concreditori, a eseguire l'intera prestazione, senza poter manifestare un rifiuto (*ivi*, 177 ss.). Tale esempio, tuttavia, sembra porsi in contrasto con la norma dell'art. 1301, comma 2, c.c., se questa viene letta – appropriatamente, secondo le argomentazioni seguite in questo scritto – nel senso di affermare il diritto del debitore di giovare della rinuncia di uno dei concreditori, ovviamente nella misura in cui essa gli sia nota: d'altronde, sarebbe indebito un pagamento dell'integrale prestazione agli altri concreditori, i quali non avrebbero il diritto di trattenere per sé la parte spettante a chi ha rinunciato.

⁶⁴ Cfr. MACIOCE, *Rinuncia*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè, 1989, 923 ss. Cfr. anche STANZIONE-SCIANCELEPORE, *Remissione e rinuncia*, Giuffrè, 2003, 296: "Come nel linguaggio comune, anche per il diritto il rinunziante è colui che si priva di qualcosa, non chi libera qualcuno".

⁶⁵ Cfr. TILOCCA, *La remissione del debito*, cit., 8 s.: "La remissione, quindi, agisce in seno alla sfera del solo creditore e vi agisce con efficacia meramente dismissiva. Non tocca e non modifica quella del debitore, sulla quale opera direttamente la legge ... È evidente, quindi, come la remissione, esaurendosi in ogni caso la sua vera funzione nel provocare la separazione del diritto dal remittente, nel far, cioè, perdere a quest'ultimo il diritto, debba riportarsi nell'ambito del fenomeno rinunciativo".

⁶⁶ Cfr. FERRARI, *Riflessioni in tema di rinuncia al credito e remissione del debito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 2. Cfr. anche A. BOZZI, *op. cit.*, 715: "La rimessione del debito si può configurare come rinuncia in senso tecnico; la liberazione del debitore, a ben vedere, è un effetto mediato della rinuncia, che deriva dalla perdita del credito". TOESCA DI CASTELLAZZO, *Rimessione del debito*, in *Nuovo Dig. it.*, XVIII, Utet, 1939, 698, osserva che la "rimessione del debito, a qualunque scopo informata, può essere unilaterale, e rientra nella categoria delle rinunce (sic). È naturale poi che le parti possano preferire la forma convenzionale, se questa meglio risponde alle loro esigenze pratiche". Precisa NOBILI, *Le obbligazioni*, Giuffrè, 2019, 207, che "tra rinuncia e remissione ricorre un rapporto di *genus a species*: con la rinuncia si intende fare riferimento a tutta la categoria di atti che implicano la dismissione di un diritto, mentre la remissione è una rinuncia avente ad oggetto un credito".



sia esteriorizzata in modo da non lasciar dubbi sulla volontà abdicativa, se estingue il credito, estingue in ogni caso anche il debito, in ragione della interdipendenza tra le posizioni giuridiche delle due parti coinvolte⁶⁷.

In termini generali, non convince, allora, la tesi che intende delineare uno statuto, autonomo e necessario, valido per tutte le rinunce, da applicare anche a quella che riguarda il diritto di credito, al fine di darvi autonoma valenza, distinta da quella estintiva della remissione.

Gli effetti di ciascun peculiare atto di rinuncia previsto dal codice, infatti, sono disciplinati, di volta in volta, in modo speciale. È, per tanto, necessario, nel ricostruire una delle rinunce previste dalla legge – quella al credito – evitare apriorismi che, mirando a una generalizzazione dell’atto abdicativo, allontanano dalle concrete prescrizioni normative.

Dalla disposizione dell’art. 1236 cod. civ. emerge, dunque, che l’esteriorizzazione della rinuncia al pagamento⁶⁸ si qualifica come remissione ed estingue l’obbligazione, restando salvo il potere del debitore di opporsi.

Delimitato così il confine di rilevanza previsto dalla legge, ne consegue che una rinuncia al pagamento che non venga esteriorizzata in modo da palesarsi nei confronti del debitore, restando all’interno della sfera giuridica del creditore, non può avere alcun effetto estintivo ex art. 1236 cod. civ.: si può, al massimo, configurare, in tale ipotesi, una mera astensione dal richiedere quanto dovuto. Col trascorrere del tempo, può giungersi, in caso, all’estinzione del relativo diritto per prescrizione. Se invece la rinuncia è manifesta, giungendo così a conoscenza del debitore, sebbene consista comunque in una abdicazione del diritto che fa capo al creditore⁶⁹, si risolve, a tutti gli effetti, in una remissione del debito, con estinzione tanto del credito quanto dell’obbligazione⁷⁰, salvo che intervenga l’opposizione del debitore.

10. – Il creditore può disporre del proprio diritto rinunciando non al credito, bensì alle garanzie che l’assistono.

Essendo necessaria, per l’effetto remissorio (quindi estintivo) l’esternazione di un’indubbia volontà

⁶⁷ Cfr. C.M. BIANCA, *L’obbligazione*, cit., 467 s.

⁶⁸ Il creditore rinuncia, invero, all’adempimento e non al credito: quest’ultimo si estingue per legge, secondo lo schema previsto dall’art. 1236 c.c. e non perché interviene una rinuncia che lo riguarda. Per l’estinzione del credito è dunque necessario che il debitore vi acconsenta, non rifiutando la rinuncia all’adempimento.

⁶⁹ Cfr. A. BOZZI, *op. cit.*, 1141: “ricorre una rinuncia ogni qualvolta, sulla base della volontà del titolare del diritto subiettivo o di altre situazioni giuridiche soggettive, viene meno la tutela giuridica dell’interesse che fa capo al soggetto e non si verifica alcun passaggio di codesta tutela ad altro soggetto o modificazione alcuna della sfera giuridica di questo, sicché il relativo atto si presenta come atto dismissivo di diritti o di altre situazioni giuridiche soggettive”.

⁷⁰ Cfr. ATZERI, *Delle rinunzie secondo il codice civile italiano*, Utet, 1915, 37 s.: “la rinuncia non fa che creare le condizioni esterne che, secondo il nostro ordinamento giuridico, rendono ad altri possibile l’acquisto del diritto dismesso: ma – quando tali condizioni sorgono – l’acquisto del diritto, dismesso da parte d’altri, si verifica in forza del diritto, che all’acquirente stesso può competere (...). Il diritto, che i secondi acquistano in seguito alla rinuncia, non ha nulla a che vedere con quello estinto per effetto di questa”. Cfr. anche GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 86: “L’effetto proprio di quest’atto consiste nell’estinzione di un diritto del rinunciante; e questo effetto si consuma ed esaurisce nella sfera stessa del dichiarante. Il diritto non si perde dal soggetto per trasferirsi ad altri, ma si perde perché si estingue in lui. Seppure dunque l’atto può produrre un effetto per i terzi, tale effetto non è in diretta relazione causale con la dichiarazione di rinuncia, ma ne costituisce soltanto una conseguenza riflessa e mediata”. Per la distinzione tra effetto diretto, effetto riflesso e conseguenze ulteriori del negozio cfr. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Jovene, 1972, 71 ss. È stato notato che la liberazione del debitore consegue direttamente all’atto di remissione, in ragione della corrispondenza biunivoca tra credito e debito: cfr. BENEDETTI, *Struttura della remissione*, cit., 1291 ss. Cfr. anche CICALA, *L’adempimento indiretto del debito altrui*, Jovene, 1963, 191 ss.



di rinuncia al credito, l'art. 1238 cod. civ. prevede che la semplice rinuncia alle garanzie dell'obbligazione non può costituire prova presuntiva della remissione del debito principale.

La disposizione viene considerata superflua⁷¹, in quanto mira puramente a ribadire il principio per cui la remissione, che non sia espressa, deve risultare voluta dal creditore in modo univoco, potendosi desumere, in via indiretta, solo da un comportamento che sia incompatibile con l'intento di avvalersi del diritto di credito⁷².

Ne discende, implicitamente, che, salve le eccezioni specificamente disposte dalla legge, per la remissione del debito vige, come già sopra rilevato, una generale regola di libertà di forma remissoria: essa può realizzarsi sia in modo espresso che tacito⁷³.

In virtù del rapporto di accessorietà che caratterizza la fideiussione rispetto all'obbligazione principale, si è disposto che la remissione accordata al debitore libera i fideiussori (art. 1239 cod. civ.), dovendosi, difatti, estinguersi tutte le garanzie, reali o personali, strettamente dipendenti dal vincolo⁷⁴.

Nel caso in cui vi siano più fideiussori, l'estinzione dell'obbligazione di uno di essi per remissione libera gli altri esclusivamente per la parte del soggetto liberato. Qualora gli altri abbiano consentito la liberazione di quest'ultimo, rimangono obbligati per l'intero pagamento garantito.

Questa regola si collega a quella contemplata dall'art. 1301 cod. civ. con riferimento alla remissione effettuata verso uno solo dei condebitori (la remissione a favore di uno dei debitori in solido libera anche gli altri debitori, salvo che il creditore abbia riservato il suo diritto verso gli altri, nel qual caso il creditore non può esigere il credito da questi, se non detratta la parte del debitore a favore del quale ha consentito la remissione. Se la remissione è fatta da uno dei creditori in solido, essa libera il debitore verso gli altri creditori solo per la parte spettante al primo)⁷⁵.

⁷¹ Cfr. LUMINOSO, *op. cit.*, 9.

⁷² Cfr. Cass., 14 luglio 2006, n. 16125; 18 maggio 2006, n. 11749; 12 settembre 2005, n. 18090; 10 ottobre 2003, n. 15180; 4 ottobre 2000, n. 13169; 21 dicembre 1998, n. 12765; 6 gennaio 1982, n. 4; 20 aprile 1974, n. 1100; 4 marzo 1966, n. 647.

⁷³ Cfr. PELLEGRINI, *op. cit.*, 136 s.; TILOCCA, *Remissione del debito*, cit., 408; LUMINOSO, *op. cit.*, 9.

⁷⁴ Cfr. TILOCCA, *Remissione del debito*, cit., 412; LUMINOSO, *op. cit.*, 10.

⁷⁵ Considerato che dal potere di rifiuto previsto dalla legge emerge la necessità di dar preminenza all'interesse del debitore ad adempiere, in caso di remissione esteriorizzata solo verso uno dei condebitori solidali, ciascuno di essi deve poter manifestare l'opposizione che, ex art. 1236 c.c., esclude l'effetto estintivo. In caso di obbligazione contratta nell'esclusivo interesse di uno solo dei condebitori, non può, tuttavia, ammettersi il rifiuto della remissione da parte di un altro condebitore.

Con riferimento alle obbligazioni solidali indivisibili, cfr. Cass., 17 novembre 2017, n. 27320: "In tema di obbligazioni indivisibili, fra le quali rientra la promessa di più soggetti di acquistare in comune un immobile considerato nella sua interezza, l'impossibilità che gli effetti del contratto si producano (o non si producano) pro quota o nei confronti soltanto di alcuni dei promissari comporta che il diritto di ciascuno dei creditori di chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione, comune alla disciplina delle obbligazioni solidali, richiamata in materia dall'art. 1317 c.c., non sia oggettivamente suscettibile dell'effetto liberatorio parziale nei confronti degli altri creditori previsto dall'art. 1301 c.c. nell'ipotesi di remissione di uno dei creditori; ciò, peraltro, non comporta la risolubilità del contratto per l'impossibilità di richiedere una prestazione pro quota dell'obbligazione indivisibile, attesa l'espressa previsione nell'art. 1320 c.c. secondo la quale la remissione di uno dei creditori non determina la liberazione del debitore nei confronti degli altri creditori e il loro diritto di domandare la prestazione indivisibile è condizionato, in tal caso, unicamente all'addebito o al rimborso del valore della parte di colui che ha fatto la remissione".

La remissione deve essere tenuta distinta dalla rinuncia alla solidarietà. Cfr. Cass., 27 gennaio 2015, n. 1453: "In tema di obbligazioni solidali, la circostanza che il creditore accetti da uno dei debitori il pagamento di una parte del debito complessivo, rilasciandone quietanza e non riservandosi di agire nei confronti dello stesso debitore per il residuo, integra gli estremi della rinuncia alla solidarietà disciplinata dall'art. 1311, secondo comma, n. 1), cod. civ., con conseguente conservazione dell'azione in solido nei confronti degli altri condebitori, non rinvenendosi nella specie gli estremi per l'applicazione della remissione del debito liberatoria per gli altri coobbligati, disciplinata dall'art. 1301, primo comma, cod. civ., giacché l'effetto della rinuncia è solo quello di ridurre l'importo del debito residuo verso quell'obbligato e non di abdicare al diritto di esigere dagli altri coobbligati il pagamento di quanto ancora dovuto".



Si è osservato che, in ragione di quanto previsto dall'art. 1276 cod. civ., in caso di rifiuto della remissione, l'obbligazione non si estingue ma cessano le garanzie che vi accedono⁷⁶.

Una tale tesi si coniuga con l'impostazione che considera il rifiuto del debitore alla stregua dell'avveramento di una condizione risolutiva. Si espone dunque alle critiche sopra svolte.

Considerando, come sopra spiegato, la remissione quale complessivo schema predisposto dalla legge per l'estinzione dell'obbligazione, si deve ritenere che la mancanza di opposizione del debitore, nel termine previsto, sia elemento essenziale affinché si raggiunga l'effetto caducatorio. Se quest'ultimo soggetto esprime il proprio rifiuto, non rive l'obbligazione: semplicemente non risulta mai essersi estinta.

Ne consegue che, in caso di rifiuto della remissione, il debito permane insieme alle garanzie che vi accedono.

L'art. 1240 cod. civ. prevede la rinuncia del creditore alla garanzia dietro corrispettivo.

Attraverso un accordo tra il creditore e il garante o tra il creditore e il debitore o, ancora, tra il creditore e un terzo, si può prevedere infatti l'estinzione della garanzia, reale o personale, che assiste il credito, verso il pagamento (da parte del garante, del debitore o del terzo) di un corrispettivo.

La legge dispone che, in tal caso, il pagamento effettuato a favore del creditore deve essere imputato al debito principale, in modo che se ne possano avvantaggiare il debitore e gli eventuali altri garanti. Deve evitarsi, d'altronde, un ingiustificato arricchimento del creditore⁷⁷.

Se il garante provvede al pagamento integrale della prestazione oggetto di obbligazione, non se ne può ricavare una mera rinuncia alla garanzia, bensì il pieno soddisfacimento delle ragioni creditorie. Per l'applicazione della norma, deve trattarsi di un pagamento avente valore inferiore al credito: è in questo modo, difatti, che si realizza il patto solutorio che fa estinguere la garanzia.

Il negozio di rinuncia alla garanzia a titolo oneroso va qualificato, a seconda dei casi, come transazione, come *datio in solutum*, come compensazione convenzionale, come novazione oggettiva, ecc.⁷⁸.

La norma conferma, così, che la remissione consiste in un mero schema (privo di connotazione causale) predisposto dalla legge per raggiungere il risultato estintivo.

Nell'ambito degli orientamenti che, dirigendosi in senso diverso, hanno inteso assegnare una specifica valenza negoziale (e causale) alla remissione si è invece dovuto concludere che la disposizione dell'art. 1240 cod. civ. è da considerare assolutamente estranea rispetto all'articolazione dell'istituto⁷⁹.

⁷⁶ Cfr. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Giuffrè, 1958, 115 ss.; TILOCCA, *Remissione del debito*, cit., 419.

⁷⁷ Cfr. STANZIONE, *op. cit.*, 593.

⁷⁸ Cfr. BENEDETTI, *Struttura della remissione*, cit., 1300; TILOCCA, *Remissione del debito*, cit., 400 s.

⁷⁹ Cfr., sul punto, ALLARA, *op. cit.*, 306.



MARIA FRANCESCA TOMMASINI

Professoressa ordinaria di Diritto privato – Università degli Studi di Messina

FAST FASHION. PROBLEMI GIURIDICI

SOMMARIO: 1. Fast fashion. Dagli Accordi multifibre all'International accord for health and safety in the textile and garment industry. – 2. Il sistema europeo per la sostenibilità delle filiere produttive. Il Corporate sustainability due diligence. – 3. La responsabilizzazione socio-ambientale delle imprese in Italia. Le reti-contratto della moda. – 4. La riforma costituzionale e il ruolo proattivo svolto dalle imprese del fashion. I beni “confrontabili” e gli obblighi informativi gravanti sui produttori. – 5. Etichette ingannevoli e tutela a doppio livello. I ricorsi collettivi dei consumatori ed i provvedimenti dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato. – 6. La tutela individuale degli interessi lesi dalla non veridicità delle informazioni. L'evoluzione del modello contrattuale e il rimedio della nullità. – 7. Prospettive future per una nuova sostenibilità.

1. – Il termine inglese “fast fashion” (letteralmente “moda veloce”) indica un particolare settore della moda caratterizzato dalla velocità di progettazione dei capi di abbigliamento e dalla varietà ed economicità della loro produzione¹. Questo modello di produzione, e quello ancor più distorto dell’ultra fast fashion², contraddistinto dalla drastica riduzione del lead time³ che ha reso la moda democratica e accessibile tutti⁴ hanno, però, un enorme impatto sull’ambiente poiché richiede una grande quantità di risorse naturali⁵ e genera una spasmodica produzione di rifiuti tessili-

¹ L’espressione è stata utilizzata per la prima volta nel 1989 in un articolo dedicato all’apertura di un negozio Zara a New York ove si elogiava la rapidità con cui un capo di abbigliamento passava dall’idea dello stilista alla vendita in negozio entro un termine massimo di quindici giorni (in www.nytimes.com).

² Con questa formula si fa riferimento alla moda ultra veloce del marchio di moda Shein. Secondo un recente Rapporto di Greenpeace Germania (*Taking the shine off Shein: hazardous chemicals in SHEIN products break EU regulations, new report finds*, in www.greenpeace.org) si tratta di un modello di business cinese basato sulla produzione e commercializzazione ogni giorno di migliaia di nuovi capi di design che vengono venduti a prezzi ultra economici. Il Rapporto sottolinea che i test eseguiti sui prodotti hanno rilevato che sette di essi (15%) contengono sostanze chimiche pericolose che infrangono i limiti normativi dell’UE (cinque di questi per oltre il 100%), mentre 15 prodotti (32%) hanno sostanze chimiche pericolose a livelli preoccupanti. I risultati includono livelli molto elevati di ftalati nelle scarpe e formaldeide nei vestiti per bambini.

³ Il lead-time è il periodo necessario per la produzione di un prodotto a partire dal suo disegno fino ad arrivare al momento in cui il prodotto finito è disponibile in negozio e può essere acquistato dai consumatori. Se prima il lead-time per il settore dell’abbigliamento si aggirava intorno ai tre mesi ora si è ridotto fino ad arrivare ad un minimo di due settimane (E. CLINE, *The shockingly high cost of cheap fashion*, London, 2012).

⁴ Secondo il Rapporto “Global lifestyle Monitor 2024”, rispetto ai consumatori globali, gli italiani possiedono in media più capi d’abbigliamento e persino più tessili per la casa: 17,5 capi intimi (contro una media globale di 12), 15,5 t-shirt (vs 11), 6 paia di jeans (vs 5,4), 12 asciugamani da bagno (vs 5,8) e 6,3 lenzuola (vs 5).

⁵ La fast fashion è responsabile del 10% delle emissioni serra sul pianeta. Anche lo sfruttamento delle acque è un altro grande problema spesso sottovalutato, basti pensare che per produrre una singola maglietta sono necessari 2.700 litri d’acqua,



li⁶. Oltre alle conseguenze negative sull'ambiente, questi fenomeni impattano anche sui diritti sociali perché le pressioni esercitate sui lavoratori al fine di minimizzare i costi di produzione e soddisfare una domanda rivolta al minor prezzo hanno come conseguenza lo sfruttamento della manodopera, le basse retribuzioni, la precarietà delle condizioni lavorative⁷ e l'impiego di lavoro minorile⁸. Sulla base di queste evidenze risulta chiaro che il *fast fashion* non è né sostenibile né etico⁹. Sin dai primi anni '70 del secolo scorso, per arginare l'espandersi del fenomeno, sono stati stipulati tra i paesi in via di sviluppo, la Comunità Europea e gli Stati Uniti i primi *Accordi multifibre* (MFA) allo scopo di limitare il tasso di crescita delle esportazioni dei prodotti tessili dai paesi sottosviluppati verso quelli più industrializzati. Più volte ridefiniti per evitare il crollo della produzione dell'industria tessile¹⁰, a partire dal 1° gennaio 1995, gli Accordi Multifibre sono stati sostituiti dall'*Agreement on Textiles and Clothing* (ATC)¹¹, un accordo di transizione che rispondeva all'obiettivo di agevolare entro un decennio (dal

un volume pari a quanto una persona dovrebbe bere in 2 anni e mezzo, mentre la produzione di un paio di jeans può richiedere fino a 10.000 litri. Per i processi di tintura di un capo sono necessari migliaia di litri di acqua senza considerare che i coloranti diffusi nell'ambiente contaminano ogni anno circa il 20% delle riserve idriche mondiali. A ciò deve aggiungersi il fatto che gli indumenti del *fast fashion* sono realizzati principalmente con poliestere e materiali sintetici, responsabili delle microplastiche rilasciate nell'ambiente. Il lavaggio di un singolo capo di abbigliamento può rilasciare fino a 700.000 microfibre che finiscono negli oceani e successivamente nella catena alimentare (sul punto è illuminante il Report 2020 *Interwoven risks, untapped opportunities. The business case for tackling water pollution in apparel and textile value chains*, in cdn.cdp.net). Ad oggi si stima che sui fondali marini siano presenti oltre 14 milioni di tonnellate di microplastiche che danneggiano la salute umana (*L'impatto della produzione e dei rifiuti tessili sull'ambiente*, in www.europarl.europa.eu).

⁶ I cittadini europei consumano ogni anno *pro capite* quasi 26 kg di prodotti tessili e ne smaltiscono circa 11 kg. Gli indumenti usati vengono per lo più inceneriti o portati in discarica (87%). Circa 60.000 tonnellate di vestiti provenienti da Europa, Stati Uniti e Asia partono a bordo di navi container dirette verso il Cile. Tra la catena delle Ande e la Cordigliera della Costa, si estende per oltre 100.000 km² il deserto di Atacama dove sorge una delle maggiori discariche di vestiti usati e invenduti del mondo (*Dove finiscono i vestiti della fast fashion? La discarica nel deserto di Atacama in Cile*, in www.geopop.it). Quello di Atacama non è un caso isolato, lo stesso accade sulle spiagge di Accra in Ghana dove ogni settimana giungono 15 milioni di abiti di seconda mano teoricamente destinati al mercato interno di rivendita di vestiti usati, ma di questi il 40% finisce di fatto nelle discariche (G. UNGHERESE, *Fast fashion: ogni settimana 15 milioni di vestiti usati soffocano il Ghana (e c'entra anche l'Italia)*, in www.greenpeace.org).

⁷ Il *Workers' conditions in the textile and clothing sector: just an Asian affair?* pubblicato dal Parlamento Europeo (in www.europarl.europa.eu) mostra uno spaccato delle condizioni inumane e degradanti a cui i lavoratori sono sottoposti. Dal Rapporto si evince che in Stati quali Cina, Bangladesh, India, Pakistan, Vietnam, Cambogia e Indonesia, milioni di persone, per la maggior parte donne e ragazze, lavorano in condizioni di schiavitù più di dieci ore al giorno, a volte senza nemmeno un giorno di pausa e il loro salario medio si aggira intorno ai 136 euro al mese, nettamente inferiore al salario di sussistenza (M. MORETTI, *Fast fashion. Una minaccia per i diritti umani*, in www.dirittoambientale.eu).

⁸ Secondo il Report dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, in www.ilo.org, in tutto il mondo sono 160 milioni i bambini costretti a lavorare in campi, miniere e nelle fabbriche della fast-fashion; 79 milioni di questi vivono in condizioni malsane e pericolose.

⁹ I due termini sono spesso sovrapponibili. La moda etica e sostenibile ha come quello di eliminare le conseguenze negative che impattano sull'ambiente mediante lo sviluppo di pratiche ecologiche. Vale la pena ricordare che il concetto di moda sostenibile è spesso accostato ad altre qualificazioni come "moda circolare", "moda green", "moda ecologica", "moda a basso impatto ambientale" che fanno tutti intendere che gli articoli di moda sono acquistati o prodotti utilizzando attività che non sfruttano troppe risorse, non inquinano, non danneggiano o compromettono l'ambiente ma generano piuttosto benefici ambientali, sociali ed economici (K. VENTURINI, *Moda etica e sostenibile. I primi passi verso la sostenibilità*, Milano, 2023).

¹⁰ Il primo Accordo Multifibre siglato nel 1973 riguardava la maggior parte dei prodotti presenti sul mercato e consentiva ai firmatari di negoziare accordi bilaterali e unilaterali con i paesi in via di sviluppo, attraverso l'applicazione di quote all'import o restrizioni volontarie all'export. L'Accordo, dopo essere stato rinnovato per tre volte (1977, 1981 e 1986) si è concluso nel dicembre 1994. Il definitivo smantellamento delle misure protezionistiche, in quanto contrastanti con i principi di libero scambio, è stato sancito dall'ottavo *round* negoziale (*Uruguay Round*) dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (GATT).

¹¹ *Agreement on textiles and clothing*, in www.worldtradelaw.net.



1995 al 2005) il passaggio da un complesso sistema di restrizioni quantitative dell'importazione ad una piena liberalizzazione del settore¹². L'accordo lasciava ai paesi importatori la libertà di decidere i prodotti da liberalizzare in ciascuna fase, con la conseguenza che i prodotti meno sensibili, non soggetti a forte concorrenza, sono stati liberalizzati per primi, mentre nell'ultima fase, si è realizzata la liberalizzazione degli articoli più concorrenziali.

La mancanza di ogni controllo ha, però, reso il fenomeno sempre più pericoloso tanto da sfociare il 24 aprile 2013 nella tragedia del Rana Plaz in Bangladesh¹³. Un edificio commerciale di otto piani occupato da fabbriche di abbigliamento è crollato improvvisamente causando la morte di circa 1.134 lavoratori del tessile che stavano producendo capi per famosi *brand* di moda usa e getta¹⁴. A seguito della tragedia, alcuni marchi globali si sono riuniti per firmare l'accordo "*Fire and building safety in Bangladesh*" (*Bangladesh Accord*) atto a garantire ai lavoratori un ambiente di lavoro più sicuro e ad assicurare loro maggiori tutele¹⁵. L'accordo sottoscritto nella sua prima stesura il 15 maggio 2013 da trentuno *brand* della moda, è stato rinnovato nel 2018 con l'adesione di centonovanta *griffe* internazionali. Il 1° settembre 2021 è entrato in vigore l'*International accord for health and safety in the textile and garment industry*¹⁶ che, sostituendo il *Bangladesh Accord*, ha esteso gli obblighi di sicurezza a qualsiasi luogo di lavoro e si è impegnato a coinvolgere nel programma anche altri Paesi¹⁷.

2. – Di là dalle iniziative di sostegno per lo sviluppo di pratiche di produzione sostenibile adottate nei paesi d'oltreoceano¹⁸ e in quelli del vecchio continente¹⁹, facendo seguito all'*UN Alliance for Sus-*

¹² E. MAZZEO-C. PASCUCCHI-C. GIOFFRÈ, *La liberalizzazione del tessile-abbigliamento: impatti e strategie*, in www.ice.it.

¹³ *The Rana Plaza Accident and its aftermath*, in <https://www.ilo.org>.

¹⁴ Dei ventinove marchi identificati come aventi i prodotti provenienti dalle fabbriche del Rana Plaza, solo nove hanno partecipato alle riunioni tenutesi per concordare una proposta di risarcimento alle famiglie delle vittime. Molte aziende si sono rifiutate di firmare e tra queste Walmart, Carrefour, Mango, Auchan e Kik. L'accordo, piuttosto, è stato siglato da Primark, Loblaws, Bonmarche e El Corte Inglés. Nel marzo del 2014, solo sette aziende hanno contribuito a finanziare il fondo fiduciario dei donatori del Rana Plaza, sostenuto dalla Organizzazione internazionale del lavoro.

¹⁵ L'accordo prevedeva che la sicurezza degli ambienti di lavoro nelle fabbriche tessili del Bangladesh dovesse essere perseguita attraverso regolari e imparziali forme di ispezioni in fabbrica, divulgazioni pubbliche dei resoconti e dei piani d'azione correttivi, formazione dei lavoratori con corsi sulla sicurezza nei luoghi di lavoro (*safety training*) e possibilità per i lavoratori di presentare reclami concernenti luoghi da loro reputati poco sicuri, nonché aggiornamenti sui progressi dovuti all'accordo (W. THOMAS-M. HLAVKOVA-F. EL-HOSSENY, *Arbitrations commenced by workers' unions under the 2013 Bangladesh Accord can proceed*, in sustainability.freshfields.com). L'accordo originario della durata quinquennale è stato sottoscritto nuovamente il 1° luglio 2018 e, pur mantenendo i tratti distintivi del primo accordo, prevedeva un sistema bifasico per la risoluzione delle controversie. Inizialmente, cioè, le richieste devono essere ascoltate da un comitato composto da rappresentanti di "*trade unions and brands*" e presieduto da un rappresentante dell'International Labour Organization; successivamente, chiunque voglia impugnare le decisioni prese dal comitato, può agire davanti alla Permanent Court of Arbitration del L'Aja. Si tratta del primo caso nella storia della contrattazione collettiva internazionale in cui una procedura di arbitrato che segue le regole dell'UNCITRAL viene inclusa in un accordo globale tra sindacati e datori di lavoro.

¹⁶ L'Accordo è il risultato di una delle più significative conquiste in tema di sicurezza portate avanti dalla *Clean Clothes Campaign* (Campagna Abiti Puliti in <https://cleanclothes.org/>). L'organizzazione è nata nei Paesi Bassi nel 1989 ed è ora diffusa in 14 paesi europei: Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Italia, Norvegia, Polonia, Regno Unito, Spagna, Svezia e Svizzera. La CCC lavora con una rete di partner di più di 250 organizzazioni in tutto il mondo.

¹⁷ M. GUINEBAULT, *Bangladesh: i marchi prorogano di due anni l'Accordo sulle condizioni di lavoro*, in *Fashion Network*, 2021.

¹⁸ In California, nel 2010, ha visto la luce il "*Transparency in supply chain Act*" (in oag.ca.gov) che stabilisce standard minimi non negoziabili per i fornitori nei settori della salute e sicurezza, degli standard lavorativi, dell'integrità aziendale e dell'ambiente; controlla i fornitori che, sulla base di un'analisi del volume degli affari e del rischio di abusi nel paese in cui si trovano, presentano un alto rischio di violazioni delle condizioni di lavoro. Con questo provvedimento lo stato si impegna,



*tainable Fashion*²⁰, il Parlamento Europeo, il 24 aprile 2024, ha approvato la Proposta di Direttiva 2024/1760/UE (*Corporate sustainability due diligence directive* – CSDDD)²¹ per regolamentare le diverse forme di responsabilità delle imprese in relazione al loro impatto ambientale, sociale e di governance (ESG), con particolare attenzione alle catene di fornitura (*supply chains*). Con la CSDDD che si inserisce, al fianco della CSRD (*Corporate Sustainability Reporting Directive*)²² e del Regolamento sulle catene di fornitura a deforestazione zero²³, tra le misure del *Green Deal* (Patto verde

inoltre, a far rispettare misure di lotta contro la schiavitù e il traffico di esseri umani e ad educare il consumatore a scelte più responsabili ed etiche.

¹⁹ Il 26 marzo 2015 nel Regno Unito viene varato il *Modern slavery act* (in www.legislation.gov.uk) che, riunendo in un unico documento l'*Human Trafficking and Exploitation Act* (Scozia) e la Legge sulla tratta di esseri umani e lo sfruttamento (Irlanda del Nord), stabilisce linee guida fondamentali per garantire pratiche etiche all'interno delle *supply chain*. Tra le novità introdotte dal *Modern Slavery Act* vi è la costituzione di un Commissario anti-schiavitù; la creazione di una nuova difesa legale così che le vittime della schiavitù costrette a commettere crimini non siano condannate per quei crimini; il sequestro dei beni dei trafficanti e un aumento nel risarcimento per le vittime; l'espansione del programma di tutela dei minori, per proteggere i sopravvissuti e i bambini vulnerabili alla tratta; l'individuazione di requisiti minimi per le aziende per contribuire a porre fine alla schiavitù moderna; la predisposizione di una dichiarazione per ogni anno finanziario. Nel 2017 in Francia viene introdotta la legge n. 399 "*Sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*" (in www.legifrance.gouv.fr) che contiene misure ragionevolmente idonee ad identificare i rischi e prevenire le violazioni dei diritti umani e delle libertà fondamentali, della salute e sicurezza delle persone, nonché dell'ambiente che possono derivare dalle attività della capogruppo, dalle società da essa controllate e dai loro fornitori e subappaltatori situati in Francia e all'estero. La legge, che si riferisce in particolare alle imprese che occupano più di 5.000 dipendenti in Francia e 10.000 dipendenti in tutto il mondo, impone l'obbligo di diligenza su tutte le operazioni delle società controllanti e controllate. Nel 2019 in Olanda viene varato il *Circular Economy Implementation Programme 2019-2023* (in hollandecircularhotspot.nl) che attribuisce ai produttori la responsabilità (EPR) del riciclo e del riutilizzo dei tessuti che producono, della creazione di un adeguato sistema di raccolta, riciclaggio e riutilizzo di indumenti e tessuti per la casa e del finanziamento dell'intero sistema (A. TOTARO, *I Paesi Bassi introducono l'EPR nel settore tessile*, in retex.green). In Germania nel 2023 è stata varata la legge LkSG (*Lieferkettensorgfaltspflichten gesetz*, meglio nota come *Supply chain due diligence act*, in www.dbschenker.com) che impone alle imprese tedesche sopra i tremila dipendenti di gestire le questioni sociali e ambientali delle filiere di fornitura e di risponderne, con multe fino al 2% del fatturato globale nel caso di violazioni. Le imprese straniere che lavorano direttamente con partner tedeschi ogni anno devono predisporre un report per documentare che non inquinano, non usano lavoro minorile, non discriminano e pagano salari equi.

²⁰ L'*UN Alliance for Sustainable Fashion* (in <https://unfashionalliance.org>) nata durante il Summit delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile tenutosi a New York nel 2015, è un'iniziativa delle agenzie delle Nazioni Unite e delle organizzazioni alleate per contribuire agli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile attraverso un'azione coordinata nel settore della moda. Gli obiettivi dell'Alleanza perfettamente allineati agli SDGs dell'Agenda 2030 sono la promozione della riduzione dei gas serra nel settore della moda, la minimizzazione dell'uso di risorse naturali, la riduzione dei rifiuti e dell'inquinamento, la promozione dell'equità e dell'inclusione, il contributo alla crescita economica sostenibile.

²¹ La Direttiva 2024/1760/UE (in *G.U.U.E.* serie L del 5 luglio 2024) che dovrà essere recepita dagli stati membri entro il 26 luglio 2026 emenda sia la Direttiva 2019/1937/UE del 23 ottobre 2019 in tema di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione (*Whistleblowing Directive*) che il Regolamento (UE) 2023/2859 del 13 dicembre 2023, afferente a un unico punto di accesso alle informazioni per il pubblico relative ai servizi finanziari, mercati dei capitali e sostenibilità.

²² La CSRD (*Corporate Sustainability Reporting Directive*) entrata in vigore il 5 gennaio 2023 (in *G.U.U.E.* serie L 322/15 del 16 dicembre 2022), impone alle imprese di divulgare, con differenti tempistiche, informazioni relative ai rischi, opportunità, obiettivi e impatti legati alle questioni ambientali, sociali e di governance.

²³ Il Regolamento UE 2023/1115 sulle catene di fornitura a deforestazione zero (in eur-lex.europa.eu) interessa il commercio di bovini, cacao, caffè, palma da olio, gomma, soia, legname e prodotti derivati. Esso stabilisce che, a partire dal 30 dicembre 2025 i prodotti suddetti, accompagnati da una dichiarazione di dovuta diligenza, potranno essere immessi sul mercato solo se non concorrono alla deforestazione e se sono stati prodotti in conformità con la legislazione pertinente del Paese di produzione. Gli operatori commerciali interessati dal provvedimento dovranno inoltre raccogliere, conservare e, su richiesta, mettere a disposizione delle autorità competenti le seguenti informazioni e documenti: la descrizione, compresa la denominazione commerciale e il tipo di prodotto; l'elenco dei prodotti di base o dei prodotti in questione che il prodotto contiene



europeo)²⁴, l'UE ha suggerito agli Stati di “attuare processi globali di attenuazione degli impatti negativi sui diritti umani e degli impatti ambientali negativi nelle catene del valore, integrare la sostenibilità nei sistemi di governo societario e di gestione e inquadrare le decisioni aziendali in termini di diritti umani, impatto climatico e ambientale, oltre che in termini di resilienza della società a più lungo termine”²⁵. In questa direzione l'UE ha imposto alle società europee ed extraeuropee partecipanti alle *supply chains globali* (filieri globali)²⁶ di adottare procedure di *due diligence* (dovuta diligenza) all'interno delle rispettive *policies* aziendali; identificare gli avversi impatti effettivi o potenziali; prevenire e mitigare gli impatti negativi e portare a termine ovvero minimizzare gli stessi; adottare e mantenere procedure di segnalazione; monitorare l'efficacia delle loro *policies* di *due diligence* e delle azioni intraprese; rendere pubbliche le iniziative di *due diligence* adottate (art. 5 della Proposta).

A questa diligenza “dovuta”²⁷ si aggiunge per le società a più alto rischio (come quelle del comparto tessile, agricolo, edile e estrattivo) con almeno mille dipendenti e un fatturato pari o superiore a 450 milioni di euro²⁸, l'obbligo di adottare un piano che renda compatibile il modello di *business* e di strategia aziendale con la transizione verso un'economia sostenibile e con i limiti al riscaldamento globale posti dall'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici²⁹. La responsabilizzazione delle grandi società non è limitata all'attività da esse esercitata in via diretta ma copre anche quella dei *partners* commer-

o che sono utilizzati per la sua fabbricazione; la quantità dei prodotti in questione espressa in chilogrammi o in volume; il Paese di produzione e le eventuali parti del Paese; la geolocalizzazione degli appezzamenti da cui provengono i prodotti di base; la data o il periodo di produzione; i nomi e gli indirizzi di tutte le aziende a cui sono stati forniti i prodotti in questione; le informazioni sufficientemente conclusive e verificabili che attestino che i prodotti in questione non concorrono alla deforestazione.

²⁴ Il *Green Deal* europeo (in <https://www.consilium.europa.eu/it>), proposto dalla Commissione nel dicembre 2019, è stato approvato dal Consiglio il 12-13 dicembre dello stesso anno. Il Patto verde è un insieme di iniziative proposte dalla Commissione europea con l'obiettivo generale di raggiungere la neutralità climatica in Europa entro il 2050.

²⁵ Così la Relazione alla Proposta di Direttiva del 23 febbraio 2022, in eur-lex.europa.eu.

²⁶ La Proposta è indirizzata alle imprese quotate e non quotate di maggiori dimensioni anche non finanziarie il cui fatturato sia generato da attività svolte nei settori ad alto impatto, cioè quelli destinati alla fabbricazione di prodotti tessili, pelle e prodotti correlati, il commercio all'ingrosso di tessuti, abbigliamento e calzature, agricoltura, silvicoltura, pesca, la produzione e il commercio all'ingrosso di alimenti, materie prime agricole, animali vivi, legno, cibo e bevande, l'estrazione mineraria, indipendentemente dai luoghi di estrazione, e il loro commercio all'ingrosso, incluso petrolio, gas, carbone etc. (art. 2, par. 1, lett. b), della Proposta).

²⁷ Avuto riguardo alla natura ed efficacia del dovere di diligenza si confronti M. TOMMASINI, *Imprese e tutela dei diritti umani. La promozione di attività sostenibili*, in *OIDU*, 2023, 1 e ss.

²⁸ Il testo prevede un approccio graduale tale per cui le aziende con 5.000 dipendenti e un fatturato annuo di 1.500 milioni di euro saranno chiamate ad allinearsi a partire dal 2027; le altre, più piccole per dipendenti e fatturato, nei due anni successivi.

²⁹ L'Accordo di Parigi è un Trattato internazionale sui cambiamenti climatici stipulato il 12 dicembre 2015 (e riguardante il periodo a decorrere dal 2020) tra gli Stati membri della Convenzione quadro delle Nazioni Unite (UNFCCC). Sul punto si vedano: M. MONTINI, *Riflessioni critiche sull'accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, in *Riv. dir. int.*, 2017, 719; D. BODANSKY, *The Paris climate change agreement: a new hope?*, in *American Journal of International Law*, 2016, 288; M. GERVASI, *Rilevi critici sull'accordo di Parigi: le sue potenzialità e il suo ruolo nell'evoluzione dell'azione internazionale di contrasto al cambiamento climatico*, in *Comunità internazionale*, 2016, 21; S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2016, 81; L. RAJAMANI, *The 2015 Paris agreement: interplay between hard, soft and non-obligations*, in *Journal of environmental law*, 2016, 337; ID., *Ambition and differentiation in the 2015 Paris agreement: interpretative possibilities and underlying politics*, in *International and comparative law quarterly*, 2016, 493; C. STRECK-P. KEENLYSIDE, *The Paris agreement a new beginning*, in *Journal for european environmental and planning law* 2016, 3; H. VAN ASSELT, *International climate change law in a bottom-up world*, in *Questions of international law*, 2016, 5; M. MONTINI, *Reshaping the climate governance for post-2012*, in *European journal of legal studies*, 2011, 7.



ciali legati direttamente alle loro operazioni, ai loro prodotti e/o servizi (art. 6 della Proposta di Direttiva)³⁰. In particolare la Proposta prevede che le società predispongano e attuino, previa consultazione con i portatori di interesse, un piano operativo di prevenzione con scadenze ragionevoli e precise per gli interventi e con indicatori qualitativi e quantitativi per misurare i progressi; chiedano a ciascun *partner* commerciale con il quale intrattengono rapporti d'affari il rispetto del codice di condotta della società e, se necessario, l'adozione di un piano operativo di prevenzione; offrano sostegno mirato e proporzionato alla PMI (Piccole Medie Imprese) con le quali abbiano un rapporto d'affari consolidato qualora il rispetto del codice di condotta o del piano operativo di prevenzione ne metta a repentaglio la sostenibilità economica; collaborino con altri soggetti, se del caso anche per aumentare la propria capacità di arrestare l'impatto negativo, in particolare se nessun altro intervento risulta idoneo o efficace (art. 7). Ove le società, in sede di reclamo³¹, non riescano a dimostrare di aver adottato la dovuta diligenza, esse sono responsabili per i danni derivanti da un impatto negativo "che avrebbe dovuto essere individuato, prevenuto, attutito, arrestato o minimizzato nell'entità" ottemperando adeguatamente agli obblighi previsti (art. 22). L'individuazione delle sanzioni irrogabili (nel rispetto dei consueti principi di effettività, proporzionalità e deterrenza), seppur rimessa alla discrezionalità degli Stati (art. 20, par. 1), deve essere calcolata in rapporto al fatturato delle società e la decisione con cui viene esercitata la potestà sanzionatoria deve essere resa pubblica (art. 20, par. 4)³².

La responsabilità civile delle società non esclude il fatto che esse, comunque, possano essere chiamate a rispondere penalmente per il reato di "ecicidio"³³ e per la commissione di "crimini contro

³⁰ Sul punto: M. MURGO, *La proposta di Direttiva sulla corporate sustainability due diligence tra ambizioni e rinunce*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2022, 943; F. DENOZZA, *Incertezza, azione collettiva, esternalità problemi distributivi: come si forma lo short-termism e come se ne può uscire con l'aiuto degli stakeholders*, in *Rivista delle società*, 2021, 308.

³¹ Secondo quanto stabilito nella Direttiva Whistleblowing (Direttiva UE 2019/1937) recepita in Italia con Decreto legislativo n. 24 del 10 marzo 2023 (in *G.U.* n. 63 del 15 marzo 2023), il reclamo deve essere presentato alla società stessa dando conto degli impatti negativi, attuali o potenziali, sui diritti umani o sull'ambiente, derivanti dalle attività svolte (articolo 9).

³² M. VENTORUZZO, *Note minime sulla responsabilità civile nel progetto di direttiva Due diligence*, in *Rivista delle società*, 2021, 383.

³³ Su proposta della Commissione europea del 2021, il reato è stato introdotto il 27 febbraio 2024 dal Parlamento europeo nella Direttiva sul "Ripristino della Natura" (in www.europarl.europa.eu). La Direttiva, che ha segnato un momento decisivo nel diritto penale europeo ai fini della protezione ambientale, oltre ad obbligare i Paesi Ue a riportare in buone condizioni il 20% delle aree terrestri e marine degradate entro il 2030 e per tutti gli ecosistemi entro il 2050, ha introdotto il reato di "ecicidio". Nell'elenco aggiornato dei reati ambientali ci sono le principali azioni criminali nell'era della globalizzazione, che possono provocare il decesso o gravi danni alla salute delle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, del suolo o delle acque, alla biodiversità, agli ecosistemi, alla fauna o alla flora. Essi sono: gli incendi boschivi su larga scala; la raccolta, il trasporto, il recupero o lo smaltimento dei rifiuti pericolosi e dei medicinali, tra cui i materiali radioattivi; il riciclaggio delle navi e i loro scarichi di sostanze inquinanti; l'installazione, l'esercizio o lo smantellamento di un impianto in cui è svolta un'attività pericolosa o in cui sono immagazzinate o utilizzate sostanze, preparati o inquinanti pericolosi; l'estrazione e la contaminazione di acque superficiali o sotterranee; l'uccisione, la distruzione, il prelievo, il possesso, la commercializzazione di uno o più esemplari delle specie animali; l'immissione o la messa a disposizione sul mercato dell'Unione di legname o prodotti provenienti dalla deforestazione illegale; qualsiasi azione che provochi il deterioramento di un habitat all'interno di un sito protetto; la produzione, l'immissione sul mercato, l'importazione, l'esportazione, l'uso, l'emissione o il rilascio di sostanze che riducono lo strato di ozono, e di gas fluorurati a effetto serra; l'estrazione, lo sfruttamento, l'esplorazione, l'uso, la trasformazione, il trasporto, il commercio o lo stoccaggio di risorse minerarie. I trasgressori, i rappresentanti e i membri del consiglio di amministrazione delle aziende incriminate, possono essere condannati a pene detentive fino a dieci anni, a seconda della gravità del reato. Affinché le sanzioni siano efficaci, i colpevoli sono tenuti a ripristinare l'ambiente che hanno distrutto e a risarcire i danni. Le aziende possono, inoltre, subire ammende fino al 5% del loro fatturato mondiale o fino a 40 milioni di euro. Gli Stati membri devono adottare le azioni necessarie per ordinare la cessazione immediata di condotte illecite, senza aspettare i tempi di un processo penale.



l'umanità"³⁴. Il problema è che manca ad oggi, sia a livello europeo³⁵ che internazionale³⁶, un organo giurisdizionale, simile alla Corte africana di giustizia e dei diritti umani³⁷, competente a pronunciarsi sui reati d'impresa commessi dalle multinazionali. La Corte Penale Internazionale (ICC), nota per avere condannato i responsabili del *land grabbing* in Cambogia³⁸, è competente, infatti, solo per i reati commessi da persone fisiche³⁹.

3. – In Italia i problemi legati alla sostenibilità sociale e ambientale delle imprese sono stati oggetto di numerosi interventi normativi⁴⁰. Tra tutti, però, avuto riguardo al comparto moda, risulta di partico-

³⁴ L'espressione "crimine contro l'umanità" è stata usata per la prima volta con un'accezione prettamente giuridica nell'Accordo di Londra del 1945 per indicare i reati contestati ai criminali nazisti. Il reato, ripreso nella *Carta di Tokyo* del 19 gennaio 1946, è stato inserito con l'approvazione dello Statuto di Roma del 1998 nell'elenco di quelli perseguiti dalla Corte penale internazionale, insieme ai crimini di guerra ed al crimine di aggressione. Nella sua formulazione originaria l'espressione definiva le azioni criminali riguardanti "violenze ed abusi contro popoli o parte di popoli, o che comunque siano percepite, per la loro capacità di suscitare generale riprovazione, come perpetrate in danno dell'intera umanità". La dottrina più recente ritiene la locuzione estensibile anche ai crimini ambientali (K. AMBOS, *International economic criminal law*, in *Criminal law forum*, 2018, 499; F. JESSBERGER, *On the origins of individual criminal responsibility under international law for business activity: IG Farben on Trial*, in *Journal of international criminal justice*, 2010, 783; T. WEIGEND, *International trends towards establishing some form of punishment for corporations*, in *Journal of international criminal justice*, 2008, 947).

³⁵ Nel 2020 ha iniziato la sua attività l'*European public prosecutor office* relativamente ai reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione che, però, radica il suo potere punitivo nell'ambito degli Stati. Pertanto, il coinvolgimento delle imprese in gravi violazioni dei diritti umani è sostanzialmente giudicato a livello interno, e il contrasto ai reati delle multinazionali si basa sugli ordinamenti nazionali (A. VENEGONI-M. MINÌ, *I nodi irrisolti della nuova Procura Europea*, in *Giur. pen.*, 2017, 4; L. SALAZAR, *Habemus EPPO! La lunga marcia della Procura Europea*, in *Arch. pen.*, 2017, 9).

³⁶ Per i casi di *serious violations of human*, il diritto internazionale contempla solo meccanismi non giudiziali, quali Commissioni di inchiesta, riparazione e conciliazione, e organismi incaricati dall'Onu.

³⁷ La Corte è stata istituita con il Protocollo di Malabo del 27 giugno 2014. L'articolo 46 del Protocollo prevede che "la Corte ha giurisdizione sulle persone giuridiche, con l'eccezione degli Stati. L'intenzione dell'ente di realizzare l'offesa può essere ricavata dalla prova che l'atto costitutivo dell'offesa rientrava nella politica societaria. Una politica può essere imputata alla società se si fornisce la prova della ragionevolezza della condotta di tale società. La consapevolezza in capo all'ente della commissione dell'offesa può essere ricavata dalla prova del possesso effettivo o potenziale delle informazioni in capo all'ente. L'elemento soggettivo dell'ente può essere dimostrato anche se l'informazione rilevante è divisa tra i membri della società. La responsabilità delle persone giuridiche non esclude la responsabilità penale delle persone fisiche autrici o complici dei medesimi reati" (C. DI STEFANO, *La questione della giustiziabilità del diritto ad un ambiente sano: dall'esperienza africana due casi a confronto*, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 2014, 395; I. INGRAVALLO, *Recenti sviluppi in tema di repressione dei crimini internazionali in Africa*, in *Annali del Dipartimento Jonico*, 2019, 239).

³⁸ Il *land grabbing* o accaparramento delle terre è un fenomeno piuttosto diffuso soprattutto in Asia e Africa. In effetti non è di per sé il *land grabbing* che diventa un crimine, bensì le deportazioni forzate di massa che sono l'effetto dell'accaparramento delle terre, dello sfruttamento illegale e sconsiderato delle risorse naturali (ad esempio nel settore dell'estrazione mineraria), della deforestazione selvaggia o della costruzione di mega dighe. Questi reati legati ai cambiamenti climatici hanno dato vita al fenomeno dei cc.dd. *rifugiati climatici*.

³⁹ Lo Statuto della Corte penale internazionale, adottato al termine della Conferenza Diplomatica di Roma il 17 luglio 1998, è entrato in vigore il 1 luglio 2002. Nel corso dei lavori preparatori la delegazione francese aveva presentato una proposta per includere la responsabilità delle *corporations* per i reati contro i diritti umani. La proposta, però, non ha avuto seguito (A. MATTARELLA, *Responsabilità degli enti e compliance globale. L'armonizzazione degli ordinamenti nel contrasto al crimine d'impresa*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2023, 386).

⁴⁰ Il riferimento è innanzitutto alla Legge n. 180 dell'11 novembre 2011 (*Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese*) che indica tra le proprie finalità "la promozione dell'inclusione delle problematiche sociali e delle tematiche ambientali nello svolgimento delle attività delle imprese e nei loro rapporti con le parti sociali"; alla legge n. 208 del 28 dicembre 2015 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*) che configura come società *benefit* quelle che abbiano "una o più finalità di beneficio comune e operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori



lare rilevanza la legge n. 33 del 9 aprile 2009⁴¹ che ha previsto la possibilità per le imprese, anche distanti geograficamente tra loro, di costituirsi in reti-contratto⁴² per rendere sostenibile la produzione, per svolgere funzioni che individualmente non sarebbero state capaci di realizzare a causa di motivi tecnici o economici⁴³ e per evitare le gravose modalità di riparazione del danno ambientale previste nel Codice dell'ambiente⁴⁴. Requisito imprescindibile per la costituzione della rete è che le imprese

di interesse" (D. STANZIONE, *Profili ricostruttivi della gestione di società benefit*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, 487; A. FRIGNANI-P. VIRANO, *Le società benefit davvero cambieranno l'economia?*, in *Contratto e impresa*, 2017, 503; al d.lgs. n. 175 del 19 agosto 2016 (*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*) che stabilisce che nelle società a controllo pubblico gli strumenti di governo societario possano essere integrati prevedendo "codici di condotta propri, o adesione a codici di condotta collettivi aventi a oggetto la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori, nonché altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività della società" e "programmi di responsabilità sociale d'impresa, in conformità alle raccomandazioni della Commissione dell'Unione europea". In questo solco si pone anche il *Codice dei contratti pubblici*, emanato con d.lgs. n. 36 del 31 marzo 2023, il quale statuisce che «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei *criteri ambientali minimi*, definiti per specifiche categorie di appalti e concessioni», e che, ancora, le stazioni appaltanti «valorizzano economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai criteri ambientali minimi».

⁴¹ Legge n. 33 del 9 aprile 2009 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, recante misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi), in *G.U.* n. 85 dell'11 aprile 2009. Il testo originario della legge è stato modificato prima ad opera della legge n. 134 del 7 agosto 2012 (Misure urgenti per la crescita del Paese) e, successivamente, dal d.l. n. 179 del 18 ottobre 2012 e dalla relativa legge di conversione n. 221 del 17 dicembre 2012 (Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese). Da ultimo ulteriori modifiche sono state apportate dalla legge n. 154 del 28 luglio 2016 (Deleghe al Governo e ulteriori disposizioni in materia di semplificazione, razionalizzazione e competitività dei settori agricolo e agroalimentare, nonché sanzioni in materia di pesca illegale).

⁴² La "rete-contratto" è uno strumento puramente contrattuale, volto a formalizzare una strutturata modalità di aggregazione tra imprese, che si caratterizza per via dell'originaria assenza di soggettività giuridica. Nella rete-contratto, infatti, è solo opzionale la costituzione di un fondo patrimoniale comune e di un organo decisionale comune, senza i quali la rete costituita non può avere personalità giuridica. La "rete-contratto" si differenzia dalla "rete-soggetto" in cui le imprese partecipanti decidono di creare un autonomo soggetto giuridico, quale centro di imputazione di interessi e rapporti giuridici. Il nuovo ente, ai fini della pubblicità e così anche dell'efficacia del contratto verso terzi, potrà essere iscritto nel Registro delle imprese. Per l'effetto, il rappresentante dell'organo comune sarà legittimato ad operare in rappresentanza della rete. La rete-soggetto potrà altresì dotarsi di propria partita IVA, acquisendo perciò anche una propria soggettività tributaria, con conseguenti obblighi di tenuta delle scritture contabili (*Quale modello contrattuale: rete-contratto o rete-soggetto?*, in www.carra-gaini.it).

⁴³ O. CASALE-A. LA VALLE, *Le reti d'impresa per l'economia circolare*, in *Qualità*, 2020, 40; C. FELIZIANI, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla Rivoluzione Industriale all'economia circolare*, in *Diritto amministrativo*, 2020, 843; F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. verso uno stato circolare?*, in *Diritto amministrativo*, 2017, 163; V. CAVANNA, *Economia verde, efficienza delle risorse ed economia circolare: il rapporto "Signals 2014" dell'Agenzia europea dell'Ambiente*, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 2014, 821.

⁴⁴ Il d.lgs. n. 152 del 3 aprile 2006, in *G.U.* n. 88 del 14 aprile 2006, già noto come Codice dell'ambiente, ha recepito nel sistema interno il principio "chi inquina paga" introdotto dalla Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale (in eur-lex.europa.eu). Il Codice dell'ambiente, modificato prima ad opera del d.lgs. n. 4 del 16 gennaio 2008 e successivamente del d.l. n. 135 del 25 settembre 2009, convertito in legge n. 97 del 6 agosto 2013 che ha dato attuazione alla Direttiva (CE) n. 35 del 21 aprile 2004, prevede che il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare può agire per il risarcimento del danno ambientale (articolo 311, comma 1). Salvo i casi previsti dall'articolo 303 (ad esempio danni ambientali cagionati da atti di conflitto armato, sabotaggi, atti di ostilità, guerra civile, insurrezione, ovvero da fenomeni naturale di carattere eccezionale, incontrovertibile ed incontrollabili etc.), chiunque cagioni un danno ambientale con dolo o colpa è obbligato all'adozione di misure "di riparazione" (c.d. risarcimento in forma specifica). Nell'ipotesi in cui dette misure di riparazione fossero in tutto o in parte omesse, o realizzate in modo incompleto o non corretto, al responsabile può



abbiano lo stesso gruppo di clienti o realizzino prodotti complementari e interdipendenti (abiti, calzature e accessori moda)⁴⁵. A ciò deve aggiungersi la circostanza che le attività della rete devono rientrare nell'oggetto sociale delle imprese aderenti (ad esempio produzione e commercializzazione di articoli d'abbigliamento in genere) con la conseguenza che il contratto non può essere sottoscritto da quelle imprese il cui oggetto non ha pertinenza alcuna con le attività e gli obiettivi della rete⁴⁶. Le imprese che aderiscono alle reti del *fashion*⁴⁷, in particolare, si prefiggono la promozione di migliori condizioni di lavoro e pratiche di lavoro etiche; l'efficientamento energetico dei processi produttivi alla luce, principalmente, delle nuove tecnologie e della valorizzazione di fonti alternative; l'ecosostenibilità dei capi prodotti e la realizzazione di attività di riciclo e/o riutilizzo dei capi dismessi o invenduti⁴⁸. Per la rea-

essere richiesto il pagamento di una somma pari ai costi delle attività necessarie per la loro corretta attuazione (art. 311, comma 2). Se il danno ambientale è causato nell'esercizio di una delle attività previste nell'allegato 5 del Codice (gestione dei rifiuti, trattamento di sostanze pericolose, trasporto per strada, ferrovia, navigazione interna etc.) l'obbligo del suo risarcimento grava su chi lo ha determinato anche in assenza di dolo o colpa (c.d. responsabilità oggettiva). In ipotesi di concorso tra più soggetti nella causazione del danno, ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità personale (art. 311, comma 3). Il Ministero, in alternativa all'azione giudiziale per il risarcimento del danno ambientale, può, emettere un'ordinanza immediatamente esecutiva ed ingiungere ai responsabili del fatto il ripristino ambientale (risarcimento in forma specifica). Nell'ipotesi di inottemperanza, il Ministero, con successiva ordinanza, può ingiungere il pagamento, entro sessanta giorni, di una somma pari ai costi delle attività necessarie per il completo ripristino ambientale. Solo a titolo esemplificativo, tra i più recenti contributi si vedano: D. BARBIERATO, *La nuova tutela risarcitoria del danno ambientale*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 2039; C. SCOGNAMIGLIO, *Danno ambientale e funzioni della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1063; L. VILLANI, *Il danno ambientale e le recenti modifiche del codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152 del 3 aprile 2006) nel sistema della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2173; M. ALBERTON, *Dalla definizione di danno ambientale alla costruzione di un sistema di responsabilità: riflessioni sui recenti sviluppi del diritto europeo*, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 2006, 605; L. DELFINO, *Ambiente e strumenti di tutela: la responsabilità per danno ambientale*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 866.

⁴⁵ G. SPOTO, *I contratti di rete tra imprese*, Torino, 2017, 22; AA.VV., *Contratto di rete di imprese* a cura di Cuffaro, Milano, 2016, 65; M. ESPOSITO, *Contratto di rete*, in *Altalex*, 2013, 1; P. ZANELLI, *Reti e contratti di rete*, Padova, 2012, 34; E. BRIGANTI, *La nuova legge sui contratti di rete tra le imprese: osservazioni e spunti*, in *Notariato*, 2010, 23; G.D. MOSCO, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giur. comm.*, 2010, 839; C. CAMARDI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *I contratti*, 2009, 10.

⁴⁶ D. SCARPA, *Contratto di rete tra imprese e trasformazione societaria*, in *Giust. civ.*, 2012, 4.

⁴⁷ Secondo l'ultimo Report (*La Filiera della Moda in Rete*, in www.reimpresa.it) la filiera della Moda conta 1.175 imprese in rete, che partecipano a 399 contratti di rete. I comparti individuati all'interno della filiera Moda sono: il commercio-moda che è il primo per numero di imprese con il 44%, seguito dai comparti tessile (29%), pelletteria (12%) e calzature (8%). Con percentuali più basse si individuano oreficeria-argenteria-gioielleria (3%), design (2%), concia (1,2%) e, infine, occhialeria (0,4%) e pellicceria (0,4%).

⁴⁸ A oggi in Italia sono sei i principali consorzi attivi per la realizzazione di attività di riciclo e/o riutilizzo nel settore tessile. La loro missione principale è promuovere una gestione efficiente dei rifiuti del mondo moda. Ogni consorzio supporta i membri nella gestione delle pratiche amministrative e degli adempimenti normativi, migliorando la raccolta differenziata e promuovendo le pratiche di economia circolare e di prevenzione dei rifiuti. L'Italia si è distinta anticipando di tre anni la scadenza prevista dalla normativa europea (Direttiva 94/62/CE e la 2008/98/CE come modificata dalla Direttiva 2018/851/UE) rendendo obbligatoria la raccolta differenziata dei rifiuti tessili. Il d.lgs. n. 116 del 3 settembre 2020 (in *G.U.* n. 226 dell'11 settembre 2020) e il successivo Decreto ministeriale n. 342 del 19 settembre 2022 (in www.reteambiente.it), infatti, prevedono un regime di responsabilità estesa del produttore di prodotti tessili (Extended Producer Responsibility o EPR) che deve farsi carico "del finanziamento e della organizzazione della raccolta, dell'avvio a preparazione per il riutilizzo, riciclaggio e recupero dei rifiuti derivanti dai prodotti tessili". Lo stesso produttore, inoltre, deve assicurare idonei mezzi finanziari e organizzativi per realizzare una "capillare rete di raccolta dei rifiuti tessili sul tutto il territorio nazionale", attraverso i sistemi di gestione e in accordo con gli Enti d'ambito, così come "lo sviluppo di sistemi di raccolta selettivi per incrementare la qualità delle frazioni tessili". Sulla base della Proposta formulata dalla Commissione europea il 5 luglio 2023 il produttore di moda *fast fashion* potrebbe, in futuro, essere gravato di tariffe più elevate rispetto alle altre aziende.



lizzazione degli obiettivi suddetti, le imprese aderenti, previo accesso a specifiche procedure⁴⁹, possono usufruire di finanziamenti agevolati e/o di contributi a fondo perduto⁵⁰.

4. – L'accresciuta sensibilità verso i temi della sostenibilità risulta fondamentale nella legge di riforma costituzionale n. 1/2022⁵¹ che, come accaduto in molti altri Paesi⁵², ha posto le basi per una maggiore responsabilizzazione delle imprese e per l'integrazione delle tematiche ambientali nelle scelte di mercato. La legge, in particolare, nel riformare l'art. 9, ha introdotto la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi come principio fondamentale e valore costituzionalmente protetto⁵³ e ha individuato, quali destinatarie della tutela, le "generazioni presenti e future". Se l'art. 9, in linea con quanto previsto nel Rapporto Brundtland del 1987⁵⁴, investe della tutela dell'ambiente i pubblici poteri, l'art. 41, parimenti riformato, allarga la prospettiva al ruolo dei privati. In particolare, mentre il se-

⁴⁹ Due sono le procedure ammissibili, quella c.d. a sportello utilizzata per programmi di importo compreso tra 3 e 10 milioni di euro, con un massimo di tre imprese partecipanti, e quella c.d. negoziale riservata a programmi di importo superiore a 10 fino a 40 milioni di euro, con un massimo di cinque imprese partecipanti.

⁵⁰ Gli investimenti per l'industrializzazione sono ammessi esclusivamente per le PMI (Piccole Medie Imprese) e devono avere un elevato contenuto di innovazione e sostenibilità ed essere volti a diversificare la produzione di uno stabilimento attraverso prodotti nuovi aggiuntivi ovvero a trasformare radicalmente il processo produttivo complessivo di uno stabilimento esistente. I progetti, inoltre, devono essere tassativamente realizzati nell'ambito di una o più unità locali ubicate nel territorio nazionale; prevedere spese e costi ammissibili non inferiori a 3 milioni e non superiori a 40 milioni di euro; avere una durata non inferiore a 12 mesi e non superiore a 36 mesi; essere avviati successivamente alla presentazione della domanda di agevolazioni.

⁵¹ Legge cost. n. 1 dell'11 febbraio 2022 (Modifiche agli artt. 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente), in *G.U.* n. 44 del 22 febbraio 2022.

⁵² Il diritto della persona umana a vivere in un ambiente salubre e il diritto allo sviluppo sostenibile come migliore qualità della vita è stato consacrato in molte recenti Costituzioni. La Costituzione di Mali (1992) afferma che "ogni persona ha il diritto ad un ambiente salubre. La protezione e la difesa dell'ambiente insieme alla promozione della qualità della vita e dello sviluppo sostenibile rappresentano un dovere per tutti i cittadini e per lo Stato". La Costituzione del Congo del 1992, dichiara che "ogni cittadino ha il diritto ad un ambiente sostenibile ed ha il dovere di difenderlo". Anche la Costituzione dell'India proclama che è dovere dello Stato proteggere e migliorare l'ambiente, salvaguardare le foreste e la vita selvaggia del paese. Ogni cittadino ha il dovere di proteggere l'ambiente naturale, come le foreste, laghi, fiumi, vita selvatica o, comunque, altre creature viventi (V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 2002, p. 209). In tutte le recenti Costituzioni dell'America latina sono state inserite norme ambientali e molte altre sono state appositamente modificate come è successo a Panama, in Cile e in Perù. E proprio in Perù nell'attuale Costituzione del 1993 è stato richiamato il principio della sostenibilità e biodiversità (A. LUCARELLI, *Modelli istituzionali nella nuova Costituzione peruviana*, in *Lampi sul Perù* a cura di F. Lucarelli, Napoli, 1996, 49).

⁵³ La triade ambiente-biodiversità-ecosistemi, così come proposta dal novellato art. 9 Cost., pur esprimendo valori molto vicini, necessita di una differenziazione terminologica. Mentre il termine "ambiente" fa riferimento all'*habitat* degli esseri umani, l'accezione "ecosistema" riguarda "la conservazione della natura come valore in sé" (Corte cost., sentenza n. 12 del 23 gennaio 2009, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2009, p. 3). Infine con il concetto di "biodiversità" deve intendersi "la variabilità di tutti gli organismi viventi all'interno degli ecosistemi acquatici, terrestri e marini e nei complessi ecologici di cui essi sono parte" (R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, 4 maggio 2022, www.federalismi.it; G. AMENDOLA, *L'inserimento del diritto all'ambiente nella Costituzione all'esame del Senato*, in *Diritto e giurisprudenza agraria alimentare e dell'ambiente*, 2019, 1; M. CARDUCCI, *Natura (diritti della)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 2017, 486; M. MARINONI, *L'anima del mondo, l'ecologia profonda e la cura della casa comune*, in *Fogli Campostrini*, 2016, 11; E. FALCHETTI, *La scienza sistemica interpreta l'ambiente: dall'ecosistema al paesaggio*, in *Rivista italiana di studi sistemici*, 2010, 40).

⁵⁴ Il Rapporto Brundtland (conosciuto anche come *Our Common Future*, in www.google.com) è un documento pubblicato nel 1987 dalla Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo (WCED) in cui vengono formulate linee guida, ancora oggi valide, per lo sviluppo sostenibile (*sustainable development*) e che impone di perseguire uno sviluppo che assicuri il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri.



condo comma prevede che l'iniziativa economica privata non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno, oltre che alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, altresì "alla salute" e "all'ambiente", il terzo comma amplia – con l'espresso riferimento ai "fini ambientali" – il novero degli obiettivi cui l'attività economica deve essere indirizzata e coordinata dalla legge⁵⁵. La riforma costituzionale, dunque, lungi dal volere semplicemente imporre ai privati una internalizzazione delle esigenze ambientali nel contesto della attività di impresa, tende, piuttosto, ad orientarne lo scopo che non è più solo la massimizzazione del profitto ma include la sostenibilità e/o la responsabilità sociale⁵⁶. Con la conseguenza che la "sostenibilità ambientale e sociale" diventa elemento propulsivo per un nuovo tipo di sviluppo imprenditoriale basato sulla centralità integrata dell'uomo e della natura e sull'offerta di beni e/o servizi ecologicamente compatibili⁵⁷.

Non è un caso, infatti, che negli ultimi anni, sempre più imprese del *fashion* abbiano optato per la produzione e la vendita di abiti ecocompatibili, conseguendo vantaggi in termini di consapevolezza del marchio e rispondendo, così, alle aspettative ambientali e sociali dei consumatori⁵⁸. Poiché, però, gli abiti ed i prodotti del *fashion* sono beni prevalentemente "confrontabili"⁵⁹, cioè portatori di qualità che possono essere accertate dai consumatori prima dell'acquisto, è necessario che i produttori ne rendano conoscibili le caratteristiche fornendo informazioni adeguate "alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore" (art. 5, comma 3, codice del consumo)⁶⁰. In questo senso l'etichetta, divenendo un tutt'uno col bene, svolge una funzione informativa e consente al consumatore di compiere scelte consapevoli. In ottemperanza a quanto previsto dall'art. 5, comma 2, codice del consumo, quindi, le etichette informative applicate sui capi d'abbigliamento⁶¹, oltre ai riferimenti del produttore (nome o marchio commerciale)⁶², devono obbligatoriamente riportare l'indicazione della composizione del capo⁶³ (e l'eventuale presenza di ma-

⁵⁵ G. CAPO, *Libertà d'iniziativa economica, responsabilità sociale e sostenibilità dell'impresa: appunti a margine della riforma dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giust. civ.*, 2023, 81; M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *cortisupemeesalute.it* 2022, 147; M. DEL FRATE, *La tutela dell'ambiente nel riformato art. 41, secondo comma, Cost.: qualcosa di nuovo nell'aria?*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2022, 907; A. MOLITERNI, *La transizione alla green economy e il ruolo dei pubblici poteri*, in AA.VV., *L'ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici* a cura di Rossi-Monteduro, Torino, 2020, 51.

⁵⁶ ALLENA M., *Cosa cambia con l'ambiente tutelato dalla Costituzione*, in www.lavoce.info.

⁵⁷ Sul punto G. ROSSI, *La "materializzazione" dell'interesse all'ambiente*, in AA.VV., *Diritto dell'ambiente*, Torino 2015, 10; G. PENNASILICO, *Economia circolare e diritto: ripensare la "sostenibilità"*, in *Persona e mercato*, 2021, 711 ss.; ID., *L'insegnamento del diritto privato tra modello tradizionale e problematiche attuali (Manifesto per un diritto privato ecosostenibile)*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 656.

⁵⁸ Sul punto M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 1.

⁵⁹ La categorizzazione è di E. GERELLI, *Reputazione ambientale e competitività non di prezzo*, in *Rivista di diritto finanziario*, 2002, 797, che distingue i beni "confrontabili" (*search goods*) da quelli "sperimentabili" (*experience goods*) e da quelli "garantibili" (*credence goods*).

⁶⁰ D.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005, in *G.U.* n. 235 del 8 ottobre 2005.

⁶¹ Le etichette devono essere applicate direttamente sui capi in modo tale da renderne difficile la rimozione, devono essere cucite, graffate o allacciate ad un cordoncino fissato ai capi.

⁶² Al produttore è assimilato il fabbricante del prodotto finito stabilito nella Unione Europea o di qualsiasi altra persona che si presenti come tale apponendo sul prodotto il proprio nome, marchio o altro segno distintivo. Se il produttore non è localizzato nella Unione europea, i riferimenti devono intendersi al primo operatore commerciale localizzato sul territorio comunitario.

⁶³ Se il capo è ottenuto unicamente da una fibra tessile, l'etichetta di composizione deve riportare il nome della fibra, preceduta dall'indicazione "100%" o "Puro" o "Tutto". Se il prodotto è ottenuto da più fibre tessili, delle quali almeno una pari



teriali o sostanze che, ai sensi dell'art. 6, lett. *d*, codice del consumo, possono arrecare danno all'uomo, alle cose o all'ambiente), la provenienza del prodotto⁶⁴ e la conformità in materia di sicurezza⁶⁵. Per le calzature l'etichetta recante le suddette informazioni, ai sensi del d.m. dell'11 aprile 1996⁶⁶, deve essere apposta su almeno una delle due scarpe; gli estremi indicanti il produttore devono essere stampati sulla scatola e le informazioni sui componenti del prodotto devono essere contenute in un cartello esposto nel luogo di distribuzione e vendita. In caso di vendita *on line*, tutte le indicazioni suddette devono essere inserite nei cataloghi, nei prospetti, sugli imballaggi, sulle etichette e sui contrassegni.

Unitamente alle informazioni obbligatorie, il produttore può integrare l'etichetta con indicazioni facoltative relative alla manutenzione del prodotto⁶⁷ o con eventuali informazioni c.d. "qualificative" che attengono alle caratteristiche di qualità della materia prima e/o del processo produttivo⁶⁸. Ove il controllo preventivo⁶⁹ operato dagli organi preposti (Camere di Commercio, polizia locale, Guardia di

all'85%, l'etichetta di composizione può riportare, in via alternativa o l'indicazione della sola fibra presente in quantità maggiore all'85%, seguita dalla relativa percentuale; o l'indicazione della sola fibra presente in quantità maggiore all'85%, seguita dall'indicazione "minimo 85%"; ovvero la composizione completa del prodotto. Se il prodotto è ottenuto da più fibre tessili, delle quali nessuna pari ad almeno l'85%, l'etichetta di composizione deve riportare l'indicazione di almeno due delle principali fibre presenti, seguite dalla relativa percentuale in peso; le rimanenti fibre devono essere indicate successivamente, con l'indicazione percentuale relativa alla loro presenza in peso. Tutte le fibre presenti in quantità non superiore al 10% in peso del prodotto finito possono essere menzionate con l'indicazione "Altre fibre" seguita dalla percentuale globale; se invece tali fibre vengono menzionate, le denominazioni devono essere accompagnate dalla relativa percentuale.

⁶⁴ Le imprese produttrici devono indicare obbligatoriamente lo Stato di provenienza del prodotto (etichetta di origine *Made in ...*) e il nome del Paese deve corrispondere a quello in cui è avvenuta l'ultima trasformazione o lavorazione sostanziale atta a dare le caratteristiche di prodotto nuovo.

⁶⁵ Se il capo moda è destinato ai mercati dell'Unione europea, l'etichetta deve contenere la marcatura CE (introdotta dal Regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, in eur-lex.europa.eu).

⁶⁶ D.m. dell'11 aprile 1996 (Recepimento della direttiva 94/11/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 marzo 1994 sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'etichettatura dei materiali usati nelle principali componenti delle calzature destinate alla vendita al consumatore), in *G.U.* n. 97 del 26 aprile 1996.

⁶⁷ Nell'etichetta per la manutenzione dei prodotti vengono utilizzati dei pittogrammi comprensibili in tutti i Paesi indipendentemente dalla lingua parlata. Essi vengono integrati con simboli e/o numeri complementari relativi alle modalità operative da adottare in ciascuna attività di manutenzione. Sulle etichette di manutenzione è, inoltre, consentito aggiungere, indicazioni aggiuntive che chiariscono ed integrano le istruzioni di manutenzione (es. "lavare separatamente", "stirare al rovescio", ecc.). L'etichetta di manutenzione deve essere applicata direttamente sull'articolo in modo tale da risultare difficilmente rimovibile; deve essere realizzata in materiali resistenti ai lavaggi ed a tutti i trattamenti di manutenzione indicati; i pittogrammi, infine, devono essere riportati in grandezza tale da poter essere facilmente leggibili dal consumatore.

⁶⁸ Così ad esempio, sono da considerarsi informazioni "qualificative" le seguenti indicazioni: "vergine" ammessa solo con riferimento alla lana che non è stata incorporata in un prodotto finito e/o non ha subito altre operazioni o trattamenti che ne abbiano danneggiato la composizione, se non quelli previsti per la realizzazione del capo; "lana di tosa" utilizzata in caso di utilizzo di lana in mischia assieme ad altre fibre; "misto lino" ammessa solo in riferimento ai prodotti tessili realizzati con ordito in puro cotone e trama in puro lino e nei quali il lino è presente in quantità non inferiore al 40% del peso totale del tessuto; "fibre varie" o "composizione tessile non determinata" ammessa in pochi e ristrettissimi casi, e solo per quei prodotti la cui composizione sia difficile da determinare al momento della fabbricazione. Nei prodotti che sono composti da due o più tessuti ciascuno dei quali con una diversa composizione fibrosa l'etichetta di composizione deve riportare la composizione fibrosa di ciascuno dei tessuti presenti, menzionando la componente o parte alla quale è riferita. Due prodotti tessili che sono un insieme inseparabile, poiché venduti obbligatoriamente assieme, e che presentano la stessa composizione fibrosa possono riportare una etichetta di composizione globale riferita ad entrambi pezzi.

⁶⁹ Il controllo preventivo può essere di tre tipi: visivo per verificare che sugli articoli sottoposti ad esame presso le imprese vi sia la presenza dell'etichetta (o del contrassegno) e che essa sia compilata correttamente; documentale per ricostruire la filiera di distribuzione, verificare il rispetto degli obblighi di legge in materia di etichettatura e individuare correttamente i



Finanza e polizia giudiziaria) non dia esito positivo, il fabbricante (o l'importatore) ma anche il distributore possono incorrere nelle sanzioni previste dagli artt. 3 e 4 del d.lgs. n. 190 del 15 novembre 2017⁷⁰. Un sistema di controlli preventivi capace di evitare il contatto tra il bene-moda che non abbia le qualità di sostenibilità ambientali e sociali attese e il consumatore, si giustifica principalmente a tutela dell'interesse della collettività per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la protezione delle situazioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela⁷¹. Ciò, ovviamente, non esclude il fatto che, in questo modo, venga tutelato anche l'interesse individuale (del consumatore) ma come aspetto riflesso della funzione primaria svolta dalle norme.

5. – Poiché le informazioni contenute nelle etichette dei capi moda condizionano significativamente le scelte e gli acquisti dei consumatori⁷² è necessario che esse siano rispondenti al vero, affidabili e scientificamente verificabili. A fronte, però, delle numerose etichette riportanti informazioni deontologicamente corrette e fondate su dati affidabili e comprovati, ve ne sono altre in cui la declamata sostenibilità non trova riscontro nelle caratteristiche dei beni-moda offerti dalle imprese. Dall'apprezzabile tentativo di tutelare l'ambiente e di creare e commercializzare produzioni sostenibili si è ben presto arrivati alla sua estremizzazione e degenerazione, sfociando in quel fenomeno, nato in America intorno alla prima metà degli anni '80 del secolo scorso⁷³, e conosciuto come *greenwashing*⁷⁴. Qualunque sia la modalità attraverso la quale esso si declini⁷⁵, nell'attesa di una definizione a livello europeo di

soggetti responsabili delle violazioni accertate; di laboratorio per definire, attraverso l'esecuzione di analisi di laboratorio, la reale composizione del prodotto e la corrispondenza con quanto riportato nell'etichetta o nel contrassegno.

⁷⁰ D.lgs. n. 190 del 15 novembre 2017 (Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni di cui alla direttiva 94/11/CE, concernente l'etichettatura dei materiali usati nei principali componenti delle calzature destinate alla vendita al consumatore ed al regolamento (UE) n. 1007/2011 del Parlamento europeo e del consiglio, del 27 settembre 2011, relativo alle denominazioni delle fibre tessili e all'etichettatura e al contrassegno della composizione fibrosa dei prodotti tessili), in *G.U.* n. 296 del 20 dicembre 2017.

⁷¹ G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari, 2008, 30 e più diffusamente ID., *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Reveu critique de droit international privé*, 1995, 35.

⁷² A. FALCHI, *Più della metà degli italiani è disposta a spendere di più per prodotti sostenibili. La ricerca di SAP*, in ed-ge9.hwupgrade.it. È un dato ormai assodato che il consumatore medio italiano preferisca un prodotto *green* rispetto ad un altro concorrente che non abbia tale caratteristica. Per quanto riguarda gli acquisti di abiti e accessori le percentuali non sono molto differenti: la sostenibilità è considerata "importante" dal 47% del campione. Nel settore fashion, l'83% dei consumatori italiani sostiene che la scelta di materiali, imballaggio e i processi produttivi giochino un ruolo chiave sull'impatto ambientale del prodotto e il 79% afferma di controllare "spesso" o "qualche volta" anche l'origine delle materie prime utilizzate per la produzione. Questo in parte si riflette anche sulle scelte d'acquisto che nel 39% dei casi sono influenzate dall'impatto ambientale della produzione. Più della metà (54%) dichiara la propensione ad acquistare prodotti basati su materie prime riciclabili, quali la frutta o le fibre vegetali.

⁷³ Il primo caso di *greenwashing* è da attribuire alla compagnia petrolifera Chevron, che nella campagna pubblicitaria, chiamata "People Do" sponsorizzava un attivo impegno dei propri dipendenti nella tutela di farfalle, tartarughe, orsi ed altre specie protette. La compagnia se, per un verso, ostentava tale sensibilità ecologica, contemporaneamente si rendeva responsabile di reiterate violazioni del "Clean Air Act" e del "Clean Water Act", normative federali regolanti lo sversamento di petrolio e di altre sostanze inquinanti in aree protette, a scapito della fauna selvatica americana (*Chevron Commercial Ad 1985*, in www.youtube.com).

⁷⁴ Il termine, nato dalla fusione di *green* ("verde" nel senso di ecologico) e *whitewashing* ("dare la calce", metaforicamente inteso come "nascondere" o "ripulire") fu coniato nel 1986 da Jay Westerveld, un giornalista che, durante un viaggio, visitò un noto resort che, da un lato, distribuiva biglietti per esortare i propri clienti a riutilizzare gli asciugamani al fine di ridurre sprechi e inquinamento, e dall'altro si stava espandendo in maniera tale da impattare fortemente sull'ecosistema locale (K. MOTAVALLI, *A history of greenwashing. How dirty towels impacted the green movement*, in *Daily Finance*, 2011).

⁷⁵ Le pratiche di *greenwashing* possono declinarsi o promuovendo la sostenibilità di un prodotto in maniera vaga e poco trasparente (ad esempio con l'utilizzo di espressioni generiche quali "ecologico" o "sostenibile" senza specificare se si riferi-



un quadro normativo regolatorio armonizzato, il legislatore italiano non ha sviluppato specifiche disposizioni a disciplina degli oneri di veridicità e non ingannevolezza dei messaggi comunicazionali a tematica ambientale. In questo ambito la principale fonte applicabile in via interpretativa è il Codice del consumo⁷⁶. In particolare il Titolo III, ridisegnato dal d.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007⁷⁷, individuando le pratiche commerciali tra professionisti e consumatori tra le quali si fa rientrare “qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto” (art. 18), vieta le pratiche commerciali scorrette, cioè quelle che siano contrarie ai principi di diligenza professionale, correttezza e buona fede (art. 2, comma 2, lett. *c-bis*) che il consumatore medio può esigere dall’imprenditore⁷⁸ e che, in quanto tali, falsino o siano idonee a falsare, in maniera apprezzabile, “la libertà del consumatore o di un gruppo di consumatori di assumere una consapevole decisione di natura commerciale”⁷⁹. Il legislatore, in particolare, vieta due tipologie di pratiche economiche scorrette⁸⁰: quelle aggressive che “mediante molestie o coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento”, siano idonee a limitare la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio e lo inducano “ad assumere una decisione di natura

scano ai materiali impiegati, al ciclo produttivo o all’impatto ambientale) o, di contro, in modo così scientifico da non essere facilmente comprese dal consumatore medio. La comunicazione, può, altresì, essere reticente o omissiva laddove l’azienda si proclama *green* soltanto in relazione ad una fase marginale di lavorazione del prodotto, tacendo l’impatto ambientale che altre fasi della catena di produzione possono generare, ovvero esagerando le qualità del bene con messaggi promozionali che qualifichino lo stesso come “il più ecologico” o “il migliore per l’ambiente”. Tra le altre tecniche di *greenwashing* si riscontrano, poi, l’abuso negli slogan di colori verdi e di ambientazioni agresti; la promozione di iniziative di rimboscimento o “riforestazione compensativa”, celando che l’abbattimento di piante ed alberi è direttamente legato all’attività produttiva; la pubblicizzazione di riduzioni di sostanze inquinanti o biodegradabili a fronte dell’uso di *packaging* e buste inquinanti o di un volantinaggio massivo; la declamazione di un prodotto come sostenibile quando esso è, invece, fortemente inquinante (M. TOMMASINI, *Green claim e sostenibilità ambientale. Le tutele ed i rimedi apprestati dall’ordinamento contro le pratiche di greenwashing*, in *Il dir. di famiglia e delle persone*, 2023, 2, 858).

⁷⁶ D.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005, in *G.U.* n. 235 dell’8 ottobre 2005.

⁷⁷ D.lgs. n. 146 del 2 agosto 2007, in *G.U.* n. 207 del 6 settembre 2007.

⁷⁸ M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e impresa* 2009, 73, secondo cui la definizione di pratiche commerciali scorrette ruota proprio attorno a queste clausole generali. Così anche F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia diretto da Galgano*, Milano, 2010, 111, il quale afferma che “il giudizio di liceità o meno della condotta dell’imprenditore presuppone, quindi, la individuazione dei principi di correttezza professionale, che costituiscono il parametro di qualificazione della slealtà dell’attività concorrenziale”.

⁷⁹ Così A. BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato*, Torino, 2021, 11; ma già prima GENTILI A., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 47.

⁸⁰ L. GUFFANTI PESENTI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi. La difficile trasposizione dell’art. 3, co. 1, N. 5), dir. 2019/2161/UE*, in *Europa dir. priv.*, 2021, 4, 635; C. DALIA, *Sanzioni e rimedi individuali “effettivi” per il consumatore in caso di pratiche commerciali scorrette: le novità introdotte dalla Direttiva 2161/2019/UE*, in *Riv. dir. industriale*, 2020, 6, 331; M. CAPPALÀ, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di giustizia?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2017, 879; G. BAROZZI REGGIANI, *Pratiche commerciali scorrette, regolazione e affidamento delle imprese*, in *Dir. amm.*, 2016, 683; P. FABBIO, *L’efficacia dei provvedimenti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 193; D. LAMANNA DI SALVO, *La tutela del consumatore nell’ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicistici*, in *Giur. merito*, 2013, 12, 2658; V. DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. comm.*, 2011, 6, 803; F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1117; M. FUSI, *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, 5; S. CICCARELLI, *La tutela del consumatore nei confronti della pubblicità ingannevole e delle pratiche commerciali scorrette ex d.lg. n. 146 del 2007*, in *Giur. merito*, 2008, 1820; A.M. GAMBINI, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, 1, 193; A. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, 4, 762.



commerciale che non avrebbe altrimenti preso” (art. 24 del codice del consumo)⁸¹ e quelle ingannevoli (art. 20, comma 4) che, invece, sono tali perché inducono in errore il consumatore circa la natura del prodotto, le sue caratteristiche principali, la sua composizione, il metodo di fabbricazione, i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto, la natura del processo di vendita (art. 21, comma 1, codice del consumo)⁸². Proprio tra le dichiarazioni ingannevoli possono farsi rientrare le etichette che ingenerino nel consumatore una “aspettativa ambientale” non veritiera⁸³; quelle che omettano informazioni circa la sostenibilità ambientale di un bene o di un servizio (art. 22 del codice del consumo)⁸⁴; quelle che esibiscano una certificazione⁸⁵ o un marchio di qualità ecologi-

⁸¹ Sul punto in dottrina, a solo titolo esemplificativo, si vedano: L. GUFFANTI PESENTI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi nuovi. La difficile trasposizione dell'art. 3, co. 1, N. 5), dir. 2019/2161/UE*, in *Europa dir. priv.*, 2021, 4, 635; DALIA C., *Sanzioni e rimedi individuali “effettivi” per il consumatore in caso di pratiche commerciali scorrette: le novità introdotte dalla Direttiva 2161/2019/UE*, in *Riv. dir. industriale*, 2020, 6, 331; M. CAPPAL, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di giustizia?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario* 2017, 879; G. BAROZZI REGGIANI, *Pratiche commerciali scorrette, regolazione e affidamento delle imprese*, in *Dir. amm.*, 2016, 683; P. FABBIO, *L'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 193; D. LAMANNA DI SALVO, *La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicistici*, in *Giur. merito*, 2013, 12, 2658; V. DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. comm.*, 2011, 6, 803; F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1117; M. FUSI, *Pratiche commerciali aggressive e pubblicità manipolatoria*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, 5; S. CICCARELLI, *La tutela del consumatore nei confronti della pubblicità ingannevole e delle pratiche commerciali scorrette ex d.lg. n. 146 del 2007*, in *Giur. merito*, 2008, 1820; G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, 1086; A.M. GAMBINI, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, 1, 193; A. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, 4, 762.

⁸² R. PENNISI, *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali ingannevoli*, in *Giur. comm.*, 2012, 653; G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 1; C. PASCHI, *La tutela concorrenziale per le informazioni “non qualificate”*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 95; A.M. GAMBINO, *Pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, 1, 233; C. PIAZZA, *Dalla pubblicità ingannevole alle pratiche commerciali sleali. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in *Dir. informatica*, 2008, 1.

⁸³ R. GAIBA, *Difetti nei tessuti per l'abbigliamento*, in <https://trama-e-ordito.blogspot.com/2009/10/tessuti-cosa-si-intende-e-metodi-di.html>.

⁸⁴ È il caso di quelle aziende di moda che affermano che un capo è sostenibile perché realizzato in cotone riciclato o in cotone organico, ma senza indicare dove il cotone è stato coltivato, a quali condizioni e con quali controlli; oppure che dichiarano che il capo contiene una piccola percentuale di plastica recuperata dai mari, anche quando la maggior parte del prodotto contiene plastica vergine (M. PASQUETTI, *Ambiente e politiche di marketing: innovazione sostenibile e rischio greenwashing*, in AA.VV., *Economia, ambiente e sviluppo sostenibile*, Milano, 2014, 160; M. TAVELLA, *Comunicazione, marketing e sostenibilità ambientale*, Torino, 2012, 26 ss.; R. LUCIANI-M. D'AMICO-L. ANDRIOLA, *La comunicazione ambientale e sociale d'impresa: stato dell'arte e nuovi orientamenti*, in *Ambiente*, 2005, 757).

⁸⁵ Le certificazioni di sostenibilità adottate nel settore moda sono moltissime. Il *Global Organic Textile Standard* (GOTS) non si limita a garantire l'origine biologica delle fibre tessili, ma valuta ogni singolo aspetto della produzione (dalla coltivazione della materia prima alla commercializzazione del prodotto finito) assicurando il rispetto dei diritti fondamentali dettati dall'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), tra cui quello a retribuzioni eque, orari di lavoro standard, contratti di assunzione, assistenza sanitaria e parità di genere. Particolare attenzione è rivolta alla prevenzione del lavoro minorile, del lavoro forzato e delle varie forme di discriminazione (genere, razza, ecc.). L'*Organic Content Standard* (OCS) è un modello di certificazione applicabile esclusivamente a tessuti naturali di origine vegetale o animale, con particolare riferimento al cotone biologico, la fibra di origine biologica più diffusa nel settore tessile. Il modello di certificazione OCS prevede due diversi standard per l'etichettatura dei tessuti biologici: l'*Organic Content Blended* quando il tessuto contiene almeno il 5% di fibra biologica; e l'*Organic Content 100* quando il tessuto contiene almeno il 95% di fibra biologica. Il *Global Recycle Standard* (GRS) e *Recycled Claim Standard* (RCS) sono, invece, i più importanti standard internazionali volontari per i tessuti riciclati e sono predisposti da Textile Exchange. Questi hanno l'obiettivo di garantire che i materiali del prodotto finito siano effettivamente riciclati e lavorati in modo sostenibile, oltre che di guidare l'innovazione nell'affrontare il problema “qualità”



ca⁸⁶ senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione (art. 23 del codice di consumo); quelle che non ottemperino al rispetto degli impegni contenuti nei codici di condotta (art. 21, secondo 2, sub b, codice di consumo)⁸⁷.

Di fronte alle pratiche commerciali ingannevoli e, quindi, anche di fronte alle false informazioni fornite dai produttori attraverso le etichette apposte sui capi moda, la tutela dei consumatori si sviluppa su un doppio livello: collettivo e individuale. A difesa degli interessi di massa compete all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato sanzionare questo tipo di pratiche (art. 27 del codice del consumo)⁸⁸. In particolare il legislatore attribuisce all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (che può agire d'ufficio, sollecitata da singoli consumatori o dalle associazioni di consumatori)⁸⁹ il potere di inibire la prosecuzione delle pratiche commerciali scorrette (comma 2), di sospenderle provvisoriamente ove sussistano particolari motivi d'urgenza (comma 3) ovvero di ordinare, anche in via cautelare la rimozione di iniziative o attività destinate ai consumatori che integrano gli estremi di una pratica commerciale scorretta (comma 3-bis). In caso di inottemperanza senza giustificato motivo, l'Autorità Garante può applicare le sanzioni pecuniarie previste dal comma 4⁹⁰.

6. – La tutela del mercato che presuppone una protezione preventiva di carattere legislativo, amministrativo e di pubblici controlli esercitati dalle Autorità competenti, non esclude l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto (art. 19, comma 2, codice del consumo)⁹¹.

dei materiali riciclati. Tra le più importanti certificazioni per il benessere animale vi sono il *Responsible Down Standard* (RDS) e il *Responsible Wool Standard* (RWS) i quali garantiscono che i prodotti tessili provengano da allevamenti che praticano il rispetto olistico per il benessere animale. Mentre RWS è specifico per i prodotti in lana, RDS riguarda l'utilizzo di piume o piumini di uccelli acquatici o terrestri. Sono diverse le aziende che certificano, invece, la sostenibilità sociale, facendo particolare attenzione alla condizione dei lavoratori: gli standard internazionali *SA 8000* (*Social Accountability*) e *Fairtrade* garantiscono, ad esempio, che i prodotti siano stati lavorati rispettando i diritti dei lavoratori e promuovendo trattamenti etici ed equi tra i lavoratori. Infine, certificazioni come *Standard 100 by OEKO-TEX®* e *Bluesign* garantiscono che i prodotti certificati rispettino rigorosi valori limite per quanto riguarda le sostanze nocive per la salute dell'uomo. La lista delle sostanze tossiche ne comprende oltre 1000 tra cui metalli pesanti, coloranti tossici, sostanze utilizzate nelle colture, sostanze cancerogene come formaldeide e ftalati, altre sostanze come benzene e glifosato etc.

⁸⁶ Tra i marchi internazionali che danno la priorità a pratiche etiche, materiali eco-friendly e condizioni di lavoro eque vi sono Patagonia, Stella McCartney, Sumissura, Eileen Fisher, Allbirds, Veja, Reformation, Pact, Amour Vert, Outerknown, Nudie Jeans, Mara Hoffman, People Tree, Thought, Alternative Apparel, Kotn, Nisolo, Girlfriend Collective, Able, Amendi, Nagnata, Indigenous e Tentree. In Italia i marchi etici in grado di coniugare attenzione ai processi produttivi e riduzione degli sprechi sono: Rifò, Progetto Quid, Eticlò, Ortika, Antonia Erre e Darling Grace.

⁸⁷ I codici di condotta, infatti, possono ricomprendere disposizioni cui il professionista si impegna in maniera “ferma e verificabile” alla sostenibilità sociale ed ambientale nello svolgimento dell'attività esercitata. E' da considerarsi impegno fermo e verificabile quello assunto dall'impresa a seguito della pubblicazione del codice di condotta sul sito web o nelle banche dei locali della stessa (E. BATTELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 425; F. GHEZZI, *Codici di condotta, autodisciplina, pratiche commerciali scorrette. Un rapporto difficile*, in *Riv. soc.*, 2011, 680).

⁸⁸ L'art. 27, commi 2 e 14, del Codice del consumo statuisce che per la tutela in via amministrativa o giurisdizionale degli interessi di massa posti in pericolo o lesi da pratiche ingannevoli possono agire oltre che i singoli anche le associazioni dei consumatori.

⁸⁹ A.P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte a pratiche commerciali scorrette*, in <https://iris.unito.it>.

⁹⁰ Ai sensi del comma 4 dell'art. 27 del Codice del Consumo, l'Autorità Garante può applicare una sanzione amministrativa pecuniaria da 2.000,00 euro a 20.000,00 euro. Qualora le informazioni o la documentazione fornite non siano veritiere, l'Autorità applica una sanzione amministrativa pecuniaria da 4.000,00 euro a 40.000,00 euro.

⁹¹ L'art. 19, comma 2, lett. a, Codice del consumo ha recepito l'art. 3, § 2, Direttiva 29/2005. Il legislatore comunitario, però, per mitigare la portata della norma, ha inserito l'articolo 11 bis (ad opera della Direttiva n. 2161/UE del 27 novembre 2019, in *G.U.U.E.* 238 L del 18 dicembre 2019) in forza del quale “i consumatori lesi da pratiche sleali devono avere accesso



Innanzitutto non può non prendersi atto del fatto che si è assistito ad una graduale riduzione delle vendite dei capi moda nei tradizionali negozi di abbigliamento ove imperava la contrattazione verbale, in favore della concentrazione degli scambi nei centri commerciali o nei grandi *store in franchising*, ove dominano i “gesti muti”⁹² dell’apprensione del prodotto dagli scaffali e dagli *stand* seguita dal dovuto pagamento alla cassa. Si tratta dei cc.dd. “contratti senza accordo”⁹³ che, tuttavia, danno luogo, sia pure di fatto, a rapporti contrattuali stante il significato sociale dei comportamenti messi in opera dalle parti da intendere quale proposta e accettazione⁹⁴. Nella specie le informazioni (obbligatorie e facoltative) veicolate attraverso l’etichetta assumono, il valore di contenuto della proposta contrattuale accessibile in via immediata al consumatore-acquirente⁹⁵. Ove il consumatore aderisca alla proposta e acquisti il capo-moda, occorre verificare cosa accada qualora il contenuto dell’etichetta non sia veritiero. Sul punto, in considerazione del fatto che le informazioni fornite possano avere natura obbligatoria o facoltativa, parte della dottrina⁹⁶, ha distinto le due ipotesi. Se nelle etichette non vengano inserite le informazioni obbligatorie o queste non siano veritiere, il contratto, in virtù della formulazione specifica della elencazione dettata dal legislatore all’art. 5, comma 2, codice del consumo, è nullo (art. 1418 cod. civ.) per mancanza del requisito di determinatezza dell’oggetto (art. 1346 cod. civ.)⁹⁷. Al contrario se l’etichetta riporti indicazioni facoltative false il contratto è annullabile per errore (art. 1428 cod. civ.)⁹⁸ o per dolo (art. 1439 cod. civ.)⁹⁹. A fronte di una tale ipotesi ricostruttiva, criticamente può os-

a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni per l’applicazione e gli effetti di tali rimedi” ... che in ogni caso, “non pregiudicano l’applicazione degli altri rimedi a disposizioni dei consumatori a norma del diritto dell’Unione o del diritto nazionale” (comma 2).

⁹² L’espressione è di G. BISCONTINI, *Regolamento n. 1169 del 2011: Tutele civilistiche per violazione del dovere di informazione nel settore alimentare*, in *Persona e mercato*, 2012, 3.

⁹³ Si confrontino in argomento N. IRTI, *Scambi senza accordi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 347 (e successivamente in ID., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, 103) secondo il quale “gli scambi di massa si svolgono senza accordi”, assumendo rilievo il contatto con le cose, nel senso che “le parti dirigono le loro decisioni sulla merce, e nella merce s’incontrano e ritrovano”. Criticamente G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 525, a cui Irti ha risposto con «È vero, ma ... » (*Replica a Giorgio Oppò*), in *Riv. dir. autore*, 1999, I, 273.

⁹⁴ C. ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 8; E. BETTI, *Dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1956, I, 238.

⁹⁵ Avuto riguardo allo stretto collegamento tra fase precontrattuale e dovere di informazione si confrontino: A.C. NAZZARO, *Obblighi di informazione e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, 30; M.A. LIVI, *L’integrazione del contratto*, in *Diritto privato europeo* a cura di Lipari, II, Padova, 1997, 659; G. DE NOVA, *Informazione e controllo: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 708; G. GRISI, *L’obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 34.

⁹⁶ G. BOSCONTINI, *Regolamento n. 1169 del 2011*, cit.

⁹⁷ R. TOMMASINI, voce *Nullità (in generale)*, in *Enc. dir.*, 1978, 866 ss.

⁹⁸ Il contratto viziato da errore è annullabile a condizione che l’errore sia essenziale e riconoscibile (art. 1428 cod. civ.). Mentre il primo requisito attiene alla consistenza oggettiva dell’errore nel quale è incorso il contraente, con il secondo, invece, il legislatore accorda tutela all’errante soltanto quando ciò non contrasti con la necessità di proteggere la buona fede di controparte (art. 1431 cod. civ.).

⁹⁹ L’annullabilità dell’atto per dolo può invocarsi ove le anomalie informative poste in essere da controparte assurgano ad “artifici” o “raggiri” ma può trattarsi anche di “semplici menzogne che abbiano avuto comunque un’efficienza causale sulla determinazione volitiva della controparte e, quindi, sul consenso di quest’ultima” (Cass., sentenza n. 20231 del 23 giugno 2022, in *Diritto & Giustizia*, 2022). Se i raggiri non sono stati determinanti del consenso o il carattere decisivo dell’inganno fosse difficile da dimostrare, il compratore ben può dimostrare il dolo incidentale (art. 1440 cod. civ.) dal momento che se non fosse stato indotto in errore avrebbe stipulato il negozio a condizioni diverse. In questo caso, però, il contratto non è annullabile ma l’acquirente ha diritto ad ottenere dall’autore del dolo un risarcimento del danno che deve essere commisurato al “minor vantaggio” ovvero al “maggior aggravio economico” prodotto dallo stesso (Cass., sentenza n. 5965 del 16 aprile



servarsi, però, che, proprio in quanto l'intero contenuto dell'etichetta incida sul contenuto del contratto, non è possibile distinguere tra indicazioni obbligatorie e facoltative. Dal momento in cui il produttore, infatti, ha scelto liberamente di inserire nell'etichetta anche informazioni facoltative, esse devono considerarsi elementi essenziali e parte integrante del contratto con la conseguenza che, qualora le informazioni non rispettino i caratteri della non decettività, il contratto è nullo. Il problema è, semmai, capire quale tipo di nullità possa essere comminata al contratto concluso sulla base di informazioni mendaci. Il riferimento può essere, innanzitutto, alla nullità virtuale¹⁰⁰ e ciò in considerazione del fatto agli obblighi informativi contenuti nell'etichetta possa essere riconosciuto valore imperativo idoneo a far comminare, in caso di loro violazione, la sanzione della nullità¹⁰¹. Sul punto giurisprudenza ha, infatti, affermato che ai fini dell'applicazione dell'art. 1418 cod. civ., le norme contenenti un divieto "possono essere considerate imperative, anche in difetto di una espressa sanzione civilistica di invalidità, purché siano dirette alla tutela di un interesse pubblico generale, ravvisabile se il divieto ha carattere assoluto, senza possibilità di esenzione dalla sua osservanza per alcuni dei destinatari della norma"¹⁰². La circostanza che le informazioni relative alla sostenibilità socio-ambientale dei capi moda siano preordinate alla tutela di un interesse pubblico generale quale può essere la salute umana o la sicurezza e qualità dei prodotti (art. 2 del codice del consumo), fa certamente propendere per il carattere imperativo delle norme. L'imperatività delle regole, l'omissione delle informazioni obbligatorie o la mendacità sia di queste che di quelle volontarie (artt. 21, 22 e 23 del codice del consumo) consente di poter ritenere applicabile la nullità virtuale del contratto.

In questa prospettiva il contratto concluso sulla base di informazioni non veritiere, può considerarsi altresì nullo, ai sensi dell'art. 1325 cod. civ., per mancanza di uno dei requisiti essenziali del contratto e nella specie del consenso che, in questo caso, sarebbe privo della doverosa caratteristica della consa-

2012, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 4, 503) salvo che sia dimostrata "l'esistenza di danni ulteriori, collegati a detto comportamento da un nesso di consequenzialità diretta" (Cass., sentenza n. 5273 del 7 marzo 2007, in *Diritto e Giustizia online*, 2007).

¹⁰⁰ La nullità "virtuale" è contrapposta a quella "testuale" perché la legge non descrive un tipo o una fattispecie negoziale disapprovati: il giudizio di nullità dello specifico contratto sottoposto a valutazione dipende dalla compatibilità del medesimo con una norma imperativa che fissa un limite "esterno" all'autonomia dei privati. In tema di nullità virtuale si vedano tra gli altri: A. ALBANESE, *L'asimmetria informativa nel trading on line, tra nullità di protezione e teoria generale del contratto*, in *Giur. comm.*, 2024, 393; G. SICCHIERO, *Nullità civilistica e nullità "disciplinare"*, in *Riv. notariato*, 2024, 4, 897; F. FIMMANÒ, *La questione del rapporto tra regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. notariato*, 2019, 63; A. PISANI MASSAMORMILE, *Nullità di protezione e nullità virtuali*, in *Banca borsa e tit. di credito*, 2017, 31; R. ALESSI, *Nullità di protezione e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 1141; M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 1.

¹⁰¹ In effetti non tutte le violazioni di norme imperative importano la nullità del contratto. Le norme imperative c.d. di comportamento ingenerano, infatti, solo responsabilità in capo a colui che le viola (così Cass., sentenza n. 26725 del 19 dicembre 2007, in *Giust. civ.*, 2008, 12, 2775, e ancor prima dello stesso tenore Cass., sentenza n. 5610 del 18 ottobre 1980, in *Arch. civ.*, 1981, 133).

¹⁰² Cass., sentenza n. 6601 del 4 dicembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1178. La sentenza resa in tema di informazione in ordine a prodotti alimentari, affermava che «non può ritenersi imperativo agli effetti dell'art. 1418 citato l'art. 4 comma 2 della l. 13 maggio 1966 n. 356, che vieta alle imprese produttrici di uova da cova di "incubare", commerciare o porre altrimenti in circolazione uova da cova, prodotte in Italia, che non rechino stampigliate la parola "cova", seguita dalla parola "Italia" e dal numero di immatricolazione assegnato al centro o stabilimento di produzione, poiché tale disposizione, dettata dall'esigenza di carattere pubblico del razionale e controllato svolgimento della produzione e del commercio delle uova da cova, non è preordinata alla tutela mediata (attraverso la prevenzione della diffusione della pollucosi e di altre malattie trasmissibili dal pollame) dell'interesse di carattere generale della salute pubblica, atteso l'esonero dall'osservanza delle norme dell'indicata legge disposto dall'art. 9 della stessa per le piccole imprese».



pevolezza. L'acquirente-consumatore, infatti, ai sensi degli artt. 2, comma 2, lett. c, e 22 del codice del consumo, ha diritto ad un'adeguata informazione al fine di poter esprimere un "consenso consapevole" (artt. 5; 18, lett. e ed l; 22 e 23, lett. g). Nei rapporti tra professionista e consumatore, cioè, la validità dell'impegno e la conclusione del contratto non possono prescindere da un consenso qualificato frutto di una adeguata informazione. E, nella direzione di rileggere la disciplina del contratto alla luce delle istanze consumeristiche, si è mosso il giudice di legittimità affermando che "determina nullità del contratto per difetto di accordo, in forza del combinato disposto degli articoli 1418, comma 2, e 1325, comma 1, cod. civ. la mancanza di informazioni che riguardino la natura o l'oggetto del contratto"¹⁰³. Tale conclusione appare, peraltro, coerente anche con la teoria dell'oggetto del contratto atteso che l'individuazione di esso dovrebbe avvenire concretamente attraverso un processo sul quale l'ordinamento esprimerà la propria concreta valutazione¹⁰⁴: in questo senso anche le indicazioni volontarie in quanto descrittive dell'oggetto hanno la funzione di concorrere alla determinazione di un consenso consapevole.

Indipendentemente dalla soluzione cui si voglia aderire, il mercato e, quale sua componente, il singolo rapporto contrattuale impongono una tutela incisiva ed assoluta. La nullità (testuale e/o virtuale) del contratto, in questo senso, diventa regola di chiusura del sistema protettivo.

7. – Se, dunque, per un verso, le etichette e le certificazioni *green* rispondenti ai requisiti di affidabilità, comparabilità e verificabilità, misurano le *performance* di sostenibilità ambientale e sociale delle imprese del tessile¹⁰⁵ e riducono il rischio di un *marketing* ambientale fuorviante (*greenwashing*), in una visione più ampia di sistema, una corretta informazione ambientale, promuovendo e stimolando nel pubblico – prima a livello di attenzione e poi di rievocazione mnemonica¹⁰⁶ – “un’attesa, un’aspettativa e una propensione ripetitiva dei suoi atti d’acquisto”¹⁰⁷, permette di innescare un meccanismo virtuoso di tutela dell’ambiente anche nell’interesse delle generazioni future (art. 9 Cost.). In questo contesto si inserisce il recente Regolamento Ecodesign o Regolamento ESPR (*Ecodesign for Sustainable Products Regulation*)¹⁰⁸ adottato il 27 maggio 2024 dal Consiglio Europeo che introduce sei obiettivi ambientali volti a promuovere una produzione più sostenibile. Nello specifico essi si sostanziano nella riduzione dell’uso di risorse naturali durante il processo di produzione; nella diminuzione delle emissioni di sostanze nocive e di CO₂; nell’estensione del ciclo di vita dei prodotti; nell’utilizzo sostenibile dell’acqua e nella promozione dell’economia circolare. Il Regolamento sulla progettazione ecocompatibile, oltre che indicare le modalità di fabbricazione di prodotti ecocompatibili-

¹⁰³ Cass., sentenza n. 19024 del 29 settembre 2005, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 26.

¹⁰⁴ E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, in AA.VV., *Commentario al codice civile* a cura di Schlesinger, Milano, 2001, 29.

¹⁰⁵ Il complesso delle strategie commerciali *green* può comprendere anche la sponsorizzazione di eventi culturali, meeting e attività benefiche; la perorazione di cause che coinvolgono la sostenibilità; la elargizione di donazioni ad associazioni ambientaliste e *no profit*.

¹⁰⁶ Nel processo decisionale che porta ad un atto di acquisto o all'utilizzazione di un servizio si riconoscono cinque passaggi: riconoscimento del problema, ricerca di informazioni, valutazione di alternative, acquisto e valutazione post-acquisto (W. PRIDE-O.C. FERRELL, *Marketing, Chegg Learning*, London, 2016, 18). Sul punto si veda anche F.L.M. CRAIK-R.S. LOCKHART, *Levels of processing a framework for memory research*, in *Journal of V. L. and V. B.*, 1972, 11, 671.

¹⁰⁷ S. SANDRI, *Introduzione alla rivoluzione copernicana della proprietà intellettuale nella click-community*, in *Riv. dir. industriale*, 2019, 1, 5.

¹⁰⁸ Regolamento UE 2024/1781 del 27 maggio 2024 (*Ecodesign for Sustainable Products Regulation*), in *eur-lex.europa.eu*. Il Regolamento è stato approvato dal Parlamento europeo il 23 aprile 2024 con risoluzione COM/2022/0142.



li¹⁰⁹, suggerisce quali debbano essere le informazioni sulla sostenibilità ambientale che i produttori devono fornire. A seconda della tipologia di prodotto¹¹⁰, infatti, le informazioni devono riguardare il consumo energetico, il contenuto riciclato, la presenza di sostanze tossiche, la durata, la riparabilità, la disponibilità di parti di ricambio, la riciclabilità. Secondo un piano di lavoro prestabilito¹¹¹ il Regolamento introduce, poi, l'uso di un passaporto digitale (*Digital Product Passport*, DPP) che deve raccogliere tutte queste informazioni per renderle accessibili al consumatore. Il passaporto digitale del prodotto obbligatorio per gli operatori economici che immettono sul mercato unico prodotti regolati dagli atti delegati ESPR, deve essere collegato alle banche dati e agli strumenti esistenti dell'Unione, come il Registro europeo dei prodotti per l'etichettatura energetica (EPREL) o la Banca dati per le informazioni sulle sostanze problematiche (SCIP).

In attesa che il Regolamento possa trovare attuazione, l'interprete non può non constatare che la forza trainante della globalizzazione procede lungo i binari di un modello economico puramente consumeristico, ancora lontano da quel mercato unico sostenibile¹¹² fondato su un auspicato equilibrio tra uomo, ambiente e mercato. La nostra è un'era geologica caratterizzata dalla distruzione degli ecosistemi naturali e sociali e dalla impossibilità di far fronte a una serie di conseguenze disfunzionali – ben documentate dai dati sull'inquinamento e sulle diseguaglianze – senza un apprendimento evolutivo che metta al centro gli aspetti impreveduti della modernizzazione. Un ruolo non certo di secondo piano potrà essere svolto, secondo la teoria dell'influenza sociale¹¹³ dalla condivisione esplicita ma, anche e soprattutto, implicita di gesti, comportamenti, opinioni tra i gruppi di consumatori. È il proposito perseguito dal movimento della *slow fashion* (o *moda lenta*) che promuove l'adozione di una moda non compulsiva e più sostenibile, la riduzione del numero di collezioni annuali e la produzione artigianale o della *responsible fashion* (*moda responsabile*) che implica, invece, la riduzione del consumo di risorse attraverso la scelta di indumenti riciclati o usati. L'obiettivo comune è quello di rendere la *moda veloce* fuori moda, perché la *fast fashion* non è gratis e il consumatore deve sapere che essa produce un rilevante costo, determinato dalla incidenza su valori ineludibili e costituzionalmente protetti, che l'ambiente sta già pagando.

¹⁰⁹ V. IAIA, *Gli eco-brevetti tra neutralità tecnologica e (sensibilità) climatica*, in *Riv. dir. industriale*, 2023, 2, 88.

¹¹⁰ Ai sensi dell'art. 18, comma 5, tra i gruppi di prodotti prioritari in ordine ai quali specifici atti delegati dettaglieranno i requisiti ecocompatibili rientrano i prodotti tessili (abbigliamento e calzature); ferro e acciaio; alluminio; mobilio (inclusi materassi); pneumatici; detergenti, vernici e lubrificanti; sostanze chimiche; prodotti elettronici e ICT; prodotti connessi all'energia. Non rientrano, invece, espressamente nell'oggetto del regolamento ESPR gli alimenti, i mangimi, i medicinali, le piante, gli animali e i prodotti di origine umana.

¹¹¹ La Commissione europea si è impegnata a comunicare entro l'aprile 2025 il primo piano di lavoro ESPR che dovrà avere una durata di almeno 3 anni.

¹¹² Il principio è contenuto nella Risoluzione Ue del 25 novembre 2020 sul tema "Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori", in <https://www.europarl.europa.eu>. La Risoluzione prevede espressamente che il cammino verso la "costruzione di un mercato unico sostenibile" deve peraltro garantire ai consumatori "un elevato livello di protezione" (articolo 153 del Trattato istitutivo CE e poi trasfuso nell'articolo 169 TFUE) e deve salvaguardare l'ambiente, la salute umana e le risorse naturali (articoli 191 TFUE).

¹¹³ E.L. BERNAYS, *Propaganda. L'arte di manipolare l'opinione pubblica* (traduzione italiana a cura di A. Roveda), Bologna, 2018. Secondo l'autore l'*influenza sociale informativa* si concretizza quando un individuo, trovandosi in situazioni ambigue, confuse, incerte, assume il comportamento degli altri come fonte di informazioni e si adegua a tale comportamento al fine di venire accettato e apprezzato.



ANTONIO FICI

Professore associato di Diritto privato – Università di Roma “Tor Vergata”

GRATUITÀ E COMUNIONE DI SCOPO NELL'AMMINISTRAZIONE CONDIVISA

SOMMARIO: 1. *Gratuità, corrispettiva, onerosità: alcune premesse teorico-concettuali.* – 2. *Gratuità e rimborso spese nel Codice del terzo settore.* – 3. *Il problema della gratuità nell'amministrazione condivisa.* – 4. *La comunione di scopo nei rapporti dell'amministrazione condivisa e i suoi riflessi sul tema della gratuità.* – 5. *Conclusioni.*

1. – Nell'affrontare il tema della gratuità quale elemento essenziale e distintivo degli istituti dell'amministrazione condivisa di cui agli artt. 55-57 del Codice del terzo settore (“CTS”), è opportuno muovere da alcune premesse teorico-concettuali, utili ad impostare correttamente il problema della natura di questo elemento e darvi coerente soluzione.

Nel contesto della disciplina di diritto comune degli atti negoziali di cui al codice civile vigente, manca una definizione della categoria delle fattispecie negoziali “a titolo gratuito”, a differenza di quanto accadeva nel codice civile abrogato, che all'art. 1101 così qualificava il contratto con cui “uno dei contraenti intende procurare un vantaggio all'altro senza equivalente”. Proprio facendo leva su questa definizione, nella quale risalta la “direzione” unilaterale del vantaggio che viene attribuito contrattualmente (da una parte all'altra, senza equivalente), si giunge a sostenere in dottrina che il problema della onerosità o gratuità può correttamente porsi soltanto con riferimento ai negozi di attribuzione patrimoniale, quelli cioè in cui “un consociato procura ad un altro un vantaggio patrimoniale”, precisandosi altresì che la gratuità (o al contrario l'onerosità) dell'atto attiene al suo profilo causale e dunque alla funzione da quest'ultimo svolta¹.

In definitiva, secondo questa condivisibile ricostruzione, la distinzione tra negozio (a titolo) oneroso e negozio (a titolo) gratuito può applicarsi soltanto ai negozi mediante i quali “un soggetto determina un'attribuzione patrimoniale, cioè uno spostamento di diritti patrimoniali e, quindi, un accrescimento di valore ... nel patrimonio di un altro soggetto ...”². Segnatamente, il negozio è oneroso allorché l'attribuzione abbia luogo “contro un corrispettivo”; è invece gratuito allorché alcun corrispettivo sia previsto, facendo pertanto difetto “l'incremento patrimoniale di chi procura ad altri l'arricchimento”³.

¹ Cfr., anche per ulteriori riferimenti alla dottrina, F. GIGLIOTTI, *Contratto a titolo gratuito*, in *Enc. dir., I tematici (Contratto)*, a cura di G. D'Amico, Milano, 2021, 164.

² Così F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, VIII ed., I, Milano, 1952, 460.

³ In questi termini ancora F. MESSINEO, *op. cit.*, 461.



La gratuità, quale “attribuzione senza equivalente” ovvero “senza controprestazione”, comprende la “liberalità” ma non si esaurisce in essa, poiché mentre l’atto liberale è tipicamente gratuito, non ogni atto gratuito è allo stesso tempo liberale⁴, anche perché diverse, e di varia natura (altruistiche così come egoistiche), possono essere le motivazioni che concretamente sorreggono un atto gratuito.

La gratuità, così intesa, si contrappone nettamente alla “corrispettività”, poiché un contratto gratuito non potrebbe mai essere a prestazioni corrispettive (o “di scambio”), mentre può convivere con l’onerosità (anche *ex latere accipientis*), dal momento che gli atti a titolo gratuito potrebbero rivelarsi onerosi per chi riceve l’attribuzione patrimoniale che ne costituisce l’oggetto (e non solo dunque per chi la effettua), come avviene nell’ipotesi paradigmatica della donazione modale.

Se dunque i contratti a prestazioni corrispettive sono sicuramente onerosi (per entrambi i contraenti), parimenti onerosi per entrambi i contraenti (pur non essendo a prestazioni corrispettive) potrebbero essere i contratti a titolo gratuito. In questo caso – si osserva – l’onerosità rappresenta per il beneficiario del contratto a titolo gratuito un sacrificio economico da sopportare per poter realizzare il proprio interesse⁵. Così, ad esempio, è solo adempiendo l’onere ad esso imposto dal donante ai sensi dell’art. 793, comma 1, cod. civ., che il donatario di una donazione modale può evitare di mettere a rischio l’attribuzione patrimoniale ricevuta gratuitamente⁶. D’altra parte, il contratto gratuito non diventa a prestazioni corrispettive per il solo fatto che il beneficiario della prestazione sopporta un sacrificio economico (come avviene al beneficiario di una donazione modale)⁷.

In conclusione, da un lato, i contratti a titolo gratuito si contrappongono non già ai contratti a titolo oneroso bensì ai contratti a prestazioni corrispettive (ovvero “di scambio”), pur potendo essere onerosi (per entrambi i contraenti) come questi ultimi; dall’altro lato, in ragione della contrapposizione esistente tra “gratuità” e “corrispettività” e della possibile onerosità dei contratti gratuiti, la dimensione della gratuità di un contratto può essere apprezzata solo con riferimento alla sua dimensione opposta, che è quella della corrispettività. Rispetto all’alternativa tra gratuità e corrispettività, l’onerosità rappresenta invece un elemento eterogeneo, intrinseco alla corrispettività e solo eventuale nella gratuità (vista dal lato di chi riceve la prestazione contrattuale) e di quest’ultima inidoneo ad alterare la sostanza.

È sulla base di queste premesse che si giunge, in maniera più che condivisibile, a qualificare come oneroso il contratto (costitutivo) di società, nonostante esso non sia un contratto a prestazioni corrispettive. Le parti di tale contratto, al fine di realizzare i propri interessi (che non necessariamente devono essere di natura economica ed egoistica), sopportano un sacrificio economico (corrispondente al valore conferito in società) che non si pone però in rapporto di corrispettività col sacrificio economico sopportato dagli altri contraenti⁸.

Il nostro discorso introduttivo può qui concludersi rammentando come il contratto di società, oneroso (per i contraenti) pur non essendo a prestazioni corrispettive, appartenga al *genus* dei contratti associativi, che a loro volta rappresentano la figura più emblematica di contratti con comunione di sco-

⁴ In questi termini, cfr. F. GIGLIOTTI, *op. cit.*, 165.

⁵ Cfr. ancora, anche per riferimenti, F. GIGLIOTTI, *op. cit.*, 167 s.

⁶ Cfr. art. 793, comma 4, cod. civ.

⁷ Cfr. S. NARDI, *Commento sub art. 793 c.c.*, in E. DEL PRATO (a cura di), *Donazioni*, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2019, 304 ss.

⁸ Cfr. G. MARASÀ, *Le società in generale*, II ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000, 9 ss.



po⁹, una categoria concettuale, quest'ultima, con la quale è necessario, come vedremo in seguito, confrontarsi allorché si debba analizzare criticamente il tema della gratuità dei rapporti tra pubblico e terzo settore nell'amministrazione condivisa.

2. – La dimensione della gratuità è presente in varie disposizioni del Codice del terzo settore (CTS).

È innanzitutto da osservare che, ai sensi dell'art. 4, comma 1, CTS, l'attività di interesse generale che qualifica gli enti del terzo settore (ETS) può essere da questi esercitata “in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi”.

La gratuità ha qui a che fare con una particolare modalità di azione degli ETS, quella erogativa, che nella definizione di ETS viene distinta sia dall'azione volontaria che da quella produttiva, nonché dalla forma mutualistica di azione, nonostante quest'ultima, a ben vedere, delineandosi sulla base della natura dei destinatari dell'attività di interesse generale (che sono allo stesso tempo associati dell'ETS), sia in linea di principio compatibile con le precedenti. Gli ETS possono dunque scegliere come condurre le proprie attività di interesse generale, anche se vi sono tipologie particolari di ETS, come gli enti filantropici, che si caratterizzano invece proprio per lo svolgimento di attività in forma di erogazione gratuita¹⁰.

La dicotomia tra azione volontaria e azione gratuita emerge anche dall'art. 6 CTS, là dove fa riferimento a risorse “volontarie e gratuite”, ma allorché l'art. 17, comma 2, definisce il volontario, lo individua come una persona che, tra le altre cose, agisce “in modo gratuito”.

Gratuita è la partecipazione al Consiglio Nazionale del Terzo Settore (art. 59, comma 3) e alla Cabina di regia (art. 97, comma 3), ed interessante è che la norma in entrambi i casi specifichi che pertanto tale partecipazione “non dà diritto alla corresponsione di alcun compenso, indennità, rimborso od emolumento comunque denominato”.

Significativo ai nostri fini è anche l'art. 79, comma 2, CTS, là dove, a fini fiscali, qualifica “di natura non commerciale” le attività di interesse generale svolte “a titolo gratuito” ovvero “dietro versamento di corrispettivi che non superano i costi effettivi”.

Parimenti, l'art. 82, comma 2, CTS, esclude da imposizione i trasferimenti “a titolo gratuito” in favore degli ETS (ad eccezione delle imprese sociali societarie).

Il “titolo gratuito” dell'atto si pone altresì a fondamento delle norme fiscali di cui agli artt. 84, comma 1, lett. a, e 85, comma 6, CTS.

La liberalità – che come chiarito in precedenza si colloca all'interno della gratuità ma non la esaurisce – compare, in taluni casi per qualificare il termine “erogazione”, negli artt. 8, comma 3, lett. d, 77, commi 5 e 10, 79, commi 5 e 5-bis, 81, commi 1 e 5, e 83 del Codice, nonché all'art. 89, commi 11-14, CTS.

V'è, poi, nel Codice del terzo settore, un'altra possibile modalità di condotta, di nostro diretto interesse ai fini dell'analisi in corso, che è l'agire a rimborso spese.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Invero, l'art. 37, comma 1, nel definire gli enti filantropici, si limita ad enunciare il verbo “erogare” senza ulteriormente qualificarlo, ma che l'attività erogativa degli enti filantropici sia gratuita emerge dalla complessiva disciplina loro applicabile: cfr. A. FICI, *Gli enti filantropici: caratteristiche e funzioni di una nuova tipologia di ETS*, in *A due passi dalla meta. Verso il completamento della riforma. 4° Rapporto sullo stato e le prospettive del diritto del terzo settore in Italia*, a cura della Fondazione Terzjus ETS, Napoli, 2025, 283 ss.



Se ne parla innanzitutto all'art. 17, comma 3, sulla disciplina dell'attività di volontariato, che è qualificata come un'attività per la quale non può essere prevista alcuna retribuzione, fatto salvo il rimborso delle “spese effettivamente sostenute e documentate per l'attività svolta”.

Si evince dalla disposizione sopra citata che il rimborso spese è una circostanza meramente eventuale che non qualifica l'attività di volontariato pur essendo con essa compatibile. Il volontariato, infatti, è un'attività svolta in modo personale, spontaneo e gratuito, senza alcun fine di lucro, neanche indiretto, ed esclusivamente per fini di solidarietà (art. 17, comma 1). È la dimensione della gratuità, pertanto, che connota l'attività di volontariato, e questa dimensione non è compromessa, stando all'art. 17, comma 3, dal fatto che il volontario sia compensato delle spese sostenute per poterla svolgere. Per il legislatore del Codice tale compensazione non ha natura retributiva, ciò che escluderebbe la natura di volontariato dell'attività svolta, ma appunto compensativa dei costi sostenuti per poter svolgere l'attività, ovvero, detto in altri termini, della (sola) “perdita subita” o “danno emergente”¹¹, essendo proprio per questa ragione esplicitamente vietato dall'art. 17, comma 3, il rimborso forfetario, cioè svincolato dalla prova delle spese da rimborsarsi al volontario¹². Né il legislatore si sofferma sulle spese per le quali il rimborso è ammissibile, ad esempio escludendone qualcuna *ex ante*, ma si limita da un lato a prescrivere che le spese debbano avere una connessione funzionale con l'attività di volontariato (“le spese ... per l'attività prestata”), dall'altro ad affidare a ciascun ETS la previsione *ex ante* di limiti e condizioni per il rimborso delle spese ai propri volontari.

Di agire a rimborso spese si parla altresì nell'art. 33, comma 3, sulle organizzazioni di volontariato (“ODV”). Le ODV possono ricevere, per l'attività di interesse generale prestata, “soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate”¹³.

La formula ricorre anche nell'art. 56, comma 2, CTS, che è norma per noi fondamentale essendo diretta a regolare convenzioni tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore, più precisamente organizzazioni di volontariato e associazioni di promozione sociale (“APS”), che rientrano tra i modelli dell'amministrazione condivisa e sono perciò escluse dall'ambito di applicazione del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, recante il Codice dei contratti pubblici (“CCP”), ai sensi di quanto disposto dall'art. 6 del medesimo Codice.

Ebbene, le convenzioni dell'art. 56 possono prevedere in favore delle ODV e APS affidatarie dell'attività di interesse generale (o meglio, *partner* dell'amministrazione) esclusivamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate per lo svolgimento dell'attività (comma 2), “con

¹¹ Qualora il rimborso abbia, anche sulla base di una previsione legislativa, lo scopo di ristorare il volontario del “mancato guadagno” o “lucro cessante” derivante dallo svolgimento dell'attività di volontariato, allora tale rimborso assume rilevanza reddituale ai fini delle imposte sui redditi: cfr. in questo senso la risposta n. 191/2023 dell'Agenzia delle entrate, con riferimento al rimborso per “mancato guadagno giornaliero” erogato ai sensi dell'art. 39, comma 5, d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, c.d. Codice della protezione civile. L'Agenzia ritiene che, in base all'art. 6, comma 2, TUIR, “sono imponibili le somme corrisposte al contribuente in sostituzione di mancati guadagni (c.d. “*lucro cessante*”) purché riconducibili ad una delle categorie reddituali previste dal TUIR, mentre non assumono rilevanza reddituale le indennità risarcitorie erogata a fronte della perdita economica subita dal percipiente e che si concretizza in una diminuzione del suo patrimonio (c.d. “*danno emergente*”). Pertanto, il rimborso *ex art.* 39, comma 5, al volontario a fronte del “mancato guadagno giornaliero” costituisce per espressa previsione normativa “lucro cessante” ed è soggetto ad imposizione.

¹² Non a caso, per Cass., 23 novembre 2015, n. 23890, i rimborsi forfetari, così come quelli che eccedano i limiti di rimborsabilità fissati dall'ente tramite il quale il volontario agisce, sono in realtà compensi soggetti ad imposizione fiscale.

¹³ Tale limite non si applica alle attività “diverse” delle ODV svolte ai sensi dell'art. 6 CTS, e ciò anche nel caso in cui queste attività “diverse”, ovvero svolte a tale titolo dall'ODV, siano in realtà attività di interesse generale, come lo stesso art. 33, comma 3, CTS, si preoccupa di precisare.



esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili, e con la limitazione del rimborso dei costi indiretti alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto della convenzione" (comma 4).

Proprio sulla base di quanto disposto dal Codice in materia di attività di volontariato e dell'esclusione esplicita degli istituti di cui agli artt. 55-57 dall'ambito di applicazione del CCP (art. 6, d.lgs. n. 36/2023), è possibile concludere nel senso che l'agire a rimborso spese sia qualificabile come agire gratuito nonostante il rimborso delle spese rappresenti un sacrificio economico a carico di chi (pubblica amministrazione o ente privato) sia tenuto ad effettuarlo. Ciò, naturalmente, a condizione che le spese rimborsate siano effettive e documentate e nulla in più sia attribuito a chi (volontario o ente) le abbia sostenute, fermo restando che tra le spese rimborsabili possono anche includersi i costi indiretti imputabili all'attività per cui il rimborso spese è previsto.

Quanto precede sembra confermare l'ipotesi della compatibilità tra la natura gratuita dell'atto (o più specificamente del contratto o della convenzione) e l'eventuale onerosità del medesimo per il beneficiario della prestazione gratuita: l'attribuzione a titolo gratuito può essere onerosa per chi ne beneficia, dove l'onerosità, come nel caso di specie, corrisponde alle spese da rimborsarsi a chi (volontario o ente) effettua a titolo gratuito una certa prestazione di volontariato (nel caso dell'art. 17 CTS) o di interesse generale (nei casi di cui agli artt. 33 e 56 CTS).

In verità, in maniera ancora più radicale, esula dagli istituti dell'amministrazione condivisa una valutazione in termini di gratuità, poiché tale valutazione, come già in precedenza sottolineato, acquista significato solamente se riferita ad atti giuridici che abbiano ad oggetto un'attribuzione patrimoniale, mentre tali non sono gli atti che costituiscono manifestazione del fenomeno che va sotto il nome di amministrazione condivisa.

3. – Gli istituti di cui agli artt. 55-57 CTS hanno avuto un effetto dirompente, per certi versi rivoluzionario, sul sistema e la teoria dei rapporti giuridici tra pubbliche amministrazioni ed enti privati. Da ciò può anche nascere l'esigenza di rivedere e riadattare alcune categorie concettuali, in qualche modo tradizionali, ad istituti nuovi che si fondano su logiche particolari e diverse. La gratuità è una di queste, ed il dibattito che si è sviluppato, ed è ancora in corso, sulla gratuità degli istituti dell'amministrazione condivisa mette bene in luce come l'errata sovrapposizione di categorie tradizionali ad istituti nuovi, la cui diversità rispetto ad istituti preesistenti non è ancora del tutto compresa, possa condurre ad esiti interpretativi controproducenti per gli istituti medesimi, compromettendone quella capacità innovativa sulla quale il legislatore ha puntato all'atto della loro introduzione nell'ordinamento giuridico.

Ebbene, gli istituti dell'amministrazione condivisa presuppongono due elementi essenziali, che a loro volta li giustificano sotto il profilo costituzionale: il primo è la natura di ETS posseduta dalla parte privata, che garantisce l'efficacia dell'azione amministrativa alla luce della particolare affidabilità del partner privato (nonché della sua capacità di sintonizzarsi sui bisogni dei beneficiari fino addirittura a saperli incettare dall'origine)¹⁴; l'altro è quello della loro "gratuità", che è capace di rendere questi rapporti (oltre che più efficaci nel soddisfare i bisogni, anche) tendenzialmente più vantaggiosi per la finanza pubblica di quelli instaurati ai sensi del CCP.

¹⁴ Ma sulla possibilità che l'art. 55 si applichi alle ONLUS, ciò che non smentisce quanto affermato nel testo, essendo le ONLUS per legge parificate agli ETS finché non scompariranno definitivamente dalla scena, cfr. TAR Lombardia, 1 ottobre 2023, n. 2533.



Di tale “gratuità”, quale fattore discriminante i rapporti di cui agli artt. 55-57 CTS, sono state sin qui date, tuttavia, due interpretazioni diverse, una più ampia, l'altra più restrittiva.

Nel giudicare compatibile con il diritto dell'Unione europea l'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario alle ODV (oggi esplicitamente previsto e regolato dall'art. 57 CTS), la Corte di giustizia dell'Unione europea, a partire dalle note sentenze Spezzino e Casta, ne individua una condizione di legittimità nella circostanza che le organizzazioni di volontariato affidatarie dei servizi “non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime, e che non procurino alcun profitto ai loro membri”. La Corte europea ammette peraltro che tali organizzazioni “si avvalgano di lavoratori, poiché, in caso contrario, ... sarebbero pressoché private della possibilità effettiva di agire in vari ambiti in cui il principio di solidarietà può naturalmente essere attuato”, a condizione però che l'attività sia “svolta da lavoratori unicamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento” ovvero “nei limiti imposti dalla legislazione nazionale”, e che eventuali rimborsi spese ai volontari riguardino soltanto ed esclusivamente spese effettivamente sostenute entro limiti preventivamente stabiliti dall'organizzazione medesima¹⁵.

Il carattere “gratuito” degli affidamenti, che ne giustifica e legittima il particolare regime giuridico, risiede dunque, secondo questa prima interpretazione, nella commisurazione del “corrispettivo” versato dalla pubblica amministrazione alle spese effettivamente sostenute dall'organizzazione privata per rendere il servizio. Il “corrispettivo”, pertanto, costituisce in realtà un rimborso spese (con funzione, come spiegato in precedenza, esclusivamente compensativa del “danno emergente”), non comportando alcun utile o profitto a beneficio dell'organizzazione affidataria. Possono però legittimamente essere rimborsate all'organizzazione affidataria anche le spese relative al costo del lavoro nonché le spese a loro volta sostenute dai volontari, purché le prime siano necessarie per il regolare funzionamento dell'organizzazione affidataria (ovvero non eccedano i limiti stabiliti dalla legislazione nazionale applicabile) e le seconde corrispondano a spese effettivamente sostenute dai volontari entro limiti prestabiliti *ex ante* dall'organizzazione medesima.

È evidente come questi principi risultino ripresi, quasi alla lettera, dal legislatore nazionale nella formulazione dell'art. 56 CTS (applicabile altresì, in virtù del rinvio espresso di cui al comma 2, agli affidamenti di cui all'art. 57, comma 1, CTS)¹⁶, e come i requisiti essenziali della qualifica particolare di ODV di cui agli artt. 32 ss. CTS corroborino, sul piano sostanziale, il requisito della “gratuità” degli affidamenti come sopra inteso, se è vero che le ODV sono tenute ad avvalersi in modo prevalente dell'attività di volontariato dei propri associati o delle persone aderenti agli enti associati (art. 32, comma 1, CTS) – potendo ricorrere a lavoratori retribuiti “esclusivamente nei limiti necessari al loro regolare funzionamento oppure nei limiti occorrenti a qualificare o specializzare l'attività svolta”, fermo restando che “in ogni caso, il numero dei lavoratori impiegati nell'attività non può essere superiore al cinquanta per cento del numero dei volontari” (art. 33, comma 1, CTS) – e per l'attività di interesse generale prestata, come già abbiamo ricordato, possono ricevere soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate (art. 33, comma 3, CTS)¹⁷.

¹⁵ Cfr. CGEU, 11 dicembre 2014, causa C-113/13, e CGUE, 28 gennaio 2016, causa C-50/14.

¹⁶ Cfr. A. ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità*, in *Munus*, n. 1/2019, 157 ss., la quale peraltro giustamente ricorda come anche le linee-guida dell'ANAC sull'affidamento di servizi ad enti del terzo settore e cooperative sociali, adottate con delibera n. 32/2016, seguendo la medesima linea argomentativa della Corte europea, abbiano contribuito a determinare questo risultato.

¹⁷ La disciplina delle associazioni di promozione sociale è meno rigorosa rispetto a questi requisiti, ma rimane il fatto che anche le APS devono avvalersi in modo prevalente dell'attività di volontariato dei propri associati (art. 35, comma 1, CTS).



Sul versante delle spese sostenute dai volontari soccorre poi una norma generale, anch'essa già menzionata, ovverosia l'art. 17, comma 3, CTS, secondo cui "al volontario possono essere rimborsate dall'ente del Terzo settore tramite il quale svolge l'attività soltanto le spese effettivamente sostenute e documentate per l'attività prestata, entro limiti massimi e alle condizioni preventivamente stabilite dall'ente medesimo", essendo in ogni caso vietati i "rimborsi spese di tipo forfetario".

L'interpretazione restrittiva del requisito di "gratuità" dei rapporti è stata invece (sorprendentemente) proposta dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052 del 20 agosto 2018, reso in sede consultiva su richiesta dell'ANAC (in funzione dell'aggiornamento delle linee-guida contenute nella delibera n. 32/2016 di quest'ultima autorità)¹⁸.

Il Consiglio di Stato include lo svolgimento del servizio "a titolo integralmente gratuito" tra le condizioni in presenza delle quali l'affidamento di servizi sociali (che avvenga anche ad esito di una procedura ex art. 55 CTS) non debba ritenersi soggetto alla regolazione di origine euro-unitaria, ovvero al CCP, poiché solo l'"assenza di corrispettivo non pone in radice problemi di distorsione della concorrenza", risolvendosi in un "fenomeno non economico", strutturalmente estraneo alle logiche di mercato.

Le procedure di affidamento di servizi sociali da rendersi in forma onerosa, cioè "in presenza anche di meri rimborsi spese forfetari e/o estesi a coprire in tutto od in parte il costo dei fattori di produzione", sarebbero invece sottoposte al CCP, "al fine di tutelare la concorrenza anche fra enti del terzo settore".

In definitiva, soltanto "il rimborso che escluda la remunerazione di tutti i fattori della produzione altrui (capitale e lavoro) e copra solamente le spese vive, nega l'onerosità della prestazione ed enuclea un contesto di servizio di interesse generale non economico, non interferente, in quanto tale, con la disciplina del codice dei contratti pubblici".

Del resto, il CCP – come il Consiglio di Stato pone in evidenza – si applica a tutti gli appalti pubblici, ovverosia a tutti i "contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi" (art. 3, lett. ii, d.lgs. n. 50/2016, oggi art. 2, comma 1, lett. b, dell'allegato I.1. al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36).

Negli anni immediatamente successivi, l'orientamento del Consiglio di Stato espresso nel parere n. 2052/2018 è stato pedissequamente seguito da alcuni giudici amministrativi (si vedano, ad esempio, TAR Toscana 1 giugno 2020, n. 266¹⁹ e Cons. Stato 7 settembre 2021, n. 6232²⁰), determinando timori ed incertezze in molte amministrazioni pubbliche, che su questa sola base hanno preferito seguire la

¹⁸ La sorpresa deriva dal fatto che il Consiglio di Stato, interpellato dal legislatore in sede di riforma del terzo settore, non aveva mosso analoghi rilievi nell'esercizio della funzione consultiva pronunciandosi prima sullo schema di decreto legislativo recante il Codice (parere n. 1405/2017) e successivamente su quello del decreto legislativo "correttivo" al medesimo Codice (parere n. 1432/2018).

¹⁹ Secondo cui, la convenzione di cui all'art. 56 CTS non può "dar luogo a qualunque forma diretta o indiretta di remunerazione a carico del soggetto pubblico affidante, quale che ne sia la formale denominazione, al personale volontario o dipendente e direttivo dell'ente affidatario. Nel caso di specie tale condizione non può dirsi rispettata. Dalla istruttoria espletata è infatti emerso che la quota ampiamente maggioritaria dei docenti impegnati nei corsi di lingua offerti dalla controinteressata ha percepito e percepisce una remunerazione posta a carico del comune di Massa sotto forma di rimborso delle spese vive. Non sussiste, pertanto, quella totale assenza di economicità che pone in modo chiaro ed inequivocabile l'affidamento al di fuori della logica di mercato così come chiarito nel citato parere che il Collegio condivide".

²⁰ Secondo cui, in ragione del principio di gratuità dell'affidamento ad esito di co-progettazione ex art. 55 CTS, "deve escludersi qualsiasi forma di remunerazione, anche indiretta, dei fattori produttivi (lavoro, capitale), potendo ammettersi unicamente il rimborso delle spese ...".



via dell'appalto ai sensi delle disposizioni del CCP piuttosto che quella della convenzione ai sensi dell'art. 56 CTS²¹.

Dopo questa partenza “in salita”, alcune vicende sopravvenute hanno contribuito a rendere in parte il “clima” più favorevole agli istituti dell'amministrazione condivisa, anche grazie all'impatto della fondamentale sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale²² e delle modifiche nel frattempo subite dal CCP (allora vigente) al fine di tenere conto degli artt. 55-57 CTS²³, contribuendo ad una revisione, quanto meno parziale, della nozione di gratuità, nonostante la tesi sostenuta nel parere n. 2052/2018 continui tutt'ora (pericolosamente) a circolare, rendendo ancora possibili interpretazioni ed applicazioni errate (anche perché spesso acritiche) di questo principio, e perciò capaci di mettere a rischio rapporti particolari, come quelli dell'amministrazione condivisa, che ad una valutazione di gratuità dovrebbero peraltro, in ragione della loro natura giuridica, ritenersi sottratti.

Tra le vicende successive favorevoli ad una migliore comprensione degli istituti dell'amministrazione condivisa, anche per ciò che riguarda il profilo della gratuità, deve innanzitutto annoverarsi la pubblicazione del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 72 del 31 marzo 2021, con cui sono state adottate linee guida sul rapporto tra PA ed ETS ai sensi degli artt. 55-57 CTS. In questo decreto, tra le altre cose, come avremo modo in seguito di osservare, da un lato si insiste sulla specificità di questi istituti e la loro natura non sinallagmatica, anche sulla base delle importanti statuizioni contenute in Corte cost. n. 131/2020, dall'altro lato si classificano espressamente come “contributi” ex art. 12, l. n. 241/1990, piuttosto che come corrispettivi, le risorse messe a disposizione della PA nel contesto ed in attuazione di questi rapporti.

Significative sono altresì state le nuove linee guida dell'ANAC (adottate con delibera n. 382 del 27 luglio 2022) sull'affidamento di servizi sociali, nelle quali, sulla base dell'art. 30, comma 8, CCP, in vigore in quel momento, si sostiene l'estraneità all'applicazione del codice medesimo delle forme di azione di cui agli artt. 55-57 CTS, anche se “realizzate a titolo oneroso”, ritenendosi queste ultime soggette, piuttosto, alle disposizioni della l. n. 241/1990 e realizzabili in concreto dalle PA attenendosi alle indicazioni contenute nel citato d.m. n. 72/2021.

Un passaggio fondamentale è stato l'espresso riconoscimento dell'amministrazione condivisa nell'art. 6 del nuovo CCP del 2023, quale modello di azione basato su modelli organizzativi “privi di rapporti sinallagmatici”, “fondati sulla condivisione della funzione amministrativa” con gli ETS, e perciò esclusi dall'ambito di applicazione del Codice medesimo.

Da ultimo, giova segnalare la posizione assunta dall'Agenzia delle entrate, che nella risposta all'interpello n. 904-785/2024, ha aderito alla tesi per cui le risorse economiche erogate da una PA ai fini di una co-progettazione ex art. 55 CTS sono da ricondurre ai contributi ex art. 12, l. n. 241/1990, poiché sono dirette a finanziare lo svolgimento di un'attività di interesse generale, a beneficio di soggetti meritevoli di attenzione sociale e non a vantaggio diretto ed esclusivo della PA erogante (come avviene nei contratti a prestazioni corrispettive o di scambio). Pertanto, tali erogazioni non costituiscono a fini IVA corrispettivi nell'ambito di contratti di scambio ma mere movimentazioni di denaro

²¹ Ne dà atto anche F. GIGLIONI, *Lezioni per il diritto amministrativo dalla riforma del terzo settore*, A. FICI-L. GALLO-F. GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020, 86.

²² Su cui si v. A. FICI-L. GALLO-F. GIGLIONI (a cura di), *op. cit.*, *passim*.

²³ Si tratta delle modifiche agli artt. 30, comma 8, 59, comma 1 e 140, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, su cui cfr. A. FICI-L. GALLO-F. GIGLIONI, *Postfazione: due importanti novità*, in *IDD.* (a cura di), *op. cit.*, 221 ss.



escluse dall'ambito di applicazione dell'imposta ai sensi dell'art. 2, comma 3, lett. *a*, del relativo testo unico. La qualificazione di queste somme come contributi fuori campo IVA non è peraltro compromessa – aggiunge l'Agenzia – dal fatto che gli atti o provvedimenti che ne disciplinano l'erogazione prevedano (come spesso accade) clausole risolutive e/o penali per il caso di mancata realizzazione da parte dell'ETS dei comportamenti dovuti.

Nonostante l'evoluzione non indifferente che ha interessato la normazione e il pensiero giuridico sull'amministrazione condivisa, la tesi restrittiva sulla gratuità dei rapporti dell'amministrazione condivisa è stata tuttavia riproposta in alcune sentenze successive, anche se – occorre sottolineare – dal loro esame emergono profili di presunta abusività nel ricorso agli istituti dell'amministrazione condivisa, che finiscono per condizionare, non poco, le conclusioni cui i giudici pervengono.

Nella sentenza n. 7020 del 7 agosto 2024, resa nel giudizio di appello instaurato dal comune soccombente in TAR Toscana, 1 giugno 2020, n. 266, il Consiglio di Stato aderisce alla ricostruzione offerta nel parere n. 2052/2018, ancorché a ciò indotto, almeno così pare, da una fattispecie concreta che ai suoi occhi lasciava trasparire elementi di abuso dell'istituto convenzionale di cui all'art. 56 CTS.

Poco convincente è l'allineamento proposto, in questa decisione, tra il parere n. 2052 del Consiglio di Stato e la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea n. 50/2016, poiché, come in precedenza spiegato, la Corte europea non esclude la rimborsabilità dei costi fissi, incluso il costo del lavoro, sebbene quest'ultimo sia da contenersi nei limiti di quanto necessario al regolare funzionamento dell'organizzazione, come del resto l'art. 33, comma 1, CTS impone alle ODV di diritto nazionale (aggiungendo, con specifico riferimento ai costi diretti, l'ipotesi alternativa dei limiti occorrenti a qualificare e specializzare l'attività svolta). Non appare corretto, dunque, concludere nel senso che “i limiti cui la Corte di Giustizia ha circoscritto l'ammissibilità del ricorso dell'affidamento di appalti di servizi solo ad associazioni di volontariato rendono evidente la correttezza del parere di questo Consiglio di Stato n. 2052/2018 ...”.

Né è corretto ricollegare a questa interpretazione “rigida” del concetto di gratuità la capacità di prevenire abusi nel ricorso agli affidamenti agli ETS, perché diversi possono essere gli accorgimenti a tal fine utilizzabili, come ad esempio quello dei tetti al rimborso delle spese, che nella fattispecie *de qua* non erano stati infatti previsti dall'amministrazione precedente.

TAR Liguria n. 310/2024 del 3 maggio 2024, in tema di art. 55 CTS, muove dalla sentenza della Corte cost. n. 131/2020, menziona l'art. 6 del nuovo CCP, richiama il d.m. n. 72/2021 e la tesi della natura di contributi *ex art.* 12 dei mezzi somministrati dalla PA, ma ciononostante conclude per l'illegittimità per difetto di motivazione del ricorso all'istituto della co-progettazione, ovvero dello schema fondato sulla solidarietà, piuttosto che all'appalto, cioè dello schema fondato sulla concorrenza. Il tribunale regionale ritiene che “che sia tutt'oggi valida la regola secondo cui l'affidamento dei servizi sociali ricade nel perimetro applicativo delle norme in materia di appalti pubblici se l'amministrazione corrisponde al prestatore dell'attività di interesse generale un corrispettivo o, comunque, una qualsivoglia forma di remunerazione”. L'esclusione di queste procedure dall'ambito del CCP si realizza infatti, a suo avviso, solo “quando l'organismo del terzo settore svolga il servizio in forma gratuita, trattandosi, in tal caso, di un fenomeno non economico, ossia strutturalmente al di fuori delle logiche di mercato e, quindi, radicalmente estraneo alle regole competitive di matrice eurounitaria”.

Per il TAR ligure, “la prestazione si considera gratuita se viene effettuato il rimborso a piè di lista delle spese vive incontrate dall'ente, analiticamente rendicontate e documentate, mentre rimane esclusa la remunerazione dei fattori di produzione interni all'ente stesso, anche in forma indiretta o attraverso



so rimborsi spese forfettari: segnatamente, dev'essere acclarata l'assenza, a carico del soggetto pubblico affidante, di qualunque compenso per i membri e per il personale dell'ETS, dipendente o volontario, quale che ne sia la formale denominazione e qualunque sia il meccanismo economico o contabile; inoltre, non devono ricorrere forme di forfetizzazione dei rimborsi, né di finanziamento o contributo a compenso dell'attività espletata direttamente dall'ente".

Di particolare interesse, in quest'ultima decisione, è il punto relativo alla possibilità per l'ETS affidatario di avvalersi di imprese *for profit* fornitrici di beni o servizi. Secondo il tribunale ligure ciò è possibile, ma poiché questi fornitori sono pagati con fondi pubblici, è necessario che "gli stessi siano scelti secondo le regole del codice dei contratti, perlomeno qualora le loro prestazioni risultino preponderanti rispetto alle attività svolte dall'organismo del terzo settore: infatti, se il servizio finisce per essere prestato, in tutto o in larga parte, da imprese con scopo di lucro, viene meno la ratio solidaristica del modello alternativo al mercato, onde, ai fini della normativa pro-concorrenziale di origine comunitaria, l'ETS deve ritenersi equiparato alle amministrazioni committenti, alla luce del concetto sostanziale di appalto pubblico, costituente il portato di effettività del diritto dell'Unione (si veda anche l'art. 93, comma 1, lett. e, d.lgs. n. 117/2017, ai sensi del quale l'ente del terzo settore ha l'obbligo di impiegare correttamente le risorse pubbliche finanziarie e strumentali ad esso attribuite)".

V'è poi un altro gruppo di sentenze in cui, nonostante il richiamo al parere n. 2052 del Consiglio di Stato, in realtà non si manifesta alcuna adesione alla tesi centrale in esso proposta, ovvero sia la limitazione dei rimborsi spese alle sole "spese vive", con esclusione della rimborsabilità dei costi di capitale e lavoro, ma soltanto alla tesi, invero indiscutibile alla luce di quanto disposto dall'art. 56, comma 2, CTS, della illegittimità dei rimborsi spese forfetari.

Ad esempio, in TAR Lazio n. 281 del 28 marzo 2022, l'illegittimità della co-progettazione viene fatta discendere non già dalla negazione dell'argomento per cui le spese della PA sarebbero classificabili come "contributi" (ché anzi i giudici dimostrano di conoscere ed accogliere la ricostruzione svolta dal Ministero competente nel d.m. n. 72/2021) e dall'accoglimento della tesi del Consiglio di Stato secondo la quale sarebbero rimborsabili dall'amministrazione soltanto le "spese vive", bensì dal fatto che i costi indiretti fossero di fatto rimborsali in via forfetaria, "senza alcun collegamento con una effettiva spesa sostenuta, documentata e rendicontata", ciò che rende la prestazione della PA onerosa, escludendo la gratuità del rapporto.

Sulla base del medesimo argomento, il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5217 del 26 maggio 2023, resa in sede di appello avverso la decisione del TAR Lazio testé menzionata, rigetta il ricorso facendo proprie le conclusioni della decisione appellata. Anche qui, sebbene apparentemente si manifesti adesione al parere del 2018, è tuttavia la previsione del rimborso forfetario a determinare l'illegittimità della co-progettazione per violazione dell'art. 56, comma 2, CTS, e non già la previsione in sé del rimborso dei costi indiretti, la cui rimborsabilità da parte dell'amministrazione procedente, qualora siano effettivi e documentati, non è espressamente negata.

Allo stesso modo deve valutarsi la decisione del TAR Campania n. 2621 del 2 maggio 2023, nella quale, nonostante il richiamo al parere n. 2052, non v'è adesione alle tesi in esso riportate, poiché in questo caso i giudici non hanno negato la natura di contributo *ex art. 12, l. n. 241/1990*, delle risorse pubbliche messe a disposizione (in questa fattispecie ai sensi dell'art. 57 CTS), ma si sono nuovamente soffermati sulla illegittimità dei rimborsi forfetari, che peraltro nel giudizio *de quo* non sussistevano poiché l'amministrazione procedente si era limitata a fissare tetti massimi di rimborsabilità delle spese, una pratica particolarmente apprezzata dai giudici amministrativi.



Secondo il tribunale campano, infatti, “la previsione del limite massimo dei costi rimborsabili all’organizzazione aggiudicataria non si è tradotta nell’illegittima previsione, come sostenuto dalla tesi ricorsuale, di un rimborso forfettario mensile fisso in misura massima, in evidente violazione delle innovative disposizioni del d.lgs. n. 117/2017, applicabili alla procedura de qua, che viceversa impongono, come specificamente previsto dall’avviso impugnato, in via esclusiva il rimborso sulla base delle spese effettivamente sostenute dagli enti no profit. Per contro, l’azienda sanitaria si è limitata alla doverosa e corretta predeterminazione dei mezzi finanziari messi a disposizione dell’aggiudicatario quale contributo pubblico per lo svolgimento del servizio. In tal modo operando, conclusivamente, l’amministrazione si è attenuta alla regola stabilita dall’art. 12, legge n. 241/1990, che integra un principio generale dell’ordinamento giuridico, quale corollario e precipitato logico dei superiori principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento”.

Fatte queste necessarie precisazioni in merito all’effettiva portata della giurisprudenza richiamata, è evidente come le due nozioni di “gratuità” che si contendono il campo non solo conducano a risultati completamente opposti sul fronte dell’applicabilità o meno alle procedure di cui agli artt. 55-57 CTS della disciplina generale dei contratti pubblici di cui al relativo Codice, ma ancora prima, e in maniera più rilevante, sottintendano due interpretazioni affatto diverse di questo requisito.

Tuttavia, il problema della gratuità, quale elemento discriminante i rapporti dell’amministrazione condivisa rispetto a quelli soggetti all’applicazione del CCP, per poter essere definitivamente risolto, richiede di essere meglio inquadrato nella cornice contrattuale nella quale si colloca e verificato alla luce dei profili causali che la connotano. Se diversa fosse la causa, nel senso di funzione economico-sociale, dei rapporti di cui agli artt. 55-57 CTS rispetto ai rapporti oggetto del CCP, il tema della gratuità perderebbe di rilevanza, poiché emergerebbe una diversa, e più sostanziale, ragione per la quale il CCP ad essi non si applica. Se fosse la peculiare funzione economico-sociale degli istituti dell’amministrazione condivisa a giustificare il loro particolare regime giuridico, e non già la gratuità in sé, il dibattito relativo alla gratuità perderebbe rilevanza autonoma, finendo per essere assorbito in quello della causa contrattuale. Non si potrebbe più dire che sia la gratuità, comunque intesa, a qualificare l’amministrazione condivisa, bensì la loro specifica causa, di cui la gratuità può tutt’al più costituire un corollario strutturale.

L’approfondimento di questo aspetto deve prendere le mosse dalla sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale, che non a caso non discute di “gratuità”, ma focalizza la sua attenzione su un elemento causale ritenuto determinante al fine di attribuire specificità ai rapporti di cui all’art. 55 CTS, rendendoli così modelli organizzativi ispirati non già al principio di concorrenza bensì a quello di solidarietà.

4. – L’art. 55 CTS – esordisce la Corte nella sentenza n. 131/2020 – rappresenta “una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall’art. 118, quarto comma, Cost.”, che ha a sua volta “esplicitato nel testo costituzionale le implicazioni di sistema derivanti dal riconoscimento della ‘profonda socialità’ che connota la persona umana (sentenza n. 228 del 2004) e della sua possibilità di realizzare una ‘azione positiva e responsabile’ (sentenza n. 75 del 1992)”. Più in particolare, l’art. 55 CTS, in attuazione dell’ultimo comma dell’art. 118 Cost., “realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell’azione sussidiaria”, ponendo in capo ai soggetti pubblici il compito di assicurare il coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore.

Con gli ETS – soprattutto in ragione delle loro caratteristiche funzionali (perseguire senza scopo di lucro il bene comune mediante lo svolgimento di attività di interesse generale) – gli enti pubblici in-



staurerebbero “un nuovo rapporto collaborativo”, diretto a realizzare “insieme” l’interesse generale.

Ancora – spiega la Corte – “si instaura ... tra i soggetti pubblici e gli ETS, in forza dell’art. 55, un canale di amministrazione condivisa, alternativo a quello del profitto e del mercato: la ‘co-programmazione’, la ‘co-progettazione’ e il ‘partenariato’ (che può condurre anche a forme di ‘accreditamento’) si configurano come fasi di un procedimento complesso espressione di un diverso rapporto tra il pubblico ed il privato sociale, non fondato semplicemente su un rapporto sinallagmatico. Il modello configurato dall’art. 55 CTS, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull’aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico”²⁴.

Le parole chiave del messaggio della Corte sono dunque collaborazione, condivisione, convergenza di obiettivi, aggregazione di risorse ed assenza di sinallagmaticità. Sono tutti elementi che contraddistinguono i rapporti di cui all’art. 55 CTS e ne determinano la specificità, rendendone giustificabile il relativo regime giuridico anche alla luce del diritto euro-unionale degli appalti pubblici.

Allo studioso del diritto civile una fattispecie negoziale con queste caratteristiche evoca immediatamente la categoria dei contratti con “comunione di scopo”, che è alternativa a quella dei contratti “di scambio” ovvero “a prestazioni corrispettive”.

Seppur in prevalenza dogmatica, in quanto destinataria di una scarna (se non addirittura inesistente) disciplina²⁵, la categoria dei contratti con comunione di scopo è stata elaborata per contrapposizione a quella dei contratti a prestazioni corrispettive (ovvero sinallagmatici o di scambio): in questi ultimi la prestazione di una parte è scambiata con la prestazione dell’altra, sicché ciascuna prestazione trova causa e giustificazione nell’altra, con la quale si trova in rapporto di reciprocità ed interdipendenza²⁶; nei primi, invece, la prestazione di una parte non è effettuata per ottenere in cambio quella dell’altra, ma tutte le prestazioni lo sono per conseguire, attraverso lo svolgimento di una successiva attività di varia natura, uno scopo comune alle parti²⁷.

Nei contratti con comunione di scopo obiettivo condiviso dalle parti è dunque quello di realizzare insieme, grazie agli apporti di ciascuna, un risultato che soddisfi gli interessi di entrambe. In questo senso può dirsi che tra le parti di un contratto con comunione di scopo si realizza una vera e propria collaborazione, una collaborazione in senso stretto, tecnico-giuridico, che assume rilevanza causale e non ha quella valenza meramente descrittiva che può genericamente riscontrarsi in qualsiasi contratto.

²⁴ Corsivi aggiunti.

²⁵ Al punto che, secondo parte della dottrina, tale categoria non esiste, è inutile o finisce col coincidere con quella dei contratti plurilaterali cui fanno infatti riferimento gli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 cod. civ.: cfr. A. BELVEDERE, *Contratto plurilaterale*, in *Digesto civ.*, IV, Torino, 1989, 276. Per una diversa ricostruzione cfr. invece E. MINERVINI, *Contratto plurilaterale*, in *Enc. dir.*, I tematici (Contratto), cit., 435, secondo cui, pur essendo tutti i contratti plurilaterali caratterizzati dalla comunione di scopo, tuttavia non tutti i contratti con comunione di scopo sono plurilaterali; tali non sono quelli con soltanto due parti. Invero, estesa è invece la disciplina dei contratti associativi (cioè costitutivi di un ente o persona giuridica), che dei contratti con comunione di scopo costituiscono una delle più importanti sottocategorie: cfr. G. MARASÀ, *Le società*, II ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000, 9 ss. Oggetto di disciplina specifica sono anche altri contratti ascrivibili alla categoria dei contratti con comunione di scopo, come i contratti di rete di cui all’art. 3, comma 4-ter, d.l. n. 5/2009.

²⁶ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, 418.

²⁷ Cfr. V. ROPPO, *op. cit.*, 419.



Nei contratti con comunione di scopo le parti cooperano apportando risorse (tali contratti sono dunque, come si è già in precedenza sottolineato, tendenzialmente onerosi per tutte le parti), ma queste risorse sono aggregate in vista dell'obiettivo comune e non costituiscono oggetto di scambio tra le parti, sicché la prestazione di una parte di per sé non soddisfa l'interesse dell'altra e finisce per rivolgersi anche a vantaggio di chi la effettua²⁸.

L'obiettivo dei contratti con comunione di scopo, inoltre, può essere comune a più di due parti, ciò che spiega perché tali contratti possano essere plurilaterali, cioè avere più di due parti. Del resto, là dove non c'è scambio, ma aggregazione di risorse per uno scopo condiviso, sicuramente non si pone un problema di compatibilità tra struttura e funzione, potendo convivere apporti provenienti da più di due parti con la realizzazione della causa contrattuale, ed essendo anzi quasi naturale che ciò si verifichi (non a caso il codice civile finisce riduttivamente per identificare i contratti con comunione di scopo con i contratti plurilaterali)²⁹.

I rapporti di cui all'art. 55 CTS – possedendo le caratteristiche che la Corte costituzionale mette bene in evidenza nella sentenza n. 131/2020 – si prestano ad un inquadramento giuridico in questi termini, cioè come rapporti con comunione di scopo piuttosto che sinallagmatici.

Tale qualifica è di per sé idonea a giustificare la soggezione esclusiva ad un regime giuridico particolare (quello di cui al CTS e alla legge n. 241/1990 cui il medesimo Codice fa rinvio all'art. 55, comma 1) rispetto a quello generale di cui al CCP (che si occupa di contratti essenzialmente sinallagmatici con cui l'amministrazione pubblica “acquisisce” un'utilità sotto forma di bene, servizio, ecc.), allo stesso modo e per le medesime ragioni per cui sono destinatari di una disciplina speciale (cioè il d.lgs. n. 175/2016) i contratti associativi della pubblica amministrazione, che pure, come già ricordavamo, appartengono alla categoria dei contratti con comunione di scopo, di cui anzi rappresentano il prototipo.

La definitiva consacrazione di questo argomento, da noi suggerito in un precedente intervento di poco successivo alla pubblicazione della sentenza n. 131/2020³⁰, e poi condiviso da altra dottrina³¹, si è avuta con l'introduzione dell'art. 6 (rubricato “Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore”) nel nuovo CCP di cui al d.lgs. n. 36/2023, che espressamente qualifica i modelli organizzativi dell'amministrazione condivisa “non sinallagmatici” e “fondati sulla condivisione della funzione amministrativa” con gli ETS, stabilendo di conseguenza che gli istituti di cui agli artt. 55-57 CTS “non rientrano nel campo di applicazione del presente codice”, a prescindere dalla verifica se essi (pur non essendo a prestazioni corrispettive) possano essere onerosi per l'amministrazione procedente.

²⁸ Cfr. A. BELVEDERE, *op. cit.*, 274, secondo cui il fatto che la prestazione si rivolga a vantaggio anche del contraente che la compie non è un mero corollario della comunione di scopo, bensì criterio di individuazione di questi contratti, infatti: “mentre nei contratti di scambio la prestazione di ciascuna parte soddisfa l'interesse solo dell'altra, e costituisce solo un sacrificio per chi la compie, in altri tale prestazione finisce con il tornare a vantaggio anche di chi la compie, indirettamente o direttamente”; dove “indirettamente” presuppone lo svolgimento di un'attività ulteriore resa possibile anche dalla prestazione stessa (società, associazioni, consorzi), e “direttamente” indica che l'interesse di ciascuna parte è soddisfatto dal verificarsi di una situazione giuridica che richiede il sacrificio della parte stessa ovvero dalla sua stessa prestazione di fare o di non fare, come nei contratti con cui viene regolato il godimento di una cosa comune da parte dei comproprietari.

²⁹ Cfr. artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 cod. civ.

³⁰ Cfr. A. FICI, *I “presupposti negoziali” dell’“amministrazione condivisa”: profili di diritto privato*, in A. FICI-L. GALLO-F. GIGLIONI (a cura di), *op. cit.*, 55 ss.

³¹ Cfr. E. CARUSO, *L'amministrazione pubblica condivisa: terzo settore, contratti e servizi*, in *Persona e amministrazione*, XIV, n. 1, 2024.



Rispetto al tema della gratuità, le conseguenze di questa particolare qualificazione degli istituti dell'amministrazione condivisa, nel segno della comunione di scopo piuttosto che della corrispettività, appaiono evidenti.

Tornando infatti alle premesse teorico-concettuali esposte nella prima parte di questo scritto, la gratuità trova nella corrispettività (e non già nella onerosità) il suo opposto e la valutazione in termini di gratuità o corrispettività di un contratto può farsi soltanto con riferimento ai contratti che hanno ad oggetto una attribuzione patrimoniale. L'onerosità, invece, si pone su un piano diverso rispetto all'alternativa tra gratuità e corrispettività. Essa è sempre presente nei contratti a prestazioni corrispettive ma è anche compatibile con i contratti a titolo gratuito, poiché anche questi ultimi possono essere onerosi (per entrambe le parti), come accade qualora un sacrificio, ovvero una prestazione (non corrispettiva) sia richiesta al beneficiario per poter soddisfare il proprio interesse all'altrui prestazione. Come si diceva, la donazione modale è, a tal riguardo, la fattispecie più emblematica di contratto a titolo gratuito (o più precisamente liberale) che è anche oneroso per il beneficiario cui è imposto l'onere.

Di conseguenza, sfuggono alla valutazione in termini di gratuità-corrispettività i contratti diversi da quelli di attribuzione patrimoniale, quali i contratti con comunione di scopo e tra essi i contratti (o, se si preferisce, le "convenzioni") che istituiscono rapporti di amministrazione condivisa ai sensi degli artt. 55-57 CTS.

Questi contratti non possono che essere onerosi per entrambe le parti (PA ed ETS) se la loro causa è la collaborazione tra le parti per il perseguimento di uno scopo comune, perché la collaborazione non può attuarsi senza il contributo di ciascuna delle parti.

Il problema degli istituti dell'amministrazione condivisa, pertanto, non risiede nella loro onerosità o meno per l'amministrazione, bensì nella sussistenza dell'elemento causale della comunione di scopo, che sarebbe compromesso qualora nessun sacrificio fosse imposto (non solo alla PA procedente ma anche) all'ETS o agli ETS coinvolti.

Il discorso deve essere dunque rovesciato. Gli istituti dell'amministrazione condivisa sono tali soltanto se entrambe le parti subiscono un sacrificio, compresa la parte privata, quindi, e non solo la PA. Qualora si ravvisi che l'ETS non subisca alcun sacrificio o "danno emergente", allora l'istituto è impiegato impropriamente, perché non realizza alcuna causa di collaborazione tra pubblico e privato per finalità sociali.

Quanto precede, tuttavia, non implica affatto adesione alla tesi restrittiva (avanzata per la prima volta nel parere del Consiglio di Stato n. 2052/2018) per cui i costi generali e i costi del lavoro non sarebbero rimborsabili (nemmeno per una quota) dall'amministrazione procedente ai propri partner ETS, perché questa prospettiva, come spiegato, sarebbe sbagliata. La compensazione di queste spese da parte della PA non tramuterebbe, infatti, il "rimborso spese" in "corrispettivo contrattuale", determinando la riqualificazione del contratto (o "convenzione") ex artt. 55-57 CTS come contratto di scambio (soggetto al CCP).

Quanto precede significa soltanto che anche l'ETS partner dell'amministrazione deve sopportare un sacrificio, che potrebbe anche consistere nei costi figurativi dei volontari impiegati nell'attività (ed occorre a tal riguardo ricordare che avvalersi in prevalenza di volontari costituisce un obbligo per le ODV e le APS, sicché quando queste ultime siano partner dell'amministrazione il loro contributo alla causa comune è *in re ipsa*, fatti salvi evidentemente i controlli dell'amministrazione procedente sull'impiego effettivo di volontari). Se questa condizione è rispettata, allora l'amministrazione condivisa conserva la propria caratteristica distintiva della comunione di scopo.



A ben vedere, le conclusioni cui siamo giunti spiegano anche il riferimento contenuto nell'art. 56, comma 1, CTS, alle “condizioni più favorevoli rispetto al ricorso al mercato”, perché se un certo servizio di interesse generale è reso da un ETS non già verso un corrispettivo ovvero per equivalente (come avviene nei contratti di scambio) bensì in collaborazione con la PA nel quadro di un contratto con comunione di scopo, allora le “condizioni più favorevoli” presuppongono che anche l'ETS fornisca un apporto economicamente valutabile (di mezzi, persone, ecc.) alla comune intrapresa, rendendo quest'ultima pertanto più conveniente (anche dal punto di vista economico) per l'altro partner, ovvero la PA, di quanto avverrebbe se essa attribuisse un incarico ad una controparte attraverso un appalto pubblico.

5. – I rapporti instaurati nel segno dell'amministrazione condivisa ai sensi degli artt. 55-57 CTS sono, per espressa previsione legislativa, sottratti all'ambito di applicazione del CCP, essendo soggetti a regole proprie nonché ai principi di cui alla legge n. 241/1990.

Le ragioni di questa disciplina particolare risiedono nella loro natura giuridica. I rapporti dell'amministrazione condivisa sono infatti caratterizzati, come si evince già dalla loro denominazione e come adesso lo stesso legislatore riconosce (cfr. art. 6 CCP), da comunione di scopo e sono perciò diversi dai contratti a prestazioni corrispettive o di scambio.

Da qui la natura di contributo e non già di corrispettivo dell'apporto (sotto forma di rimborso spese) che la PA procedente riconosce all'ETS per lo svolgimento dell'attività di interesse generale, volendo la prima in tal modo non già ottenere un vantaggio diretto dal secondo bensì sostenere le sue attività di interesse generale a vantaggio dei beneficiari di queste ultime. La natura di contributo acquisisce altresì rilevanza fiscale, escludendo, come riconosciuto dall'Agenzia delle entrate, la sua soggezione ad IVA.

In questa prospettiva non si spiegano i ragionamenti legati alla gratuità dell'amministrazione condivisa, soprattutto allorché essi conducano a limitare alle sole “spese vive” le spese rimborsabili dall'amministrazione.

Il rapporto di amministrazione condivisa, essendo a comunione di scopo, non potrebbe realizzarsi a titolo gratuito, dovendo essere oneroso per entrambi i partner del rapporto. Solo quando alcun costo sia sopportato dal partner ETS, neanche sotto forma di costo figurativo, l'amministrazione condivisa smarrisce l'elemento della comunione di scopo che per legge dovrebbe contraddistinguerla, dovendo perciò essere sottoposta al CCP come fosse un contratto di scambio, anche perché essa non potrebbe nemmeno per ipotesi garantire alla PA “condizioni più favorevoli rispetto al ricorso al mercato”, come richiesto dall'art. 56, comma 1, CTS.

Per gli stessi motivi, il rimborso spese, cui è commisurato il contributo della PA al progetto comune, non potrebbe mai essere determinato in maniera forfetaria, ma deve sempre essere corrisposto a fronte di spese effettivamente sostenute e documentate, come del resto previsto esplicitamente dalla legge. Ciò ovviamente non impedisce alla PA (ed è anzi una buona prassi) di fissare un tetto alle spese rimborsabili all'ETS partner, purché all'interno di questo limite si rispetti il principio dell'effettività delle spese rimborsate. Con riguardo, infine, all'evenienza in cui l'ETS partner acquisisca da terzi soggetti, in particolar modo non appartenenti al terzo settore, beni o servizi necessari allo svolgimento dell'attività oggetto di amministrazione condivisa, è opportuno che tali relazioni si instaurino nel rispetto dei medesimi principi di pubblicità, trasparenza, comparazione e parità di trattamento che governano l'instaurazione dei rapporti di amministrazione condivisa ai sensi dell'art. 56, comma 3, CTS,



al fine di evitare che il ricorso all'amministrazione condivisa possa rivelarsi un mero *escamotage* per sottrarsi alle regole del CCP (e dunque alle regole della concorrenza), in particolar modo allorché l'apporto dei terzi fornitori sia prevalente rispetto a quello dell'ETS (e di eventuali altri partner ETS di quest'ultimo).



MARIA ZINNO

Professoressa associata di Diritto privato – Università di Roma “La Sapienza”

L'ASSEGNAZIONE DELLA CASA FAMILIARE TRA VALORI ESISTENZIALI E INTERESSI ECONOMICI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'assegnazione della casa familiare. Responsabilità genitoriale e best interest of the child. – 3. La casa familiare e la nozione di convivenza rilevante. – 4. La revoca del provvedimento di assegnazione della casa familiare. – 5. La casa familiare come utilità suscettibile di apprezzamento economico. – 6. L'assegnazione della casa familiare e i diritti dei terzi. – 7. Bilanciamento, ragionevolezza e autonomia privata.

1. – L'assegnazione della casa familiare è un aspetto cruciale nella gestione della crisi della famiglia, oggetto di costante attenzione da parte degli interpreti, anche nell'intento di rimediare a carenze ed ambiguità legislative¹. La casa è, d'altronde, un bene primario, rispetto al quale si intrecciano profili personali e patrimoniali, valori eminentemente esistenziali ed interessi sostanzialmente economici².

Di certo nella riorganizzazione delle relazioni a seguito della crisi si ravvisa una peculiare gerarchia di valori, riflesso del valore della solidarietà, in cui può riassumersi il significato stesso dell'esperienza familiare³. E tuttavia ciò non può far trascurare un corretto dimensionamento operativo e un adeguato bilanciamento degli interessi coinvolti, anche al fine di non esasperare tensioni ed insoddisfazioni.

Nel riordino delle dinamiche familiari, gli interpreti non mancano di sottolineare l'esigenza di proporzionalità e adeguatezza, altresì auspicando una valorizzazione dell'autonomia privata, in una prospettiva che tenga conto della specificità delle singole situazioni⁴. La questione è estremamente

¹ La frequenza delle pronunce conferma la centralità del tema, ma svela altresì la strumentalità di liti particolarmente accese sul collocamento dei figli, volte in realtà a beneficiare del provvedimento di assegnazione. In dottrina, E. QUADRI, *La casa familiare e la sua sorte a seguito della crisi della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2022, 525 ss., denuncia le resistenze della giurisprudenza ad aprirsi a soluzioni esegetiche diverse da quelle consolidate, e sollecita l'interprete verso un più adeguato bilanciamento degli interessi, con particolare riguardo a quelli di carattere personale ed esistenziale, in attesa di pur auspicabili interventi legislativi; C. RIMINI, *Il diritto vivente: le prassi giurisprudenziali nella gestione della crisi della famiglia*, in *Fam. lia*, 2022, 299 ss., mette in luce il ruolo decisivo della prassi nella gestione della crisi, dato l'ampio margine di discrezionalità rimesso al giudice, sottolineando interferenze e reciproche influenze rispetto agli orientamenti di legittimità.

² Sul diritto di abitazione come diritto fondamentale della persona, che gode di tutela di rango costituzionale, U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Giuffrè, 1980; più di recente anche ID., *Itinerari del diritto all'abitazione*, in A. BUCCELLI (a cura di), *L'esigenza abitativa. Forme di fruizione e tutele giurisdizionali*, in *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Cedam, 2007, 123 ss.

³ Secondo T. AULETTA, *Nuovi assetti della solidarietà nel rapporto di coppia*, in *Jus civile*, 2021, 1300 ss., la solidarietà, come l'uguaglianza, è un tratto fondamentale che accomuna, nella fase fisiologica ma anche nella crisi, i vari modelli di comunità di vita contemplati dal nostro ordinamento.

⁴ Gli interventi legislativi hanno inciso prevalentemente sulla collocazione sistematica della disposizione, con limitati ag-



delicata e impone una valutazione attenta al fine di addivenire a soluzioni equilibrate e che limitino i disagi.

2. – Secondo l'art. 337-*sexies*, comma 1, cod. civ.⁵, il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli, reputandosi la continuità di relazione ambientale un fattore essenziale soprattutto nella delicata età dello sviluppo.

Ciò significa, di regola, che l'assegnazione spetta al genitore collocatario prevalente, sebbene si ammetta una diversa soluzione concordata, purché nell'interesse del minore⁶: è proprio l'interesse della prole alla stabilità dell'*habitat* domestico ad ispirare la disciplina, connotandola, anche per la collocazione codicistica, come esplicazione della responsabilità genitoriale nelle varie ipotesi di dissoluzione della comunità familiare⁷.

giustamenti dovuti ad esigenze di adeguamento al rinnovato contesto giusfamiliare (in particolare rispetto al regime, preferenziale, di affidamento condiviso). L'art. 155, comma 4, cod. civ. («l'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza, e ove sia possibile, al coniuge cui vengono affidati i figli») è stato dichiarato incostituzionale da Corte cost., 27 luglio 1989, n. 454, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2244 ss., in quanto non prevedeva la trascrizione del provvedimento di assegnazione, ai fini della opponibilità ai terzi. L'art. 1, legge 8 febbraio 2006, n. 54 ha poi introdotto l'art. 155-*quater* cod. civ., il cui contenuto è rimasto sostanzialmente invariato nell'attuale art. 337-*sexies* cod. civ. (v. An. FUSARO, *Assegnazione della casa familiare e problemi di opponibilità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 391 ss.; P. SIRENA, *L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare dopo la legge sull'affidamento condiviso*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 559 ss.). Ripercorre l'evoluzione normativa dall'incostituzionalità dell'art. 155 cod. civ. sino all'introduzione dell'art. 155-*quater* cod. civ., soffermandosi, in particolare, sulle conseguenze relative all'opponibilità dell'assegnazione al locatore e al comodante, A. ZACCARIA, *Opponibilità e durata dell'assegnazione della casa familiare, dalla riforma del diritto di famiglia alla nuova legge sull'affidamento condiviso*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 775 ss.; M. PALADINI, *Le nuove cause di estinzione dell'assegnazione della casa familiare al vaglio del giudice delle leggi*, in *Fam. dir.*, 2007, 836 ss., tenendo conto della *ratio* dell'istituto, esamina le pronunce di merito (Trib. Busto Arsizio, 25 ottobre 2006; Trib. Firenze, decr., 16 maggio 2007; Trib. Firenze 13 gennaio 2007) che si sono interrogate sulla legittimità costituzionale dell'art. 155-*quater* cod. civ., nel prevedere l'estinzione del diritto al godimento della casa familiare nel caso in cui il genitore assegnatario contragga nuovo matrimonio o instauri una convivenza *more uxorio* (v. *infra* nel testo).

⁵ La norma, introdotta dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, non è stata modificata dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. Riforma Cartabia), sebbene vada, naturalmente, letta nel mutato assetto normativo. Per una ricostruzione dell'evoluzione dell'istituto, cfr. M. BIANCA, *I diversi statuti della casa familiare nella complessità dei modelli familiari*, in U. SALANITRO (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pacini, 2019, 237 ss.; C. IRTI, *L'assegnazione della casa familiare nel processo di riforma del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 1203 ss. (l'A. rileva peraltro «l'ambivalenza (o plurivalenza) del bene casa: luogo di comunione di vita e degli affetti, che i fatti della vita possono tramutare in reggia o prigione, comunque capace di incidere sul benessere dell'individuo; bene economico il cui godimento è assicurato ai suoi abitanti in virtù di rapporti giuridici patrimoniali, comunque assoggettato alle regole della circolazione dei beni»; 1205).

⁶ Per Cass., 2 agosto 2023, n. 23501, in *CED Cassazione*, 2023, nel regolare il godimento della casa familiare il giudice deve tener conto esclusivamente del primario interesse del figlio, con la conseguenza che l'abitazione in cui questi ha vissuto quando la famiglia era unita deve essere, di regola, assegnata al genitore collocatario prevalente, a meno che non venga espressa una diversa soluzione (anche concordata dai genitori) che meglio tuteli l'interesse del minore. In generale sulla disciplina dell'affidamento condiviso e sui relativi principi ispiratori, anche nel confronto con altri ordinamenti, S. PATTI, *L'affidamento condiviso dei figli*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 300 ss.; più diffusamente, C. IRTI, *Affidamento condiviso e casa familiare. Prole e abitazione dopo la disgregazione del nucleo familiare*, Jovene, 2010; S. PATTI-L. ROSSI CARLEO, *L'affidamento condiviso*, Giuffrè, 2006. Più di recente, F. ROMEO, *Responsabilità genitoriale, conflitti e prospettive di riforma dell'affidamento condiviso (d.d.l. s/735 del 1° agosto 2018)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 528 ss., ricorda come l'essenza dell'affidamento condiviso e del principio di bigenitorialità non risieda nei tempi paritari di permanenza, bensì nella «significatività» della frequentazione, come pieno coinvolgimento di entrambi i genitori nella determinazione delle linee guida del progetto educativo, nell'assunzione delle decisioni fondamentali, nella tangibile partecipazione affettiva, morale e materiale alla vita del minore (in giurisprudenza, tra le tante, Cass., ord., 10 dicembre 2018, n. 31902, in *Fam. dir.*, 2019, 250 ss., con nota di F. DANOVI, *La Cassazione si esprime (ante litteram?) sulla parità dei tempi dei genitori con il minore*).

⁷ Rientra nel dovere di mantenimento assicurare l'idoneità della dimora per la formazione e lo sviluppo psicofisico del fi-



La *ratio* consiste nel garantire continuità alla vita della prole, evitando di aggiungere al trauma della separazione dei genitori quello del forzoso allontanamento dall'ambiente domestico, luogo di affetti e condivisione⁸.

La crisi della coppia, del resto, non menoma quel fascio composito di diritti e doveri verso i figli minori e (meno intensamente) verso i figli maggiorenni incolpevolmente non autosufficienti, nel quale si compendia la responsabilità genitoriale⁹. Ciò spiega una disciplina unitaria e conferma una prospettiva incentrata sull'interesse del figlio, non solo destinatario di protezione ma portatore di diritti¹⁰.

Riecheggia il c.d. *best interest of the child*, non solo come interesse preminente, superiore ad altri nell'eventuale conflitto, ma anche come miglior interesse del figlio da ricostruire in base alle specifiche circostanze, per individuare una scelta che persegua il massimo benessere possibile e sia realmente

glio. Ciò spiega il regime unitario, in caso di nullità, annullamento del matrimonio, filiazione fuori dal matrimonio, separazione e divorzio (in tal caso si collega all'art. 6, legge 1° dicembre 1970, n. 898: «l'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza al genitore cui vengono affidati i figli o con il quale i figli convivono oltre la maggiore età. In ogni caso ai fini dell'assegnazione il giudice dovrà valutare le condizioni economiche dei coniugi e le ragioni della decisione e favorire il coniuge più debole. L'assegnazione, in quanto trascritta, è opponibile al terzo acquirente ai sensi dell'art. 1599 del codice civile»; ma v. E. QUADRI, *Nuove prospettive in tema di assegnazione della casa familiare*, in *Corr. giur.*, 2006, 1141 ss., il quale argomenta la tacita abrogazione della norma a partire dalla citata novella del 2006).

⁸ Gli interpreti valorizzano l'interesse della prole che il giudice deve perseguire, evitando automatismi e tenendo presenti le possibili alternative, con una valutazione discrezionale non sindacabile in sede di legittimità se logicamente e adeguatamente motivata. I criteri per la scelta dell'assegnazione debbono individuarsi nel concreto atteggiarsi dell'interesse dei figli, nelle modalità di permanenza presso ciascun genitore, nella localizzazione prevalente e nelle esigenze abitative (v. G.F. BASINI-T. BONAMINI, *L'assegnazione della casa familiare*, in G. BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, II, II ed., Utet, 2022, 1165 ss.; E. QUADRI, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma*, in *Famiglia*, 2006, 395 ss.).

⁹ In generale, la responsabilità genitoriale descrive una situazione complessa, costituzionalmente tutelata anche nei confronti dello Stato e dei terzi, compatibile con l'idea aperta e comunitaria di famiglia e col principio di uguaglianza, giacché volta a sopperire, in un'ottica educativa e formativa, alla disuguaglianza sostanziale in cui versa il minore per incapacità di curare i propri interessi, personali ed economici: l'assetto attuale, evocato anche dal termine «responsabilità», è l'approdo di un lungo percorso di ridefinizione della relazione filiale che ha recepito un'evoluzione socio-culturale, prima che giuridica, affermando la visione puerocentrica che accentua la dignità del figlio anche nei confronti dei genitori (v. C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 2.1, *La famiglia*, VII ed., a cura di M. Bianca-P. Sirena, Giuffrè, 2023, 393 ss.). Nella crisi l'esercizio della responsabilità postula, da un lato, un profondo rispetto dei ruoli e un'adeguata capacità collaborativa, dall'altro, tempi di frequentazione e di cura del figlio sufficientemente equilibrati. Sul contenuto, solo apparentemente invariato, della responsabilità genitoriale a seguito della riforma (legge 10 dicembre 2012, n. 219 e d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154), tra i molti, E. AL MUREN, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale*, in *Giur. it.*, 2014, 1266 ss.; M. BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, Giuffrè, 2014, 88 ss.; V. CAREDDA, *La responsabilità genitoriale: spunti di riflessione*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 1424 ss.; M. COSTANZA, *I diritti dei figli: mantenimento, educazione, istruzione ed assistenza morale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 526 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 782 ss.; E. LA ROSA, *Diritti dei figli e responsabilità genitoriale nell'evoluzione della famiglia*, in *Dir. succ. fam.*, 2020, 919 ss. Tra i contributi più recenti, ai quali si rinvia anche per i riferimenti di dottrina e giurisprudenza, B. AGOSTINELLI, *Diritti e doveri del figlio*, in *Commentario al Codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Zanichelli, 2024; S. PATTI-L. ROSSI CARLEO (a cura di), *L'esercizio della responsabilità genitoriale*, in *Commentario al Codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Zanichelli, 2021.

¹⁰ La destinazione a casa familiare, come luogo in cui i coniugi hanno fissato il centro degli interessi della famiglia, è espressione di un accordo ex art. 144 cod. civ. da reputarsi ultrattivo rispetto alla crisi: l'assegnazione, oltre a rispondere ad una logica economica di abbattimento dei costi derivanti dalla separazione, fa sì che l'abitazione continui a costituire il punto fermo attorno al quale far ruotare l'organizzazione della vita di entrambi i genitori a vantaggio degli interessi dei figli. Cfr. Cass., ord., 28 gennaio 2021, n. 2020, in *CED Cassazione*, 2021 (su cui v. C. IRTI, *L'assegno di mantenimento per i figli maggiorenni economicamente non autosufficienti: fino a quando, come e a che fine*, in *Famiglia*, 2022, 785 ss.); Cass., 27 ottobre 2020, n. 23473, in *Quot. giur.*, 2020; Cass., 26 maggio 2017, n. 13354, in *onegale.wolterskluwer.it*.



modellata sulle peculiarità e le sfumature del caso¹¹. Insomma, un criterio guida, di valenza sostanziale e procedurale, interpretativa e sistematica: esso si pone come fulcro del sistema che, in costante evoluzione, si riempie di contenuti, anche in rapporto con l'ordine pubblico e con gli interessi degli adulti e della società¹².

Con riferimento all'ambito che ci occupa, sebbene siano i genitori i protagonisti del procedimento, nonché formalmente i destinatari del provvedimento di assegnazione, è, dunque, la situazione giuridica soggettiva della prole ad assumere un ruolo centrale e a giustificare il sacrificio di altri interessi economici e morali¹³; è l'interesse dei figli a confermarsi direttiva di fondo nell'apprezzamento valoriale e nell'organizzazione normativa dell'esperienza familiare¹⁴.

3. – Per opinione consolidata la «casa familiare», più che la residenza, è il luogo in cui si svolge la vita della famiglia, in virtù di una convivenza duratura¹⁵: è spazio di affetti, abitudini, interessi, mate-

¹¹ Per Cass., 30 giugno 2021, n. 18603, in *onelegale.wolterskluwer.it*, la scelta a cui il giudice è chiamato nell'assegnazione non può prescindere dall'affidamento dei figli minori o dalla convivenza con i figli maggiorenni non autosufficienti che funge da presupposto inderogabile dell'assegnazione; essa non può essere condizionata dalla ponderazione tra interessi di natura solo economica dei coniugi o anche degli stessi figli, in cui non entrino in gioco le esigenze di permanenza di questi ultimi nel loro quotidiano *habitat* domestico, inteso come centro della vita e degli affetti: l'assegnazione della casa coniugale è «uno strumento di protezione della prole e non può conseguire altre e diverse finalità»; «detta assegnazione non ha più ragion d'essere soltanto se, per vicende sopravvenute, la casa non sia più idonea a svolgere tale essenziale funzione» (v. anche Cass., 22 novembre 2010, n. 23591, in *Corr. giur.*, 2011, 1100 ss., con nota di F. GALLUZZO, *L'assegnazione della casa familiare: un difficile bilanciamento di interessi*).

¹² Il concetto stesso di minore comprende realtà ben diverse, bambini, adolescenti, giovani, a cui riconoscere diritti e autodeterminazione, ma anche protezione e tutele. Tra i principali riferimenti normativi, l'art. 3, Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (ratificata in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176): «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente»: si tratta di una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta, dotata di rango sovraordinato ex art. 10 Cost.; di essa, tuttavia, si rileva la natura programmatica e dai contenuti incerti, espressione delle difficoltà nel negoziato e nel bilanciamento, secondo ragionevolezza e proporzionalità, con gli altri diritti coinvolti. Sulla stessa linea l'art. 24, comma 2, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («in tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente»), ma anche l'art. 30 Cost. («È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio»), nonché il diritto vivente emerso nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale. Sull'interesse del minore come indicazione di principio, di carattere valoriale, posta al centro del sistema, ma anche sui relativi punti critici, soprattutto in termini di indeterminatezza dei contenuti e bilanciamento con altri interessi, L. LENTI, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 86 ss. (v. *amplius* ID., *Diritto della famiglia*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Giuffrè, 2021, 73 ss.); sulla necessità di definire il contenuto dell'interesse del minore, nel silenzio del legislatore e nel conflitto con altri valori dell'ordinamento, G. SICCHIERO, *La nozione di interesse del minore*, in *Fam. dir.*, 2015, 72 ss.

¹³ L'ordinamento riconosce la famiglia come portatrice di interessi distinti da quelli dei suoi membri, che al suo interno divengono comunità (cfr. artt. 24 Cost. e 180 cod. civ.): nulla di strano, dunque, che il provvedimento di assegnazione, fondato sull'*affectio familiaris*, abbia come reale beneficiario il nucleo familiare in sé.

¹⁴ Per un approccio, necessariamente, interdisciplinare, v. M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Sapienza Università Editrice, 2021; sull'interesse dei figli come nuovo «interesse superiore della famiglia», M. PARADISO, *Lo statuto dei diritti del figlio tra interesse superiore della famiglia e riassetto del fenomeno familiare*, in *Famiglia*, 2016, 213 ss. In argomento, tra i molti, A. PALAZZO, *Famiglia e paidocentrismo tra Carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, in *Studi in memoria di Giovanni Gabrielli*, II, Esi, 2018, 1523 ss.; M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2021, 763 ss.

¹⁵ Riflette sul profilo, poco indagato, del rapporto di fatto tra il coniuge (o convivente) non titolare e l'abitazione adibita a residenza familiare, nelle fasi fisiologiche della vita di coppia, V. CAREDDA, *Casa familiare e godimento: spunti in tema di situazioni di fatto*, in *Fam. pers. succ.*, 2009, 487 ss., secondo la quale una corretta impostazione dell'argomento non può prescindere da un equilibrato interscambio tra regole di diritto privato «patrimoniale» e regole del diritto di famiglia.



riali e spirituali, complesso funzionale alle esigenze della famiglia e, al tempo stesso, luogo di sua massima aggregazione nella continuità delle relazioni domestiche¹⁶. Nella crisi del rapporto coniugale o della convivenza *more uxorio* essa viene in considerazione, in particolare, per la sua attitudine a soddisfare l'esigenza abitativa, che richiede una certa stabilità, di per sé incompatibile con un godimento segnato da provvisorietà ed incertezza¹⁷.

Ciò impone anzitutto una riflessione sulla convivenza rilevante, non potendosi trapiantare i parametri adottati per l'assegno di mantenimento e richiedendosi una valutazione rigorosa dei presupposti della coabitazione¹⁸, ancor più perché la vicenda può riguardare anche figli maggiorenni (non ancora economicamente autosufficienti)¹⁹.

Nello sforzo di individuare soluzioni per le ipotesi connotate da una presenza non diuturna dei soggetti, a prescindere dal dato anagrafico della residenza, si ritiene che il riscontro di un rapporto stabile con l'abitazione del genitore debba ricavarsi in base alla prevalenza temporale dell'effettiva presenza del figlio (in una data unità di tempo), nonché alla luce del criterio della frequenza e della regolarità

¹⁶ M.V. DE GIORGI, *La casa nella geografia familiare*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 761 ss., si concentra sull'importanza, anche emotiva, della casa, soprattutto al momento della disgregazione del nucleo familiare, tenendo anche conto della normativa sovranazionale e della giurisprudenza CEDU; C. IRTI, *La casa familiare come habitat domestico*, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 655 ss. (anche a commento di Cass., 4 luglio 2011, n. 14553), si sofferma sui presupposti «imprescindibili» per l'emissione del provvedimento di assegnazione (la «sussistenza di una casa familiare» intesa come «habitat domestico», «luogo degli affetti, degli interessi e delle consuetudini della famiglia durante la convivenza dei suoi membri», e la «stabile convivenza del genitore assegnatario con i figli minorenni o maggiorenni, incolpevolmente privi di adeguati mezzi autonomi di sostentamento») e sulle finalità dello stesso, considerando anche l'ipotesi in cui la scelta di destinare ad abitazione familiare un immobile diverso da quello in cui si era svolta la vita della comunità sino alla crisi sia oggetto di un accordo congiunto dei genitori, che il giudice potrà accogliere ove valuti che tale soluzione effettivamente meglio realizzi il prioritario interesse dei figli.

¹⁷ In generale sul diritto ad un'abitazione, ritenuto inviolabile, sebbene non espressamente contemplato in Costituzione, giacché inerente ad un bene di primaria importanza per la dignità umana, v. Corte cost., 9 marzo 2020, n. 44, in *Foro it.*, 2020, I, 1885 ss.; Corte cost., 22 giugno 2021, n. 128, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 44 ss., con nota di R. MARTINOLI, *Sospensione delle procedure esecutive sulla "prima casa" del debitore: la decisione della Corte costituzionale*.

¹⁸ Qualora i figli si siano già trasferiti altrove, è escluso che l'immobile originariamente adibito a casa coniugale possa continuare a rappresentare l'*habitat* domestico (Cass., 10 maggio 2024, n. 16050, in *Quot. giur.*, 2024). Per altro verso, ai fini dell'assegnazione non rileva l'eventuale precedente allontanamento del collocatario, così come, in generale, le liti tra i genitori non si riflettono sulle tutele approntate per i figli: Cass., 13 dicembre 2018, n. 32231, in *CED Cassazione*, 2018, nel ribadire il principio, ha assegnato la casa familiare alla madre collocataria del figlio minore, reputando non ostativa la circostanza che la donna se ne fosse allontanata per via della crisi nei rapporti con il padre, e non attribuendo rilievo alla durata dell'allontanamento dovuta alla lunghezza del processo; v. anche Trib. Milano, 8 ottobre 2013, in *Fam. dir.*, 2014, 1027 ss., con nota di F. FERRARA, *Allontanamento volontario e allontanamento forzato dalla casa familiare*, su un caso di allontanamento determinato dall'esigenza di sottrarre sé e i figli dalle violenze del coniuge (ciò, di per sé, non impedisce l'assegnazione, giacché i figli potrebbero, comunque, legittimamente nutrire un'aspettativa di ritorno nella propria casa, una volta cessato il pericolo).

¹⁹ Per Cass., 8 agosto 2023, n. 24106, in *Notariato*, 2023, 551 ss., l'assegnazione è consentita unicamente nell'esclusivo interesse del figlio minore e con riguardo all'immobile che sia stato effettivamente centro di aggregazione familiare durante la convivenza; può essere, quindi, limitata ad una porzione dell'immobile stesso purché lo consentano le sue caratteristiche strutturali, anche a tutela di legittime esigenze di *privacy* (così Cass., 15 ottobre 2020, n. 22266, in *onelegal.wolterskluwer.it*). Cfr. C. IPPOLITI MARTINI, *L'assegnazione parziale della casa familiare tra interesse dei figli, conflittualità dei genitori ed esigenze economiche della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2015, 1086 ss. (anche a commento di Cass., 12 novembre 2014, n. 24156), per la quale tale soluzione dovrebbe meritare maggiore considerazione anche nell'ottica di ridurre la dispersione delle risorse economiche del nucleo familiare disgregato; valorizza il ruolo dell'autonomia privata nell'assegnazione della casa familiare, anche alla luce delle innovazioni procedurali apportate dalla c.d. Riforma Cartabia, A. BERNES, *Assegnazione della casa familiare, autonomia privata e prioritaria considerazione degli interessi della prole*, in *Famiglia*, 2024, 35 ss.



dei ritorni²⁰. Il senso è evidentemente quello di non attribuire tutela rispetto ad un'abitazione che non è mai stata o non è più il centro principale degli affetti, ma soltanto luogo di brevi e occasionali visite e saltuaria frequentazione²¹.

La questione non si presta a facili automatismi. Da un lato, un approccio troppo restrittivo risulterebbe anacronistico, data la propensione alla mobilità dei giovani, spesso impegnati «fuori sede» per ragioni di studio o di lavoro; dall'altro, pur ritenendosi fisiologici alcuni sporadici allontanamenti, il concetto di coabitazione rilevante non può ridursi a mera ospitalità. Si impone all'interprete un'indagine sulla stabilità della convivenza, che tenga conto della frequenza, delle abitudini quotidiane, ma anche della distanza e delle ragioni del distacco, con valutazione sempre più scrupolosa via via che aumenta l'età dei figli.

4. – La revoca del provvedimento di assegnazione della casa familiare è prevista qualora l'immobile perda la natura di principale centro degli affetti, facendo così dissolvere le specifiche ragioni di tutela²².

²⁰ Secondo un orientamento (Cass., 22 aprile 2002, n. 5857, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1805 ss., con nota di G. FREZZA, *Casa familiare e figli maggiorenni, tra convivenza e mantenimento*), la nozione di convivenza rilevante presuppone la stabile dimora del figlio presso l'abitazione, con eventuali sporadici allontanamenti per brevi periodi (saltuari ritorni per i fine settimana configurerebbero, quindi, mera ospitalità). Esprime perplessità sull'assunto per il quale l'interesse dei figli al mantenimento della casa familiare verrebbe meno laddove si accerti che questi, seppur per legittime ragioni, trascorrono periodi più o meno lunghi lontano, tanto da far perdere il carattere della stabilità della permanenza nella dimora familiare, C. IRTI, *La casa familiare resta tale fin tanto che la prole vi dimora stabilmente*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 401 ss. In altre pronunce (Cass., 27 maggio 2005, n. 11320, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 454 ss., con nota di U. ROMA, *La nozione di convivenza/coabitazione ai fini della legittimazione del genitore già affidatario a chiedere l'assegno di mantenimento per il figlio maggiorenne*; Cass., 22 marzo 2010, n. 6861, in *Fam. dir.*, 2010, 776 ss., con nota di E. PATANIA, *Il figlio maggiorenne anche se lavora in un'altra città non perde il diritto ad abitare nella casa assegnata alla madre né il diritto al mantenimento*), si ritiene sufficiente, pur in assenza di quotidiana coabitazione, un collegamento stabile, che, da un lato, consente di ritenere non interrotto il rapporto con la casa familiare, dall'altro, concreta la possibilità per il genitore di provvedere, sia pure con modalità diverse, alle esigenze della prole (il carattere del tutto saltuario della frequentazione da parte del figlio giustifica il provvedimento di revoca dell'assegnazione della casa che non rappresenta più il centro dei suoi affetti ed interessi, ormai evidentemente spostati altrove).

²¹ Secondo Cass., ord., 19 settembre 2022, n. 27374, in *Fam. dir.*, 2023, 334 ss., con nota di R. GELLI, *Revoca dell'assegnazione della casa familiare: quando cessa la coabitazione col figlio maggiorenne?*, la nozione di convivenza rilevante ai fini dell'assegnazione della casa familiare comporta la stabile dimora del figlio maggiorenne presso la stessa, sia pure con eventuali sporadici, brevi allontanamenti, escludendo ipotesi di rari, ancorché regolari, ritorni, che configurano un rapporto di mera ospitalità: deve sussistere un collegamento stabile, caratterizzato da coabitazione che, ancorché non quotidiana, sia compatibile con le assenze del figlio (il quale faccia ritorno all'abitazione appena possibile), nonché una sua effettiva presenza temporalmente prevalente; v. già Cass., 22 marzo 2012, n. 4555, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 712 ss., con nota di U. ROMA, *La nozione di convivenza del figlio maggiorenne con il genitore ai fini dell'assegnazione della casa familiare*: «Volendo individuare dei criteri di giudizio, per accertare la sussistenza o meno della coabitazione, nelle zone grigie contrassegnate da una presenza non diuturna dei soggetti che si assumono coabitanti, è da ritenere che quello definibile come criterio della regolarità del ritorno, il collegamento stabile con l'abitazione del genitore di cui parla il più recente indirizzo, debba necessariamente coniugarsi con il criterio della prevalenza temporale, in relazione a una determinata unità di tempo (anno, semestre, mese) dell'effettiva presenza [...] del figlio, nel luogo di coabitazione con il genitore, o, in ogni caso, con il criterio della frequenza con cadenza regolare del ritorno, in rapporto a quella stessa unità di misura assunta per il criterio della prevalenza temporale». Per Cass., ord., 20 novembre 2023, n. 32151, in *onelegale.wolterskluwer.it*, sussiste convivenza rilevante allorché il figlio maggiorenne non autosufficiente rientri con frequenza settimanale presso la casa familiare.

²² L'assegnazione è negata a monte quando la funzione di tutela dell'*habitat* domestico non abbia proprio modo di estrinsecarsi, come nel caso in cui la prole non abbia mai vissuto nell'immobile (v. Cass., ord., 14 settembre 2021, n. 24728, in *onelegale.wolterskluwer.it*, rispetto ad un'abitazione che era stata centro di aggregazione familiare solo nei primi due anni di matrimonio e, quindi, prima della nascita della figlia, la quale era cresciuta altrove), o quando, al momento dell'assegnazione,



Secondo l'art. 337-*sexies*, comma 1, cod. civ. il diritto al godimento viene meno laddove l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva *more uxorio* o contragga nuovo matrimonio, tutte ipotesi che, come precisato dagli interpreti, devono comunque essere lette alla luce del criterio fondamentale di conformità all'interesse della prole²³. Ai casi espressamente contemplati dalla norma, si aggiunge l'ipotesi in cui il figlio diventi adulto, nel processo di emancipazione e di raggiungimento dell'indipendenza economica, che pure fa venir meno l'esigenza di protezione della continuità delle abitudini e delle relazioni domestiche della prole²⁴. Qui entra in gioco il prudente apprezzamento del giudice, secondo criteri di rigore proporzionalmente maggiore al crescere dell'età dei figli, e comunque entro ragionevoli limiti di tempo e misura.

Il tema si lega, evidentemente, al diritto al mantenimento del figlio maggiorenne, che persiste ove lo stesso versi in una situazione di non autosufficienza economica incolpevole, da valutarsi, caso per caso, secondo il principio di autoresponsabilità: il dovere di mantenimento si giustifica nei limiti del perseguimento del progetto educativo e del percorso di formazione, nel rispetto delle capacità, inclinazioni e aspirazioni dei figli, ma anche delle condizioni economiche dei genitori²⁵; la valutazione varia

la dimora familiare non esista più, stante l'intervenuto allontanamento dei figli (Cass., 9 settembre 2002, n. 13065, in *Fam. dir.*, 2002, 587 ss., con nota di A. LIUZZI, *Assegnazione della casa coniugale e indennità sostitutiva del mancato godimento*). Parimenti Cass., 27 febbraio 2009, n. 4816, in *Giur. it.*, 2009, 2676 ss., con nota di M. BELLEZZA, *La casa familiare e la valutazione degli interessi rilevanti ai fini del provvedimento di assegnazione*, ha escluso che possa considerarsi casa coniugale un appartamento, diverso da quello in cui la famiglia aveva vissuto, seppur ritenuto più rispondente ai desideri e alle necessità quotidiane della figlia adolescente.

²³ Corte cost., 30 luglio 2008, n. 308, in *Corr. giur.*, 2008, 1661 ss., con nota di E. QUADRI, *Vicende dell'assegnazione della casa familiare e interesse dei figli*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 411 ss., con nota di C. IRTI, *La revoca dell'assegnazione della casa familiare: dalle critiche della dottrina al giudizio della Consulta*, ha dichiarato infondata la questione di legittimità dell'art. 155-*quater*, comma 1, cod. civ. nella parte in cui prevedeva (come oggi prevede l'art. 337-*sexies* cod. civ.) la revoca ove l'assegnatario inizi una convivenza *more uxorio* o contragga nuovo matrimonio, precisando che la norma va interpretata nel senso che la revoca dev'essere subordinata ad un giudizio di conformità all'interesse del minore (v. anche Cass., ord., 11 novembre 2021, n. 33610, in *CED Cassazione*, 2021, per un caso in cui il genitore collocatario aveva intrapreso nella casa una convivenza *more uxorio*). Cass., ord., 31 marzo 2022, n. 10453, in *Fam. dir.*, 2023, 267 ss., con nota di C. DIQUATTRO, *L'assegnazione della casa familiare tra interesse del minore alla stabilità abitativa e tutela del genitore proprietario*, considera legittima la revoca nel caso in cui risulti che l'ex coniuge collocatario abbia vissuto, insieme al figlio, per un considerevole lasso di tempo in un'altra città, non rilevando il successivo ritorno nella città di provenienza; per Cass., 24 febbraio 2023, n. 5738, in *CED Cassazione*, 2023, il provvedimento di revoca della casa familiare non può costituire un effetto automatico dell'esercizio paritetico del diritto di visita, dovendo il giudice di merito valutare se il mutamento del regime dell'assegnazione realizzi un maggior benessere del minore (la Corte ha cassato la decisione di merito che, nel disporre un regime di affido condiviso con diritto di visita paritetico, aveva revocato alla madre l'assegnazione della casa familiare ove il minore, in età prescolare, era cresciuto, senza valutare l'interesse di quest'ultimo a non veder modificato il proprio *habitat* domestico).

²⁴ Cfr. Cass., 17 giugno 2019, n. 16134, in *CED Cassazione*, 2019, che ha confermato la revoca dell'assegnazione della casa coniugale per l'accertato rientro della figlia (iscritta all'università in altra città) nell'abitazione del genitore divorziato solo per pochi giorni durante le vacanze natalizie, pasquali ed estive; Cass., 7 febbraio 2018, n. 3015, in *CED Cassazione*, 2018, per la quale la *ratio* protettiva dell'assegnazione non è configurabile in presenza di figli economicamente autosufficienti, sebbene ancora conviventi. Allo stesso modo, l'assegnazione va incontro all'estinzione quando sia accertato il protrarsi colposo della condizione di dipendenza economica da parte della prole (cfr. Cass., ord., 26 maggio 2022, n. 17075, in *Quot. giur.*, 2022).

²⁵ Il criterio dell'autosufficienza economica si rivela talvolta opinabile (basti pensare a lavori *part-time* o a casi di perdita dell'impiego). In ogni caso, in ragione della presunzione di idoneità al reddito una volta raggiunta la maggiore età e del principio di vicinanza alla prova, graverà sul figlio l'onere di provare di essersi dedicato alla ricerca di un'occupazione, di essersi trovato nell'impossibilità di procurarsi il lavoro ambito per causa non imputabile e di non poter conseguire neppure un'altra occupazione tale da garantirgli l'automantenimento; v. la celebre Cass., ord., 14 agosto 2020, n. 17183, in *Giur. it.*, 2021, 2593 ss., con nota di B. AGOSTINELLI, *Il mantenimento dei figli maggiorenni e la nuova declinazione dell'autoresponsabilità*:



a seconda dell'età, delle competenze professionali e tecniche acquisite, dell'impegno profuso per reperire un'occupazione, insomma in base alla complessiva condotta che dev'essere volta a raggiungere l'indipendenza economica²⁶.

Ciò naturalmente non esclude che il figlio, seppur non titolare del diritto al mantenimento, viva nell'abitazione di proprietà esclusiva del genitore, senza corrispondere alcunché: fuori dall'ambito dell'assegnazione della casa familiare, si tratta di un negozio giusfamiliare per fatti concludenti, fondato su solidarietà e affetto²⁷.

5. – Pur incidendo di fatto nei rapporti patrimoniali tra coniugi, l'assegnazione non è misura assistenziale idonea a modificare la natura o il contenuto del titolo che regolava l'uso e il godimento dell'immobile²⁸: il coniuge non proprietario, di per sé eventualmente tutelato sul distinto piano del mantenimento, ne è avvantaggiato in via riflessa in forza dello *status* di collocatario della prole e, dunque, di componente del residuo nucleo familiare di cui si vuole garantire qualità della vita e serenità²⁹.

il figlio divenuto maggiorenne ha diritto al mantenimento a carico dei genitori soltanto se, ultimato il prescelto percorso formativo scolastico, dimostri, con conseguente onere probatorio a suo carico, di essersi adoperato effettivamente per rendersi autonomo economicamente, impegnandosi attivamente per trovare un'occupazione in base alle opportunità reali offerte dal mercato del lavoro, se del caso ridimensionando le proprie aspirazioni, senza indugiare nell'attesa di un'occasione lavorativa consona alle proprie ambizioni (v. anche, tra le altre, Cass., ord., 29 luglio 2021, n. 21817, in *onelegale.wolterskluwer.it*; Cass., ord., 31 luglio 2023, n. 23245, in *onelegale.wolterskluwer.it*). D. BUZZELLI, *Interesse dei figli nell'assegnazione della casa familiare e durata dell'attribuzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2023, 26 ss., suggerisce una revisione critica dell'orientamento che subordina la cessazione dell'assegnazione al raggiungimento dell'autonomia economica della prole maggiorenne: nell'ottica di un ragionevole e proporzionato bilanciamento con gli altri interessi coinvolti, propone di ancorare la durata dell'assegnazione al progressivo sviluppo della personalità dei figli che, di regola, si completa con il raggiungimento della maggiore età.

²⁶ Considera il ruolo del principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari, anche rispetto ad una nozione di convivenza dai contorni sempre meno sfumati, I. BARONE, *Assegnazione della casa familiare e tutela della prole maggiorenne*, in *Dir. fam. pers.*, 2024, 773 ss., proponendo una lettura personalistica che tenga in giusta considerazione gli interessi esistenziali degli altri componenti della comunità familiare, risolvendo eventuali conflitti attraverso la tecnica del bilanciamento, secondo ragionevolezza e proporzionalità, senza che l'interesse del minore possa assurgere a valore tiranno. Sulla necessità di ricercare un punto di equilibrio tra la tendenza a valorizzare il sempre più richiamato principio di autoresponsabilità e l'esigenza dei maggiorenni al diritto al mantenimento fino all'acquisizione dell'indipendenza economica, C. MAGLI, *L'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne tra la valorizzazione del principio di autoresponsabilità ed esigenze di solidarietà*, in *Jus civile*, 2021, 947 ss.

²⁷ La situazione è assimilabile ad una detenzione qualificata precaria in forza di un comodato senza durata (v. Trib. Modena, 1° febbraio 2018, n. 165, in *Fam. dir.*, 2018, 878 ss., con nota di R. GELLI, *Il diritto del figlio maggiorenne a continuare ad abitare nella casa familiare tra principio di autoresponsabilità e tutela dell'affidamento*).

²⁸ Cfr. Corte cost., 27 luglio 1989, cit.; pur rappresentando un capo a sé della sentenza di separazione, l'assegnazione della casa familiare è strettamente connessa alle disposizioni economiche (per Cass., ord., 11 novembre 2021, n. 33606, in *Fam. dir.*, 2022, 483 ss., con nota di P. WIDMANN, *Assegnazione della casa familiare e definizione dei rapporti economici fra i genitori: considerazioni sull'effetto devolutivo "allargato" del gravame*, la modifica della statuizione relativa all'assegnazione comporta il potere-dovere del giudice del gravame di procedere d'ufficio alla rivalutazione del contributo di mantenimento fissato in primo grado). Per Cass., 20 luglio 2020, n. 15397, in *Quot. giur.*, 2020, il giudice deve determinare la misura dell'assegno di mantenimento in relazione alle circostanze ed ai redditi dell'obbligato, mentre l'assegnazione della dimora familiare è finalizzata unicamente alla tutela della prole e non può essere disposta come se fosse una componente dell'assegno stesso: ciò esclude un rapporto di necessaria consequenzialità o automaticità tra il provvedimento di assegnazione (o di revoca) e l'assegno, tale che il primo determini un obbligo del giudice di adeguamento del secondo (v. anche Cass., ord., 19 gennaio 2022, n. 1642, in *Quot. giur.*, 2022; Cass., ord., 6 aprile 2023, n. 9500, in *onelegale.wolterskluwer.it*; Cass., ord., 24 giugno 2022, n. 20452, in *CED Cassazione*, 2022, per cui la revoca dell'assegnazione della casa familiare al coniuge beneficiario dell'assegno divorzile non giustifica l'automatico aumento dello stesso).

²⁹ Benché autorevole dottrina vi ravvisi in certe condizioni un diritto reale di abitazione ex art. 1022 cod. civ. (C.M.



L'assegnazione è, del resto, costruita come provvedimento a contenuto sostanzialmente negativo, orientato alla protezione della permanenza dei figli nell'*habitat* domestico: più che attribuire un diritto, esclude uno dei coniugi dall'uso del bene, concentrando la legittimazione al godimento in capo all'altro, così da consentire, ove ne ricorrano le condizioni e fino al dissolvimento delle necessità familiari, la conservazione dell'ambiente domestico³⁰.

Ciò non esclude l'incidenza sulla situazione giuridica dell'assegnatario, data anche la natura della dimora familiare come utilità suscettibile di apprezzamento economico, quantomeno in termini di risparmio di costi³¹. Posto, dunque, che il godimento della casa familiare è attribuito in base

BIANCA, *Diritto Civile*, 2.1, *La famiglia*, cit., 212 ss., seguito da L.A. SCARANO, *La casa familiare*, in *Famiglia*, 2001, 131 ss.; la tesi è ritenuta incompatibile con la tassatività dei modi di costituzione dei diritti reali, cfr. E. ZANETTI VITALI, *La separazione personale dei coniugi*, Artt. 150-158, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, 351 ss.), dopo varie ricostruzioni, la soluzione consolidata vi rintraccia un diritto personale di godimento *sui generis* opponibile a terzi (v., ad es., Cass., 15 marzo 2019, n. 7395, in *onelegale.wolterskluwer.it*; Cass., 12 aprile 2011, n. 8361, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 1157 ss., con nota di R. GALASSO, *Questioni in tema di assegnazione consensuale della casa familiare*; Cass., 16 marzo 2007, n. 6192, in *Fam. dir.*, 2007, 775 ss., con nota di A. SALVATI, *Assegnazione della casa familiare e imposta comunale sugli immobili*; sul punto G.F. BASINI, *Il diritto del genitore assegnatario della casa familiare. Alcuni profili problematici*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 291 ss.; sulle situazioni giuridiche, proprietarie o personali, dei vari soggetti coinvolti nelle vicende della casa familiare e sui relativi strumenti di tutela, M. SESTA, *Comunione di vita e "diritti" sulla casa familiare*, in *Fam. dir.*, 2013, 511 ss.). Su questa scia, si supera anche l'orientamento che configura un'ipotesi di compossesso, ravvisando piuttosto una detenzione, e ancor più una detenzione qualificata: una posizione assimilabile a quella del comodatario, pur nella peculiarità del rapporto fondato sulla solidarietà familiare, che, in funzione dell'interesse prioritario dei figli, travalica la convivenza tra coniugi. Sottolinea come la materia abitativa si presti a scardinare la dogmatica proprietaria D. POLETTI, *A proposito del diritto di abitazione del coniuge superstite (e interessi creditor)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 403 ss., la quale ricorda U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, cit., spec. 334 ss.

³⁰ Mette in risalto il valore economico della casa familiare, Cass., sez. un., 9 giugno 2022, n. 18641, in *Giur. it.*, 2023, 299 ss., con note di M. D'AURIA, *Diritto abitativo dell'assegnatario e doveri modali di destinazione*, e di E. AL MUREDEN, *Divisione della casa familiare in comunione e "relatività" dei riflessi economici del provvedimento di assegnazione*: in sede di divisione, l'attribuzione dell'immobile adibito a casa familiare in proprietà esclusiva dell'assegnatario configura una causa automatica di estinzione del diritto di godimento con tale destinazione; in tal caso il valore dell'immobile non può risentire del godimento già assegnato all'affidatario della prole a titolo di casa coniugale, poiché esso viene ad essere assorbito o a confondersi con la proprietà attribuitagli per intero; conseguentemente, ai fini della determinazione del conguaglio in favore dell'altro coniuge, bisognerà far riferimento, in proporzione alla quota di cui era comproprietario, al valore venale dell'immobile, risultando, a tal fine, irrilevante la circostanza che in esso continuino a vivere i figli minori o non ancora autosufficienti, in quanto tale aspetto rientra nell'ambito dei complessivi e reciproci obblighi di mantenimento della prole da regolare in sede propria, con eventuale modificazione dell'assegno di mantenimento (in argomento, già E. AL MUREDEN, *Scioglimento della comunione, attribuzione della casa coniugale e computo del preesistente diritto ad abitarla*, in *Famiglia*, 2002, 872 ss.). Sull'attribuzione della dimora familiare in proprietà esclusiva dell'assegnatario in sede di divisione come causa automatica di estinzione del diritto, la cui pubblicità potrà eseguirsi sulla base di un atto ricognitivo del già titolare del diritto di godimento divenuto esclusivo proprietario, C. IRTI, *Divisione giudiziale della casa familiare in comunione e incidenza economica del vincolo discendente dal provvedimento di assegnazione*, in *Fam. dir.*, 2017, 436 ss.

³¹ Per Cass., ord., 23 luglio 2020, n. 15773, in *Fam. dir.*, 2020, 1101 ss., con nota di F. DANOVI, *Sempre più complessi i dati per l'assegno divorzile (patrimoni, eredità, disoccupazione, nuove famiglie, casa familiare e durata del matrimonio)*, l'assegnazione della casa coniugale, anche se dovuta alla presenza di figli maggiorenni non autosufficienti, in ogni caso si traduce in un risparmio di spesa che incide sulla situazione economica del coniuge assegnatario e che deve, perciò, essere valutato nella determinazione dell'assegno. Più in generale, R. CATERINA, *La redistribuzione della ricchezza dopo lo scioglimento della coppia. Una griglia concettuale e qualche riflessione sull'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 11 ss., mette a fuoco i criteri e i fattori limitanti in caso di redistribuzione della ricchezza dopo la separazione di una coppia, anche di fatto, e riflette sulle conseguenze della valorizzazione degli stessi. Si sofferma, in generale, sulle conseguenze economiche della crisi coniugale E. QUADRI, *Gli effetti economici delle crisi coniugali*, in *Jus civile*, 2021, 1347 ss., individuando, anche alla luce della giurisprudenza, principi di fondo e finalità della regolamentazione, e prospettando possibili interventi legislativi.



all'interesse dei figli³², il giudice dovrà tener conto dell'assegnazione nella regolazione del complessivo assetto patrimoniale tra i coniugi, come d'altronde espressamente prescrive l'art. 337-sexies, comma 1, cod. civ.³³.

6. – Per verificare l'effettività di un diritto occorre valutarne l'apparato rimediale, da considerare nel bilanciamento di interessi contrapposti. Non è un caso, dunque, che il dibattito sulla natura del godimento attribuito all'assegnatario si sia sviluppato sostanzialmente al fine di risolvere il problema dell'opponibilità del relativo provvedimento³⁴. In proposito la formulazione dell'art. 337-sexies, comma 1, cod. civ. risulta piuttosto stringata, limitandosi a prevedere che «il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643»³⁵.

Vigente il precedente contesto normativo (art. 6, comma 6, legge n. 898/1970, che rinvia all'art. 1599 cod. civ., esteso analogicamente alla separazione), le sezioni unite hanno riconosciuto un diritto personale di godimento atipico comunque opponibile al terzo acquirente nei limiti di un novennio (soddisfatto il requisito della data certa dal provvedimento giudiziale), e, per effetto di trascrizione, anche negli anni a seguire, ponendo così l'assegnatario al riparo da atti dispositivi del proprietario³⁶.

³² Ripercorre l'evoluzione giurisprudenziale in tema di mantenimento dei figli adulti, anche nel confronto con il sistema nordamericano, V. BRIZZOLARI, *La cessazione del diritto al mantenimento del figlio maggiorenne tra legittime aspirazioni, autoresponsabilità e costi sociali*, in *Famiglia*, 2021, 55 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 30 marzo 2012, n. 5174, in *Giust. civ.*, 2012, I, 1435 ss.; Cass., 24 luglio 2012, n. 12977, in *Fam. dir.*, 2013, 1112 ss., con nota di F. ASTIGGIANO, *Considerazioni in merito all'assegnazione della casa coniugale in presenza di figli maggiorenni portatori di handicap grave*.

³³ Ciò non impone il diritto ad una contropartita economica ma, all'occorrenza, potrebbe comportare una diminuzione degli obblighi periodici o comunque avere dei riflessi nella regolamentazione dei rapporti patrimoniali, anche alla luce dell'effettiva possibilità per il genitore non collocatario di reperire altra sistemazione (la revoca dell'assegnazione della casa familiare di proprietà esclusiva dell'altro ex coniuge è considerata sopravvenienza valutabile per l'assegno di divorzio da Cass., 25 marzo 2024, n. 7961, in *Quot. giur.*, 2024, che sottolinea il valore anche economico dell'abitazione non solo per l'assegnatario, che ne viene privato per effetto della revoca, ma anche per l'altro coniuge, che si avvantaggia dalla revoca stessa, potendo abitare la casa o concederla in locazione o comunque impiegarla in attività produttive, suscettibili di valutazione economica).

³⁴ Sull'opponibilità, oltre ai contributi già citati, v. M. ACIERNO, *L'opponibilità dell'assegnazione della casa coniugale*, in *Fam. dir.*, 2005, 561 ss.; G. GABRIELLI, *I problemi dell'assegnazione della casa familiare al genitore convivente con i figli dopo la dissoluzione della coppia*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 127 ss. L'originario contrasto in giurisprudenza può essere sintetizzato da Cass., 10 dicembre 1996, n. 10977, in *Giur. it.*, 1997, I, 1510 ss., con nota di A. QUARANTA, *Osservazioni in tema di opponibilità ai terzi del provvedimento giudiziale di assegnazione della casa familiare*, per cui il diritto dell'assegnatario è comunque opponibile, anche se non trascritto, entro il novennio dall'assegnazione ex art. 1599 cod. civ., e Cass., 6 maggio 1999, n. 4529, in *Fam. dir.*, 1999, 554 ss., con nota di F. PADOVINI, *Sull'inopponibilità ai terzi di assegnazioni non trascritte della casa familiare*, che considera la trascrizione requisito necessario ai fini della opponibilità.

³⁵ L'esigenza di certezza nella circolazione è valorizzata dal richiamo alla disciplina della trascrizione. Si segnala che, in assenza di norme che prevedano la trascrizione della domanda di assegnazione (problema, a dire il vero, relativo data la consueta rapidità di emissione del provvedimento), frustrato il tentativo di incostituzionalità (Corte cost., 27 aprile 2007, n. 142, in *www.giurcost.org*, e Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 47, in *Fam. dir.*, 2012, 17 ss., con nota di V. ALVISI, *Trascrivibilità ed opponibilità ai terzi della domanda di assegnazione della casa familiare*), talune Corti di merito (Trib. Milano, 26 aprile 1997, in *Dir. fam. pers.*, 1999, 669 ss., con nota di A. FRACCON, *Trascrivibilità della domanda di assegnazione della casa familiare*; Trib. Venezia, 20 luglio 1993, in *Giust. civ.*, 1994, I, 262 ss.) hanno proposto di ammetterla in forza di un'«interpretazione sistematica» delle norme sulla trascrizione (preclusa però dalla loro tassatività secondo Trib. Pisa, 27 febbraio 2008, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 737 ss., con nota di F. GAZZONI, *Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale*).

³⁶ Cass., sez. un., 26 luglio 2002, n. 11096, in *Fam. dir.*, 2002, 461 ss., con nota di CARBONE, *Assegnazione della casa coniugale: la Cassazione compone il contrasto giurisprudenziale sull'opponibilità ai terzi*; più di recente per Cass., 24 gennaio 2018, n. 1744, in *CED Cassazione*, 2018, il provvedimento in favore del coniuge (o convivente) affidatario di figli mi-



La soluzione, dichiaratamente ispirata a valori etici, ha suscitato opinioni discordanti. Il Supremo Consesso, nuovamente interpellato, ha ribadito l'esigenza di bilanciamento tra gli opposti interessi, entrambi di rilievo costituzionale, l'uno di tutela del residuo nucleo familiare e l'altro di disponibilità del bene da parte del titolare: ha così negato l'assoluta sacrificabilità del diritto di proprietà, statuendo che la successiva assegnazione non può modificare il contenuto dell'originario rapporto, in specie, di comodato, pregiudicando una situazione preesistente in capo ad un soggetto estraneo³⁷. Esclusi effetti sostanzialmente espropriativi, si impone piuttosto un'indagine sul tipo negoziale e sul contenuto voluto dai contraenti, che valorizzi la specificità dell'interesse del comodatario nel suo rapportarsi a quello del comodante, così connotando il profilo causale (nell'accezione di causa in concreto) ed esaltando la flessibilità del comodato, strumento negoziale ai confini con i rapporti di cortesia. Solo il vincolo di destinazione alle esigenze abitative familiari impresso al contratto di comodato è idoneo a prolungare il rapporto oltre la definizione della crisi, cosicché il diritto del comodante alla restituzione cede di fronte al diritto alla permanenza dell'assegnatario, collocatario prevalente dei figli³⁸.

La soluzione, applicata anche alla crisi tra conviventi³⁹, ha suscitato le critiche di chi vi ha ravvisa-

nori (o maggiorenni non autosufficienti senza colpa) è opponibile nei limiti del novennio, ove non trascritto, anche al terzo acquirente dell'immobile, ma solo finché ne perdura l'efficacia, sicché il venire meno del diritto di godimento (perché la prole è divenuta maggiorenne ed economicamente indipendente) legittima il terzo a proporre un'ordinaria azione di accertamento per conseguire la declaratoria di inefficacia del titolo e la condanna degli occupanti al pagamento dell'indennità di occupazione.

³⁷ Cass., sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, in *Corr. giur.*, 2004, 1439 ss., con nota di E. QUADRI, *Comodato e "casa familiare": l'intervento delle Sezioni Unite*: «Nell'ipotesi di concessione in comodato da parte di un terzo di un bene immobile di sua proprietà perché sia destinato a casa familiare, il successivo provvedimento di assegnazione in favore del coniuge affidatario di figli minorenni o convivente con figli maggiorenni non autosufficienti senza loro colpa, emesso nel giudizio di separazione o di divorzio, non modifica la natura ed il contenuto del titolo di godimento sull'immobile, ma determina una concentrazione, nella persona dell'assegnatario, di detto titolo di godimento, che resta regolato dalla disciplina del comodato, con la conseguenza che il comodante è tenuto a consentire la continuazione del godimento per l'uso previsto nel contratto, salva l'ipotesi di sopravvenienza di un urgente ed impreveduto bisogno, ai sensi dell'art. 1809, comma 2, c.c.». Cfr. C. RIMINI, *L'assegnazione della casa familiare: l'art. 155 quater c.c. alla luce delle più recenti affermazioni giurisprudenziali*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 497 ss.

³⁸ Secondo Trib. Mantova, 21 novembre 2022, in *Fam. dir.*, 2023, 353 ss., con nota di D. GIUNCHEDI, *Comodato d'uso, disgregazione del nucleo familiare e famiglia ricostituita*, il contratto di comodato di immobile destinato ad uso familiare non subisce effetti ablativi, se, a seguito della crisi, il comodatario prosegue ad utilizzarlo quale residenza dei suoi successivi gruppi familiari (i componenti della famiglia originaria del comodatario non si considerano parti contrattuali, quindi, non vi è alterazione né della composizione soggettiva, né della struttura causale del contratto). In tema di fallimento, Cass., ord., 13 gennaio 2021, n. 377, in *CED Cassazione*, 2021, precisa che la declaratoria di inefficacia nei confronti della procedura dell'atto traslativo dell'immobile già oggetto di assegnazione come casa familiare non travolge il «diritto personale di godimento *sui generis*» sorto in capo all'assegnatario, che, in quanto contenuto in un provvedimento di data certa, è suscettibile d'essere opposto, ancorché non trascritto, anche al terzo acquirente in data successiva per nove anni dalla data dell'assegnazione, e, qualora il titolo sia stato in precedenza trascritto, anche oltre i nove anni; in termini simili Trib. Brescia, 23 gennaio 2019, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1330 ss., con nota di M. PALADINI, *Assegnazione convenzionale della casa familiare e opponibilità al terzo acquirente*, con riferimento al patto fra i coniugi sull'assegnazione della casa familiare nell'ambito di un accordo di separazione consensuale.

³⁹ In proposito, ad es., Cass., 21 giugno 2011, n. 13592, in *Contratti*, 2011, 1103 ss., con nota di D. COLUCCI, *Comodato di immobile e destinazione ad abitazione della famiglia di fatto*: anche in tale ipotesi finché non cessano le esigenze abitative familiari, il rilascio dell'immobile può essere richiesto, ai sensi dell'art. 1809, comma 2, cod. civ., solo in caso di bisogno contrassegnato da urgenza e imprevedibilità (v. anche Cass., ord., 29 agosto 2019, n. 21785, in *Notariato*, 2019, 519 ss.). Si soffermano sulle tutele rispetto all'abitazione di comune residenza approntate dalla legge 20 maggio 2016, n. 76 (in particolare, v. art. 1, commi 42 e 43) e sulle persistenti disparità di trattamento, C. IRTI, *I diritti sulla "casa di comune residenza" nelle convivenze di fatto disciplinate dalla l. 76 del 20 maggio 2016*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1665 ss.; R. PACIA, *Unioni civili e convivenze: profili di diritto successorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 409 ss.



to un contrasto con la disciplina del comodato e la sua funzione causale tipica volta ad assicurare al proprietario la pronta restituzione del bene⁴⁰.

Mutato il quadro normativo e nuovamente interessate le sezioni unite, l'orientamento ha ricevuto sostanziale conferma⁴¹: grava sul coniuge collocatario della prole, che si opponga al rilascio, l'onere di provare che l'accordo con il terzo è sin dall'origine attributivo di un diritto personale di godimento in favore del nucleo familiare o che, all'insorgere della nuova situazione, il comodato sia stato confermato e/o integrato per soddisfarne i bisogni. Ciò richiede una specifica indagine, tramite una valutazione globale che tenga conto dei rapporti tra le parti, degli interessi perseguiti e di ogni altro elemento che possa far luce sull'effettiva intenzione di destinare il bene a dimora familiare: in tale ipotesi il rilascio non potrà essere concesso finché durano le esigenze abitative e, quindi, sostanzialmente sino al raggiungimento dell'indipendenza dei figli⁴².

Respinta l'applicabilità dell'art. 1810 cod. civ., che, nel comodato c.d. precario, in mancanza di fissazione di un termine di durata, prevede la restituzione *ad nutum*, rimane salva, ex art. 1809, comma 2, cod. civ., l'ipotesi di un bisogno del comodante, urgente ed imprevedibile, restando irrilevanti bisogni non attuali e solo ipotizzabili, nell'ottica di un'attenta verifica di proporzionalità e adeguatezza tra esigenze familiari e necessità del proprietario⁴³.

Nel caso di immobile di proprietà esclusiva del coniuge non assegnatario o di comunione indivisa,

⁴⁰ Cfr. M. ACIERNO, *L'opponibilità dell'assegnazione della casa coniugale*, cit.; L.A. SCARANO, *Comodato di casa familiare e provvedimento di assegnazione in sede di separazione personale dei coniugi o di divorzio*, in *Famiglia*, 2004, 874 ss.; in giurisprudenza, Cass., 7 luglio 2010, n. 15986, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 1 ss., con nota di F. SCIA, *Casa familiare in comodato e durata della relativa assegnazione*, per cui non rileva, neanche in via interpretativa, la circostanza che l'immobile sia stato adibito ad uso familiare e sia stato assegnato, in sede di separazione, all'affidatario dei figli, configurandosi comunque, in mancanza di un termine di efficacia, un comodato precario con facoltà di recesso *ad nutum*; v. anche Cass., 11 agosto 2010, n. 18619, in *Riv. notariato*, 2011, 410 ss., con nota di E. ANDREOLA, *Casa familiare tra comodato e assegnazione*.

⁴¹ Cass., sez. un., 29 settembre 2014, n. 20448, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 123 ss., con nota di L. PELLEGRINI, *Comodato di immobile ad uso di casa familiare*. Il coniuge assegnatario può opporre al comodante che chieda il rilascio dell'immobile l'esistenza di un provvedimento di assegnazione, pronunciato in un giudizio di separazione o divorzio, solo se tra il comodante e almeno uno dei coniugi (salva la concentrazione del rapporto in capo all'assegnatario, ancorché diverso) il contratto in precedenza insorto abbia contemplato la destinazione del bene a casa familiare: in tal caso il rapporto, riconducibile al tipo regolato dagli artt. 1803 e 1809 cod. civ., sorge per un uso determinato e, in assenza di espressa scadenza, ha una durata determinabile *per relationem*, in base alla destinazione della casa familiare, indipendentemente, dunque, dall'insorgere di una crisi coniugale; esso è destinato a persistere o a venir meno con la sopravvivenza o il dissolversi delle necessità familiari. Illustra efficacemente l'evoluzione dell'istituto l'ordinanza di rimessione: Cass., ord., 17 giugno 2013, n. 15113, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 978 ss., con nota di L. PELLEGRINI, *Comodato di "casa familiare" senza espressa previsione del termine finale e crisi del rapporto coniugale: una questione da ripensare*. Per Cass., ord., 29 settembre 2023, n. 27634, in *CED Cassazione*, 2023, resta ferma in ogni caso la necessità che il giudice eserciti «con massima attenzione» il controllo di «proporzionalità e adeguatezza» nel comparare le particolari esigenze di tutela della prole e il contrapposto bisogno del comodante.

⁴² La verifica della volontà delle parti di destinare l'immobile alle esigenze abitative familiari, indagando il motivo comune caratterizzante l'assetto di interessi, pone un delicato problema interpretativo, da risolvere alla luce dei criteri di ermeneutica contrattuale, attraverso una non facile valutazione d'insieme sull'effettiva intenzione di dare e ricevere il bene con specifica destinazione.

⁴³ Sull'applicazione del principio di priorità della trascrizione, Cass., 20 aprile 2016, n. 7776, in *Fam. dir.*, 2017, 33 ss., con nota di C. CHIUSOLI, *Assegnazione della casa familiare e opponibilità ai terzi: la "disarmante semplicità" del principio di priorità della trascrizione*; sul bisogno del comodante, Cass., 10 febbraio 2017, n. 3553, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 911 ss., con nota di A. SALOMONI, *La clausola «fino al reperimento di altra abitazione» apposta in un comodato di immobile ad uso familiare*; deve trattarsi di bisogno imprevisto e urgente, ma non necessariamente grave, per Cass., 17 ottobre 2016, n. 20892, in *Mass. Giust. civ.*, 2017.



il bilanciamento degli interessi va attuato alla stregua del dovere di solidarietà (*ex art. 2 Cost.*), che connota il rapporto coniugale, post-coniugale e quello *more uxorio*, ispirandosi ai reciproci obblighi di assistenza e, soprattutto, ai doveri verso i figli: esso perdura nella fase patologica, consentendo una momentanea compressione della facoltà di godimento del proprietario non assegnatario. Ciò significa anche che, qualora quest'ultimo alieni l'immobile, il vincolo di destinazione a casa familiare sarà opponibile al terzo acquirente ove l'assegnazione (atto avente data certa) preceda l'acquisto⁴⁴. In caso contrario, ove cioè l'assegnazione sia successiva all'acquisto, ai fini dell'opponibilità, occorrerà indagare se il terzo acquirente abbia manifestato l'intenzione di rispettare le esigenze abitative della famiglia, sostanzialmente attribuendo un diritto di godimento in favore del nucleo familiare⁴⁵.

Nella diversa ipotesi di preesistente rapporto locativo, trova applicazione il principio *emptio non tollit locatum* (art. 1599 cod. civ.), con la peculiarità che, in caso di omessa trascrizione del provvedimento di assegnazione, la decorrenza del termine infranovennale si ritiene decorra dal deposito dello stesso o dalla pubblicazione della sentenza⁴⁶. In caso di comodato, invece, come si è detto, l'estensione in fatto del godimento del comodatario in favore del nucleo familiare è opponibile al comodante solo se già prevista dai contraenti, o comunque concordemente ed inequivocabilmente considerata⁴⁷.

⁴⁴ Secondo Cass., ord., 17 marzo 2017, n. 7007, in *CED Cassazione*, 2017, il coniuge, già comodatario della casa familiare ed assegnatario della stessa, può opporre il proprio titolo, ma solo entro il limite del novennio, al terzo acquirente del medesimo bene, ancorché la trascrizione del titolo di acquisto di quest'ultimo sia anteriore a quella del provvedimento giudiziale. Recenti pronunce di legittimità hanno però ritenuto che l'assegnazione della casa familiare, che già a seguito dell'introduzione dell'art. 155-*quater* cod. civ. è trascrivibile come tale, e non più agli effetti dell'art. 1599 cod. civ., sia opponibile ai terzi solo se trascritta anteriormente al titolo del diritto del terzo sull'immobile e non anche nei limiti del novennio, ove non trascritta (Cass., 15 aprile 2022, n. 12387, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 1083 ss., con nota di M. PALADINI, *Ipoteca, assegnazione della casa familiare e presunta abrogazione "tacita" dell'art. 6, comma 6, l. n. 898/70*; Cass., 19 aprile 2024, n. 10686, in *Giust. civ. Mass.*, 2024).

⁴⁵ Cfr. Cass., 18 gennaio 2016, n. 664, in *Nuova giur. civ. comm.* 2016, 837 ss., con nota di L. PELLEGRINI, *Inopponibilità a terzi del contratto di comodato e risarcimento del danno*, cui può aggiungersi Cass., 4 maggio 2005, n. 9253, in *Fam. dir.*, 2005, 599 ss., con nota di E. AL MUREDEN, *L'opponibilità del provvedimento di assegnazione della casa familiare tra tutela dei figli e diritti del comodante*, che espressamente esclude la funzionalizzazione del diritto di proprietà alle esigenze familiari. Più di recente Cass., 10 aprile 2019, n. 9990, in *CED Cassazione*, 2019, respinge il percorso argomentativo dell'isolato precedente richiamato in fase di gravame (Cass., 11 settembre 2015, n. 17971, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 243 ss., con nota di M. PALADINI, *Limiti all'opponibilità del diritto dell'assegnatario di casa familiare*), che affermava l'opponibilità all'acquirente del vincolo di destinazione impresso in sede giudiziale successivamente all'alienazione e a prescindere dall'assolvimento dell'onere pubblicitario, assumendo come prevalente l'interesse della prole; in caso di cessione al terzo, effettuata in costanza di matrimonio dal coniuge esclusivo proprietario, dell'immobile utilizzato per le esigenze della famiglia, il provvedimento di assegnazione all'altro coniuge collocatario della prole, emesso in data successiva all'acquisto del terzo, è a questi opponibile soltanto se, a seguito di accertamento in fatto, si ravvisi l'instaurazione di un preesistente rapporto, in corso di esecuzione, tra il terzo ed il predetto coniuge dal quale derivi il diritto di godimento funzionale alle esigenze della famiglia; sul contenuto di tale rapporto viene a conformarsi il successivo vincolo disposto dal provvedimento di assegnazione (l'ipotesi ricorre nel caso in cui il terzo abbia acquistato la proprietà con clausola di rispetto del titolo di detenzione qualificata derivante dal negozio familiare, ovvero nel caso in cui il terzo abbia inteso concludere un contratto di comodato, in funzione delle esigenze del residuo nucleo familiare, con il coniuge occupante l'immobile, non essendo sufficiente a tal fine la mera consapevolezza del terzo, al momento dell'acquisto, della pregressa situazione di fatto di utilizzo del bene da parte della famiglia).

⁴⁶ Cass., 7 novembre 2019, n. 28615, in *Studium juris*, 2020, 736 ss.: nella separazione personale, il provvedimento di assegnazione della casa familiare determina una cessione *ex lege* del relativo contratto di locazione a favore del coniuge assegnatario e l'estinzione del rapporto in capo al coniuge che ne fosse originariamente conduttore (e così anche nell'ipotesi in cui entrambi avessero sottoscritto il contratto).

⁴⁷ Trib. Milano, 14 giugno 2023, n. 4949, in *Fam. dir.*, 2024, 483 ss., con nota di F. TROLLI, *Sul diritto alla restituzione*



7. – Il bilanciamento è una tecnica del giudizio di ragionevolezza cui si ricorre per risolvere il conflitto tra diritti antagonisti, coordinando valori collidenti, alla luce del dettato costituzionale. Dinanzi a valori pariordinati esso tende ad operare mediante un apprezzamento del caso concreto, condizionato, cioè, dalle circostanze in cui opera⁴⁸. Nell'ambito in esame, la ricorrenza di valori ancorati all'art. 30 Cost. ed orientati a preservare le relazioni affettive della prole giustifica il peculiare bilanciamento con la tutela della proprietà ex art. 42 Cost., che d'altra parte rende altresì meritevole di salvaguardia il ragionevole affidamento dei terzi sull'inesistenza di oneri o pesi che limitino il godimento del bene⁴⁹.

Resta ferma in ogni caso l'esigenza di evitare effetti espropriativi, soluzione che escluderebbe a monte il bilanciamento, che richiede, invece, la verifica di adeguatezza del mezzo al fine e di proporzionalità della misura adottata, optando per quella meno invasiva rispetto alla situazione giuridica recessiva⁵⁰. Del resto, la necessità di dare adeguato risalto a tutti gli interessi coinvolti nella sorte della casa familiare, tenendone presente la peculiare natura, sembra orientare gli interpreti anche verso un'idea di *best interests of the child* come valore sì centrale, ma che tuttavia non può assumere sempre e comunque una posizione egemonica e di automatica prevalenza⁵¹.

dell'immobile concesso in comodato per esigenze familiari: il termine finale del comodato che ha ad oggetto la casa familiare è desumibile dall'uso per il quale l'immobile è stato consegnato, pertanto, avrà durata finché permangono le esigenze abitative della famiglia del comodatario; resta inteso che il comodante possa richiederne la restituzione immediata qualora sopravvenga un urgente ed impreveduto bisogno, non potendosi risolvere l'assegnazione in una sostanziale espropriazione del diritto di proprietà. Cass., ord., 18 agosto 2017, n. 20151, in *CED Cassazione*, 2017: nel comodato di immobile, stipulato senza determinazione di termine, la volontà di assoggettare il bene a vincoli d'uso particolarmente gravosi, quali la destinazione a dimora familiare, non può essere presunta ma va positivamente accertata; parimenti, nell'ipotesi in cui il vincolo matrimoniale del comodatario sopravvenga in corso di rapporto, occorre la prova che il proprietario abbia inteso trasformare la natura del comodato, ancorando la destinazione del bene alle esigenze del nucleo familiare neocostituito (nel caso di specie la Corte ha accolto il ricorso incidentale della comodante e, decidendo nel merito, ha dichiarato il diritto di questa al risarcimento del danno per illegittima occupazione dell'immobile, negando che la destinazione familiare del bene fosse desumibile per il fatto di avere, la ricorrente principale, nuora della comodante, vissuto nell'immobile con il marito-comodatario, anche prima del matrimonio in regime di famiglia di fatto).

⁴⁸ Tra i molti contributi, E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 23 ss.; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, II ed., Giuffrè, 2016; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Esi, 2015, spec. 93 e 103 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, IV, *Attività e responsabilità*, Esi, 2020, spec. 115 ss.; S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Cedam, 2005. Sulla natura «intrinsecamente relazionale e dinamica» della ragionevolezza, che esige «una valutazione raccordata alla specificità della situazione concreta, alle peculiarità dei soggetti implicati, alla natura ed alla misura degli interessi coinvolti», di recente N. LIPARI, *Contratto e principio di ragionevolezza*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Il contratto*, Giuffrè, 2021, 356 ss.

⁴⁹ Come si è detto, è convinzione diffusa che il provvedimento di assegnazione non possa essere pronunciato se non in favore del coniuge collocatario, trattandosi, altrimenti, di provvedimento aspecifico non opponibile al titolare di diritti reali sull'immobile: il contesto spiega il trattamento di favore per il comodatario, solitamente poco tutelato quale destinatario di un negozio gratuito, che riceve qualcosa per cui non dà nulla in cambio.

⁵⁰ Cfr. E. QUADRI, *La casa familiare e la sua sorte a seguito della crisi della famiglia*, cit., spec. 530 ss.

⁵¹ Insomma, una prospettiva che coniughi il *best interest of the child*, quantomeno, con il *best interest of the family*, come formazione sociale in cui si svolge la personalità di tutti i familiari. Per C. IRTI, *L'assegnazione della casa familiare nel processo di riforma del diritto di famiglia*, cit., 1203, il dato normativo (cfr. il «prioritariamente» dell'art. 337-sexies cod. civ.) «non esclude e anzi sembra presupporre che altri interessi ritenuti meritevoli di attenzione da parte dell'ordinamento giuridico possano assumere rilevanza in sede di assegnazione della casa familiare, specie allorquando si tratti di veri e propri bisogni, come quelli manifestati da un soggetto anziano, malato o portatore di *handicap*»; v. anche R. RUSSO, *Assegnazione della casa familiare a tutela del coniuge disabile*, in *Fam. dir.*, 2013, 1009 ss., secondo la quale considerare sempre e comunque l'interesse dei minori prevalente su quello dei genitori potrebbe comportare una «distorsione di prospettiva», essendo il minore anzitutto partecipe del nucleo familiare, il cui benessere incide sulla sua armonica crescita. Ragiona sul tema, con relativi riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, ai quali si rinvia, A. CONTI, *L'assegnazione della casa familiare tra interpretazione letterale e bilanciamento costituzionale* in *Fam. dir.*, 2024, 84 ss. (anche a commento di Trib. Ravenna, 10 maggio 2023, n.



Per altro verso, concentrare l'attenzione esclusivamente sulla sorte della casa familiare a seguito del provvedimento di assegnazione, senza, cioè, preservare preventivamente il vincolo di destinazione impresso sul bene, rischia di vanificare, in concreto, la tutela assicurata alle esigenze abitative nella disciplina della crisi della famiglia⁵².

È stato notato, in particolare, come il comodato tra familiari si regga sui presupposti inespressi dell'*affectio* e della solidarietà che normalmente ne caratterizzano i rapporti, escludendo il bisogno di strumenti che disciplinino in modo formale e rigoroso la permanenza nell'abitazione o la sua restituzione: è la sopravvenuta separazione, solitamente neanche prefigurata, che, alterando la fiducia e la comunità di intenti, obbliga a regolare in modo puntuale il diritto al godimento. In tal senso può auspicarsi una valorizzazione dell'autonomia privata, in una prospettiva che dia valore alle peculiarità della fattispecie, considerando adeguatamente il particolare affidamento reciproco interno alla famiglia, e che permetta di addivenire a soluzioni equilibrate laddove esso sia alterato dal venir meno dell'unità⁵³.

Per il resto, non può che confidarsi nel buon senso dei soggetti coinvolti e in una conflittualità non esasperata a fronte di situazioni di crisi che si presentano come un'evoluzione dolorosa delle relazioni familiari⁵⁴.

320, *ivi*, 83 s., che, in mancanza di figli, ha escluso l'adottabilità di un provvedimento di assegnazione della casa coniugale). In giurisprudenza, per l'orientamento minoritario che, in assenza di figli, sosteneva la possibilità di assegnare la casa familiare al coniuge economicamente debole, cfr. Cass., 19 giugno 1980, n. 3900, in *Foro it.*, 1981, I, 1831 ss., con nota di A. JAN-NARELLI, *L'assegnazione della casa familiare nella separazione personale dei coniugi*; Cass., 30 agosto 1995, n. 9163, in *Giur. it.*, 1996, I, 1 ss., con nota di G. FREZZA, *Diversa ratio dell'assegnazione della casa familiare nella separazione e nel divorzio*; Cass., 11 aprile 2000, n. 4558, in *Giur. it.*, 2000, 2235 ss., con nota di A. MASSAFRA, *Nota in tema di distinzione tra assegno di mantenimento in sede di separazione e assegno di divorzio*; Trib. Viterbo, 12 ottobre 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 371 ss., con nota di M. ACIERNO, *La nuova disciplina dell'assegnazione della casa coniugale al vaglio dei giudici di merito*. Più di recente per Trib. Perugia, ord., 22 marzo 2024, in *Dir. fam. pers.*, 2024, 1108 ss., con nota di G. FLERES, *Assegnazione della casa familiare: cointeressenza genitori-figli e progressivo ridimensionamento del "dogma" della continuità abitativa*, qualora il trasferimento del genitore non convivente affetto da una grave patologia possa pregiudicare la sua serenità, comportando altresì difficoltà nel reperimento di un'abitazione adatta alle sue esigenze, l'assegnazione della casa familiare a questi non è confliggente con l'interesse dei minori, in quanto le condizioni di vita quanto più possibile serene e stabili per il genitore sono le uniche che possono consentire ai figli di essere esposti nella minor misura possibile all'inevitabile sofferenza legata alla malattia del primo.

⁵² Cfr. E. QUADRI, *La casa familiare e la sua sorte a seguito della crisi della famiglia*, cit., 527 ss., il quale rileva in proposito l'inadeguatezza degli strumenti tradizionali rispetto ad atti dispositivi incompatibili con la destinazione familiare, anche alla luce della peculiare gerarchia di valori che entra in gioco in quest'ambito, come espressione non tanto di una deroga ai principi generali patrimoniali, ma della piena operatività di principi differenti. In giurisprudenza, v. Cass., ord., 30 settembre 2021, n. 26541, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 386 ss., con nota di S. PREVITI, *L'abuso del diritto e gli atti dispositivi della casa familiare: un possibile rimedio?*, che nella stipula di due contratti a parti invertite (l'alienazione in permuta ed il comodato a termine) tra soggetti legati da vincoli di parentela, avvenuta proprio nell'imminenza del deposito del ricorso per separazione giudiziale, cui ha fatto seguito l'esercizio tardivo dell'azione di rilascio del bene, disvela «un intento elusivo riconducibile ad ipotesi di abuso del diritto» volto ad aggirare la disciplina in materia di assegnazione di casa familiare, idoneo pertanto a paralizzare la domanda di rilascio del bene avanzata dal comodante.

⁵³ Valorizzano l'autonomia privata E. AL MUREDEN, *Casa in comodato, crisi coniugale e persistenti doveri di solidarietà tra familiari*, in *Fam. dir.*, 2012, 694 ss., che spiega il bilanciamento alla luce di tre elementi: «la destinazione ad abitazione familiare, la presenza di figli non autosufficienti del comodatario ed uno stretto rapporto di parentela tra comodante ed i figli del comodatario»; L. BALESTRA, *Gli effetti della dissoluzione della convivenza*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 468 ss.; C. IRTI, *Casa familiare e autonomia negoziale*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 53 ss., dove anche riferimenti alla separazione consensuale.

⁵⁴ Ravvisa come fondamentale l'esigenza di avviare un percorso teso alla «normalizzazione» e alla «sdrammatizzazione» della crisi familiare F. ROMEO, *Responsabilità genitoriale, conflitti e prospettive di riforma dell'affidamento condiviso*, cit., 550 ss.



MICHELE ONORATO

Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi di Brescia

NOTE PER UNO STUDIO INTORNO ALLE VICENDE DEI PRIVILEGI GENERALI E ALLE MODIFICAZIONI SOGGETTIVE DEL DEBITO

SOMMARIO: 1. Il tema. – 2. Irrilevanza della disciplina relativa alla cessione del credito. – 3. L'annosa distinzione tra novazione soggettiva e successione nel debito. – 4. La posizione agnostica del codice civile del '42. – 5. Uguale e stesso. – 6. Circolazione dei privilegi e causa del credito. – 7. Ragionare al contrario.

1. – Cosa accade quando il creditore titolare di privilegio trovi innanzi a sé un nuovo debitore: il privilegio vale anche verso quest'ultimo?

Pensiamo al terzo che assuma il debito avente causa in un rapporto di lavoro: il dipendente che concorra nella ripartizione del patrimonio del terzo assuntore può opporre nei confronti degli altri creditori la prelazione descritta nell'art. 2751-bis, n. 1, cod. civ.?

La risposta ai quesiti non è scontata in quanto una precisa disciplina delle vicende dei privilegi si dà esclusivamente in relazione alle modificazioni del rapporto obbligatorio dal lato del soggetto attivo. L'art. 1263, comma 1, cod. civ. prevede con una chiara formula che il diritto è trasferito al cessionario con i privilegi del cedente, tanto da non sollevare dubbi che il credito si trasmetta uguale a se stesso anche dal punto di vista della prelazione¹.

Meno chiare le vicende del privilegio in occasione delle modificazioni dell'obbligazione dal lato passivo e, segnatamente, in occasione del subingresso di un soggetto nella titolarità del debito². Le disposizioni dedicate a delegazione, espromissione e acollo non fanno cenno al regime delle prelazioni. L'art. 1275 cod. civ. – il quale prevede che «*in tutti i casi nei quali il creditore libera il debitore originario, si estinguono le garanzie annesse al credito, se colui che le ha prestate non consente espressamente a mantenerle*» – è reputato comunemente inapplicabile alle prelazioni, non potendo queste essere assimilate alle garanzie sotto il profilo semantico e, soprattutto, giuridico³. Né si rinvergono dispo-

¹ Nei trattati, per tutti, G. FINAZZI, *La circolazione del credito*, I, Cessione, factoring, cartolarizzazione, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, IV, Padova, 2008, 210.

² A. RAVAZZONI, voce *Privilegi*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIV, Torino, 1966, 376.

³ Per primo G. STOLFI, *Appunti sulla c.d. successione particolare nel debito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 737, il quale osserva che «il verbo “prestare”, e più ancora la facoltà di conservazione, si addicono alle garanzie reali o personali che sorgono per volontà della parte, la quale è dunque libera di costituirle ed anche di mantenerle nei confronti di un debitore diverso dal primo, ma non possono di per sé concernere i privilegi, perché questi sono accordati dalla legge in considerazione della causa del credito (art. 2745 pr.) e quindi suppongono l'esistenza e il perdurare di quel determinato debito». Con-



sizioni specifiche all'interno della disciplina generale dei privilegi (artt. 2745 ss. cod. civ.) la quale si limita a stabilire che «il privilegio è accordato dalla legge in considerazione della causa del credito» (art. 2745, comma 1, cod. civ.).

Neanche, infine, sono pertinenti quelle altre disposizioni che pure, sulle prime, parrebbero contigue al nostro tema: non l'art. 1942 cod. civ. il quale prevede che «salvo patto contrario, la fideiussione si estende a tutti gli accessori del debito principale»; non l'art. 1232 cod. civ. il quale prevede che «i privilegi, il pegno e le ipoteche del credito originario si estinguono, se le parti non convengono espressamente di mantenerli per il nuovo credito» (art. 1232 cod. civ.).

A ben vedere in un caso la disposizione non menziona le prelazioni né ha ad oggetto una modificazione del rapporto dal lato passivo (così l'art. 1942 cod. civ.) e, in altro, la disposizione è generalmente reputata inapplicabile al di fuori della novazione oggettiva (art. 1232 cod. civ.)⁴.

In assenza di una precisa disciplina legislativa, sarebbe da aspettarsi un qualche letterario o giurisprudenziale.

Ma uno sguardo agli studi giuridici rivela che il tema non è approfondito in indagini monografiche o saggistiche⁵ e, più in generale, non è oggetto di particolare attenzione in anni recenti. Esso è stato considerato a modo di corollario nei classici dedicati alle modificazioni del rapporto obbligatorio dal lato passivo restituendo, peraltro, conclusioni per niente univoche.

Qui gli autori hanno collocato la questione delle vicende dei privilegi a valle della annosa distinzione tra novazione soggettiva e successione a titolo particolare nel debito.

E così, nel reputare la rilevanza della distinzione, alcuni hanno affermato che il trasferimento dei privilegi verso il nuovo debitore si realizzerebbe certamente ma, soltanto, nell'ipotesi della successione nel debito, dovendo bensì escludere nella novazione in ragione del necessario effetto estintivo che da questa discende⁶. Il nesso tra la prelazione e la causa dell'obbligazione farebbe sì che l'eventuale effetto novativo non possa che determinare il venir meno anche dei privilegi; viceversa, «nell'ipotesi di assunzione privativa (n.d.r. ossia di successione a titolo particolare nel debito) ... la permanenza del legame tra l'obbligazione originaria e la sua causa assicurerà la persistenza del privilegio»⁷.

Quelli inclini ad escludere la circolazione dei privilegi hanno invece guardato dal lato della fonte costitutiva della obbligazione del nuovo debitore, osservando che l'atto di assunzione del debito tenderebbe ad una autonomia causale tanto nell'accollo quanto nella delegazione e nella espromissione. Per questa via, essi hanno reputato la intrasmissibilità dei privilegi con il rilievo che il fatto costitutivo del debito del terzo sarebbe differente dal fatto costitutivo del debito originario⁸.

forme A. RAVAZZONI, voce *Privilegi*, cit., 376-377, il quale esclude anche la applicazione analogica della disposizione. Per l'applicazione della disposizione ai privilegi pare invece orientato, G.P. GAETANO, voce *Privilegi (diritto civile e tributario)*, XIII, Torino, 1957, 965-966.

⁴ Cfr. A. MAGAZZÙ, voce *Novazione (dir. civ.)*, XXVIII, Milano, 1978, 822.

⁵ Il che sembra valere anche per i trattati: ad esempio, in U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, 831, al tema si fa soltanto un rapido cenno nel capitolo dedicato alla espromissione.

⁶ In termini così netti già G. STOLFI, *Appunti sulla c.d. successione particolare nel debito*, cit., 736 ss. Conforme C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1990, 686; ma, diversamente, W. BIGIARI, *Novazione e successione particolare nel debito*, in *Dir. prat. comm.*, 1942, I, 121 ss. Per la tesi della trasmissione, sebbene con argomentazioni differenti, A. RAVAZZONI, voce *Privilegi*, cit., 377.

⁷ U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2009, 119.

⁸ Tra tutti P. RESCIGNO, con riferimento all'accollo (in *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, 164 ss.) e alla delegazione (in voce *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 982) e S. RODOTÀ, voce *Espromissione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XV,



Nella giurisprudenza pratica, infine, il tema appare pressoché assente di là della pronuncia, ben risalente, in tema di accollo cumulativo e di altre sparse decisioni in tema di concordato con assunzione.

In materia di accollo cumulativo si ricorda la sentenza n. 2664 del 23 giugno 1977, nella quale la prima sezione della Cassazione ha affermato che il privilegio vantato dal creditore nei confronti del debitore originario non può essere fatto valere verso il terzo accollante. Il che dipenderebbe dalla peculiare disciplina dell'accollo, la quale collega lo statuto della obbligazione dell'accollante al contenuto del negozio di accollo (art. 1273, comma 4, cod. civ.)⁹.

Sebbene la motivazione si ponga sulla linea dell'opinione dottrinale da ultimo ricordata, la sentenza è insuscettibile di configurare un orientamento giurisprudenziale decisivo rispetto al nostro tema, sia perché circoscritta al caso specifico dell'accollo cumulativo¹⁰ sia perché, per quanto risulta, isolata.

In materia di concordato con assunzione, si danno invece alcune sentenze, anch'esse risalenti, nelle quali si afferma che l'assunzione non implicherebbe una autonoma *causa obligandi*. Il credito nei confronti dell'assuntore non sarebbe altro dal credito nei confronti dell'originario debitore, con la conseguenza che i privilegi vantati verso il primo persisterebbero anche verso il secondo¹¹.

Anche questo orientamento, pure coerente ad alcune opinioni espresse nella letteratura teorica, non sembra idoneo a determinare un insegnamento consolidato né pienamente convincente. La tesi della medesima fonte della obbligazione non appare adeguatamente dimostrata e appare piuttosto come un'applicazione del principio di indifferenza della assunzione concordataria rispetto ai creditori privi-

Milano, 1966, 790, con riferimento alla espromissione. Conforme D. GIACOBBE, *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo*. Art. 1268-1276, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1992, 127 e, sebbene con motivazioni non del tutto corrispondenti, G.F. CAMPOBASSO, voce *Accollo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, I, 4 ss.

⁹ La sentenza si legge in *Giur. civ.*, 1977, I, 165 ss. La Cassazione precisa che la conclusione è pienamente compatibile con la struttura solidale della obbligazione, la quale non è esclusa dalle diverse modalità con cui sono tenuti i singoli debitori (art. 1293 cod. civ.). Aderisce a questa soluzione D. GIACOBBE, *Della delegazione, dell'espromissione e dell'accollo*, cit., 126.

¹⁰ Caso che nella sentenza è avvertito come distinto dalla successione nel debito, ipotesi quest'ultima che, nella logica della motivazione, sembrerebbe astrattamente sottoposta ad un diverso trattamento in materia di circolazione del privilegio. Difatti, la Corte afferma che «Né, infine, può sostenersi che il credito è privilegiato nei confronti del fallimento (n.d.r. debitore accollante), facendo ricorso alla figura della successione nel debito, in quanto l'originario debitore sia stato liberato dal creditore. Non può invece integrarsi il fenomeno successorio quanto l'originario debitore non trasmette alcunché, ma continua ad essere obbligato verso il creditore». Nel caso di assunzioni cumulative si afferma comunemente la permanenza dei privilegi nei confronti del debitore originario, ponendosi il tema della estinzione o della circolazione dei privilegi al cospetto della liberazione del precedente debitore: A. PATTI, *I privilegi*, cit., 65-66; D. DI SABATO, *I privilegi*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, III, 17, Napoli, 2008, 100 ss.

¹¹ Cass., 27 maggio 1971, n. 1580; in senso analogo Cass., 18 giugno 1982, n. 3728. Vale la pena osservare che, neanche in materia concorsuale, vi sono delle disposizioni dedicate al tema. Non sembra pertinente, in particolare, la disposizione contenuta nell'art. 257, comma 3, c.c.i.i., in base a cui «il credito dichiarato dai creditori sociali nella liquidazione giudiziale della società si intende dichiarato per l'intero e con il medesimo eventuale privilegio generale anche nella liquidazione giudiziale aperta nei confronti dei singoli soci». Sebbene preveda la conservazione del privilegio all'interno del patrimonio del socio illimitatamente responsabile, la disposizione non disciplina una ipotesi di circolazione del debito in quanto la responsabilità del socio parrebbe essere originaria e coeva alla nascita della obbligazione in capo alla società. Di unico credito si discorre in Cass., 15 dicembre 1994, n. 19734, in *Fall.*, 1995, 641; Cass., 11 agosto 1995, n. 8817, in *Fall.*, 1996, 227; Trib. Milano, 26 marzo 1986, in *Fall.*, 1986, 1273. In dottrina, V. CARIDI, *Sub art. 148*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro, II, Torino, 2010, 1958, osserva tuttavia che la ragione della estensione del privilegio generale sarebbe dovuta non tanto alla *eadem causa obligandi* quanto alla circostanza che questo – a differenza dei diritti reali di garanzia e dei privilegi speciali – implicherebbe una nota intrinseca del credito non direttamente connessa a particolari beni o diritti presenti nel patrimonio. Assente un immediato collegamento tra il privilegio generale e una porzione indivisa del patrimonio sociale, sarebbe giustificata la estensione della prelazione all'interno del patrimonio del socio.



legiati¹², principio a sua volta lungi dall'essere dimostrato e, comunque, già equivoco nella sua formulazione. Dire che nel concordato con assunzione l'obbligazione si trasmetterebbe uguale a se stessa nel patrimonio dell'assuntore è più enunciare una soluzione che svolgere una dimostrazione¹³; dal canto suo, il principio di indifferenza del concordato designa una mera esigenza di tutela che, anche laddove risultasse effettivamente codificata, potrebbe essere assicurata senza postulare la *eadem causa obligandi*¹⁴.

2. – In questo quadro, una riflessione sulle vicende dei privilegi in occasione delle vicende del rapporto obbligatorio dal lato passivo appare senza dubbio interessante. Dato che, come vedremo, la questione convoca questioni fondamentali della letteratura civilistica – tra tutte la controversa distinzione tra successione e novazione del debito e, ancora, la relazione tra debito e responsabilità –, conviene avvertire che in questa sede saranno ragionati dei profili di ordine preliminare. Pur rinunciando a una trattazione compiuta del problema e a conclusioni ferme, si può tuttavia provare ad ordinare il discorso ed indicare alcune tracce di indagine dedicate al tema dei privilegi generali. I privilegi speciali, come pure e il pegno e l'ipoteca, sembrano infatti implicare problemi in parte differenti, sicché per essi converrebbe un diverso e, probabilmente, più agevole svolgimento¹⁵.

Così fissato l'ambito del discorso, possiamo innanzitutto escludere che alla soluzione del problema offra un qualche contributo il riferimento alla disciplina delle prelazioni nella circolazione del credito. Nella cessione del credito, le vicende del privilegio sono oggetto di una espressa previsione di legge (art. 1263 cod. civ.), la quale appare inidonea all'applicazione analogica, come pure ad indicare principi o criteri di disciplina. E questo perché la cessione del credito non ha a che fare con la garanzia patrimoniale¹⁶. In essa rimane invariato il patrimonio verso cui si orienta la prelazione o, meglio, rimane

¹² Si veda A. PATTI, *I privilegi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2002, 67.

¹³ Anche nella giurisprudenza di merito ricorre l'affermazione, tanto consueta quanto non del tutto spiegata, in base alla quale l'assunzione trarrebbe con sé una successione a titolo particolare nel debito: recentemente Trib. Massa, 16 gennaio 2024.

¹⁴ L'indifferenza del concordato rispetto ai creditori sembra volere, in realtà, che le obbligazioni concordatarie assunte siano tali per cui i creditori non ricevano mediante il concordato meno o in tempi più lunghi rispetto a quanto riceverebbero nello scenario alternativo dell'attuazione coattiva della garanzia patrimoniale. Il contenuto delle obbligazioni concordatarie assunte dal terzo non può dunque essere deteriore per i creditori a pena di inammissibilità della proposta. Da questo punto di vista, l'indifferenza del concordato si riduce nella necessità che la offerta non pregiudichi la garanzia patrimoniale (sul rispetto delle regole distributive del patrimonio S. PACCHI, *Il concordato fallimentare*, in AA.VV., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, 2, Milano, 2009, 1412 ss.; F.S. FILOCAMO, *La proposta di concordato fallimentare*, in AA. VV., *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di A. Jorio, Milano, 2016, 2476 ss.). Mentre una simile regola è certamente ricavabile dalla disciplina positiva (cfr. artt. 240, comma 4, e 245, comma 5, c.c.i.i., appare invece dubbio che il supposto principio di indifferenza implichi, di per sé, la trasmissione dei privilegi generali all'interno del patrimonio dell'assuntore. Ciò non soltanto perché l'ipotizzata trasmissione dei privilegi non appare ricavabile dalla disciplina positiva del concordato con assunzione ma, soprattutto, perché essa presuppone come risolta la questione – come vedremo, per niente scontata – della conservazione delle prelazioni al mutare del patrimonio responsabile. Le incertezze circa la circolazione dei privilegi nel concordato con assunzione si colgono in alcune opere monografiche nelle quali si osserva che, in ipotesi di fallimento dell'assuntore, il creditore assunto potrebbe richiedere l'ammissione del credito nello stato passivo «assistito dall'originario privilegio generale o speciale» ma, allo stesso tempo, «il curatore potrà fondatamente opporre che il credito è stato oggetto di ristrutturazione ed effetto novativo e quindi che non è dovuta la causa di prelazione» (così G. BUCCARELLA, *Il concordato fallimentare, coattivo e straordinario*, Milano, 2016, 327).

¹⁵ Sulla diversità V. CARIDI, *Sub art. 148*, cit., 1958.

¹⁶ Cfr. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*, Milano, 1948 (sec. ed. aument.), 317.



ferma quella peculiare relazione tra obbligazione e patrimonio che è caratteristica della prelazione. Le vicende riguardanti la successione nel credito si mostrano intrinsecamente diverse e, in realtà, irrilevanti rispetto alla questione in esame la quale ruota tutta intorno all'ipotesi in cui a mutare sia il patrimonio responsabile¹⁷.

La prelazione appare un modo di essere di una situazione giuridica rispetto a un patrimonio, una certa collocazione della pretesa creditoria rispetto ad un certo insieme di beni. Essa è volta a regolare un conflitto distributivo e appare tanto connessa alla oggettiva e reciproca posizione dei crediti quanto indifferente alla identità dei creditori concorrenti. Insomma, la prelazione sembra essere una modalità della garanzia patrimoniale e, in quanto tale, sollevare i suoi problemi caratteristici allorquando ad avvicinarsi nel rapporto sia un nuovo debitore. Qui si pone una tipica esigenza di tutela non tanto perché il debito si trasferisce da uno ad altro soggetto ma, piuttosto, perché la pretesa si incardina all'interno di un nuovo patrimonio.

3. – Appare invece utile muovere dal dibattito intorno alla distinzione tra novazione soggettiva e successione a titolo particolare nel debito o, se si vuole, dal dibattito intorno alla ammissibilità di quest'ultima. Come già osservato, dai più si ipotizza che la circolazione dei privilegi generali si verifichi esclusivamente nell'ipotesi di tale successione.

Al pari di quello napoleonico, il codice del 1865, contemplava espressamente la sola novazione soggettiva. Da ciò una parte autorevole della dottrina aveva ricavato che non vi fosse uno spazio logico e giuridico riservato dall'ordinamento alla successione particolare nel debito: *«assolutamente da escludersi – scrive il Pacchioni – è che persista la identità del debito quando, cambiato il soggetto di esso, viene contemporaneamente cambiata anche la identità del patrimonio che ne costituisce la normale garanzia»*¹⁸. Lo stretto collegamento tra debito e responsabilità patrimoniale precluderebbe il trasferimento dell'uno in presenza di un diverso patrimonio responsabile. L'assumere un nuovo soggetto un debito uguale a quello di un soggetto precedente implicherebbe di necessità una interruzione a dispetto della circostanza che il secondo sia tenuto a ciò cui era tenuto il primo. Pertanto, così conclude l'Autore, *«noi neghiamo dunque decisamente che possa aversi cessione dei debiti: l'operazione che va sotto questo nome altro non è che una novazione passiva»*¹⁹.

A questa vischiosità nell'ammettere la categoria – che potrebbe apparire innanzitutto concettuale – si combinava quella di altri Autori inclini ad escludere la successione a titolo particolare del debito sulla base di argomenti tipicamente normativi. Tra questi il giovane Rosario Nicolò il quale, di lì a qualche anno, avrebbe partecipato ai lavori di redazione del codice del 1942. Nella celebre monografia del 1936²⁰, l'Autore osserva che contro la categoria della successione nel debito non basterebbero ar-

¹⁷ Al punto che, ammonisce R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 283, ogni accostamento sarebbe *«assolutamente arbitrario»*. Per la irriducibile diversità delle due ipotesi F. CARRESI, voce *Debito (successione)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 747 ss.

¹⁸ G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, pt. II, *Diritto delle obbligazioni*, vol. I, *Delle obbligazioni in generale*, Padova, 1935 (sec. ed. riv. e corr.), 347.

¹⁹ G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, cit., 348; nei medesimi termini già in *La successione singolare nei debiti e le teorie germanistiche sul concetto di obbligazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, 1045. Altrettanto autorevole, se non più diffusa, era tuttavia l'opinione contraria secondo cui la successione a titolo particolare nel debito fosse ben ammissibile. Così, ad esempio, N. COVIELLO, *Della successione nei debiti a titolo particolare*, in *Arch. Giur.*, 1896, 297 ss. e G. ANDREOLI, *Delegazione privativa e delegazione di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1934, 529 ss. in polemica col Pacchioni.

²⁰ R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 279 ss.



gomenti meramente logici, dato che il diritto già conosce il subingresso dell'erede nei debiti del *de cuius*²¹. A deporre contro l'ammissibilità della successione a titolo particolare nel debito sarebbe bensì che, di là di tali ipotesi eccezionali, non vi sarebbe alcuna norma la quale descriva la successione a titolo particolare nel lato passivo del rapporto obbligatorio. Né sarebbe ipotizzabile il potere dell'autonomia privata di provocare tale successione, in quanto un simile effetto presupporrebbe una disposizione di legge che previamente lo colleghi al negozio delle parti²². Non sono quindi ostacoli teorici ad opporsi alla categoria della successione a titolo particolare del debito. Essa sarebbe preclusa da limiti strettamente positivi, ossia dall'assenza di norme che descrivano, in via generale, siffatta vicenda giuridica²³.

4. – Come noto, i redattori del codice del 1942 hanno scientemente trascurato la distinzione tra novazione soggettiva e successione con l'idea che definirle giovasse a poco e che occorresse, piuttosto, dedicarsi a regolare gli effetti. Donde la scelta di una disciplina uniforme da applicare ad ogni ipotesi in cui, per qualunque causa, un debitore si avvicendi ad un altro²⁴.

Con il proposito di tagliar corto, il legislatore ha tuttavia posto una disposizione enigmatica²⁵ che né prevede né esclude quella distinzione: «*quando un nuovo debitore è sostituito a quello originario che viene liberato* – recita l'art. 1235 cod. civ. (Novazione soggettiva) –, *si osservano le norme contenute nel capo VI di questo titolo*», vale a dire quelle dedicate a delegazione, espromissione ed accollo.

E come facilmente pronosticabile le rapide parole della legge – che volevano far giustizia di troppi ragionamenti – non hanno avuto altro effetto che risvegliare una dottrina pensosa e insoddisfatta la quale, dal canto suo, non ha rinunciato ad elaborare «*tutta la gamma delle soluzioni concepibili*»²⁶.

Da una parte quelli, e si tratta dei più, che hanno reputato la attualità della distinzione e, quindi, l'ammissibilità della successione a titolo particolare nel debito a dispetto di una formula legislativa abbastanza agnostica²⁷. In uno dei più recenti studi monografici sulle modificazioni dal lato passivo

²¹ Rilievo formulato anche da G. ANDREOLI, *Delegazione privativa e delegazione di pagamento*, cit., 546.

²² Rilievo cui aderisce il W. BIAGIARI, *Novazione e successione particolare nel debito*, in *Dir. prat. comm.*, 1942, 75-76.

²³ Più precisamente, secondo il Nicolò, l'effetto del subingresso a titolo particolare nello stesso rapporto si potrebbe realizzare soltanto a cospetto della previsione normativa di negozi astratti che implicino la mera circolazione dell'obbligo senza concorrere, in alcun modo, alla descrizione della obbligazione del nuovo debitore. Non essendo pensabili in questi termini i modi positivi di modificazione del rapporto dal lato passivo (cioè delegazione, espromissione ed accollo) ed essendo questi, bensì, muniti di una causa tipica che contribuisce alla determinazione del contenuto della obbligazione assunta, nessuna generale successione del debito sarebbe configurabile nel sistema giuridico positivo (così spec. 284 ss.).

²⁴ Si legge nella relazione del Guardiasigilli 20 ss.: «*È probabile che in astratto siano abbastanza netti i criteri differenziali tra la novazione soggettiva per mutamento del debitore e la successione nel debito; ma è certo che volere ricollegare determinate conseguenze giuridiche agli accordi destinati a produrre novazione e conseguenze diverse a quelli destinati, sempre in ipotesi, a produrre successione nel debito, sarebbe stato rendere un pessimo servizio alla pratica, che in questa materia ha bisogno di un orientamento sicuro e possibilmente di facile comprensione*». Donde la scelta di attribuire «nessun rilievo pratico alla distinzione tra novazione e successione nel debito». Una ricostruzione storica si legge in F. CARRESI, voce *Debito (successione)*, cit., 744 ss.

²⁵ Di «enigma dell'art. 1235» parla L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, *La struttura*, Milano, 1948 (sec. ed. aument.), 316 ss., il quale si sofferma a lungo sulla disposizione, mostrandone le varie e irriducibili ambiguità. Si è del resto ipotizzato che il senso della disposizione – la quale, non menzionando la successione, solleva il dubbio che questa sia ammissibile – potrebbe essere rovesciato, reputando che essa segni la definitiva soppressione della categoria della novazione soggettiva, proprio perché non pone per questa alcuna disciplina: cfr. P. LAMBRINI, *La novazione*, in *I modi di estinzione*, III, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, IV, Padova, 2008, 455.

²⁶ R. CICALA, voce *Accollo*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 1, 287.

²⁷ Si vedano: P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Art. 1230-1259*, in



del rapporto obbligatorio, si è rilevato come assunzione liberatoria del debito altrui (successione) e assunzione novativa del debito (novazione) non si confondano perché soltanto la prima è volta a conservare la fonte del rapporto²⁸. Codesta conservazione non sarebbe esclusa dall'art. 1235 cod. civ. il quale, nel sottoporre la novazione soggettiva alle norme in materia di delegazione, espromissione ed accollo, non ha soppresso la categoria della successione particolare ma stabilito, esclusivamente, che l'una e l'altra sono attratte nel medesimo regime. Ambedue hanno come effetto la liberazione del debitore originario. Nella novazione, la liberazione del debitore originario è il costo che il creditore sostiene per ottenere la nuova obbligazione del terzo assunto; nella successione particolare, la liberazione del debitore originario è invece il costo che il creditore paga per il subingresso di un nuovo debitore²⁹.

Dall'altra parte, quelli che hanno letto nel nuovo codice la destituzione della successione a titolo particolare³⁰. Si è osservato che, dal punto di vista della disciplina positiva, la sostituzione del debitore determinerebbe una innovazione e non una semplice modificazione, in quanto inciderebbe sul sistema di interessi associato all'obbligazione. Producendo una alterazione essenziale di questo sistema, l'avvicinarsi di un soggetto ad un altro implica una correlativa modificazione del titolo, e con essa, la distanza del nuovo rapporto da quello di cui era parte il precedente debitore³¹.

Nel mezzo, una certa varietà di sfumature ed accenti³², tra cui la tesi che, all'apparenza più in linea con la opzione del legislatore, sembra avere guadagnato maggiori consensi. Si tratta della opinione in base a cui la distinzione sarebbe divenuta un problema quasi ozioso, essendo la novazione soggettiva e la (eventuale) successione nel debito sottoposte alla medesima disciplina ai sensi dell'art. 1235 cod. civ.³³. Il regime delle eccezioni e delle garanzie sarebbe ormai uniforme, sia quando l'assunzione del debito implichi un effetto novativo sia quando ne determini uno privativo³⁴.

Commentario del Codice civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 165, il quale ammette la successione a titolo particolare nel debito, col rilievo che il soggetto «non è un elemento della struttura del rapporto giuridico, ma è soltanto il titolare, spesso occasionale, di una delle situazioni giuridiche soggettive contrapposte o collegate di cui il rapporto consta»; B. GRASSO, *Inidoneità della delegatio promittenti (titolata rispetto al rapporto di valuta) a determinare successione particolare nel debito*, in *Diritto e giurisprudenza*, 2004, 1, 16 ss., il quale deduce che, nella categoria della assunzione del debito altrui, sarebbero comprese due diverse ipotesi: da un lato, la assunzione di un debito nuovo; dall'altro, la assunzione del medesimo debito preesistente, in via sostitutiva o cumulativa, seconda che sia o meno liberato l'originario debitore; M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 623 ss. Possibilista L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., 328 ss.

²⁸ U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., 94.

²⁹ U. LA PORTA, cit., cit., 84 ss.

³⁰ F. CARRESI, *La cessione del contratto*, Milano, 1950, 20 ss. Osserva ad esempio L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., 329, che dall'art. 1235 può anche estratto il significato in base a cui delegazione, espromissione e accollo implicano una novazione in ogni caso.

³¹ A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 491-492.

³² Così, ad esempio, quella di R. CICALA, voce *Accollo*, cit., 283-284, secondo cui la successione si possa realizzare solo in ragione di una precisa indicazione delle parti senza cui si darebbe una novazione. Così, più recentemente, U. STEFINI, *Solidarietà e sussidiarietà nell'assunzione cumulativa del debito altrui*, in *www.juscivile.it*, 2013, 10, 786 ss., il quale, pur ammettendo in linea generale la categoria della successione particolare nel debito, precisa che essa non riguarderebbe tutte le ipotesi di modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio dal lato passivo, essendo da escludere per la espromissione e da circoscrivere all'accollo e alla delegazione che facciano riferimento al rapporto di valuta (così p. 803, nt. 139).

³³ P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958, 135 ss. nonché voce *Delegazione (dir. civ.)*, cit., 934 ss. e 980 ss.; S. RODOTÀ, voce *Espromissione (dir. civ.)*, cit., 789; A. MAGAZZÙ, voce *Novazione (dir. civ.)*, cit., 781 ss.; P. LAMBRINI, *La novazione*, in *I modi di estinzione*, III, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, IV, Padova, 2008, 456. Si ricava da ciò il corollario in base a cui «la delegazione, l'espromissione e l'accollo, come regolati negli art. 1266 ss. c.c., dovrebbero, cioè, rappresentare gli unici istituti idonei a realizzare la sostituzione del soggetto passivo del rapporto»: A. ZACCARIA, voce *Novazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 282.

³⁴ P. RESCIGNO, voce *Delegazione (dir. civ.)*, cit., 981.



5. – Eppure, ad avviso di molti, la distinzione tra novazione soggettiva e successione del debito conserverebbe la sua irrisolta e problematica rilevanza proprio in relazione alle vicende dei privilegi³⁵.

Basti ricordare che le disposizioni dedicate a delegazione, espromissione ed accollo regolano sì il regime delle eccezioni e delle garanzie ma nulla prevedono a proposito delle prelazioni.

Del resto, la circostanza che il legislatore abbia posto una disciplina comune ad ogni ipotesi di sostituzione nel debito³⁶, non significa affatto che le varie ipotesi restino tra loro distinte³⁷.

Né pienamente convince l'affermazione secondo cui delegazione, espromissione ed accollo, pur integrando la causa principale del debito dell'assuntore, sarebbero ben compatibili con la successione a titolo particolare nel debito³⁸. Non si può non convenire che, in tali casi, l'obbligazione del nuovo debitore abbia una fonte almeno in parte diversa da quella precedente, fonte risultante dalla combinazione dell'atto di assunzione e dell'originario fatto costitutivo del debito. Ed è quantomeno da dimostrare che una tale congiunzione di statuti (quello, da un lato, originario e quello, dall'altro, dato dalla delegazione, dalla espromissione o dall'accollo) sia compatibile con una successione, se almeno questa si intenda come permanenza e identità della fonte³⁹.

Il tema risale inevitabilmente verso la teoria generale.

Possiamo immaginare una alternativa: o gli atti di delegazione, espromissione ed accollo – sovrapponendosi o, comunque, connettendosi alla fonte originaria – sempre implicano un superamento o, almeno, una innovazione di tale fonte, con la conseguenza che la causa⁴⁰ del nuovo debito è a rigore differente da quella del precedente⁴¹; oppure questi atti configurano un mero congegno circolatorio, il quale sposta la fonte dall'esterno e la orienta verso un diverso soggetto, lasciandola al contempo immutata e intonsa. Nella prima prospettiva delegazione, espromissione ed accollo implicherebbero l'assunzione di un debito *uguale* a quello precedente ancorché ontologicamente distinto da questo; nella seconda prospettiva, si tratterebbe semplicemente dello *stesso* debito⁴².

³⁵ G. STOLFI, *Appunti sulla c.d. successione particolare nel debito*, cit., 736 ss.; R. CICALA, voce *Accollo*, cit., 286; U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., 118-119.

³⁶ Cfr. P. RESCIGNO, voce *Delegazione (dir. civ.)*, cit., 981.

³⁷ Anzi, si osserva, si potrebbe addirittura trarre la conferma dell'ammissibilità della successione a titolo particolare nella obbligazione e, al contempo, dubitare della razionalità della scelta legislativa di applicare la medesima disciplina ad ipotesi diverse come la successione e la novazione: così G. STOLFI, *Appunti sulla c.d. successione particolare nel debito*, cit., 735 ss. Settico sulla costruzione di una categoria unitaria anche F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, 1, *Il rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2015, 458, osservando che «le figure della successione nel debito e della successione nel credito assumono, nel nostro sistema, mero valore esplicativo».

³⁸ Il riferimento è ancora alle pagine di P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., 165-166.

³⁹ P. RESCIGNO, cit., *ivi*. Che la causa del debito in cui il terzo succede non sia esattamente la causa del debito precedente appare peraltro confermato dall'affermazione, svolta da tale dottrina, secondo cui l'accollo interromperebbe la circolazione dei privilegi i quali, collegati all'originario fatto costitutivo del credito, non si trasmetterebbero al debito che ha causa nell'atto di assunzione.

⁴⁰ La equivalenza tra causa e fonte della obbligazione si legge in D. DI SABATO, *I privilegi*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, III, 17, Napoli, 2008.

⁴¹ Cfr. E. BRIGANTI, *La circolazione del debito*, in E. BRIGANTI-D. VALENTINO, *Le vicende delle obbligazioni. La circolazione del credito e del debito*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, III, 13, Napoli, 2007, 327-328, ove si osserva che, nell'ipotesi di espromissione, vi sarebbe una nuova obbligazione, ancorché identica, in quanto la nuova obbligazione avrebbe causa nel negozio espromissorio. Ne seguirebbe che l'obbligo del terzo espromittente non ha la sua fonte immediata nell'originario fatto costitutivo della obbligazione: «Estraneità del fatto giuridico originario e autonomia della nuova fonte negoziale sono elementi inconciliabili con il concetto di successione, che presuppone identità del rapporto giuridico, ossia conservazione della sua fonte e della sua individualità».

⁴² Osserva U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, cit., 95, come non si possa discorrere di *medesimo* debito quando



I fautori dello *stesso* osservano che la pura trasmissione della situazione giuridica non sarebbe ec-centrica rispetto al diritto positivo che già conosce la successione universale nel debito⁴³. Nota sin dalla compilazione giustinianea, siffatta successione nel debito realizzerebbe un classico acquisto a titolo derivativo, modalità circolatoria comune sia ai beni sia alle obbligazioni⁴⁴. È interessante rilevare già ora come gli autori inclini ad ammettere la categoria della successione a titolo particolare nel debito reputino, prevalentemente, che la garanzia patrimoniale non sia un elemento costitutivo del rapporto obbligatorio⁴⁵; sul punto torneremo più avanti.

I fautori dell'*uguale* guardano invece la struttura della obbligazione dal di dentro ricavandone che si tratti di uno statuto unitario e inscindibile, che non tollera sostituzioni di parti a meno di sacrificare la identità del tutto.

Intransigente la pagina di Francesco Carnelutti⁴⁶: «*se uno degli elementi del rapporto sono i soggetti, quando uno di essi cambia, il rapporto non è più quello, il che vuol dire che un rapporto si estingue e un altro si costituisce; la successione, come del resto la parola stessa lascia capire, esclude la unità e ne implica invece la duplicità: se un soggetto succede ad un altro anche un rapporto succede ad un altro. Ma quando si deve riconoscere che i rapporti nella successione sono due, anziché uno solo, sembra che il concetto medesimo di successione si dissolva*» (p. 189).

Messo tra gli elementi della obbligazione, il soggetto non potrebbe distaccarsi dal rapporto senza portare via con sé qualcosa di essenziale. Non sarebbero ammissibili successioni perché ogni cambiamento sarebbe sempre un divenire, un farsi altro da prima ancorché simigliante al prima. *Successione a titolo particolare nel debito* si ridurrebbe a una formula ellittica, volta a descrivere l'estinguersi di una situazione giuridica in capo ad un soggetto e il contestuale (ri)costituirsi di una situazione *uguale* in capo ad un altro⁴⁷.

vi sia stata la destituzione della fonte originaria. La coppia stesso – uguale sembra riecheggiare anche in C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 626.

⁴³ M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, rist. con prefazione di N. Irti, Torino, 1999, 26, nonché, sempre in termini di teoria generale, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002 (rist. corr. della sec. ed.), 92-93.

⁴⁴ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2, *Vicende dell'obbligazione*, Milano, 1955, 15 ss.

⁴⁵ Si veda ad esempio M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., 26: «... l'affermata incompatibilità tra la permanenza dell'identità del rapporto e la sostituzione del patrimonio che ne costituisce la garanzia non esiste, a parte la considerazione che il patrimonio del debitore, oggetto della esecuzione forzata, non costituisce un elemento del rapporto obbligatorio, inteso come rapporto di diritto sostanziale» (26). Nello stesso senso, P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Art. 1230-1259*, cit., 166, il quale avverte chiaramente come l'ammissibilità della successione particolare nel debito sia strettamente collegata alla collocazione della responsabilità patrimoniale all'esterno della obbligazione; escluso un nesso indissolubile tra debito e responsabilità, il mutamento del debitore produrrebbe novazione soltanto quando si tratti di prestazione *intuitu personae*; ancora, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 625-626, il quale reputa la responsabilità come qualcosa di accessorio e non interno alla obbligazione. Vi è tuttavia l'importante eccezione di Emilio Betti il quale, pur ammettendo la successione a titolo particolare nel debito (così in *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 20 ss.), ha altrove nitidamente illustrato il nesso strettissimo tra debito e responsabilità (così, ad esempio, in *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, *passim*).

⁴⁶ Così *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951 (ter. ed. em. e amp.), 189.

⁴⁷ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., 189-190. Più recentemente, in questi termini anche S. RUPERTO, *La dinamica giuridica. Un itinerario di diritto privato*, Torino, 2019, 117 ss. Assunto l'effetto giuridico come mera costituzione o elisione di qualifiche giuridiche, non sarebbe pensabile la categoria dell'effetto sostitutivo non essendo, prima ancora, pensabile la categoria della modificazione. Il subentrare di un debitore ad un altro non configurerebbe una specifica vicenda del rapporto obbligatorio, giovando al più a descrivere la estinzione di un rapporto al cospetto della simultanea costituzione di un altro. Scettico rispetto all'idea che delegazione, espromissione e accollo possano assicurare la continuità della obbligazione



6. – A quest'ultimo ragionamento si potrebbe opporre che distinguere tra *stesso debito* e *uguale debito* sarebbe fuorviante essendo l'obbligazione una predicazione normativa e, in quanto tale, puramente artificiale. Le vicende di tali predicazioni parrebbero affatto estranee alle modalità con le quali si susseguono gli eventi di natura. L'estinguersi di una obbligazione e il ricostituirsi di una nuova pienamente conforme alla precedente non sarebbe certo come il morire e rinascere di un soggetto vivente o il farsi e disfarsi di cose o il succedersi di accadimenti della storia. Mentre non è pensabile in natura il riprodursi dello *stesso* ente, questo appare ben possibile nel mondo ideale e logico dell'ordinamento giuridico⁴⁸, ove il venir meno e il tornare ancora non conoscerebbero preclusioni. Tra il vecchio e il nuovo non vi sarebbe alcuna distanza, essendo vecchio e nuovo attratti dentro una perfetta continuità normativa. Al punto che avrebbe poco senso separare *stesso* da *uguale* perché nelle vicende delle situazioni giuridiche tutto sarebbe immerso e si confonderebbe nel flusso a-temporale e a-storico del diritto⁴⁹.

Senonché, è innanzitutto sotto il profilo strettamente normativo che l'avvicendamento nel debito sembra segnare una interruzione. Ferma la teorica capacità del diritto di estinguere un rapporto e di costituirne un altro perfettamente identico, il subentrare nella obbligazione determina pur sempre una variazione del patrimonio responsabile.

Se è vero che il diritto è in grado di stabilire una continuità integrale tra la precedente e la successiva predicazione normativa, è anche vero che nella successione non si realizza il semplice trasferimento di una modalità deontica, prima era doveroso il dare 100 di Tizio poi diviene doveroso il dare 100 di Caio. Lo spostamento soggettivo della situazione giuridica implica soprattutto un mutare della garanzia patrimoniale. A trascorrere da uno ad altro soggetto non è soltanto il debito; è anche la pretesa creditoria a trasferirsi di patrimonio in patrimonio. La responsabilità che cadeva sui beni di Tizio si stabilisce adesso sui beni di Caio.

Sicché la conservazione della prelazione al cospetto dello spostamento soggettivo esigerebbe che la prelazione sia capace di ricostituirsi *ex novo* nel patrimonio del nuovo debitore⁵⁰. Ma ciò (concettualmente ammissibile per altri profili della obbligazione) non appare conciliabile con lo statuto tipico dei privilegi i quali sono, per un verso, agganciati al fatto costitutivo del credito e, per altro verso, suscettibili di alterare la garanzia patrimoniale dei creditori concorrenti.

La prelazione, non c'è dubbio, rimanda a un conflitto distributivo all'interno di una comunità di soggetti i quali non hanno altro motivo di collegamento che l'essere creditori del medesimo debitore e del medesimo patrimonio.

anche F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, cit., 404 ss. L'Autore mette in dubbio la vicenda successoria anche dal lato attivo, segnalando la «*insidia di reificazione*» data dall'assimilare il credito «*ad una entità materiale; che, sciogliendosi da un titolare, si rannoda ad un altro soggetto*». Ma, aggiunge l'Autore, «*l'idea della continuazione del rapporto riesce solo ad esprimere una qualche compatibilità della nuova situazione giuridica con quella anteriore*».

⁴⁸ Nota acutamente R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, cit., 281-282, che lo stesso concetto di identità è, nel mondo del diritto, assai singolare. Esso non si fonda su una congruenza materialistica ma sulla semplice predicazione normativa che considera un nuovo rapporto, ancorché rannodato ad altro soggetto, come se fosse quello originario. Condivide la prospettiva del Nicolò F. CARRESI, voce *Debito (successione)*, cit., 747.

⁴⁹ Il che corrisponderebbe alla intrinseca natura del tempo del diritto che è pensato come astratto e vuoto: si veda N. IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, in prefazione a M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., 9 ss.

⁵⁰ Ipotizza F. CARRESI, voce *Debito (successione)*, cit., 746, che una tale ricostituzione *ex novo* del rapporto obbligatorio, munito della precedente prelazione, si possa realizzare nell'ipotesi, per il vero affatto singolare, che alla ricostituzione con-
vengano non solo le parti del rapporto ma anche i creditori concorrenti del nuovo debitore.



Ed è proprio a tal riguardo che il problema della circolazione della prelazione si pone in maniera più acuta. Siccome non sono ammesse limitazioni della garanzia patrimoniale fuori dei casi previsti dalla legge (artt. 2740 e 2741 cod. civ.), l'incardinarsi della prelazione nel patrimonio del nuovo debitore incontra una logica resistenza dovuta alla pre-esistenza di ulteriori creditori i quali hanno radicato la loro aspettativa di soddisfazione su quel patrimonio.

Nello stabilire un certo ordine della ripartizione, ossia nell'accordare precedenza ad alcuni creditori, il privilegio trae con sé una specie di segregazione patrimoniale, in quanto uno o più beni sono destinati alla soddisfazione di certi crediti e non possono essere utilizzati per la soddisfazione degli altri se non dopo che i primi siano stati pagati integralmente⁵¹. Una simile modalità è uno svantaggio per i creditori non privilegiati, svantaggio che, nell'ipotesi in cui il loro debitore assuma una obbligazione privilegiata, essi registrerebbero all'improvviso e, comunque, dopo e al di fuori del verificarsi del fatto costitutivo della prelazione. Banalmente: se è, per così dire, intuibile che i creditori di un certo debitore debbano tollerare la prevalenza del credito di lavoro, in quanto la prestazione lavorativa sia stata svolta direttamente in favore di quel debitore, lo è meno che essi debbano tollerare siffatta prevalenza quando il credito sia sorto all'esterno del patrimonio del loro debitore e sia stato assunto da quest'ultimo in forza di un negozio posteriore⁵². Il nuovo debitore e il nuovo patrimonio sarebbero estranei alla causa legale del privilegio.

La circolazione della prelazione verso un nuovo patrimonio appare dunque problematica alla luce della circostanza che il privilegio è indissolubilmente connesso alla causa del credito ai sensi dell'art. 2745 cod. civ. e che tale causa o fonte si è storicamente verificata con riferimento ad altro patrimonio⁵³.

Del resto, anche ad ipotizzare che il diritto possa determinare delle successioni pure, in cui il debito conserva in tutto *se stesso* a dispetto del trasferimento ad un nuovo soggetto, resta pur sempre il rilievo che quel debito è ora assunto entro un nuovo patrimonio, ove vi sono beni e creditori diversi⁵⁴. L'originaria forza creatrice del diritto potrebbe, al più, generare la stessa obbligazione all'interno del nuovo patrimonio e qui munirla di un grado di privilegio pari a quello che aveva nell'altro patrimonio; ma non potrebbe trascinare la garanzia patrimoniale che, nel vecchio patrimonio, assisteva quella ob-

⁵¹ Questa la regola della così detta priorità assoluta. E del resto pacifico che i privilegi segnano una deroga alla regola della *par condicio creditorum*: G.P. GAETANO, voce *Privilegi (diritto civile e tributario)*, cit., 963; A. RAVAZZONI, voce *Privilegi*, cit., 372-373. Nota tuttavia S. CICCARELLO, voce *Privilegio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1986, 725, come in realtà privilegi e parità di trattamento siano tra loro in armonia, essendo i privilegi volti a realizzare il principio di eguaglianza sostanziale.

⁵² Da qui la tassatività dei privilegi e, soprattutto, l'indisponibilità degli stessi da parte dell'autonomia privata: A. RAVAZZONI, voce *Privilegi*, cit., 373; A. PATTI, *I privilegi*, cit., 17; G. SICCHIERO, *Le obbligazioni*, 2, *La responsabilità patrimoniale*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2011, 260-261, il quale ricava dalla tassatività dei privilegi l'immeritevolezza dell'accordo che, fuori dei casi previsti dalla legge, sia volto ad assegnare ad un creditore la preferenza in pregiudizio degli altri.

⁵³ Il problema non può essere superato con il rilievo che i creditori del nuovo debitore avrebbero a disposizione il rimedio della azione revocatoria avverso l'atto di assunzione del debito privilegiato (cfr. F. CARRESI, voce *Debito (successione)*, cit., 746). La revocabilità sembra a valle della nostra questione, in quanto postula che il privilegio sia opponibile agli altri creditori siccome trasferito con l'atto di assunzione. Se così non fosse, l'azione revocatoria neanche sarebbe concepibile.

⁵⁴ Discorre D. VATTERMOLI, *Crediti subordinati e concorso tra creditori*, Milano, 2012, 353 ss. di valore 'relativo' del credito. Alla determinazione di tale valore concorrerebbero due fattori: uno di ordine quantitativo, dato dalla differenza tra massa attiva e massa passiva; l'altro di ordine qualitativo data dalla posizione di ciascun credito nel processo di graduazione. È evidente che tale valore, proprio perché relativo, muta col mutare del patrimonio responsabile.



bligazione⁵⁵. Se questa, ad esempio, era radicata all'interno di un patrimonio ove erano presenti beni assai cospicui a fronte di debiti assai radi e prevalentemente chirografari, la garanzia patrimoniale risulterà molto diversa laddove nel nuovo patrimonio vi siano, all'opposto, beni assai radi e debiti privilegiati assai cospicui⁵⁶.

È evidente che l'obbligazione potrà anche essere la stessa ma risulterà radicalmente diversa l'aspettativa di soddisfazione del creditore⁵⁷.

Il tema va così verso un'altra grave questione della teoria generale delle obbligazioni: la garanzia patrimoniale si colloca all'interno o all'esterno del debito?

La dottrina non ha restituito a tale quesito una risposta univoca o, per lo meno, largamente condivisa. Il tema sembra al contrario in mezzo ad una ultra-centenaria contrapposizione di vedute, ad una antica e irrisolta contesa tra due linee di pensiero che sembrano ben lontane dal conciliarsi.

Da una parte, gli autori secondo cui la responsabilità sarebbe immanente o, comunque, strettamente connessa e interna alla obbligazione⁵⁸; dall'altra parte, gli autori secondo cui si darebbe una separazione tra il piano della obbligazione e quello della responsabilità, quest'ultima collegata al fatto dell'inadempimento⁵⁹.

Come anticipato sopra, la disputa non è inconferente ai fini del nostro problema⁶⁰.

⁵⁵ In questo senso D. DI SABATO, *I privilegi*, cit., 102, secondo cui alla modificazione del rapporto dal lato passivo seguirebbe, giocoforza, la estinzione dei privilegi.

⁵⁶ Osserva F. CARRESI, voce *Debito (successione)*, cit., 747-748, ove si osserva: «Invero, chi è titolare di un diritto di credito, è per ciò stesso titolare di un diritto accessorio di garanzia sul complesso dei beni del debitore: quindi sostituire all'originario debitore uno nuovo importa, prima ancora che una sostituzione di soggetti, una trasformazione oggettiva del rapporto obbligatorio, giacché il diritto di garanzia, che si ha nei confronti del nuovo debitore, è diverso da quello che il creditore vantava nei confronti dell'originario debitore». Vale la pena aggiungere che tale modificazione si realizzerebbe anche nella estrema ipotesi logica in cui il patrimonio del nuovo debitore sia perfettamente corrispondente a quello del precedente debitore, così sotto il profilo dei beni in esso presenti così sotto il profilo dei creditori concorrenti. Difatti, anche in questo caso potrebbe essere diversa la capacità dei due debitori di generare patrimonio futuro o di indebitarsi, con la conseguenza che, prospetticamente, risulterebbe diversa la garanzia patrimoniale del creditore. Il riferimento al patrimonio futuro come elemento idoneo ad escludere in radice la conservazione della garanzia patrimoniale è colta da G. PACCHIONI, *La successione singolare nei debiti e le teorie germanistiche sul concetto di obbligazione*, cit., 1050.

⁵⁷ Sotto questo profilo, si mostra un ulteriore motivo di perplessità rispetto alla tesi della circolazione dei privilegi nel concordato con assunzione in forza del supposto principio di indifferenza del concordato (cfr. nt. 14). Anche dando per buona la premessa (vale a dire che i privilegi varrebbero anche nei confronti dell'assuntore), il supposto principio di indifferenza sembrerebbe urtare contro quanto rilevato nel testo. In particolare, pure ad ipotizzare che i creditori assunti conservino la prelazione dei confronti dell'assuntore, è indubbio che tale prelazione varrebbe all'interno di un nuovo patrimonio ove potrebbero già sussistere ulteriori privilegi di pari grado o, addirittura, di grado inferiore.

⁵⁸ Tra i classici nazionali: D. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale. Il pegno*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1949 (II ed.), v. XIV, t. I, 6 ss.; A. CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, Milano, 1948, 120 ss.; S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1952, 33; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *Struttura dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, in vari luoghi e spec. 19 ss.

⁵⁹ Sempre tra i classici italiani: M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, *La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1951, 160 ss.; R. NICOLÒ, *Del concorso dei creditori e delle cause di prelazione*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1955, sub artt. 2740-2899, 3 ss.; M. ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*, cit., 26 A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna, 1988, 101 ss.; V. ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 19, *Tutela dei diritti*, I, Torino, 1997 (II ed.), 485 ss.).

⁶⁰ Come noto, la disputa ha rilevanza anche sotto il profilo strettamente processuale, ove tende a convertirsi nella contrapposizione tra quelli che svolgono una sostanziale identificazione tra il diritto di credito e il diritto di aggressione del patrimonio del debitore (tra tutti, si veda F. FERRARA JR.-A. BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, 1995 (V ed.), 13) e quelli secondo cui il diritto del creditore non avrebbe ad oggetto il patrimonio del debitore, essendo il mero termine cui si esercita l'azione



Gli autori inclini ad ammettere la categoria della successione a titolo particolare nel debito pensano prevalentemente alla responsabilità come a un qualcosa di diverso e distinto dalla obbligazione. Si tratta dei medesimi autori i quali ammettono la circolazione dei privilegi assieme alla circolazione del debito (cfr. nt. 6 e 46). Se la garanzia patrimoniale non è essenziale alla obbligazione, lo spostamento del debito e del privilegio verso un nuovo patrimonio potrebbe allora ammettersi perché essi, sin dall'origine, non sarebbero strettamente collegati ad alcun patrimonio⁶¹.

7. – È a questo punto chiaro quanto uno studio intorno alla circolazione dei privilegi generali dal lato passivo del rapporto obbligatorio sia direttamente dipendente alla questione della ammissibilità, nel nostro ordinamento, della categoria della successione a titolo particolare nel debito. Se ciò è dimostrato dall'esame degli orientamenti sopra ricordati – i quali traggono dalla supposta (in)ammissibilità della successione il corollario della (in)ammissibilità della circolazione dei privilegi –, resta ancora da indagare se si tratti di una relazione biunivoca o se, addirittura, sia possibile rovesciare i termini del ragionamento.

Da un punto di vista teorico, si potrebbe infatti ipotizzare che la relazione concettuale tra il problema della successione a titolo particolare e quello della trasmissione dei privilegi sia da ragionare all'inverso. Se, sino ad ora, il tema della ammissibilità della successione a titolo particolare nel debito è stato collocato a monte del tema della circolazione dei privilegi, nulla vieterebbe di svolgere il percorso al contrario: provare, cioè, a scrutinare la controversa categoria della successione nel lato passivo del rapporto obbligatorio alla luce della ammissibilità del trasferimento dei privilegi di patrimonio in patrimonio. Si potrebbe postulare che in tanto la successione nel debito sia ammissibile in quanto essa implichi la circolazione dei privilegi. Dato che questi ultimi concorrono a determinare la garanzia patrimoniale o, se si vuole, il regime di quella specifica obbligazione, non potrebbe pensarsi ad un pieno subingresso in essa se non al cospetto della contemporanea circolazione dei privilegi.

Messa in questi termini la categoria della successione nel debito riuscirebbe meno scontata perché, come osservato nelle pagine precedenti, la trasmissione dei privilegi generali di patrimonio in patrimonio è lungi dall'essere pacifica. E questo, ribadiamo, non perché al legislatore sia precluso di concepire un simile effetto: la natura intrinsecamente artificiale della norma giuridica fa sì che il legislatore possa forgiarla a suo piacimento e, comunque, al di fuori di qualsivoglia limite naturalistico. potendo addirittura far rivivere la situazione giuridica che sia stata estinta.

L'ammissibilità della circolazione dei privilegi generali è messa in crisi, piuttosto, dal diritto positivo il quale sembra agganciare la prelazione al fatto costitutivo della obbligazione senza stabilire che essa si conservi oltre e all'esterno di tale fatto costitutivo⁶².

esecutiva (anche qui tra tutti, si veda S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, cit., 33); su questa linea, in uno studio monografico dei privilegi, si afferma che il creditore non avrebbe alcun diritto nei confronti del patrimonio del debitore e che l'esecuzione forzata sarebbe soltanto un potere attribuito all'organo giurisdizionale (A. PATTI, *I privilegi*, cit., 3 ss.).

⁶¹ Viceversa, gli Autori che escludono la circolazione dei privilegi ipotizzano la estinzione dei privilegi nelle vicende circolatorie «*poiché essi non possono insistere se non sul patrimonio (mobiliare) di chi sia debitore*»: così, a proposito della responsabilità dell'acquirente per i debiti della azienda ceduta, G. E. COLOMBO, *L'azienda e il mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, III, Padova, 1979, 162.

⁶² Coerente l'affermazione secondo cui la disciplina del privilegio è riservata alla legge, titolo e statuto esclusivo della prelazione: G.P. GAETANO, *I privilegi*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XIV, Torino, 1956 (rist. corr. sec. ed.), 52.



Il mutare del soggetto o, meglio, del patrimonio responsabile sembra provocare uno iato nel ciclo di vita della obbligazione, la quale diviene qualcosa di diverso da ciò che era. Se, quindi, i privilegi devono considerarsi parte della garanzia patrimoniale e se essa ultima, a sua volta, parte della obbligazione, si dovrebbe concludere che la successione soggettiva del debito non sia concepibile ancorché, ad un esame estrinseco, il debito rimanga uguale a prima: Tizio deve 100 come Caio doveva 100, ma l'aspettativa di soddisfazione del creditore Sempronio non è più la stessa.

In questa logica, la rappresentazione grafica spesso offerta del rapporto obbligatorio come un segmento in cui i soggetti stanno ai poli mentre la linea di congiunzione configura il contenuto della obbligazione appare, per certi versi, deviante. Essa suggerisce che la sostituzione di uno dei due poli si realizzi senza sacrificio delle altre parti. Una spontanea esigenza di semplificazione porta a ipotizzare che la posizione del debitore possa essere rimossa al pari di un componente ad incastro, lasciando fermo e immobile il contenuto del rapporto⁶³.

Ma, posto un nesso indissolubile tra debito e garanzia patrimoniale, quella immagine grafica è ormai insoddisfacente se non fuorviante. Lo *scollegare* il debitore dal rapporto obbligatorio non sembra più l'estrarre un componente pienamente fungibile bensì, piuttosto, il distaccare una serie di lacci che vanno dalla sfera del creditore verso la sfera del debitore e tra i quali vi sono i privilegi generali, ossia le complesse relazioni giuridiche tra la pretesa dell'uno e i beni dell'altro. È allora da chiedersi se tali lacci che corrono tra il credito e il patrimonio responsabile si possano perfettamente rannodare all'interno del nuovo patrimonio o se, invece, ve ne siano alcuni destinati a rimanere fatalmente recisi. Laddove si optasse per la negativa, sarebbe difficile continuare ad ammettere la categoria della successione nel debito nella misura in cui per successione si intenda una pura vicenda circolatoria che nulla lasci dietro di sé. Sarebbe più corretto affermare che con l'avvicinarsi di debitori la obbligazione si *rinnovi*, si faccia nuova e irriducibile in quella precedente.

⁶³ Come se i poli soggettivi – per dirla con F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, cit., 404 – siano «semplici punti di appoggio il cui mutare non modifica, nella struttura, il rapporto».



SIMONA CACACE

Ricercatrice di Diritto privato – Università degli Studi di Brescia

LE DECISIONI NELLA RELAZIONE DI CURA E LE CONSEGUENZE DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE

SOMMARIO: 1. I quattro principi della bioetica nella relazione di cura. – 2. Intelligenza artificiale e autodeterminazione in ambito sanitario: il quinto principio della spiegabilità. – 3. Opacità, decisioni, discriminazioni. – 4. Il controllo umano: trasparenza e comprensione. – 5. La motivazione della decisione.

1. – È trascorso più di un secolo da quando, con parole chiaroveggenti, Antonio Cicu osservava che «l'attività umana, spinta dal supremo principio economico del minimo mezzo, tende continuamente ad accrescere le proprie forze, assoggettando e sostituendo ad esse quelle incommensurabili della natura esteriore»¹. In questa direzione, il ricorso all'«automa» è volto a «sostituire ed estendere l'attività umana», consentendo «l'esecuzione di una prestazione senza l'intervento diretto dell'opera del prestante». Tale proprietà presenterebbe poi un duplice vantaggio: da un lato, la possibilità di «eseguire una prestazione contemporaneamente in luoghi diversi, eliminando la necessità della presenza di altrettante persone che dovrebbero attendere a quell'ufficio»; dall'altro, il risultato di «una maggiore prontezza e semplicità nell'esecuzione della prestazione» medesima. Nella prospettiva negoziale in cui si poneva l'illustre Autore, scopo dell'automa era «eseguire prestazioni», suscettibili di «dar vita a rapporti giuridici», con il beneficio della quantità e della velocità.

In ambito sanitario e cent'anni dopo, l'impiego dell'«automa», lungi dal determinare causalmente l'instaurarsi del rapporto giuridico, è però capace di condizionarlo profondamente. L'avvento e l'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale, difatti, paiono in grado di operare un'autentica metamorfosi della relazione di cura e di fiducia intercorrente fra medico e paziente, con effetti che si manifestano sul piano giuridico, etico e deontologico².

¹ A. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, in Filangieri, 1901, 71.

² Secondo la definizione di cui all'art. 3 del Regolamento n. 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio *Artificial Intelligence Act*, 13 giugno 2024, pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 12 luglio 2024: «'AI system' is a machine-based system designed to operate with varying levels of autonomy and that may exhibit adaptiveness after deployment and that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments». V. G. PROIETTI, *Le definizioni di sistemi di intelligenza artificiale nelle proposte legislative europee. Un'analisi critica*, in *Dial. dir. econ.*, novembre 2023, 1; P. TRAVERSO, *Breve introduzione tecnica all'Intelligenza Artificiale*, in C. CASONATO-M. FASAN-S. PENASA (a cura di), *Diritto e Intelligenza Artificiale*, in *DPCE online*, 2022, 1, 155; M. ZANICHELLI, *L'intelligenza artificiale e la persona: tra dilemmi etici e necessità di regolazione giuridica*, in *Teoria crit. reg. soc.*, 2021, 141. Cfr. altresì da ultima G. FINOC-



Tradizionalmente, lo svolgersi di questa relazione è descritto a seconda del ruolo e del rilievo accordato ai due soggetti coinvolti, con riguardo, in particolare, all'adozione delle decisioni che attengono alla cura dell'ammalato e chiamano in causa la competenza professionale del medico.

Il dialogo e la composizione fra l'autodeterminazione del paziente e il patrimonio sapienziale del sanitario sono efficacemente illustrati con rimando ai quattro principi della bioetica³.

Un approccio medico 'paternalistico' rinviene legittimazione, infatti, nell'applicazione dei noti principi di beneficenza e di non maleficenza, sulla scorta del perseguimento di un presunto e oggettivo migliore interesse del paziente, che induce il sanitario a operare scelte terapeutiche senza necessariamente interpellare il diretto interessato o persino in contraddizione con la volontà da quest'ultimo manifestata⁴.

In questa accezione di cura eterodeterminata (ovvero determinata dal terapeuta), l'unico limite alla professionalità del medico è costituito dall'ambito di operatività del principio di proporzionalità, nel quale è compendiata una valutazione in termini di appropriatezza del mezzo, da una parte, e di sua gravosità per il paziente, dall'altra. L'accanimento clinico, l'ostinazione irragionevole delle cure e la somministrazione di trattamenti che non soddisfano positivamente il rapporto fra rischi e benefici configurano, dunque, condotte non conformi a diligenza e prive del canone della scientificità⁵.

Il pluralismo e il relativismo valoriali, cui consegue la possibilità che medico e paziente non condividano il medesimo orizzonte di riferimento, inducono tuttavia al superamento di tale modello paternalistico e al riconoscimento dell'autonomia dell'ammalato nel determinare le soluzioni terapeutiche che lo riguardano.

CHIARO, *Intelligenza artificiale: quali regole?*, Bologna, 2024, 22, per la quale, richiamando Turing, «l'intelligenza artificiale può essere definita la scienza di far fare al computer cose che richiedono intelligenza quando vengono fatte dagli esseri umani». Sulla distinzione tra «algoritmo» e «intelligenza artificiale» cfr. Cons. Stato, 25 novembre 2021, n. 7891, in *MediaLaws*, 2022, 296, con commento di S. CEREDA, *Il concetto di algoritmo in una recente sentenza del Consiglio di Stato*; e in *Giustizia Insieme*, 8 febbraio 2023, con commento di C. FILICETTI, *Sulla definizione di algoritmo*.

³ Cfr. T.L. BEAUCHAMP-J.F. CHILDRESS, *Principles of biomedical ethics*⁷, Oxford, 2013; H.T. ENGELHARDT JR., *The Foundations of Bioethics*, New York, 1986. Il richiamo al rispetto dei quattro principi della bioetica è già contenuto nel 'Codice etico-deontologico degli ingegneri robotici', di cui alla Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica: v. S. DADÀ, *Principi comuni e valori condivisi nei codici etici e nelle linee guida sull'IA*, in M. ANZALONE-O. TOLONE, *Etiche applicate e nuovi soggetti morali*, Napoli, 2024, 121; D. IMBRUGLIA, *L'intelligenza artificiale (IA) e le regole. Appunti*, in *Media Laws*, 2020, 18; P. FEMIA, *Introduzione. Soggetti responsabili. Algoritmi e diritto civile*, in G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali. Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli, 2019, 7; S. ORITI, *Brevi note sulla risoluzione del parlamento europeo del 16 febbraio 2017 concernente le norme di diritto civile sulla robotica*, in *ratioiuris*, 21 luglio 2017; N. BUSTO, *La personalità elettronica dei robot: logiche di gestione del rischio tra trasparenza e fiducia*, in *Cyberspazio e dir.*, 2017, 499; G. TADDEI ELMIF. ROMANO, *Il robot tra ius condendum e ius conditum*, in *Inf. dir.*, 2016, 115.

⁴ Cfr. A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1; M. SIEGLER, *The Progression of Medicine. From Physician Paternalism to Patient Autonomy to Bureaucratic Parsimony*, in *Arch. Int. Med.*, 1985, 145 (4), 713.

⁵ Sul principio di «limite» e di proporzionalità delle cure cfr. COMITATO ETICO DELLA SOCIETÀ ITALIANA DI ANESTESIA, ANALGESIA, RIANIMAZIONE E TERAPIA INTENSIVA, *Considerazioni a margine della vicenda di Indi Gregory*, 13 febbraio 2024, in www.siaarti.it. Al riguardo v. altresì COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Accanimento clinico o ostinazione irragionevole dei trattamenti sui bambini piccoli con limitate aspettative di vita*, mozione del 30 gennaio 2020, in bioetica.governo.it; SOCIETÀ ITALIANA DI CURE PALLIATIVE, *Informazione e consenso progressivo in cure palliative: un processo evolutivo condiviso*, raccomandazioni del 28 ottobre 2015, in www.sicp.it. V. anche L. CRAXI-G. GIAIMO, *Migliore interesse e proporzionalità delle cure negli infanti: un'analisi del caso di Indi Gregory tra diritto e bioetica*, in *Riv. Biodiritto*, 2024, 1, 95; L. PALAZZANI, *Limite terapeutico e accanimento clinico sui minori: profili bioetici e biogiuridici*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, 2019, 789; AA.VV., *Forum: il caso di Alfie Evans*, in *Riv. Biodiritto*, 2018, 2, 5-76.



La tutela dell'autodeterminazione individuale in ambito sanitario va di pari passo con l'evoluzione della nozione stessa di salute, la quale è concepita in senso sempre più olistico e soggettivamente declinato e sempre meno viene ricondotta a una monolitica sfera d'integrità psicofisica e di preservazione della mera vita biologica⁶. Prima ancora che nella relazione fra personale sanitario e ammalato, l'attenzione al profilo identitario, biografico ed esistenziale di quest'ultimo provoca dunque una vera e propria, intrinseca trasformazione della concezione di benessere e di cura⁷.

Il principio di autonomia rinviene la sua prima motivazione nell'affermazione della libertà di compiere scelte che non arrechino pregiudizio ad altri e nella natura, perciò, esclusivamente privata di determinazioni riguardanti soltanto il diretto interessato; e rinviene la sua seconda ragione nella considerazione utilitaristica secondo la quale non esiste persona più interessata del paziente al benessere del paziente medesimo, nell'accezione soggettiva sopra enunciata⁸.

Orbene, siffatta libertà conosce però due ordini di limitazioni a carattere estrinseco.

La prima attiene a ragioni sistemiche e si colloca agli estremi confini della relazione di cura e di fiducia, pur condizionandola profondamente: quando i mezzi a disposizione si rivelano scarsi, infatti, il quarto principio della bioetica impone di operare in conformità con un criterio di giustizia distributiva, che garantisca l'equa allocazione e ripartizione di tali risorse. L'operatività di questo principio, di

⁶ Cfr. *ex pluribus* A. SANTOSUOSSO-M. TOMASI, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2021; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018; S. CACACE, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017; G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione tra diritto europeo e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 2012, 3; EAD., *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico. Principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 37; V. CALDERAI, *Sui limiti della tutela giuridica dell'autodeterminazione in biomedicina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 901; EAD., *Il problema del consenso nella bioetica*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 321; D. CARUSI, *L'ordine naturale delle cose*, Torino, 2011; C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1037; P. ZATTI, *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano, 2009; C. CASONATO, *Introduzione al Biodiritto*, Torino, 2009; L. D'AVACK, *Verso un antidestinato. Biotecnologie e scelte di vita*², Torino, 2009; G. CRICENTI, *I diritti sul corpo*, Napoli, 2008; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, 2007; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006; F.D. BUSNELL, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001; E. SGRECCIA, *Manuale di bioetica. Fondamenti ed etica biomedica*, I, Milano, 1999; E. EMANUEL-L. EMANUEL, *Four Models of the Physician-patient Relationship*, in *JAMA*, 1992, 267, 2221; R.R. FADEN-T.L. BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, New York, 1986.

⁷ Anche oltrepassando i limiti stessi dell'umano: cfr. E. FAZIO, *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, Napoli, 2023, 278; F. DI LELLA, *Intelligenza artificiale e atti di disposizione del proprio corpo*, in A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Bioetica, diritti e intelligenza artificiale*, Milano-Udine, 2023, 407 ss.; A. D'ALOIA, *I diritti della persona alla prova dello human enhancement*, in U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, 85; P. BENANTI, *Postumano, troppo postumano*, Roma, 2017; G. QUARANTA (a cura di), *Il doping della mente. Le sfide del potenziamento cognitivo farmacologico*, Padova, 2014, 63 ss. In relazione alla salute quale condizione dinamica e relazionale della persona cfr. il Preambolo della Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (New York, 1946): «The States Parties to this Constitution declare, in conformity with the Charter of the United Nations, that the following principles are basic to the happiness, harmonious relations and security of all peoples: Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity (...)». A proposito di identità, dignità e salute cfr. F.D. BUSNELL, «L'ermeneutica della dignità». *Relazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 484; ID., *Le alternanti sorti del principio di dignità della persona umana*, *ivi*, 2019, 1071; ID., *La persona alla ricerca dell'identità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 7; M. TAMPIERI, *L'identità personale: il nostro documento esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1195; V. SCALISI, *Ermeneutica della dignità*, Milano, 2018; I. RIVERA, *La comparazione giuridica nel concetto di "salute": possibili scenari evolutivi alla luce della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 117; S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, 2013; P. ZATTI, *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 377; A. NICOLUSSI, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 1; G. ROSSOLILLO, *L'identità personale tra diritto internazionale privato e diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. intern.*, 2007, 1028.

⁸ Liberalismo e utilitarismo vedono uno dei loro massimi esponenti in J.S. MILL, *On Liberty*, Londra, 1859.



norma destinata a restare per così dire sottotraccia, si è manifestata in tutta la sua drammaticità nel contesto dell'emergenza pandemica e nello «scenario da medicina delle catastrofi» che improvvisamente è stato necessario contrastare⁹.

L'assenza di risorse infinite può, dunque, in via d'eccezione, condizionare e compromettere la libertà positiva del paziente di curarsi in maniera corrispondente alle proprie necessità cliniche e alle proprie personali valutazioni. Con questi presupposti, il limite assume natura straordinaria allorché la finitudine delle risorse a disposizione s'imponga a pregiudizio del paziente, impedendone la cura e per questo arrecandogli direttamente un danno.

La seconda limitazione a questa libertà positiva attiene invece più strettamente all'oggetto della prestazione ed è rappresentata dalla scienza stessa del medico, al quale l'ammalato non può chiedere una condotta contraria o non conforme alle *leges artis*. La pretesa del paziente, in altri termini, non esonera l'operatore sanitario dall'obbligo professionale di agire diligentemente; nondimeno, se il medico è un pubblico dipendente, la diligenza nell'adempimento di quest'obbligazione comprende altresì un'oculata gestione delle strutture e degli strumenti offerti dal Servizio Sanitario Nazionale¹⁰.

Con ciò non vuol certo intendersi che a queste condizioni – a fronte di una richiesta inaccettabile – il medico possa trattare il proprio assistito senza o contro la sua volontà; piuttosto, l'impossibilità della relazione impone senz'altro al professionista di astenersi dall'operare, poiché una cura «opportuna» somministrata in violazione del principio del consenso informato configura un illecito tanto quanto un intervento sanitario realizzato in contraddizione con le «buone pratiche clinico assistenziali» e con i crismi della scienza medica¹¹.

⁹ Cfr. SOCIETÀ ITALIANA DI ANESTESIA ANALGESIA RIANIMAZIONE E TERAPIA INTENSIVA, *Raccomandazioni di etica clinica per l'ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione, in condizioni eccezionali di squilibrio tra necessità e risorse disponibili*, 6 marzo 2020, in SIAARTI - Covid19 - Raccomandazioni di etica clinica (2) by SIAARTI - Flipsnack. Al riguardo v. B. BRANCATI, *La selezione dei pazienti per l'ammissione alle terapie intensive. Una scelta tragica durante la pandemia di Covid-2019*, in *Consulta online*, 27 marzo 2023, p. 250; C. DI COSTANZO, *Access to Intensive Care and Artificial Intelligence. A Constitutional Perspective*, in *It. Journ. Publ. Law*, 2021, 594; L. FORNI, *Contro la pandemia. Analisi etico-giuridica del Piano pandemico 2021-2023*, in *Riv. Biodiritto*, 2021, 4, 275; A. RIMEDIO, *Criteri di priorità per l'allocazione di risorse sanitarie scarse nel corso della pandemia da Covid-19*, *ivi*, 1, 13; D. BATTISTI-L. MARELLI-M. PICOZZI-M. REICHLIN-V. SANCHINI, *L'allocazione delle risorse sanitarie durante la pandemia da Covid-19: un'analisi comparativa dei documenti della SIAARTI e del CNB*, in *Notizie di Politeia*, 2021, 141, 25; C. MANNELLI, *Covid-19 e questioni di giustizia allocativa*, *ivi*, 3; G. FACCI, *La medicina delle catastrofi e la responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 706; L. PALAZZANI, *La pandemia Covid-19 e il dilemma per l'etica quando le risorse sono limitate: chi curare?*, in *Riv. Biodiritto*, 2020, 1, 359; L. D'AVACK, *Covid-19: criteri etici*, *ivi*, 371; S. MARCHIORI-P. SOMMAGGIO, *Tragic choices in the time of pandemics*, *ivi*, 453.

¹⁰ Sullo «specifico bisogno di cura» del paziente e sull'insostituibile ruolo del medico nel «selezionare e nell'attuare le opzioni curative scientificamente valide e necessarie» cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 74 ss., con commenti di P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello «ius quo utimur» in materia di relazione di cura*, di E. PALERMO FABRIS, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro*, di R. FERRARA, *Il caso Englaro innanzi al Consiglio di Stato*, e di P. BENCIOLINI, *«Obiezione di coscienza?»*.

¹¹ Così l'art. 1, comma 6, legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*: v. M. FOGLIA (a cura di), *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, Pisa, 2019; ID., *Consenso e cura*, cit.; ID., *Nell'acquario. Contributo della medicina narrativa al discorso giuridico sulla relazione di cura*, in *Resp. med.*, 2018, 373 ss.; R. CONTI, *Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e «congedo dalla vita» dopo la l. 219/2017*, Roma, 2019; ID., *La legge 22 dicembre 2017, n. 219, in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del Codice civile?*, in *Consulta Online*, 4 aprile 2018, 221; S. CACACE-A. CONTI-P. DELBON (a cura di), *La Volontà e la Scienza. Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, Torino, 2019; AA.VV., *La nuova legge n. 219/2017*, in *Riv. Biodiritto*, 2018, 1, 1-104; M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tu-*



Le restrizioni alla libertà negativa di non curarsi sono invece intrinseche e attengono all'assenza stessa delle condizioni preliminari all'operatività del principio di autonomia: innanzitutto, allorché la persona sia incapace di provvedere ai propri interessi, per una causa patologica oggettivamente accertabile o per motivi semplicemente anagrafici; in seconda battuta, quando si tratti di condotte omissive suscettibili di ripercuotersi sulla salute degli altri consociati o della collettività complessivamente intesa, con riferimento particolare alla mancata immunizzazione contro determinati antigeni.

In ambito sanitario, dunque, la mera tutela della dignità e della sicurezza individuali non legittimano imposizioni eteronome e il dettato costituzionale prescrive il rispetto della libera ricerca del benessere individuale, anche ove il paziente si sottragga perciò a cure astrattamente opportune. In tal senso, da un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5 cod. civ. scaturisce l'esigenza di riservare l'applicazione di questa norma ad ambiti esterni alla relazione terapeutica e a fronte di un bilanciamento che esuli dal perseguimento di un ideale soggettivo di salute, bensì piuttosto attenga, per esempio, al soddisfacimento di finalità di natura economica¹².

tela della persona, incertezze applicative, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 8; G. FERRANDO, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 67; S. CACACE, *La nuova legge in materia di consenso informato e DAT: a proposito di volontà e di cura, di fiducia e di comunicazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 935; S. CANESTRARI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona"*, in *Corr. giur.*, 2018, 301; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e le DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 247; C. TRIBERTI-M. CASTELLANI, *Libera scelta sul fine vita. Il testamento biologico. Commento alla Legge n. 219/2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, Firenze, 2018; M. MAINARDI, *Testamento biologico e consenso informato. Legge 22 dicembre 2017, n. 219*, Torino, 2018; B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Padova, 2018; M. NOCCELLI, *La cura dell'incapace tra volontà del paziente, gli istituti di tutela e l'organizzazione del servizio sanitario*, e ID., *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, contributi entrambi pubblicati sul sito di Giustizia amministrativa, rispettivamente il 15 marzo 2018 e il 20 febbraio 2018.

¹² Sugli atti di disposizione del corpo cfr. G. DI ROSA, *Dai principi alle regole. Appunti di biodiritto*, Torino, 2013, 121 ss.; V. MARZOCCO, *Dominium sui. Il corpo tra proprietà e personalità*, Napoli, 2012; S. STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, Perugia, 2011; G. ANZANI, *Gli «atti di disposizione della persona» nel prisma dell'identità personale (tra regole e principi)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 1; U. BRECCIA-A. PIZZORUSSO, *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, 2007; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano, 2007, specie 209 ss.; M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002, 23 ss.; R. ROMBOLI, *La relatività dei valori costituzionali per gli atti di disposizione del proprio corpo*, in *Pol. dir.*, 1991, 565 ss.; ID., *I limiti alla libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto "attivo" ed in quello "passivo"*, in *Foro it.*, 1991, I, 14; ID., *La libertà di disporre del proprio corpo*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Delle persone fisiche, sub art. 5*, Bologna-Roma, 1988, 228; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1982, 101 ss. Risalente ma emblematica di un atto dispositivo del corpo a titolo oneroso è la vicenda di cui al Trib. Napoli, 13 dicembre 1931, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, 428, con nota di O. VANNINI, *Lesione personale del consenziente*; in *Ann. dir. proc. pen.*, 1932, 596, con nota di D. PAFUNDI, *Il consenso dell'offeso nelle lesioni personali*, e in *Giust. pen.*, 1932, II, 592, con commento di L. SEVERINO, *La lesione consensuale per innesto chirurgico. L'innesto della ghiandola sessuale*; App. Napoli, 30 aprile 1932, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, 757, con nota di T. BRASIELLO, *Il consenso dell'offeso in tema di delitti contro l'incolumità individuale*, e in *Ann. dir. proc. pen.*, 1932, 952; Cass. pen., sez. II, 31 gennaio 1934, in *Foro it.*, 1934, II, 146, con commento di R. RUIZ, *Contro l'innesto Woronoff da uomo a uomo*, e di O. VANNINI, *Ancora sulla lesione personale del consenziente*. V. altresì C. SALTELLI, *Disponibilità del diritto e consenso dell'avente diritto (in tema di attentati alla integrità personale)*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1934, 245, 369, e A. SANDULLI, *Ancora sulla lesione personale del consenziente*, in *La Scuola Positiva*, II, 1932, 319.



2. – È stato autorevolmente rilevato come l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nel campo delle scienze della vita e della cura della salute richieda l'introduzione di un quinto principio, in aggiunta a quelli già menzionati, ai fini dell'eticità dell'intervento dell'uomo sull'uomo¹³.

In particolare, l'affermazione del principio di *explicability* intende contrastare l'opacità dell'intelligenza artificiale e aspira perciò all'utilizzo esclusivo di sistemi trasparenti.

Peraltro, le due direttrici in cui tale criterio si articola – *accountability* e *intelligibility* – rispecchiano in maniera esemplare gli effetti prodotti da queste nuove tecnologie sulla relazione di cura e di fiducia, nonché sugli equilibri e sugli ambiti di competenza che contraddistinguono detta relazione e che sono stati sopra tratteggiati¹⁴.

È necessario evitare, allora, che dal paternalismo del medico si passi al ben peggiore paternalismo della macchina.

La difficoltà di prevedere *ex ante* e di comprendere *ex post* il funzionamento dell'algoritmo, lo svolgimento del processo decisionale a questo demandato e le motivazioni sottostanti alle indicazioni diagnostiche, prognostiche e terapeutiche offerte dal sistema intelligente pone, infatti, un problema innanzitutto di responsabilità professionale.

Il medico si trova nell'incapacità – per carenza di sue adeguate competenze tecniche¹⁵, da un lato, e per la caratteristica mancanza di trasparenza dei sistemi di *deep learning*, dall'altro – di governare la tecnologia di riferimento, di impiegarla come mero strumento, di controllarne gli esiti e di integrarla con le sue specifiche conoscenze professionali, che scaturiscono dal suo patrimonio culturale e dalla sua esperienza pratica, acquisita nel tempo.

Se, dunque, un atteggiamento paternalistico da parte del medico è tradizionalmente motivato con la ritenuta inutilità del coinvolgimento del paziente, che nulla sa e poco comprende, in questa ipotesi la difficoltà di comprensione dell'ammalato è invece senz'altro preceduta dall'inettitudine del sanitario nel dominare lui stesso la complessità del sistema di cui si avvale. Da questa inidoneità consegue naturalmente l'impossibilità di spiegare appieno al diretto interessato i motivi e la natura delle differenti opzioni proposte e, perciò, di informarlo in maniera adeguata ai fini dell'acquisizione di un valido consenso al trattamento.

In primo luogo, quindi, l'opacità della macchina impedisce l'assunzione di responsabilità (*accountability*), da parte del medico, in ordine al suo funzionamento e al suo impiego¹⁶.

¹³ L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, 2022, 91 ss.

¹⁴ Su autodeterminazione informativa e leggibilità dell'intelligenza artificiale cfr. in particolare M. CIANCIMINO, *Protezione e controllo dei dati in ambito sanitario e intelligenza artificiale*, Napoli, 2020, 82 ss. Sull'inapplicabilità in ambito sanitario dell'intelligenza artificiale allorché la cura sia intesa come *care* e non come semplice *treatment*, come nell'approccio proprio della medicina narrativa, v. A. PIZZICHINI, *Oltre l'uomo o al suo servizio. Due paradigmi per pensare l'intelligenza artificiale*, in *Studia Moralia*, 2022, 1, 100.

¹⁵ Si interroga sul «diritto all'eroe» C. CASONATO, *I diritti nell'era dell'intelligenza artificiale. Nuove prospettive*, in L. PICOTTI (a cura di), *Automazione, Diritto e Responsabilità*, Napoli, 2023, 29-30, chiedendosi quanti medici dispongano delle competenze adeguate e quanti si assumeranno il rischio di disattendere i risultati indicati dal sistema d'intelligenza artificiale e l'onere, dunque, di motivare una decisione difforme (c.d. «effetto pecorone»). Parimenti potrebbe dirsi, però, in ordine alle linee guida o alle buone pratiche clinico-assistenziali di cui agli artt. 5-6 della legge n. 24/2017: «Gli esercenti le professioni sanitarie (...) si attengono, *salve le specificità del caso concreto*, alle raccomandazioni previste dalle linee guida (...). In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali» e «Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, *sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto*» [corsivo di chi scrive].

¹⁶ Il modo di ragionare della macchina per inferenza statistica e non per deduzione causale rende poco conoscibili l'iter



La seconda declinazione del principio di spiegabilità dell'intelligenza artificiale attiene invece alla sua intelligibilità (*intelligibility*) come funzionale al rispetto del principio di autonomia dell'ammalato e alla conseguente adozione di decisioni consapevoli¹⁷.

È bene però al riguardo intendersi.

Quando si esprimono preoccupazioni in ordine alle possibili conseguenze negative dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale sull'esercizio del diritto del paziente di autodeterminarsi, non si vuole certo sostenere che quest'ultimo debba essere messo a conoscenza delle singole complessità tecniche dell'operato sanitario. Il paziente non dev'essere dunque destinatario di una informazione, da parte del medico, attinente all'impiego del sistema intelligente e alle modalità del suo funzionamento in sé e per

logico e le motivazioni delle scelte adottate, che conseguentemente appaiono altresì non comunicabili, v. U. RUFFOLO, *L'Intelligenza Artificiale nei dispositivi medici e nell'attività sanitaria: per un'analisi interdisciplinare circa responsabilità, controlli preventivi e disciplina dei dati sanitari. Le conseguenti proposte interpretative e normative*, in U. RUFFOLO-M. GABBRIELLI (a cura di), *Intelligenza artificiale, dispositivi medici e diritto*, Torino, 2023, 8. L'*accountability* «instaura una relazione di responsabilità in base alla quale un soggetto è obbligato a rendere conto del proprio operato»: cfr. L. CALIFANO-V. FIORILLO-F. GALLI, *La protezione dei dati personali: natura, garanzie e bilanciamento di un diritto fondamentale*, Torino, 2023, 140. Parimenti l'art. 24 GDPR impone al titolare del trattamento di mettere «in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire, ed essere in grado di dimostrare, che il trattamento è effettuato conformemente al presente regolamento» [corsivo di chi scrive].

¹⁷ Cfr. l'art. L4001-3 del *Code de la santé publique* (versione in vigore dal 4 agosto 2021): «Le professionnel de santé qui décide d'utiliser, pour un acte de prévention, de diagnostic ou de soin, un dispositif médical comportant un traitement de données algorithmique dont l'apprentissage a été réalisé à partir de données massives s'assure que la personne concernée en a été informée et qu'elle est, le cas échéant, avertie de l'interprétation qui en résulte». In ambito anche non sanitario, cfr. l'art. 13, comma 2, lett. F, GDPR (*General Data Protection Regulation*, Regolamento UE 2016/679), secondo il quale, nel momento in cui i dati personali sono ottenuti, il titolare del trattamento fornisce all'interessato le informazioni necessarie per garantire un trattamento corretto e trasparente e, in particolare, «le informazioni relative all'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'art. 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata». L'art. 22 GDPR, a sua volta, contempla il diritto dell'interessato «di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». Tuttavia, la necessaria conservazione del controllo del medico sulle indicazioni della macchina difficilmente si concilia con una decisione che, per rientrare nella previsione di cui all'art. 22 GDPR, dev'essere presa senza il coinvolgimento del professionista né con un intervento umano significativo. Cfr. al riguardo C. CASONATO, *I diritti nell'era dell'intelligenza artificiale. Nuove prospettive*, in L. PICOTTI (a cura di), *Automazione, Diritto e Responsabilità*, cit., 24 ss.; D. MESSINA, *La tutela della dignità nell'era digitale. Prospettive e insidie tra protezione dei dati, diritto all'oblio e intelligenza artificiale*, Napoli, 2023, 299 ss.; M.G. PELUSO, *Intelligenza Artificiale e tutela dei dati*, Milano, 2023, 93 ss.; A. LOMBARDI, *Disciplina della tutela dei dati personali e regolazione dell'intelligenza artificiale: rapporti, analogie e differenze tra GDPR e AI Act*, in *Eur. Journ. Priv. Law Tech.*, 2023, 240; G. CERRINA FERONI, *AI e protezione dei dati personali: le nuove sfide dell'Autorità garante*, in D. BUZZELLI-M. PALAZZO (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritti della persona*, Pisa, 2022, 111; A. VIGLIANISI FERRARO, *Le nuove frontiere dell'intelligenza artificiale ed i potenziali rischi per il diritto alla privacy*, in *Pers. merc.*, 2021, 189; S. MANARELLA, *La protezione dei dati contro un uso distopico dell'AI*, in R. GIORDANO-A. PANZAROLA-A. POLICE-S. PREZIOSI-M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022, 51; M. PALMIRANI, *Interpretabilità, conoscibilità, spiegabilità dei processi decisionali automatizzati*, in U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, cit., 55; A. DE FELICE, *Intelligenza artificiale e processi decisionali automatizzati: GDPR ed ethics by design come avamposto per la tutela dei diritti umani*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020, 415; E. CATERINI, *L'intelligenza artificiale «sostenibile» e il processo di socializzazione del diritto civile*, Napoli, 2020, 51 ss.; G. SIMONEONE, *Machine learning e Tutela della Privacy alla luce del GDPR*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 275 ss.; G. FINOCCHIARO, *Riflessioni su intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 237; R. MESSINETTI, *La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in *Contr. impr.*, 2019, specie 868 ss.



sé considerati; né, tantomeno, dev'essere destinatario di un'informazione volta a raccogliere il suo consenso e la sua approvazione al riguardo¹⁸.

Il ricorso a sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario è oggetto, infatti, di una scelta demandata al professionista in base alle sue competenze, secondo la ritenuta opportunità di utilizzare l'ultima tecnologia, la più avanzata ed efficace, per ottenere il risultato e la prestazione migliori, per minimizzare i rischi e ottimizzare le risorse¹⁹.

Un'informazione rivolta in tal senso al paziente non è funzionale all'esercizio di un suo diritto alla decisione e risulta nella migliore delle ipotesi ridondante, se non incomprensibile o persino terroristica, così come potrebbe parimenti dirsi in ordine alla descrizione delle peculiarità tecniche del bisturi o del macchinario adoperato per l'emodialisi. I contenuti e l'ampiezza di una spiegazione di questo tipo sono tutt'al più demandati al giudizio del medico, che riguarda le modalità e la natura della comunicazione di cui il paziente del caso concreto debba essere eventualmente destinatario considerate le sue specifiche caratteristiche: ai fini, perciò, del corretto svolgimento della relazione fiduciaria e non certo per ottenere un'accettazione del rischio da parte dell'ammalato.

In questo senso, la spiegabilità continua a essere rivolta esclusivamente al medico, perché concorre all'assunzione di responsabilità che scaturisce dalla valutazione professionale di cui sopra.

L'art. 13 dell'*AI Act* richiede che i sistemi di Intelligenza Artificiale ad alto rischio siano progettati e sviluppati in modo tale da garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente da consentire agli utenti di interpretare l'*output* del sistema e di utilizzarlo adeguatamente. L'art. 14 impone il controllo umano (*human oversight*) «to prevent or minimise the risks to health, safety or fundamental rights that may emerge when a high-risk AI system is used in accordance with its intended purpose or under conditions of reasonably foreseeable misuse», così come il successivo art. 15 prescrive un livello di accuratezza, robustezza e sicurezza che parimenti è destinato ad avere come primo interlocutore il medico e, tramite il filtro della sua professionalità, solo indirettamente e successivamente il paziente beneficiario della valutazione sanitaria²⁰.

¹⁸ Diversamente può dirsi, naturalmente, se l'intelligenza artificiale è alla base del dispositivo medico di assistenza destinato a essere utilizzato dal paziente al suo domicilio. È necessario, inoltre, distinguere il piano del consenso informato espresso dall'ammalato in ordine alla prestazione sanitaria, di natura diagnostica o terapeutica poco importa (ovvero importa soltanto ai fini delle peculiarità della relativa comunicazione con il medico), e il piano del consenso informato del titolare dei dati al trattamento di questi, anche allorché si tratti di un paziente in relazione ai suoi dati sanitari: v. A. AMIDEI, *Doveri e obblighi informativi nella sanità AI-assisted, al crocevia tra consenso informato, norme di data protection e prescrizioni regolatorie*, in U. RUFFOLO-M. GABBRIELLI (a cura di), *Intelligenza artificiale, dispositivi medici e diritto*, cit., 195 ss. D'altro canto, ai sensi dell'art. 9 GDPR, il divieto di trattare dati relativi alla salute della persona rinvia eccezione allorché il trattamento sia necessario «per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità», ma purché tali dati siano trattati «da o sotto la responsabilità di un professionista soggetto al segreto professionale conformemente al diritto dell'Unione o degli Stati membri o alle norme stabilite dagli organismi nazionali competenti o da altra persona anch'essa soggetta all'obbligo di segretezza (...)».

¹⁹ In questo senso, pare non attagliarsi alla relazione di cura un ragionamento in termini di distribuzione del rischio dell'inadempimento così come concordata dalle parti, in particolare mediante lo scambio di informazioni avvenuto nel corso delle trattative, su cui v. M. FACCIOLO, *Responsabilità contrattuale e intelligenza artificiale*, in *Jus civile*, 2024, 485.

²⁰ Nello stesso senso anche l'art. 50 dell'*AI Act*, secondo il quale «Providers shall ensure that AI systems intended to interact directly with natural persons are designed and developed in such a way that the natural persons concerned are informed that they are interacting with an AI system, unless this is obvious from the point of view of a natural person who is reasonably well-informed, observant and circumspect, taking into account the circumstances and the context of use». Non riguarda-



3. – L'opacità della macchina può riguardare, tuttavia, non soltanto l'assenza di trasparenza nell'interpretazione dei dati, ma anche la natura in ipotesi discriminatoria dei risultati così ottenuti²¹. Questa eventualità è naturalmente riconducibile a un errore umano in sede di programmazione, di selezione delle informazioni e di elaborazione degli algoritmi, con l'esito di una classificazione delle persone in gruppi o in sottogruppi che potrebbe non tenere conto delle caratteristiche specifiche di un determinato paziente. La natura di queste scelte in materia di inserimento dei dati di programmazione e il fatto che il sanitario possa o meno sondare, dominare, verificare le indicazioni e le decisioni della macchina sono entrambi elementi dai quali, in definitiva, direttamente dipendono la prestazione professionale del medico e la buona riuscita della stessa²².

La diligenza dell'adempimento è dunque pregiudicata dal *bias* cognitivo che inficia il sistema intelligente, allorché sia programmato su un campione di dati non sufficientemente rappresentativo delle caratteristiche oggettive del singolo paziente destinatario della prestazione sanitaria considerata²³. In

rebbe, invece, l'ambito sanitario (bensì soltanto i sistemi di cui all'allegato III) l'art. 86 dell'*AI Act*, che consacra il diritto di ottenere dal *deployer* spiegazioni «chiare e significative» in merito al ruolo svolto dal sistema intelligente ad alto rischio nel processo decisionale e sui «principali elementi della decisione adottata», allorché sia suscettibile di incidere significativamente sulla salute, sulla sicurezza e sui diritti fondamentali della persona che vi soggiace. Secondo l'art. 6 dell'*IA Act*, inoltre, «un sistema di IA è considerato ad alto rischio se sono soddisfatte entrambe le condizioni seguenti: a) il sistema di IA è destinato a essere utilizzato come componente di sicurezza di un prodotto, o il sistema di IA è esso stesso un prodotto, disciplinato dalla normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato I; b) il prodotto, il cui componente di sicurezza a norma della lettera a) è il sistema di IA, o il sistema di IA stesso in quanto prodotto, è soggetto a una valutazione della conformità da parte di terzi ai fini dell'immissione sul mercato o della messa in servizio di tale prodotto ai sensi della normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato I». Fra gli atti normativi enumerati, l'allegato I contempla altresì il Regolamento UE 2017/745 relativo ai dispositivi medici.

²¹ Così il parere congiunto del Comitato Nazionale per la Bioetica e del Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita, *Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici*, 20 maggio 2020, 11. Sulla discriminazione algoritmica cfr. R. TREZZA, *La tutela della persona umana nell'era dell'intelligenza artificiale: rilievi critici*, in *federalismi.it*, 2022, 277; S. VANTIN, *Alcune osservazioni su normatività e concetto di diritto tra intelligenza artificiale e algoritmizzazione del mondo*, in *GenIUS*, 2022, 45; M.G. PELUSO, *Intelligenza Artificiale e dati di qualità: la tecnologia come valido alleato*, in *Riv. dir. media*, 2022, 2, 322; G. SARTOR, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, Torino, 2022, 67 ss.; F. FAINI, *La governance dell'intelligenza artificiale fra etica e diritto*, in *Notizie di Politeia*, 2020, 137, 59; G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e le regole giuridiche alla prova: il caso paradigmatico del GDPR*, in *federalismi.it*, 27 maggio 2020, specie 292 ss.; C. COLAPIETRO-A. MORETTI, *L'Intelligenza Artificiale nel dettato costituzionale: opportunità, incertezze e tutela dei dati personali*, in *Riv. Biodiritto*, 2020, 3, 373 ss.; A. SIMONCINI, *Diritto costituzionale e decisioni algoritmiche*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 59 ss.; G. SARTOR-F. LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 63; P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *Consulta online*, 16 marzo 2020, 1; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Riv. AIC*, 2 marzo 2020, 415.

²² Cfr. R. CARLEO, *Il trattamento dei dati sanitari digitalizzati tra tutele individuali e interessi comuni*, in U. RUFFOLO, M. GABBRIELLI (a cura di), *Intelligenza artificiale, dispositivi medici e diritto*, cit., 153 ss.; V. DE BERARDINIS, *L'impiego delle nuove tecnologie in medicina*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., 489 ss.

²³ Così C. DE MENECH, *Intelligenza artificiale e autodeterminazione in materia sanitaria*, in M. FACCIOI (a cura di), *Profili giuridici dell'utilizzo della robotica e dell'intelligenza artificiale in medicina*, Napoli, 2022, 15 ss.; cfr. altresì F. LORÈ-P. MUSACCHIO, *Intelligenza Artificiale, tra profili di responsabilità e protezione dei dati personali: aspetti de jure condito e prospettive de jure condendo*, in *Riv. trim. dir. amm.*, 2024, 53 ss. Sulle informazioni e sulla calcolabilità e oggettività della decisione robotica che in riferimento a queste viene adottata cfr. N. IRTI, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1179: «Quando parliamo di “dati”, di quello che già c'è e di cui ci impossessiamo, l'accento cade sull'oggettività del materiale disponibile, e così ci lasciamo sfuggire che (...) noi non raccogliamo i dati come frutti maturi caduti dall'albero nelle nostre mani, come realtà a sé stanti, passivamente rispecchiate dall'intelletto. Noi li ritagliamo e isoliamo nel mondo circostante, li scegliamo e classifichiamo, convertendoli in oggetto di informazione. L'informazione non è separabile dalla mente di colui che si informa e ci informa, dall'atto logico di chi prende possesso dei dati. Questo imposses-



questa ipotesi, la macchina si rivela inadatta a svolgere il compito per cui viene impiegata, per la minore attendibilità delle indicazioni formulate nei confronti dell'ammalato, a causa della sua riconducibilità a una categoria non adeguatamente presa in considerazione dall'algoritmo²⁴.

L'errore in sede di programmazione e l'opacità dei risultati prodotti e delle scelte così operate sono però suscettibili di nuocere anche alla capacità del paziente di decidere autonomamente, secondo il proprio portato valoriale e nella piena consapevolezza delle conseguenze delle preferenze manifestate²⁵. Ciò accade quando il sistema non tenga in considerazione caratteristiche del paziente soggettive in grado di condizionare e di determinare la singola decisione terapeutica, che invece in ipotesi viene pretermessa dalle opzioni presentate come possibili e opportune, proprio perché l'algoritmo non ha contemplato quelle peculiarità individuali da cui scaturiscono direzioni per così dire eccentriche dell'autodeterminazione individuale²⁶.

In questa accezione, la spiegabilità è «abilitante», perché funzionale al corretto utilizzo del sistema da parte dell'utente, con ciò intendendosi sia il professionista sanitario, nei termini sopra enunciati, sia

samento esige e racchiude un'interpretazione. Le informazioni sono atti interpretativi, letture di quella parte di mondo a cui si volge il nostro interesse di oggi. (...) Questo a me sembra l'insopprimibile momento della soggettività, la quale (...) non rispecchia i dati, ma li costruisce e conforma. E questo è anche il luogo dei conflitti di potere, che non sono "neutralizzati" o composti dalla tecnica robotica, ma, per così dire, spostati alla fase di scelta delle informazioni». V. anche L. GATT-R. MONTINARO (a cura di), *Storia di una ricerca. Natalino Irti*, Torino, 2024, 61. La decisione è peraltro un problema di mera classificazione: cfr. G. GRANDI-T. SCANTAMBURLO, *Apprendimento automatico e decisione umana*, in F. FOSSA-V. SCHIAFFONATI-G. TAMBURRINI, *Automi e persone. Introduzione all'etica dell'intelligenza artificiale e della robotica*, Roma, 2021, 34 ss. Il rischio che, in nome della calcolabilità, si perda in termini di ermeneutica, di evolutività della norma e di giustizia stessa della decisione è evidenziato da G. PASSAGNOLI, *Ragionamento giuridico e tutele nell'intelligenza artificiale*, in *Pers. merc.*, 2019, 84-5; similmente, il vero e il giusto sono ridotti all'esatto per L. SANDONÀ, "Luoghi etici" e competenze etiche nell'era dell'intelligenza artificiale, in G. PIAIA-R. PRETE-L. STEFANUTTI (a cura di), *Intelligenza artificiale e tutela della persona umana. Implicazioni etico-giuridiche*, Padova, 125.

²⁴ Anche a fronte di informazioni corrette, la logica statistico-probabilistica dell'IA può giungere a conclusioni che discriminano, su base etnica o di genere, a motivo del perdurante effetto delle disuguaglianze storicamente presenti nei dati di partenza: così C. CASONATO, *I diritti nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit., 27. In ordine all'esigenza di un cambio di paradigma, grazie al quale la tecnologia incorpora la norma giuridica, così privilegiando il ruolo della prevenzione a quello della riparazione e la salvaguardia *ex ante* dei diritti fondamentali cfr. S. AMATO, *Biodiritto 4.0. Intelligenza artificiale e nuove tecnologie*, Torino, 2020, 99 ss.

²⁵ Cfr., in particolare, l'art. 8 (*Human dignity and individual autonomy*) della *Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law* (Vilnius, 5 novembre 2024), secondo il quale «Each Party shall adopt or maintain measures to respect human dignity and individual autonomy in relation to activities within the lifecycle of artificial intelligence systems; v. altresì C. NARDOCCI, *La (seconda) svolta del 2024. Anche il Consiglio d'Europa decide di regolamentare l'intelligenza artificiale*, in *Biolaw Journal*, 1, 2024, 73.

²⁶ V. in particolare C. DE MENECH, *Intelligenza artificiale e autodeterminazione in materia sanitaria*, cit., 16. Sul diritto alla discontinuità o all'incoerenza cfr. C. CASONATO, *I diritti nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit., 28-29. Invita all'eccentricità J.S. MILL: v. in particolare, nella traduzione italiana di A. AGNELLI, *La Libertà*, Milano, 1911, 68: «(...) quando le opinioni delle masse composte di uomini ordinari, son diventate o divengono dappertutto il poter dominante, contrappeso e correttivo della loro tendenza sarebbe l'individualità sempre più spiccata de' più eminenti pensatori. Soprattutto in tali contingenze gl'individui eccezionali dovrebbero essere incoraggiati ad agir diversamente dalla massa, in vece d'esserne impediti. (...). Appunto perché la tirannia dell'opinione è tale, ch'essa fa dell'eccentricità un delitto, è desiderabile, per ispezare questa tirannia, che gli uomini siano eccentrici. L'eccentricità e la forza di carattere camminano sempre di pari passo; e la somma di eccentricità che una società contiene è generalmente in ragione diretta della somma d'ingegno, di vigore intellettuale e di coraggio morale ch'essa racchiuse. Ciò che davvero ci addita il principal pericolo dell'età nostra è il vedere così pochi uomini osare d'essere eccentrici». Sulla concezione di identità umana di Mill radicata nella libertà fr. E. LECALDANO, *Identità personale*, Roma, 2021, 77 ss. Sul rischio che l'impiego dell'intelligenza artificiale sia funzionale a perpetuare lo stereotipo, a rafforzare discriminazioni ed emarginazioni, a diffondere pregiudizi, cfr. L. D'AVACK, *Telemedicina e Intelligenza Artificiale*, in U. RUFFOLO-M. GABRIELLI (a cura di), *Intelligenza artificiale, dispositivi medici e diritto*, cit., 173.



il paziente medesimo, in ordine ai condizionamenti cui la sua scelta può essere inconsapevolmente sottoposta.

Lungi dall'essere neutrale, la decisione algoritmica rischia dunque di risultare espressione di un assetto valoriale predominante, del 'sentimento della maggior parte della gente', che l'opacità della volontà macchinica veicola surrettiziamente prospettando una determinata soluzione, in ipotesi, come se fosse oggettiva, l'unica possibile in termini di efficacia e di opportunità, nonché scevra, soprattutto, da impostazioni etiche di sorta²⁷. A queste condizioni, peraltro, neanche il sanitario dispone degli strumenti per avvedersi in maniera compiuta del pregiudizio che inficia il sistema di cui egli si avvale e che attiene a concezioni specifiche dell'esistenza e della cura, presumibilmente – ma neppure necessariamente – riconducibili alla maggioranza delle persone.

Contrariamente al paternalismo del medico, quello dell'intelligenza artificiale non è quindi sempre direttamente riferibile a un sapere codificato, il rispetto del quale sia *ex post* verificabile²⁸.

Le potenzialità in termini di soppressione della professionalità del personale sanitario si misurano con la capacità di sostituzione delle competenze umane da parte della macchina, con la difficoltà di controllare l'operato di quest'ultima e di integrarlo laddove necessario.

La diligenza del medico non è d'altronde l'unica a essere messa a repentaglio: lo stesso può dirsi – si è visto – per l'autonomia del paziente, il quale potrebbe esprimere un consenso al trattamento sanitario su presupposti del tutto fuorvianti, quale è una informazione falsata²⁹.

A ben vedere, è però la stessa e intera relazione di cura e di fiducia a rischiare un cambio di paradigma.

L'assenza di intelligibilità, per il paziente e parimenti per il medico, impone che la fiducia sia riposta nella macchina, siccome avviene con un essere umano, del quale, non essendo naturalmente possibile spiegarne, ricostruirne e controllarne ogni processo mentale, è necessario fidarsi in maniera apodittica, istintiva ed empatica.

Tuttavia, nel momento in cui il legislatore si esprime in termini di «fiducia» riguardo al rapporto di cura, questi presuppone una interazione consentita dal reciproco riconoscimento di se stessi nell'altro,

²⁷ Riguardo alla inesistenza di un sistema etico che sia soddisfacente per tutti gli uomini, o anche per uno stesso uomo in qualsivoglia circostanza, cfr. P. BENANTI, *Le macchine sapienti. Intelligenze artificiali e decisioni umane*⁹, Bologna, 2024, 150 s., e ID., *Human in the loop. Decisioni umane e intelligenze artificiali*, Milano, 2022, 89 ss. In ordine ai rischi di condizionamento sulla libertà di pensiero, cfr. R.J. NEUWIRTH, *The EU Artificial Intelligence Act. Regulating Subliminal AI Systems*, Londra, 2023.

²⁸ Si possono distinguere *Clinical decision support system* basati sulla conoscenza (*Knowledge-based CDSS*) e *Clinical decision support system* non basati sulla conoscenza (*Non-Knowledge-based CDSS*): cfr. A.G. GRASSO, *GDPR e Intelligenza Artificiale: limiti al processo decisionale automatico in sanità*, in U. SALANITRO (a cura di), *SMART. La persona e l'infosfera*, Pisa, 2022, 185-6, il quale rileva come i medici abbiano mostrato di preferire i primi per ragioni di affidabilità, prevedibilità e responsabilità, perché i secondi, fondati sul *machine learning*, più difficilmente possono spiegare le ragioni delle loro conclusioni.

²⁹ In questo senso, dunque, devono intendersi le indicazioni di cui al disegno di legge S. 1146 'Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale' (art. 7, *Uso dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario e di disabilità*): «3. L'interessato ha diritto di essere informato circa l'utilizzo di tecnologie di intelligenza artificiale e sui vantaggi, in termini diagnostici e terapeutici, derivanti dall'utilizzo delle nuove tecnologie, nonché di ricevere informazioni sulla logica decisionale utilizzata. (...) 5. I sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario costituiscono un supporto nei processi di prevenzione, diagnosi, cura e scelta terapeutica, lasciando impregiudicata la decisione, che è sempre rimessa agli esercenti la professione medica. 6. I sistemi di intelligenza artificiale utilizzati in ambito sanitario e i relativi dati impiegati devono essere affidabili, periodicamente verificati e aggiornati al fine di minimizzare il rischio di errori». Cfr. R. BARTOLOMEO, *Il DDL in materia di IA: l'utilizzo nell'attività giudiziaria e in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2024, 409.



grazie al quale e sulla base del quale è appunto costruita tale fiducia. La perdita di centralità dell'essere umano e la compromissione del momento comunicativo quale componente della cura medesima³⁰ ineludibilmente conducono alla neutralizzazione di questa relazione.

4. – Un impiego eticamente e giuridicamente informato dei sistemi automatizzati consegue il duplice risultato di potenziare la professionalità del medico e di promuovere l'autodeterminazione terapeutica del paziente.

Tuttavia, entrambi questi profili richiedono la previa consapevolezza che una decisione sanitaria non è adottata esclusivamente in relazione alle informazioni cliniche a disposizione e ai dati biometrici ricavati; che il miglior trattamento per un paziente potrebbe non essere il medesimo per un altro nelle stesse condizioni; che ciascuno, in definitiva, è malato a suo modo³¹.

In particolare, per contrastare il rischio dell'eliminazione dell'autonomia decisionale della persona e del suo complesso valoriale, la tecnologia necessita di essere progettata in modo tale da poter tenere in considerazione la dimensione umana ed esistenziale del singolo paziente, con riferimento a ciò che quest'ultimo ritiene importante nella vita e per la sua vita. Si tratta, in altri termini, di una programmazione che non soltanto incorpora nella macchina il sapere scientifico e quello giuridico, ma che altresì arricchisce le proprie soluzioni grazie a un *value and flexible design*³².

Un obiettivo di questo tenore può essere ottenuto soltanto a condizione della trasparenza di cui sopra, che permette il controllo del medico sulla macchina e, conseguentemente, un elevato grado di affidabilità dell'impianto tecnologico in termini di prestazioni e di risultati, ove tale affidabilità s'intende operare all'indirizzo del terapeuta così come dell'ammalato³³.

Dal valore etico della spiegabilità risulta peraltro condizionata la stessa operatività dei primi quattro principi: la possibilità di adottare decisioni in modo autonomo e responsabile, senza che venga arrecato nocumento al paziente e anzi perseguendo il suo migliore interesse; la capacità di valutare e sindacare queste decisioni secondo giustizia.

La trasparenza garantisce, dunque, la sicurezza del prodotto nella misura in cui consente di motivarne le ragioni e di verificarne gli scopi, così legittimandolo. In un ordinamento in cui la prestazione

³⁰ Il riferimento è in particolare all'art. 1, comma 8, legge n. 219/2017: «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura».

³¹ Così COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA E DEL COMITATO NAZIONALE PER LA BIOSICUREZZA, LE BIOTECNOLOGIE E LE SCIENZE DELLA VITA, *Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici*, cit., 10. V. anche L. MEOLA, *Intelligenza artificiale e relazione medico-paziente: implicazioni epistemiche ed etiche*, in A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Bioetica, diritti e intelligenza artificiale*, cit., 421 ss.

³² Cfr. R.J. McDUGALL, *Computer knows best? The need for value-flexibility in medical AI*, in *Journ. Med. Ethics*, 2019, 45, 156. Sui «valori morali come requisiti della progettazione» cfr. V. SCHIAFFONATI, *Integrare la bioetica con l'etica della tecnologia per formare i professionisti del futuro*, in L. MONTAGNA-F. CONSORTI (a cura di), *Medical professionalism e costruzione dell'identità professionale negli studenti di medicina*, Milano, 2022, 7-8, nonché J. VAN DEN HOVEN, *ICT e Value Sensitive Design*, in P. GOJON-S. LAVELLE-P. DUQUENOY-K. KIMPPA-V. LAURENT (a cura di), *The Information Society: Innovations, Legitimacy, Ethics and Democracy In honor of Professor Jacques Berleur s.j.*, IFIP International Federation for Information Processing, Boston, 233, 2007, 67. Sulla moralizzazione della tecnologia e sui limiti così imposti alla libertà individuale v. P.P. VERBEEK, *Moralizing Technology. Understanding and Designing the Morality of Things*, Chicago, 2011, specie 41 ss. Sul tema v. anche E. SPILLER, *Il diritto di comprendere, il dovere di spiegare. Explainability e intelligenza artificiale costituzionalmente orientata*, in *Biolaw Journal*, 2, 2021, 419; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e futuro delle libertà*, ivi, 1, 2019, 76 ss.

³³ Sui livelli di autonomia dei robot chirurgici v. G. TAMBURRINI, *Etica delle macchine. Dilemmi morali per robotica e intelligenza artificiale*, Roma, 2020, 133 ss.



sanitaria e la cura del paziente non equivalgono più, secondo un facile automatismo, alla preservazione della mera vita biologica, è necessario innanzitutto che il sistema intelligente e il suo impiego siano improntati al rispetto di questi principi e a una tutela costituzionalmente orientata dei beni giuridici coinvolti³⁴.

In questo senso, la spiegabilità è, allora, anche «azionabile», poiché utile e strumentale ai fini della scelta dell'interessato di agire o meno a tutela dei propri diritti³⁵.

In un giudizio di responsabilità professionale, l'opacità del sistema intelligente è parimenti suscettibile di pregiudicare medico e paziente, in relazione alla necessità di assolvere all'onere probatorio, diversamente ripartito a seconda della natura contrattuale o meno del rapporto intercorso, e all'esigenza, dunque, di una parte o dell'altra d'individuare le cause di possibili malfunzionamenti o errori della macchina nei ragionamenti svolti e nelle scelte operate.

Purtuttavia, allorché il legislatore europeo ha tentato di adeguare alle peculiarità dell'intelligenza artificiale la disciplina della responsabilità extracontrattuale, rimediando a queste difficoltà di ricostruzione o di comprensione *ex post* con un sistema di presunzioni attinenti al nesso di causalità (tra la colpa del convenuto e l'*output* prodotto – o meno – da un sistema di IA) o riguardanti la stessa natura colposa della condotta pregiudizievole, ha sostanzialmente escluso dagli ambiti di applicazione quelli sanitari di cui si è trattato sino ad ora³⁶. Ciò sul presupposto, in particolare, che l'impiego di informa-

³⁴ Fa riferimento a un'intelligenza artificiale costituzionalmente orientata anche C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, in *Riv. Biodiritto*, 2019, 2, 711. Sottolinea l'importanza di «restare padroni delle domande giuste» A. PRENCIPE-M. SIDERI, *Il visconte cibernetico. Italo Calvino e il sogno dell'intelligenza artificiale*, Roma, 2023, 51 ss. Il pretesto della neutralità della tecnica vorrebbe ridurre a questione meramente tecnica il discorso sui valori codificati negli algoritmi, così legittimandone l'opacità: cfr. G. MOBILIO, *L'intelligenza artificiale e i rischi di una "disruption" della regolamentazione giuridica*, in *Riv. Biodiritto*, 2020, 2, 407.

³⁵ Sulla «giustiziabilità» delle decisioni adottate da sistemi tecnologici v. A. SIMONCINI, *Il linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *Riv. AIC*, 12 aprile 2023, 35.

³⁶ Cfr. la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale), in eur-lex.europa.eu; in particolare, al Considerando 15: «(...) this Directive should only cover claims for damages when the damage is caused by an output or the failure to produce an output by an AI system through the fault of a person, for example the provider or the user under [the AI Act]. There is no need to cover liability claims when the damage is caused by a human assessment followed by a human act or omission, while the AI system only provided information or advice which was taken into account by the relevant human actor. In the latter case, it is possible to trace back the damage to a human act or omission, as the AI system output is not interposed between the human act or omission and the damage, and thereby establishing causality is not more difficult than in situations where an AI system is not involved». Ancor più incisivamente, cfr. l'*Impact Assessment Report della Commission Staff Working Document*, in eur-lex.europa.eu: «However, in situations where the liable person acted on advice or recommendations given by an AI system, this AI-specific problem driver does not apply. In such cases, the human acting on the advice or recommendation will be responsible as there is a human action/omission, which can be a) identified, b) characterised as not complying with the relevant standard of care, and which would c) be the cause for a specific damage. This is for example the case with AI systems providing medical analysis or even suggestions for diagnosis and treatment, which are feeding into a decision on diagnosis and treatment, but that decision is ultimately taken by a human physician» (p. 10) e «This measure would not be relevant where AI systems are used to provide advice or information to human decision-makers (e.g. medical analysis AI informing the diagnosis and treatment decisions of human physicians). In such cases the AI system is not interposed in the causal chain between the relevant human action and the damage. It will thus not be necessary for the victim to establish what triggered a specific output of the AI system» (34). Per M. FACCIOLO, *La responsabilità civile per danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale nel prisma dell'onere della prova*, in *Resp. civ. prev.*, 2024, 964-65, ogni settore della realtà socio-economica in cui l'IA può trovare spazio dovrebbe in linea di principio conservare la propria disciplina della responsabilità civile, la quale andrebbe adattata, in via ermeneutica o legislativa, solo eventualmente e per quanto effettivamente necessario. In questa direzione, l'Autore ritiene apprezzabile che la proposta di direttiva si concentri sui profili soltanto probatori, che però rivestono un'importanza cruciale ai fini dell'accesso alla giustizia



zioni o di indicazioni fornite dal supporto tecnologico non interrompono il nesso eziologico fra l'azione o l'omissione umana e il danno subito dal paziente³⁷.

Di conseguenza, poiché si ritiene persistere il dominio del professionista sullo strumento utilizzato, il contributo offerto dalla macchina nel momento diagnostico e nella selezione dell'opzione terapeutica non sarebbe suscettibile di sovvertire la disciplina di norma applicata, in via alternativa di natura contrattuale o extracontrattuale in relazione alle scelte del singolo ordinamento e alle specifiche caratteristiche del rapporto medico-paziente considerato³⁸. L'onere probatorio è difatti assolto con riguardo

dei soggetti danneggiati («approccio di armonizzazione minima e mirata»). Sui vantaggi di un sistema di regolazione *ex ante* rispetto a una tutela imperniata su rimedi *ex post* di tipo risarcitorio (responsabilità civile e correlati meccanismi assicurativi), cfr. G. SMORTO, *Distribuzione del rischio e tutela dei diritti nel regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Una riflessione critica*, in *Foro it.*, 2024, V, 208. Cfr. altresì K. FIORENZA, *Tecnologia e diritto. Una odissea negli spazi extracontrattuali*, Napoli, 2024, 191 ss.; il *Complementary Impact Assessment* del 19 settembre 2024, in www.europarl.europa.eu, studio critico dello *European Parliamentary Research Service* sulla proposta di direttiva (AILD); nonché, a quest'ultima antecedente, la Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020, recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale, in www.europarl.europa.eu.

³⁷ L'intervento umano nel processo decisionale deve essere significativo e non meramente simbolico o nominale: cfr. A.G. GRASSO, *GDPR e Intelligenza Artificiale: limiti al processo decisionale automatico in sanità*, cit., 189 ss.

³⁸ V. E. BELLISARIO, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e da intelligenza artificiale. Prime riflessioni sulle Proposte della Commissione*, in *Danno resp.*, 2023, 153; C. D'ELIA, *Gli strumenti di intelligenza artificiale generativa nel contesto sanitario: problemi di ottimizzazione delle risorse e questioni di spiegabilità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2023, 339; A.G. GRASSO, *Diagnosi algoritmica errata e responsabilità medica*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 334; A. D'ADDA, *Danno "da robot" (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, *ivi*, 2022, 805; U. RUFFOLO, *Tecnologie emergenti ed intelligenza artificiale in sanità: rischi e responsabilità*, in U. RUFFOLO-M. SAVINI NICCI (a cura di), *Le nuove frontiere della responsabilità medica*, Milano, 2022, 249 ss.; G. DI ROSA, *I "robot" medici*, in *Pers. merc.*, 2022, 12; V. DENTAMARO-D. IMPEDOVO-G. PIRLO, *Intelligenza artificiale nella medicina*, in V.V. CUOCCI-F.P. LOPS-C. MOTTI (a cura di), *La responsabilità civile nell'era digitale*, Bari, 2022, 439; M. TAMPPIERI, *L'intelligenza artificiale e le sue evoluzioni. Prospettive civilistiche*, Milano, 2022, 193 ss.; L. SCAFFARDI, *La medicina alla prova dell'Intelligenza Artificiale*, in *DPCE online*, 2022, 1, 349; G. VOTANO, *Intelligenza artificiale in ambito sanitario: il problema della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2022, 669; N. RIZZO, *Strutture della responsabilità civile e intelligenza artificiale: i problemi in medicina*, in M. FACCIOLI (a cura di), *Profili giuridici dell'utilizzo della robotica e dell'intelligenza artificiale in medicina*, cit., 2 ss.; A. BERTOLINI, *Dall'imaging ai sistemi esperti: la responsabilità del medico e le nuove frontiere della medicina difensiva*, *ivi*, 39; M.B. CASALI-U.R. GENOVESE, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria: il punto di vista del medico legale*, *ivi*, 117; G. PASCERI, *Intelligenza artificiale, algoritmo, machine learning. La responsabilità del medico e dell'amministrazione sanitaria*, Milano, 2021, 93 ss.; M. SAVINI NICCI-G. VETRUGNO, *Intelligenza artificiale e responsabilità nel settore sanitario*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 601; F. LAGIOIA, *L'intelligenza artificiale in sanità: un'analisi giuridica*, Torino, 2020, specie 81 ss.; F. VIMERCATI, *L'intelligenza artificiale in sanità*, in P. PERLINGIERI-S. GIOVA-I. PRISCO (a cura di), *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità*, Napoli, 2020, 211; V. DI GREGORIO, *Intelligenza artificiale e robotica: profili di responsabilità civile in campo sanitario*, in *Resp. med.*, 2019, 435. Più ampiamente, sulle difficoltà regolatorie nell'allocazione delle responsabilità che derivano dall'impiego dell'intelligenza artificiale e dalla sua interazione con l'essere umano, cfr. R. BOCCHINI, *La regolazione giuridica dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2024, 87 ss.; M.W. MONTEROSSO, *Il risarcimento dei danni da intelligenza artificiale nello spettro della responsabilità "vicaria"*, in *juscivile*, 2024, 175; G.F. SIMONINI, *La responsabilità del fabbricante nei prodotti con sistemi di intelligenza artificiale*, in *Danno resp.*, 2023, 435; B. TASSONE, *Riflessioni su intelligenza artificiale e soggettività giuridica*, in *Dir. internet*, 2023, 1; E. PALMERINI, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile: vecchi rimedi per nuovi danni?*, in G. DI ROSA-S. LONGO-T. MAUCERI (a cura di), *Diritto e tecnologia. Precedenti storici e problematiche attuali*, Napoli, 2023, 243; G. DONZELLI, *Intelligenza artificiale e responsabilità. Verso un nuovo modello europeo*, in *Contr. impr. Eur.*, 2023, 533; C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 1073; M. FACCIOLI, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, II, 732; E. BATTELLI, *Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, 1096; S. ORLANDO, *Regole di immissione sul mercato e «pratiche di intelligenza artificiale» vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Pers. merc.*, 2022, 346; D. CHIAPPINI, *Intelligenza Artificiale e responsabilità civile: nuovi orizzonti di regolamentazione alla luce dell'Artificial Intelligence Act*



alla valutazione e all'utilizzo dell'*output* ad opera del professionista, ovvero in ordine ad attività ritenute prevalenti e assorbenti rispetto al compito portato a termine dal sistema intelligente³⁹.

In questo senso, l'assunzione di responsabilità da parte dell'operatore sanitario esclude, in capo alla macchina, un'autonomia operativa giuridicamente rilevante, salvo che sia possibile dimostrare un errore di programmazione e di elaborazione dei dati tale da compromettere l'esito della prestazione senza che il professionista sia in grado di avvedersene usando l'ordinaria diligenza. Tale eventualità non parrebbe, peraltro, prospettabile a fronte di un sistema trasparente né i costi di un simile errore potrebbero comunque mai essere allocati sul danneggiato, piuttosto configurandosi una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per difetto o carenza organizzativa⁴⁰ e fatta salva la responsabilità dei soggetti cui sia imputabile per via diretta e originaria il malfunzionamento dell'algoritmo⁴¹.

dell'Unione europea, in *Riv. it. inf. dir.*, 2022, 2, 95; G. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, 1085; V. DI GREGORIO, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie?*, in *Danno resp.*, 2022, 51; G. ALPA, *Quale modello normativo europeo per l'intelligenza artificiale?*, in *Contr. impr.*, 2021, 1003; F. ASTONE, *Intelligenza artificiale e diritto civile*, in V.V. CUOCCI-F.P. LOPS-C. MOTTI (a cura di), *La circolazione della ricchezza nell'era digitale*, Pisa, 2021, 3 ss.; G. CAPILLI, *I criteri di interpretazione delle responsabilità*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., 457; A. AMIDEI, *Intelligenza artificiale e responsabilità da prodotto*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, cit., 125; G. PROIETTI, *La responsabilità nell'intelligenza artificiale e nella robotica*, Milano, 2020, specie 39 ss.; R. TREZZA, *Diritto e intelligenza artificiale. Etica – Privacy – Responsabilità – Decisione*, Pisa, 2020, 49 ss.; A. BALDI-D. MULA, *Responsabilità civile e intelligenza artificiale*, in G. TADDEI ELMIA-A. CONTALDO (a cura di), *Intelligenza Artificiale. Algoritmi giuridici. Ius condendum o "fantadiritto"?*, Pisa, 2020, 167 ss.; A. BALDI-D. MULA, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile*, U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1246; G. CAPILLI, *Responsabilità e robot*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 621; M. COSTANZA, *L'Intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2019, 1686; U. RUFFOLO, *Intelligenza Artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, ivi, 1689; ID., *La responsabilità da intelligenza artificiale nel settore medico e farmaceutico*, in ID. (a cura di), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2017, 53.

³⁹ Cfr. però A.G. GRASSO, *GDPR e Intelligenza Artificiale: limiti al processo decisionale automatico in sanità*, cit., 200, il quale rileva come sia più agevole confermare i risultati della macchina che discostarsene, secondo il pregiudizio dato dalla c.d. «fallacia computazionale» (una decisione adottata dal computer è più accurata di una umana).

⁴⁰ Cfr. per tutti F. FERRETTI, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile nel settore sanitario*, in *Act. Jur. Iberoam.*, 2023, specie 1861 ss.

⁴¹ Cfr. la direttiva 2024/2853 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2024, sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, destinata ad abrogare la direttiva n. 85/374/CEE del Consiglio e pubblicata in Gazzetta ufficiale il 18 novembre 2024, cui gli Stati membri dovranno conformarsi entro il 9 dicembre 2026: cfr. eur-lex.europa.eu. In particolare, all'art. 9 è previsto l'obbligo del convenuto di divulgare gli elementi di prova e all'art. 10 una serie di presunzioni in ordine al carattere difettoso del prodotto e alla sussistenza di un nesso eziologico fra il difetto e il danno cagionato. D'altro canto, al Considerando 3 si legge che «la direttiva 85/374/CEE ha rappresentato uno strumento efficace e importante ma dovrebbe essere rivista alla luce degli sviluppi legati alle nuove tecnologie, compresa l'intelligenza artificiale (IA), (...) che sono fonte di incoerenze e di incertezza giuridica, specialmente in relazione al significato del termine "prodotto"». I sistemi di supporto alle decisioni cliniche sono dispositivi medici ai sensi del Regolamento UE 2017/745, peraltro rientranti nel livello di rischio più alto: cfr. A.G. GRASSO, *GDPR e Intelligenza Artificiale: limiti al processo decisionale automatico in sanità*, in U. SALANITRO (a cura di), *SMART. La persona e l'infosfera*, cit., 220 ss. In ordine all'esigenza di garantire l'effettività del risarcimento senza disincentivare la «domanda» di intelligenza artificiale, al contempo promuovendo l'«offerta» tecnologica più sicura, cfr. in particolare A. ALBANESE, *La responsabilità civile per l'uso di sistemi di intelligenza artificiale*, in R. BOCCHINI, *Manuale di diritto privato dell'informatica*, Napoli, 2023, 574. V. altresì C. PERLINGIERI, *Profili di responsabilità per danni dall'uso dei Device medicali intelligenti*, in U. RUFFOLO-M. GABBRIELLI (a cura di), *Intelligenza artificiale, dispositivi medici e diritto*, cit., 91 ss., nonché N.F. FRATTARI, *Robotica e responsabilità da algoritmo. Il processo di produzione dell'intelligenza artificiale*, in *Contr. impr.*, 2020, 458.



5. – I medesimi principi sopra enucleati si rinvencono in alcune pronunce del giudice amministrativo⁴².

Il tema della decisione algoritmica in ambito concorsuale, per esempio, chiama in causa l'esigenza di trasparenza ai fini della conoscibilità della regola tecnica espressa in termini e con un linguaggio differenti da quelli giuridici, la quale dev'essere dunque necessariamente suscettibile di traduzione, al fine di poterne verificare la conformità alla norma (spiegabilità «attestativa» o «conformativa»). In particolare, la verificabilità dei criteri decisionali è funzionale alla sindacabilità della decisione stessa, in ordine alla sua logicità e legittimità: ciò non soltanto in una prospettiva a posteriori, ma altresì nel momento precedente, quando il risultato non è ancora prodotto e l'intervento umano opera per controllare, validare o confutare l'esito generato in via automatica, in una interazione-integrazione che consente l'assunzione di responsabilità più volte richiamata⁴³.

Nel caso della comunicazione fra medico e paziente, la questione naturalmente esula dall'esigenza di dominare i criteri dell'azione amministrativa, bensì attiene soprattutto alla conformità dell'*output* ai canoni dell'evidenza scientifica e ai desideri espressi dall'ammalato. La motivazione del risultato pro-

⁴² Cfr. in particolare Cons. Stato, 13 dicembre 2019, n. 8472, in *Giur. it.*, 2020, 1191, con commento di M. TIMO, *Il procedimento di assunzione del personale scolastico al vaglio del Consiglio di Stato*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 815, con commento di R. MATTERA, *Decisioni algoritmiche. Il Consiglio di Stato fissa i limiti*; in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 366, con commento di A. MASCOLO, *Gli algoritmi amministrativi: la sfida della comprensibilità*; e Cons. Stato, 8 aprile 2019, n. 2270, in *Riv. giur. eur.*, 2019, II, 47, con commento di A. DI MARTINO, *Intelligenza artificiale, garanzie dei privati e decisioni amministrative: l'apporto umano è ancora necessario? Riflessioni a margine di Cons. Stato 8 aprile 2019, n. 2270*; in *Eur. Journ. Priv. Law Tech.*, 2019, 147, con commento di G. CHIACCHIO, *L'utilizzo dell'algoritmo nelle procedure valutative della PA (commento a Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 8 aprile 2019, n. 2270)*. Al riguardo v. *ex pluribus* F. MARASÀ, *Intelligenza artificiale e tutela dei dati personali. Quali riflessi sulla giustizia predittiva?*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2023, 1, 73; A. TORRISI, *Riflessioni a margine di un recente progetto sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito giuridico*, in *Pers. merc.*, 2023, 715; A. PAJNO-F. DONATI-A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, 2, *Amministrazione, responsabilità, giurisdizione*, Bologna, 2022, 389 ss.; S. PENASA, *Intelligenza artificiale e giustizia: il delicato equilibrio tra affidabilità tecnologica e sostenibilità costituzionale in prospettiva comparata*, in *DPCE online*, 2022, 2, 297; A. BALDASSARRE, *Diritto ex machina? L'intelligenza artificiale e l'attività giurisdizionale*, in R. GIORDANO-A. PANZAROLA-A. POLICE-S. PREZIOSI-M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, cit., 461 ss.; A. POLICE, *Scelta discrezionale e decisione algoritmica*, *ivi*, 493; A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale, conoscenze neuroscientifiche e decisioni giuridiche*, in *Teoria crit. reg. soc.*, 2021, 175; *Id.*, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020, p. 93 ss.; M. GORGA, *L'Intelligenza Artificiale nella Pubblica Amministrazione*, in G. TADDEI ELMI-A. CONTALDO (a cura di), *Intelligenza Artificiale*, cit., 137 ss.; E. BATTELLI, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice*, in *Giust. civ.*, 2020, 282; R. MATTERA, *Decisione negoziale e giudiziale: quale spazio per la robotica?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 198. Mette a confronto le decisioni in campo sanitario con quelle in ambito giudiziario anche C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale: un'agenda per il prossimo futuro*, cit., 716. Inoltre, secondo l'art. 14 (*Uso dell'intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria*) del disegno di legge S. 1146 'Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale', similmente a quanto previsto per il medico all'art. 7: «l'uso dell'intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria è previsto solo per finalità strumentali e di supporto, ovvero per l'organizzazione e la semplificazione del lavoro giudiziario nonché per la ricerca giurisprudenziale e dottrinale. La decisione sulla interpretazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sulla adozione di ogni provvedimento è riservata al magistrato». Cfr. altresì l'art. 30 (*Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici*) del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), secondo il quale «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti (...) assicurano la disponibilità del codice sorgente, della relativa documentazione, nonché di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento», garantendo la presenza, nel processo decisionale automatizzato, di un contributo umano capace di controllarlo, validarlo ovvero smentirlo.

⁴³ Paventa che la capacità predittiva dell'algoritmo sia da ascrivere a quelle liberalità stigmatizzate da Guido Calabresi come «doni dello spirito maligno» Mau. FERRARI, *Predizione algoritmica, intelligenza artificiale generativa e rischi di cristallizzazione dell'ermeneutica giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 2023, V, 118. Cfr. altresì L. PALAZZANI, *Tecnologie dell'informazione e intelligenza artificiale*, Roma, 2020, 60 ss.; J. CASTELLANOS-CLARAMUNT, *Garanzie giuridiche contro l'Intelligenza Artificiale. Possibilità e limiti della Cyberjustice*, in *i-lex*, 2020, 1, 1.



dotto è importante ai fini dell'adozione stessa della decisione e non soltanto per giustificare all'esterno una determinazione già compiuta⁴⁴.

La consacrazione normativa della pianificazione condivisa delle cure (art. 5 della legge n. 219/2017) sancisce il definitivo abbandono di un modello di consenso informato perlopiù 'puntiforme', suscettibile di essere manifestato dal paziente in un tempo determinato e in ordine a uno specifico trattamento, sulla base di una informativa somministrata dal medico con modalità esaustive e compiute in un momento immediatamente precedente.

La progressività del consenso e lo svolgimento graduale dell'autodeterminazione individuale lungo tutto il percorso di cura, anche qualora per l'ammalato non si prospetti una futura incapacità decisionale, attiene a quelle condizioni patologiche degenerative o croniche per le quali il riferimento a una «relazione» che si attua nel tempo è tanto più vero e necessario, al fine di consentire la maturazione della volontà del paziente o delle persone che per lui o con lui devono decidere. Si tratta delle medesime situazioni in cui la capacità predittiva delle nuove tecnologie esprime al meglio le utilità e potenzialità che la contraddistinguono.

L'impiego di una macchina intelligente non può allora segnare una battuta d'arresto né tantomeno una regressione rispetto alla prescrizione, deontologica e normativa, di un percorso di comunicazione e di condivisione che in alcun modo si esaurisce con la mera recezione e acquisizione, da parte del medico e del suo paziente, di un'indicazione eterodeterminata, che pretenda di autolegittimarsi in virtù dello stesso sistema da cui proviene⁴⁵.

La spiegabilità della decisione umana è suscettibile essa stessa di essere messa in discussione, allorché si ritenga che a tal fine sia necessaria una vera e propria rappresentazione del processo decisionale ovvero un «fedele resoconto» di quest'ultimo⁴⁶. Tutt'al contrario, la motivazione della decisione viene costruita nei termini di una giustificazione a posteriori, proprio e solo per dar conto di questa e in assenza di una reale consapevolezza in ordine alle modalità con cui essa è maturata: in questo senso, la trasparenza richiesta alla decisione della macchina è la medesima che connota quella dell'essere umano⁴⁷.

⁴⁴ Sulla differenza fra dato e informazione e sull'abilità tipicamente umana di trovare significati e dare un senso alle cose (le decisioni umane vengono fatte sempre mediante determinazioni di senso), cfr. P. BENANTI, *Human in the loop. Decisioni umane e intelligenze artificiali*, cit., 49.

⁴⁵ Cfr. N. IRTI, *Il tessitore di Goethe*, cit., 1180-81: «La decisione affidata al robot non è un fenomeno anti-umano, un miracolo o una catastrofe. È una decisione "umana", e appartiene, anch'essa, alla storia integrale dell'uomo. (...) La decisione robotica (...) è un arduo e grave tema, che il giurista affronta con timore o sospetto, quasi che sia in giuoco, al di là del proprio lavoro e dei propri studi, l'integrale rapporto fra l'uomo e la tecnica. Questa è l'ansia filosofica che accompagna tutte le grandi svolte della storia, quando il senso stesso della vita sembra cadere nel dubbio o nel mistero (...)». Critica la possibilità stessa del controllo umano sulla decisione giuridica, perché, «nell'ambito proprio dell'intelligenza artificiale (dell'analizzabile, del calcolabile, ecc.) non saranno i confini invalicabili dell'umano a porre argini, ma sarà l'intelligenza artificiale a ritracciare costantemente i contorni dell'umano» R. CAPONI, *Oralità e scrittura del diritto, intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 391-92; similmente, quest'evoluzione tecnologica è «destinata a non lasciare l'uomo uguale a se stesso» per V. DE SANTIS, *Identità e persona nell'era dell'intelligenza artificiale: riflessioni a partire dall'AI Act*, in *federalismi.it*, 7 agosto 2024, 137. Cfr. altresì G. ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 277; E. CALZOLAIO (a cura di), *La decisione nel prisma dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2020; A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019. In ambito negoziale, sulla decisione robotica come «super-decisione» o come decisione migliore possibile cfr. G. GITTI, *Tecnologie digitali, persona, istituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1231.

⁴⁶ A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale, conoscenze neuroscientifiche e decisioni giuridiche*, cit., 186, citando P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, 101.

⁴⁷ Cfr. F. DONATI, *The use of artificial intelligence in judicial systems: ethics and efficiency*, in *It. Journ. Publ. Law*, 1, 2024, 1-7; J. PONCE SOLÉ, *Il Regolamento dell'Unione europea sull'Intelligenza Artificiale, la discrezionalità amministrativa*



Se le decisioni sia dell'intelligenza umana sia di quella artificiale seguono, dunque, percorsi spesso insondabili, in entrambi i casi la loro spiegabilità risiede nella possibilità di mostrarne e di verificarne la conformità giuridica.

È stato osservato come la trasparenza debba diventare un *way of thinking*⁴⁸ e come le stesse modalità di programmazione delle macchine non possano esimersi dal garantire risposte in un linguaggio comprensibile all'umano e secondo canoni giuridicamente adeguati – quale non può essere una decisione senza giustificazione⁴⁹. La natura necessariamente antropocentrica si sostanzia, dunque, nell'impossibilità di concepire una tecnologia svincolata dal suo creatore e interlocutore: come le indicazioni fornite devono risultare chiare, a pena di inutilità, così, allo stesso modo e nello stesso tempo, deve essere possibile addurne le ragioni, a pena di illegittimità.

Un sistema così ideato è in grado di motivare le sue scelte nel momento stesso in cui le compie, se adeguatamente interrogato. Nell'ambito della relazione terapeutica, un utilizzo in questo senso del supporto decisionale è l'unico in grado di preservare autonomia individuale e responsabilità professionale.

Vi sono contesti in cui il rispetto della norma è suscettibile di limitare o di eliminare il novero delle decisioni personali: una tecnologia programmata secondo questa logica è persino in grado di incidere sulla libertà del singolo, al fine di eliminare la possibilità stessa della scelta (l'automobile che non si accende in presenza di un tasso alcolemico, nel guidatore, superiore a determinati limiti). Questo dilemma etico è però estraneo all'ampiezza dell'autodeterminazione in campo sanitario, ove l'unico «valore» destinato ad essere perseguito nelle decisioni *self-regarding* è la stessa autonomia individuale: l'ausilio nella scelta, allora, deve consentirne innanzitutto la libertà e la consapevolezza.

e la riserva di umanità, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2024, 825; G. FINOCCHIARO, *L'intelligenza artificiale nell'ambito giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 425; S. LATINO, *La tesi onnicomprensiva della razionalità giudiziale al vaglio della neuroscienza cognitiva*, in *Dir. inf.*, 2024, 186; V. TENORE, *Riflessioni sulle diverse questioni giuridiche ed esistenziali derivanti dal crescente utilizzo di intelligenze artificiali*, in *Dir. rel. ind.*, 2024, 642; R.E. KOSTORIS, *Intelligenza artificiale, strumenti predittivi e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2024, 1642; N.M. TRITTO, *Il danno erariale da intelligenza artificiale*, in *federalismi.it*, 2024, 282; C. SAGONE, *Efficientamento della giustizia e intelligenza artificiale*, in *Riv. AIC*, 2024, 306; G. DE MINICO, *Giustizia e Intelligenza Artificiale: un equilibrio mutevole*, *ivi*, 85; C. TRINCADO CASTÁN, *The legal concept of artificial intelligence: the debate surrounding the definition of AI System in the AI Act*, in *Biolaw Journal*, 1, 2024, 305; Y. RAZMETAeva, *Artificial intelligence and the end of justice*, *ivi*, 345; Mau. FERRARI, *Ethical AI: Definition of the techno-legal rules to oversee decisions of the automation*, Napoli, 2024; U. RUFFOLO-A. AMIDEI, *Diritto dell'Intelligenza Artificiale*, II, 2024, Roma, 15 ss.; N. RANGONE, *Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare i numerosi rischi per trarne tutti i vantaggi*, *ivi*, 2, 2022, 473; S. ARDUINI, *La "scatola nera" della decisione giudiziaria: tra giudizio umano e giudizio algoritmico*, *ivi*, 2, 2021, 453.

⁴⁸ Così A. KISELEVA-D. KOTZINOS-P. DE HERT, *Transparency of AI in Healthcare as a Multilayered System of Accountability: Between Legal Requirements and Technical Limitations*, in *Front. Artif. Intell.*, 30 maggio 2022, 1-21, che pure correlano trasparenza del sistema intelligente e responsabilità del medico: «(...) in the AI context, the ability to comply with the requirement of informed consent depends not only on the medical knowledge of healthcare providers (as is normally the case) but also on their comprehension of AI-based devices and their decisions. In addition, physicians shall be provided with the information that enables them to choose in what situations to apply AI tools, how to use them, and how to verify the results that an AI system suggests» (p. 9).

⁴⁹ È così necessario sostituire l'*explainable AI* con una *human-centered explainable AI*: cfr. M. RIDLEY, *Human-centered explainable artificial intelligence: An Annual Review of Information Science and Technology (ARIST) paper*, in *Journ. Ass. Inf. Sc. Tech.*, 2025, 76 (1), 98. V., inoltre, N. HENKE-T. KELSEY-H. WHATELY, *Transparency – The Most Powerful Driver of Healthcare Improvement?*, in *Health International*, 11, 2011, 65, che individuano sei benefici della trasparenza in ambito sanitario: «accountability, choice, productivity, care quality/clinical outcomes, social innovation, and economic growth».



ANDREA COLARUOTOLO

Dottore di ricerca – Università Europea di Roma

INTELLIGENZA ARTIFICIALE IN SANITÀ TRA ETICA, RESPONSABILITÀ CIVILE E CONSENSO INFORMATO

SOMMARIO: 1. *L'impatto delle nuove tecnologie nel campo medico sanitario.* – 2. *Tassonomia e interazione uomo-macchina nel settore sanitario.* – 3. *Criticità dal punto di vista etico dell'e-Health.* – 4. *L'approccio eurounitario.* – 5. *La disciplina della responsabilità medica alla prova dell'I.A.* – 5.1. *La posizione del professionista sanitario nel caso di danni da impiego di sistemi intelligenti.* – 5.2. *La responsabilità della struttura sanitaria nell'uso di sistemi intelligenti.* – 5.3. *L'onere probatorio del paziente e il nesso di causalità.* – 6. *Luci e ombre sul binomio consenso informato e intelligenza artificiale.* – 7. *Conclusioni.*

1. – L'avvento nelle corsie ospedaliere delle nuove tecnologie emergenti dell'informazione e comunicazione, di cui l'intelligenza artificiale (di seguito anche I.A.)¹ costituisce la più dirompente epifania, ha dato luogo ad una nuova era della medicina, nota come *e-health*² o medicina 4.0³. Si tratta di un settore di nuova generazione, connotato dall'intersezione tra informatica, salute e business nell'ambito di una sempre maggiore integrazione con l'ecosistema medico sanitario.

Invero, il campo medico sanitario è uno dei settori maggiormente coinvolti dalla quarta rivoluzione industriale⁴ e costituisce uno dei terreni elettivi di sviluppo, applicazione e finanziamento delle nuove tecnologie emergenti negli ultimi anni⁵.

Questo è il logico corollario della disponibilità di una crescente massa di dati, strutturati e non, provenienti da svariate fonti: cartelle cliniche elettroniche, letteratura scientifica, sperimentazioni cliniche,

¹ L'art. 3 del Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, noto anche come "Artificial Intelligence Act" fornisce la seguente definizione di «sistema di IA»: un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali".

² G. EYSENBACH, *What is e-health*, in *Journal Medicine Internet Research*, 2001, 3, 2. In particolare, l'Autore ha individuato dieci concetti dietro la "e" di "e-Health": 1) Efficiency; 2) Enhancing quality; 3) Evidence based; 4) Empowerment; 5) Encouragement; 6) Education; 7) Enabling; 8) Extending; 9) Ethics; 10) Equity.

³ AA.VV., *E-health 4.0: buone pratiche cliniche e implicazioni medico-legali*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 2022, 1, 50. Per gli Autori, la medicina 4.0. costituisce "vera e propria "rivoluzione del sapere", caratterizzata dalla fusione di tecnologie e conoscenze già in uso nella medicina, quali quelle fisiche, biologiche e chimiche, che a loro volta si integrano con nuovi settori tecnologici, quali la bioingegneria e l'informatica".

⁴ K. SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution*, in *World Economic Forum*, 2016.

⁵ www.eu-robotics.net.



registri farmaceutici, reclami assicurativi, *smartphone*, *app*, “*fitness trackers*” e “*wearable device*”.

La promessa delle nuove tecnologie è quella di erogare servizi sanitari più rapidi ed efficienti a costi inferiori, atteso l’aumento della popolazione e il relativo ineliminabile bisogno di assistenza medica, cui fa da contraltare la penuria di personale sanitario e l’elevato costo delle cure⁶.

L’obiettivo è un’assistenza sanitaria sempre più incentrata sul paziente, con approcci personalizzati al processo decisionale, che implicheranno un sempre maggiore “coinvolgimento” dell’assistito nelle strategie di cura.

Nei prossimi decenni, le tecnologie emergenti verosimilmente non solo assisteranno e coadiuvano il medico⁷, ma l’automazione finirà per sostituire e superare l’uomo in molti compiti⁸: diagnosi, prognosi, operazioni chirurgiche, assistenza clinica, monitoraggio, tracciamento, raccolta dati, allocazione delle risorse⁹.

In prospettiva, le nuove tecnologie saranno poi impiegate per creare “ospedali cognitivi”, funzionali a facilitare complessivamente le interazioni con i pazienti e gestire efficientemente l’esperienza nosocomiale¹⁰.

Ne consegue che il *trend* relativo all’utilizzo di dispositivi intelligenti in medicina è destinato a crescere in misura esponenziale nel corso degli anni a venire.

Come evidenziato in recenti studi¹¹, l’I.A. in medicina può essere utilizzata per : i) la diagnostica

⁶ Z. DOLIC-R. CASTRO-A. MOARCAS, *Robots and healthcare: a solution or a problem?*, in *Study for the Committee on Environment, Public Health, and Food Safety, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies*, European Parliament, Lussemburgo, 2019, 7 ss.; P. LOVE, *OECD Insights Ageing: Debate the Issues*, Parigi, 2015.

⁷ W.N. PRICE, *Regulating Black-Box Medicine*, in *Michigan Law Review*, 2017, 116, 3, 426; J.R. BAMBAUER, *Dr. Robot*, in *Ucla Davis Law Review*, 2017, 51, 387 ss.; AA.VV., *Clinically Applicable Deep Learning for Diagnosis and Referral in Retinal Disease*, in *Nature Med.*, 2018, 24, 1342 ss.; M. KOMOROWSKI, L.A. CELI, O. BADAWI, A.C. GORDON, A. ALDO FAISAL, *The Artificial Intelligence Clinician Learns Optimal Treatment Strategies for Sepsis in Intensive Care*, in *Nature Med.*, 2018, 24, 1716 ss.; K. KOUROU, T.P. EXARCHOS, K.P. EXARCHOS, M.V. KARAMOZIS, D.I. FOTIADIS, *Machine Learning Applications in Cancer Prognosis and Prediction*, in *Computational and Structural Biotechnology Journal*, 2015, 13, 12 ss.

⁸ AA.VV., *International evaluation of an AI system for breast cancer screening*, in *Nature*, 2020, 577, 89 ss; B. KOCHER, Z. EMANUEL, *Will Robots Replace Drs.?*, 5 marzo 2019, www.brookings.edu; A.M. FROOMKIN, I. KERR, J. PINEAU, *When AIs Outperform Doctors: Confronting the Challenges of a Tort-Induced Over-Reliance on Machine Learning*, in *Arizona Law Review*, 2019, 61, 46 ss.; J.M. SINGER, P. O’LEARY, *Big Data and Human Medical Judgment: Regulating Next-Generation Clinical Decision Support*, in I.G. COHEN, H.F. LYNCH, E. VAYENA, URS GASSER (a cura di), *Big Data, Health Law, and Bioethics*, Cambridge University Press, 2018, 291 ss.; K. CHOCKLEY, E. EMANUEL, *The End of Radiology? Three Threats to the Future Practice of Radiology*, in *Journal of the American College of Radiology*, 2016, 13, 12, 1415 ss.; *Contra* F. PASQUALE, *Automating the Professions?*, in *University of Maryland Francis King Carey School of Law Legal Studies Research Paper*, 2016, 21, 9 ss. Secondo l’Autore, «Compared to the manufacturing, military, and finance sectors, the pace of automation has been sluggish in health care. Software has a difficult time mimicking the spontaneity, creativity, flexibility, and perceptiveness that are the hallmarks of good nurses, surgeons, psychiatrists, pediatricians, and so on. End-of-life care obviously requires that difficult decisions be made on the basis of imperfect information. The idea of mapping out every possibility in advance, and mechanizing the “termination of treatment,” is bizarre at best for anyone with personal or professional experience in an intensive care unit, nursing home, or hospice. The stakes are so high, the concept of what makes life worth living so ineffable and variable, the decision-making so intricately shared among family and providers, that routinization seems ill-advised at best, and deeply offensive at worst».

⁹ I. KERR, J. MILLAR, N. CORRIVEAU, *Robots and Artificial intelligence in Health Care*, in J. ERDMAN, V. GRUBEN, E. NELSON (a cura di), in *Canadian Health Law and Policy*, LexisNexis, 2017, 257 ss.

¹⁰ FORBES INSIGHT, *The Hospital Will See You Now*, 11 febbraio 2019, www.forbes.com.

¹¹ H. SAETRA, *The foundations of a policy for the use of social robots in care*, in *Technology in society*, 2020, 63, 2 ss.; W.N. PRICE, *Medical AI and Contextual bias*, cit., 66 ss.; ID., *Artificial Intelligence in the Medical System: Four Roles for Potential Transformat*, in *Yale Journal of Law & Technology*, 2019, 21, 122 ss.; V.J. MAR, P.H. SOYER, *Artificial Intelligence for Melanoma Diagnosis: How Can We Deliver on the Promise?*, in *Annals Oncology*, 2018, 29, 1625 ss. secondo cui “Arti-



per immagini¹²; ii) la chirurgia robotica controllata da remoto¹³; iii) il supporto alle decisioni cliniche¹⁴; iv) medicina di precisione¹⁵; v) scoperta di nuovi farmaci¹⁶; vi) trials clinici¹⁷; vii) predizione e previsione¹⁸; viii) *clinical audit*¹⁹; ix) affari amministrativi²⁰.

Alle indiscutibili opportunità per l'intero settore medico sanitario legate all'introduzione dei sistemi intelligenti tecnologie emergenti si accompagnano nuovi rischi di lesione di diritti fondamentali, che rappresentano un campo di riflessione ineludibile per i giuristi.

Vista l'estrema attualità e interesse dell'argomento, la presente trattazione mira a tratteggiare alcuni tra i principali interrogativi e nodi giuridici in tema di *malpractice* medico sanitaria all'attenzione degli interpreti, che hanno già da tempo cominciato a studiare e approfondire la materia sotto vari angoli di visuale²¹.

ficial intelligence (AI) promises a more standardised level of diagnostic accuracy, such that all people, regardless of where they live or which doctor they see, will be able to access reliable diagnostic assessment"; Z. OBERMEYER, E.J. EMANUEL, *Predicting the future: Big Data, Machine Learning, and Clinical Medicine*, in *New England Journal of Medicine*, 2016, 375, 13, 1216 ss.

¹² AA.VV., *What the radiologist should know about artificial intelligence – an ESR white paper*, in *Insights into Imaging*, 2019, 10, 44, 1 ss.

¹³ E. SVOBODA, *Your robot surgeon will see you now*, 25 settembre 2019, www.nature.com.

¹⁴ AA.VV., *Deep learning for prediction of colorectal cancer outcome: a discovery and validation study*, in *The Lancet*, 2020, 395, 10221, 350 ss.; V. COMBS, *South African clinics use artificial intelligence to expand HIV treatment*, 30 ottobre 2019, www.techrepublic.com.

¹⁵ AA.VV., *Data Rich, Information Poor: Can We Use Electronic Health Records to Create a Learning Healthcare System for Pharmaceuticals?*, in *Clinical Pharmacology and Therapeutics*, 2018, 105, 4, 912 ss.

¹⁶ AA.VV., *Deep learning enables rapid identification of potent DDR1 kinase inhibitors*, in *Nature Biotechnology*, 2019, 37, 9, 1038 ss.

¹⁷ C. LEE, A. LEE, *How Artificial Intelligence Can Transform Randomized Controlled Trials*, in *Translational Vision Science & Technology*, 2020, 9, 2, 9 ss.

¹⁸ AA.VV., *Predicting the risk of emergency admission with machine learning: Development and validation using linked electronic health records*, in *PLoS Medicine*, 2018, 15, 11, 1 ss.

¹⁹ AA.VV., *Artificial intelligence outperforms human students in conducting neurosurgical audits*, in *Clinical Neurology and Neurosurgery*, 2020, 192, 105732 ss.

²⁰ ACCENTURE, *The Intelligent Payer: A survival guide*, 2018, www.accenture.com.

²¹ M. FACCIOLO, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 3, 732 ss.; G. PROIETTI, *Responsabilità civile, inadempimento e sistemi di intelligenza artificiale*, in *Giustiziavivibile.com*, 7 febbraio 2023; A. D'ADDA, *Danni "da robot" (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 5, 805 ss.; S. MAULONI, M. MAZZANTI, L. BUSCEMI, *La nuova era dell'intelligenza artificiale: problemi medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 2022, 3, 679 ss.; M. TAMPIERI, *L'intelligenza artificiale e le sue evoluzioni. Prospettive civilistiche*, Cedam, 2022, 12 ss.; M. FACCIOLO (a cura di), *Profili giuridici dell'utilizzo della robotica e dell'intelligenza artificiale in medicina*, Esi, 2022, 57 ss.; U. RUFFOLO, *L'intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e "potenziamento"*, in *Giur. it.*, 2022, 502 ss.; G. VOTANO, *Intelligenza artificiale in ambito sanitario: il problema della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2022, n. 6, 669 ss.; G. PASCERI, *Intelligenza artificiale, algoritmo e machine learning. La responsabilità del medico e dell'amministrazione sanitaria*, Giuffrè, 2021, 15 ss.; A. BIANCARDO, *Problematiche etico giuridiche relative all'utilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario*, in *Jus-online*, 2021; F. LAGIOIA, *L'intelligenza artificiale in sanità: un'analisi giuridica*, Giappichelli, 2020, 13 ss.; A. FUSARO, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 6, 1344 ss.; V. DE BERARDINIS, *L'impiego delle nuove tecnologie in medicina*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pacini, 2020, 489 ss.; C. PERLINGIERI, *Responsabilità civile e robotica medica*, in *Tecnologie e Diritto*, 2020, n. 1, 161 ss.; E. A. FERIOLO, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e robot nella tutela della salute*, in A. D'ALOIA (a cura di) *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Franco Angeli, 2020, 423 ss.; V. DI GREGORIO, *Robotica e intelligenza artificiale: profili di r.c. in campo sanitario*, in *Resp. med.*, 2019, 4, 433 ss.; G. DI ROSA, *I robot medici*, in U. SALANITRO (a cura di), *Smart, la persona e l'infosfera*, Pacini, 2022, 115 ss.; M.S. NICCI, G. VETRUGNO, *Intelligenza artificiale e responsabilità nel settore sanitario*, in U. RUFFOLO (a cura di), *La nuova responsabilità medica*, Giuffrè, 2018,



2. – Come è noto, l'I.A. è un termine ombrello che abbraccia un ventaglio eterogeneo e diversificato di apparecchiature tecnologiche²².

Secondo uno studio di PwC²³, l'I.A. e la robotica sono progettati per svolgere in campo medico molteplici compiti²⁴, inquadrabili in almeno otto aree di applicazione: *keeping well, early detection, diagnosis, decision-making, treatment, end-of-life care, research and training*.

Posta l'estrema varietà delle tecnologie emergenti in ambito sanitario, pare quindi essenziale elaborare un sistema di classificazione che consenta l'identificazione, valutazione e controllo dei rischi associati alle nuove tecnologie.

In particolare, la necessità di procedere ad una tassonomia dei sistemi intelligenti di tipo medico sanitario assolve alla finalità di far emergere le connotazioni principali di queste strumentazioni così da poter costruire una metodologia per l'analisi delle relative implicazioni etico, sociali e giuridiche²⁵.

Senza alcuna pretesa di esaustività che si rivelerebbe fallimentare in forza della continua evoluzione tecnologica, sono identificabili almeno tre macro aree applicative dei sistemi intelligenti e di quelli robotici: clinica, riabilitativa e assistenziale²⁶.

La prima area riguarda quello spettro di strumentazioni, gestite prevalentemente da personale clinico qualificato, che supportano il processo di cura dei pazienti in attività come la diagnosi, il trattamento, l'intervento chirurgico e farmacologico nonché l'assistenza sanitaria.

La seconda area, invece, ricomprende un ampio spettro di applicazioni per l'assistenza di pazienti affetti da disturbi neurologici, problemi ortopedici e patologie legate all'invecchiamento. In questo settore, le nuove tecnologie sono volte a favorire il recupero delle funzionalità menomate ovvero perse sotto forma tanto di assistenza quanto di sostituzione, come esoscheletri o protesi.

La terza ed ultima area, infine, abbraccia quei sistemi il cui scopo è quello di fornire assistenza a pazienti e operatori sanitari in strutture ospedaliere, cliniche e assistenziali, come quelle tecnologie devolute allo svolgimento di compiti di *routine*.

Seguendo l'impostazione adottata nello studio "*Robotics for Healthcare, final report*"²⁷, è possibile discernere varie micro aree della robotica clinica²⁸, riabilitativa²⁹ e assistenziale³⁰.

237 ss., 601 ss.; U. RUFFOLO, *Artificial intelligence e nuove responsabilità nel settore medico e farmaceutico*, in U. RUFFOLO (a cura di), *La nuova responsabilità medica*, Giuffrè, 2018, 237 ss.

²² Cfr. nota 1.

²³ D. ARNOLD, T. WILSON, *What doctor? Why AI and robotics will define New Health*, 2017, 4 ss., www.pwc.com.

²⁴ I. KERR, J. MILLAR, N. CORRIVEAU, *Robots and Artificial intelligence in Health Care*, cit., 257.

²⁵ V. DE BERARDINIS, *L'impiego delle nuove tecnologie in medicina*, cit., 490-491.

²⁶ F. LAGIOIA, *L'intelligenza artificiale in sanità: un'analisi giuridica*, cit., 22 ss.

²⁷ M. BUTTER, A. RENSMA, J. BOXSEL, S. KALISINGH, M. SCHOONE, M. LEIS, G.J. GELDERBLUM, G. CREMERS, M. WILT DE, W. KORTEKAAS, A. THIELMANN, K. CUHLS, A. SACHINOPOULOU, I. KORHONEN, *Robotics for healthcare: Final report*, European Commission EC, 2008, www.ehealthnews.eu.

²⁸ In area clinica, le tecnologie emergenti sono impiegate prevalentemente per la chirurgia robotica e per il supporto alle decisioni diagnostiche e terapeutiche. Sotto il primo profilo, si distinguono: i) capsule robotiche per la localizzazione e rimozione dei tessuti; ii) sistemi robotici per la microchirurgia; iii) sistemi robotici per la chirurgia di precisione; iv) sistemi per la chirurgia mini invasiva; v) sistemi di telechirurgia; vi) sistemi Nanobot e Microbot. Sotto il secondo profilo, si menzionano: i) teliagnostica e monitoraggio; ii) sistemi intracopeorei e Smart medical capsules; iii) sistemi di intelligenza artificiale.

²⁹ In area riabilitativa, si riscontrano: i) sistemi di supporto alla coordinazione motoria; ii) sistemi di ausilio alla mobilità; iii) protesi intelligenti.

³⁰ In area assistenziale, si riscontrano: i) sistemi di ausilio ad attività logistiche; ii) sistemi di monitoraggio dei pazienti; iii) sistemi di supporto per attività di assistenza fisica; iv) sistemi di ausilio ad attività paramediche.



Per correttezza, si osserva che la classificazione di cui sopra è solo una delle tante nel campo della intelligenza artificiale e robotica applicata nel settore sanitario.

Lungi dall'aver rilievo meramente speculativo e didascalico, l'esercizio classificatorio in esame assolve alla finalità tanto di consentire all'interprete di affinare la consapevolezza rispetto alle peculiarità proprie di ciascuna tecnologia quanto di sollecitare un intervento regolatorio modulato a seconda dei rischi derivanti da ciascun *device* medicale senza limitarne l'utilizzo o bloccarne il miglioramento.

Come evidenziato in una recente analisi³¹, si individuano dalla predetta mappatura dei sistemi intelligenti e robotici in sanità alcuni criteri potenzialmente rilevanti per la definizione del regime giuridico di responsabilità.

Alla luce di quanto sopra, appare essenziale il fatto che la determinazione del regime giuridico della responsabilità e l'allocazione dei danni debbano tener conto delle specificità dei singoli sistemi intelligenti, non risultando ragionevole una parificazione orizzontale di applicazioni tecnologiche distanti tra loro³².

A conclusioni analoghe si è di recente pervenuti nel sistema *automotive* relativamente alle macchine *driverless*³³.

3. – Prima di esaminare i riflessi giuridici dell'*e-Health* in tema di *medical malpractice*, pare opportuno spendere alcune sintetiche considerazioni sotto il profilo etico relativamente all'ingresso delle nuove tecnologie emergenti dell'informazione e della comunicazione in sanità. A questo si ricollega la genesi e affermazione di una disciplina a sé stante, conosciuta come "*Machine medical ethics*"³⁴.

Con l'avvento dei sistemi medicali intelligenti l'ecosistema sanitario sta andando incontro ad una progressiva dematerializzazione³⁵, decentralizzazione³⁶ e disintermediazione³⁷ del rapporto medico-

³¹ F. LAGIOIA, *L'intelligenza artificiale in sanità: un'analisi giuridica*, cit., 44. Per l'Autrice, viene in rilievo un primo criterio relativo all'area applicativa di riferimento, giacché l'indagine sui profili giuridici va contestualizzata a seconda del campo operativo della tecnologia in esame. Un secondo aspetto concerne l'ambiente che può variare da ospedaliero o domestico nonché tra controllato o non controllato. Nel primo caso, l'utilizzo delle nuove tecnologie avviene solo da parte di personale specializzato, autorizzato e addestrato. Nel secondo caso, viceversa, l'interazione con i sistemi intelligenti e robotici coinvolge soggetti privi di competenze specialistiche, come pazienti o familiari. Un terzo elemento riguarda la natura materiale o immateriale della strumentazione. Un quarto criterio rinvia all'interazione uomo-macchina a seconda del tipo di contatto che si instaura tra sistema intelligente e individuo da cui a sua volta dipende la determinazione del tipo di rischio e di danno per coloro che vi entrano in contatto. Un quinto aspetto attiene all'autonomia del sistema rispetto al controllo e supervisione dell'uomo. Un sesto ed ultimo criterio riguarda la trasparenza e spiegabilità del sistema tecnologico in relazione al proprio funzionamento.

³² A. BERTOLINI, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, cit., 111 secondo cui "no one-size-fits-all approach may be adopted, even within a relatively narrow-tailored class of applications. Under the label 'medical robots' or 'medical AI', in fact, fall a broad variety of devices, which differ among one another for their technical features, diffusion, function and use".

³³ In USA, la National Highway and Traffic Safety Administration (NHTSA) ha adottato un sistema basato su cinque livelli di autonomia: il primo livello si riferisce ad auto dotate di tecnologie che supportano il conducente in determinati momenti della guida, come l'assistente di parcheggio e cruise control; il secondo livello combina sterzo e accelerazione; il terzo livello riguarda auto altamente automatizzate, dotate di sistemi capaci di sostituirsi al guidatore, pronto a riprendere il controllo del mezzo; il quarto livello si connota per il fatto che non si parla più di guida assistita ma di guida autonoma assoluta, in cui il conducente diventa un semplice passeggero lungo certi percorsi automatizzati; il quinto ed ultimo livello

³⁴ S. VAN RYSEWYK, M. PONTIER (a cura di), *Machine Medical Ethics. Intelligent Systems, Control and Automation: Science and Engineering*, Cham, 2015.

³⁵ La dematerializzazione si riferisce alla riduzione della condizione psico-fisica del paziente ad un insieme di dati e di informazioni.

³⁶ La decentralizzazione riguarda la possibilità di processare informazioni, formulare diagnosi, elaborare trattamenti, realizzare interventi chirurgici da remoto senza la necessaria presenza fisica on-site del sistema intelligente.

³⁷ La disintermediazione concerne l'intromissione dell'AI nel rapporto medico paziente.



paziente, cui il Parlamento Europeo aveva dedicato alcuni specifici considerando all'interno della Risoluzione del 2017 da prendere in considerazione nel processo legislativo³⁸.

In particolare, l'automazione conduce ad una progressiva perdita di contatto umano sotto il profilo qualitativo e quantitativo con l'inesorabile isolamento sociale dei pazienti, c.d. disumanizzazione delle cure³⁹. In altri termini, c'è il pericolo che il malato non venga più considerato come persona, bensì venga ridotto complessivamente ad un insieme di dati.

Peraltro, bisogna considerare che ci sono aspetti non "datificabili", come i profili culturali, sociali e psicologici di un paziente oppure gli elementi organizzativi di un contesto ospedaliero, di cui occorre tener conto per un'efficiente gestione del rischio nella relazione medico-paziente.

Sempre in tema di disumanizzazione delle cure, si osserva che le tecnologie emergenti destano dubbi e perplessità in punto di rispetto dell'autonomia del paziente, là ove le tecnologie emergenti siano volte a replicare artificiosamente la compagnia dell'uomo all'insegna della c.d. antropomorfizzazione delle macchine che snatura la differenza tra l'uomo e lo strumento⁴⁰. Invero, si registra un'erosione della dignità dell'assistito il cui miglioramento dello stato di salute passa attraverso spesso un processo che il paziente avrebbe disconosciuto se avesse avuto piena capacità mentale⁴¹.

In altri termini, un soggetto affetto da demenza può non essere in grado di discernere la compagnia di un uomo da quella di una macchina⁴².

Così procedendo, si rischia di pervenire secondo uno scivoloso crinale alla sostituzione del personale medico con robot e altri sistemi intelligenti nell'erogazione dell'assistenza sanitaria. Ciò nondimeno, alcuni autori prendono le distanze da questo ragionamento e considerano la manipolazione un imperativo morale se conduce a miglioramenti dello stato di salute⁴³.

Ulteriori preoccupazioni sorgono sia sotto il profilo dell'affidabilità e della sicurezza che sotto il profilo della trasparenza e dell'*accountability*. Invero, l'opacità (*black box*) dei meccanismi di funzionamento dei sistemi intelligenti impedisce di discernere il percorso logico tra gli *inputs* e gli *outputs*, ostacolando così la rilevazione di errori diagnostici terapeutici. Ciò deriva tanto dalla presenza di *soft-*

³⁸ Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, punti 31-35.

³⁹ P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale in medicina: alcune risposte – significative, ma parziali – offerte dal codice di deontologia medica (in materia di non discriminazione, consenso informato e relazione di cura)*, in Riv. it. inf e dir., 2024, 2, 4; W. BUELENS, *Robots and AI in the healthcare sector: potential existing legal safeguards against a(n) (un)justified fear for "dehumanisation" of the physician-patient relationship*, in J. DE BRUYNE, C. VANLEENHOVE (a cura di), *Artificial Intelligence and the Law*, 2021, 492; K. ASTROMSKÉ, E. PEIČIUS, P. ASTROMSKIS, *Ethical and legal challenges of informed consent applying artificial intelligence in medical diagnostic consultations*, in *AI & Society*, 2020, 2 ss.; F. CERIA, *Intelligenza artificiale a servizio dei pazienti per il contrasto a Covid-19*, in *Nuova giur. civ.*, 2020, 3, 49 ss.; Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, punto 32.

⁴⁰ A. BERTOLINI, G. AIELLO, *Robot companions: A legal and ethical analysis*, in *The Information Society*, 2018, 34, 3, 132; I. KERR, J. MILLAR, N. CORRIVEAU, *Robots and Artificial intelligence in Health Care*, cit., 269; K. DARLING, *Who is Johnny, Anthropomorphic framing in Human-Robot Interaction, Integration and Policy*, in P. LIN, R. JENKINS, K. ABNEY (a cura di), *Robot ethics 2.0: From Autonomous cars to Artificial Intelligence*, Springer, 2017, 173 ss.

⁴¹ N. SHARKEY, A. SHARKEY, *The eldercare factory*, in *Gerontology*, 2012, 3, 58, 282 ss.

⁴² R. SPARROW, L. SPARROW, *The hands of machines? The future of aged care*, in *Minds Machine*, 2006, 16, 2, 141 ss.

⁴³ A.M.C. ISAAC, W. BRIDEWELL, *White lies on silver tongues: why robots need to deceive (and how)*, in P. LIN, J. RYAN, K. ABNEY (a cura di), *Robot Ethics 2.0*, Oxford University Press, 2017; M. COECKELBERGH, *Care robots and the future of ICT-mediated elderly care: a response to doom scenarios*, in *AI Society*, 2016, 31, 4, 455 ss.; A. SHARKEY, N. WOOD, *The Paro seal robot: demeaning or enabling*, in *Proceedings of AISB*, 2014.



ware proprietari, inaccessibili da parte di terzi, quanto dalla complessità dei sistemi intelligenti, incomprensibili per l'uomo.

Non trascurabile è, poi, il c.d. “*deskilling*” professionale in sanità, consistente nel progressivo depauperamento di competenze e capacità del personale medico a causa dell'utilizzo crescente dei sistemi intelligenti⁴⁴. Quanto detto è emerso chiaramente in uno studio condotto da un gruppo di ricercatori della *City University of London*⁴⁵.

Parallelamente, l'interposizione delle macchine nell'elaborazione dei processi diagnostici e terapeutici porta con sé il pericolo della c.d. “*automation bias*” o “*algorithmic legitimacy*”, quale tendenza dell'uomo di seguire acriticamente le cc.dd. “*machine-generated decision*” con corrispondente insensibilità verso evidenze e soluzioni contrarie⁴⁶.

Peraltro, l'impiego sempre maggiore dell'intelligenza artificiale e dell'automazione in medicina potrebbe condurre alla scomparsa di intere discipline, come la radiologia⁴⁷.

A ciò si aggiunge la perdita di opportunità di formazione e di addestramento per i dottori con il paradossale per cui alla mancanza di medici specialisti a causa dell'I.A. bisognerà supplire con una maggiore automazione di certe attività senza contare la progressiva perdita di competenze professionali per cui risulterà sempre più arduo rilevare errori commessi dalle macchine⁴⁸.

⁴⁴ G. PASCERI, *Intelligenza artificiale, algoritmo e machine learning. La responsabilità del medico e dell'amministrazione sanitaria*, cit., 120-121; F. CEREÀ, *Intelligenza artificiale a servizio dei pazienti per il contrasto a Covid-19*, cit., 49 ss.; F. CABITZA, C. ALDERIGHI, R. RASOINI, G.F. GENSINI, *Potenziali conseguenze inattese dell'uso di sistemi di intelligenza artificiale oracolari in medicina*, in *Recenti progressi in medicina*, 2017, 108, 10, 398-399.

⁴⁵ A. POVYAKALO, E. ALBERDI, L. STRIGINI, P. AYTON, *How to discriminate between computer-aided and computer hindered decisions: a case study in mammography*, in *Medical Decision Making*, 2013, 33, 1, 98 ss. Dall'analisi condotta da un gruppo di ricercatori della City University of London sulla lettura di 180 mammogrammi da parte di 50 professionisti, è emersa una riduzione della sensibilità diagnostica del 14,5% per il rilievo di cancro mammario nei medici più esperti, quando a questi venivano presentate immagini di difficile lettura corredate con l'interpretazione da parte del computer, mentre solo un aumento dell'1,6% della sensibilità diagnostica è stato rilevato grazie al supporto del computer nel sottogruppo di medici meno esperti, quando a questi venivano presentati casi di più semplice interpretazione. I risultati dimostrano che l'eccessivo affidamento nei sistemi di Machine Learning da parte degli operatori influisce la loro performance e che serve ancora molta ricerca per individuare le dinamiche di questo fenomeno, soprattutto in rapporto alla diversa esperienza dei medici coinvolti e alla diversa difficoltà dei casi loro presentati.

⁴⁶ G. PASCERI, *Intelligenza artificiale, algoritmo e machine learning. La responsabilità del medico e dell'amministrazione sanitaria*, cit., 121; AA.VV., *Ethics of artificial intelligence in radiology: summary of the joint European and North American multisociety statement*, in *Insight imagine*, 2019, 1, 10, 101 ss.; W. NICHOLSON PRICE II, *Medical AI and Contextual bias*, cit., 102. Per l'Autore, “even if providers currently know what the ideal diagnostic or treatment pathway is, they may not actually exercise independent judgment when confronted with an algorithm providing a different conclusion. Automation bias refers to a phenomenon where individuals rely on the results of automation even when they know or should know that the automation is wrong. Sometimes, the individuals follow incorrect recommendations (commission errors), and sometimes they fail to notice problems when the software does not flag them for review (omission errors)”; F. CABITZA, C. ALDERIGHI, R. RASOINI, G.F. GENSINI, *Potenziali conseguenze inattese dell'uso di sistemi di intelligenza artificiale oracolari in medicina*, cit., 398-399.

⁴⁷ E. NERI, F. COPPOLA, V. MIELE, C. BIBBOLINO, R. GRASSI, *Artificial intelligence: Who is responsible for the diagnosis?*, in *La radiologia medica*, 2020, 125, 520 ss.; K. CHOCKLEY, E. EMANUEL, *The End of Radiology? Three Threats to the Future Practice of Radiology*, in *Journal of the American College Radiology*, 2016, 13, 12, 1415 ss. *Contra*, H. HARVEY, *Separating the art of medicine from Artificial intelligence*, 21 dicembre 2017, towardsdatascience.com.

⁴⁸ A.M. FROOMKIN, I. KERR, J. PINEAU, *When AIs Outperform Doctors: Confronting the Challenges of a Tort-Induced Over-Reliance on Machine Learning*, cit., 36 per cui “Once ML systems displace doctors in a specialty, the demand for such doctors will shrink as will training opportunities for human experts. Because we will continue to need humans to generate much of the training data for future ML systems, this reduction in human competence may create roadblocks to the continuing improvement of ML systems especially once new diagnostic sensors are available”.



Punti dolenti si rinvergono anche in tema di “*data bias*”, “*fairness*” ed equità⁴⁹. Sebbene la promessa dell’I.A. sia quella di rivolgere i benefici della medicina anche ai meno abbienti, le nuove tecnologie rischiano di riflettere e di consolidare asimmetrie insite nei dati di cui si nutrono⁵⁰. Senza una sufficiente varietà dei dati d’addestramento del sistema intelligente, l’I.A. non potrà giovare a quelle fasce della popolazione prive di adeguata rappresentazione⁵¹. Ne deriva il pericolo di discriminazioni occulte su larga scala, tali da danneggiare i soggetti più vulnerabili per motivi di razza, genere, etnia ed età. A ciò, va aggiunta la tendenza dei sistemi intelligenti a replicare e cristallizzare le distorsioni con il rischio che i pregiudizi sociali saranno “appresi” e “rafforzati” dall’I.A., senza interventi preventivi adeguati⁵².

Da non sottovalutare è, infine, il rischio di conflitti di interesse e di perdita dell’autonomia individuale⁵³. Da una parte, infatti, le esternalità dei sistemi intelligenti possono essere il portato di logiche di mercato volte a favorire determinati farmaci o trattamenti per scopi di lucro⁵⁴, anziché il c.d. *best interest* del paziente. Dall’altra, l’opacità dell’*output* della macchina si risolve in una limitazione della libertà di scelta delle cure e del consenso informato del paziente, là ove il medico non sappia spiegare la ragione sottesa dietro ad una certa diagnosi o trattamento⁵⁵.

4. – L’indagine sulla responsabilità civile per danni cagionati da sistemi intelligenti deve passare attraverso una rapida disamina delle ultime principali iniziative eurounitarie: il Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, noto anche come “*Artificial*

⁴⁹ D. SCHIFF, J. BORENSTEIN, *How should clinicians communicate with patients about the roles of artificially intelligent team members?*, in *AMA Journal of Ethics*, 2019, 21, 2, 138 ss.; D.S. CHAR, N.H. SHAH, D. MAGNUS, *Implementing machine learning in health care – addressing ethical challenges*, in *New England Journal of Medicine*, 2018, 378, 11, 981-983; NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Artificial intelligence (AI) in healthcare and research*, 2018, www.nuffieldbioethics.org; S. BIRD, S. BAROCAS, K. CRAWFORD, F. DIAZ, H. WALLACH, *Exploring or Exploiting? Social and Ethical Implications of Autonomous Experimentation in AI*, in *Workshop on Fairness, Accountability, and Transparency in Machine Learning*, 2016, www.microsoft.com.

⁵⁰ D. KHULLAR, *A.I. Could Worsen Health Disparities*, 31 gennaio 2019, www.nytimes.com dove si legge che “If, for example, poorer patients do worse after organ transplantation or after receiving chemotherapy for end-stage cancer, machine-learning algorithms may conclude such patients are less likely to benefit from further treatment – and recommend against it”.

⁵¹ W. NICHOLSON PRICE II, *Medical AI and Contextual bias*, cit., 91 ss. dove si legge che “Algorithmic translation can cause problems in care when there are systematic differences between the patient populations used to train the algorithm and those where the algorithm is later used. If the patients in the training data – the High-Resource Hospital – differ systematically from the patients in low-resource settings where the algorithm is deployed as part of an AI system, the system won’t do a good job dealing with those patients. Patient population differences, including ancestral origin/genetic variation, socioeconomic status, or general health status, can influence recommendations for treatment in many ways. These differences can influence both proper diagnosis and proper treatment”.

⁵² B. MITTELSTADT, *The impact of Artificial Intelligence on the doctor-patient relationship*, Council of Europe, December 2021, 6.

⁵³ J. R. BAMBAUER, *Dr. Robot*, cit., 397. L’Autore sottolinea che la segnalazione di conflitti di interesse ha senso se il paziente ha possibilità di scegliere un altro dottore. Per converso, diventa inutile la predetta segnalazione in mancanza di possibilità di scelta là ove tutti i fornitori di sistemi intelligenti in medicina siano mossi da interessi finanziari. In tal caso, la soluzione non è la segnalazione all’esterno di conflitti di interesse ma la doverosa assenza di fini ulteriori al c.d. *best interest* del paziente.

⁵⁴ Questa preoccupazione si accompagna al rischio di frodi, là ove i sistemi intelligenti siano finalizzati a favorire illecitamente i prodotti medicali e farmaceutici di una certa compagnia.

PRESS RELEASE, *Department of Justice, Electronic Health Records Vendor to Pay \$145 Million to Resolve Criminal and Civil Investigations*, 27 gennaio 2020 www.justice.gov.

⁵⁵ Aa.Vv., *Artificial intelligence: Who is responsible for the diagnosis?*, cit., 520 ss.



*Intelligence Act*⁵⁶; la Direttiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2024 sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi⁵⁷ e la proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità extracontrattuale da intelligenza artificiale COM(2022) 496 final del 28 settembre 2022 che abroga la direttiva 85/374/CEE del Consiglio⁵⁸.

Nell'agenda dell'Unione Europea, infatti, l'I.A. occupa una posizione strategica nei piani di intervento dei prossimi anni al fine di sostenere soluzioni innovative in linea con i valori dell'Unione⁵⁹. Alla base della "via europea" sull'I.A. si coglie la consapevolezza della globalità e centralità del tema che trascende i confini del diritto statale⁶⁰.

Essendo i sistemi intelligenti il presente e il futuro della tecnologia, l'UE mira a diventare attraverso la creazione di un ecosistema europeo di attori pubblici e privati un leader mondiale nello sviluppo di un'I.A. sicura, affidabile ed etica, come affermato dal Consiglio europeo⁶¹ e come richiesto dal Parlamento europeo⁶².

Ciò premesso, il Regolamento (UE) 2024/1689 delinea un quadro giuridico armonizzato per disciplinare lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di I.A. nell'Unione nel solco della già ampiamente consolidata normativa sulla sicurezza e la conformità dei prodotti, seguendo un approccio *ex ante* basato sul rischio. Secondo questa impostazione metodologica, i sistemi intelligenti sono suddivisi in quattro categorie di rischio: minimi, limitati, alti e inaccettabili.

Lo scopo dell'*AI Act* è quello di promuovere la diffusione di un'I.A. antropocentrica e affidabile, garantendo al contempo un elevato livello di protezione della salute, della sicurezza nonché dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In particolare, le previsioni dell'*AI Act* diventeranno efficaci in quattro distinte e successive fasi temporali⁶³.

Per i sistemi di I.A. aventi finalità generali sono contemplati obblighi specifici, a loro volta graduati sui rischi (sistemici). L'*enforcement* delle regole spetta a un apparato di autorità a due livelli, nazionale ed europeo, così richiedendo uno sforzo di coordinamento e di dialogo costruttivo tra le istituzioni. Nei casi di non conformità all'*AI Act*, sono previste rilevanti sanzioni pecuniarie per le violazioni, nonché misure restrittive, fino al ritiro dal mercato del sistema di I.A.

⁵⁶ il Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, noto anche come "Artificial Intelligence Act" disponibile al seguente link: eur-lex.europa.eu.

⁵⁷ La Direttiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2024, disponibile al seguente link: eur-lex.europa.eu.

⁵⁸ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale), Bruxelles, 28 settembre 2022, COM(2022) 496 final, disponibile al seguente link: eur-lex.europa.eu.

⁵⁹ A.F. URICCHIO, *La sfida della strategia europea dell'intelligenza artificiale tra regolazione e tassazione*, in A.F. URICCHIO, G. RICCIO, U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale tra etica e diritti. Prime riflessioni a seguito del libro bianco dell'Unione europea*, Cacucci, 2020, 193 ss.

⁶⁰ A. D'ALOIA, *Il diritto verso il "mondo nuovo". Le sfide dell'intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDiritto*, 2019, 1, 30; A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi: il difficile bilanciamento tra scienza, etica e diritto*, in *Anal. giur. dell'econ.*, 2019, 1, 56.

⁶¹ Consiglio europeo, riunione straordinaria del Consiglio europeo (1 e 2 ottobre 2020) – Conclusioni, EUCO 13/20, 2020, 6.

⁶² Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate (2020/2012(INL)).

⁶³ Art. 113 del Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024



Il documento pone grande enfasi sulla salvaguardia dei dati personali e sulla protezione della *privacy* dei cittadini, contenendo specifiche disposizioni volte a garantire un trattamento sicuro dei dati. Ne deriva che l'*AI Act* avrà un grande impatto sui dispositivi medici che contengono *software* di intelligenza artificiale.

Sul piano normativo, deve ritenersi che l'*AI Act* costituisca una disciplina regolamentare minima operante sia sul piano pubblicistico che su quello privatistico, che si affianca al diritto civile domestico senza sostituirlo. Le violazioni del regolamento possono così rappresentare fatti illeciti che integrano elementi costitutivi di fattispecie regolate dal diritto interno⁶⁴.

La Direttiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2024, dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 9 dicembre 2026, data a partire dalla quale sarà abrogata la direttiva 85/374/CEE del Consiglio.

La novella normativa ha modificato le nozioni di “prodotto”, facendovi rientrare i *software*, di “componente” del prodotto, ampliata ai servizi digitali, di fabbricante del prodotto, esteso anche a qualunque persona fisica o giuridica che modifichi in maniera sostanziale un prodotto al di fuori del controllo del fabbricante originario e lo metta successivamente in servizio o a disposizione sul mercato.

Per attenuare asimmetrie informative, sono previste a favore dell'attore alcune agevolazioni in tema di accesso alle prove e un alleggerimento dell'onere probatorio riguardo al carattere difettoso del prodotto e al nesso causale tra questo e il danno, con l'introduzione di specifiche presunzioni. Per scongiurare un'applicazione eccessiva dell'esimente del c.d. rischio da sviluppo, sono altresì contemplati alcuni indici di difettosità successivi alla messa in circolazione come la mancanza degli aggiornamenti o delle migliorie del *software* necessari per mantenere la sicurezza del prodotto, che il fabbricante doveva fornire.

Accanto all'*AI Act*, il diritto unionale prevede una separata proposta di Direttiva per regolamentare la responsabilità extracontrattuale da I.A., lasciando così intendere che le questioni di responsabilità aquiliana restano nel dominio del diritto domestico, al netto di un'armonizzazione dei vari diritti statuali tramite la direttiva.

La proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità extracontrattuale da intelligenza artificiale COM (2022) 496 final del 28 settembre 2022 rappresenta un'integrazione dell'*AI Act* che va a disciplinare le ipotesi di responsabilità *fault based*, cioè basate sulla colpa, che sfuggono all'applicazione della predetta Direttiva sulla responsabilità da prodotto. Sebbene l'*iter* di approvazione della Direttiva sia ancora in corso, il documento ha già sollevato vari interrogativi a fronte della previsione di un meccanismo di presunzioni differenziate in base al rischio con evidenti attriti rispetto alla legge interna riguardo all'*onus probandi*.

Con l'entrata in vigore della Direttiva, esemplificativamente, il soggetto danneggiato da *medical devices* intelligenti dovrà dimostrare la colpa del medico e il danno subito per far scattare la presunzione della sussistenza anche del nesso di causalità a differenza dell'ordinamento giuridico interno che richiede la prova di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi per l'affermazione della responsabilità civile.

Nei paragrafi successivi, la responsabilità derivante dall'impiego dell'I.A. in medicina sarà esami-

⁶⁴ A. FEDI, *Tre osservazioni sull'AI Act e il suo rapporto con il diritto dei contratti*, in *Riv. dir. media – Medialaw*, 20 dicembre 2024, www.medialaws.eu. Per l'Autore, esemplificativamente, la violazione, da parte del fornitore, delle norme sui sistemi di AI ad alto rischio, dovrebbe ragionevolmente innescare la sua responsabilità per vizi o mancanza di qualità (artt. 1492 e 1497 o 1578 o 1667 cod. civ.), a seconda dei casi di vendita, licenza e sviluppo su commissione.



nata alla luce della vigente disciplina della *medical malpractice* per valutarne l'effettività e saggiarne l'attualità rispetto alle questioni sollevate dall'ingresso delle nuove tecnologie emergenti.

5. – L'ampia diffusione e applicazione di sistemi intelligenti in sanità comporterà gravi torsioni delle tradizionali categorie civilistiche di imputazione della responsabilità civile come autore, condotta, causalità, offesa e colpevolezza⁶⁵.

Ne deriva che il problema dell'allocazione della responsabilità civile in caso di eventi avversi da utilizzo delle nuove tecnologie occupa una posizione centrale nel dibattito, attesa l'opacità dei processi di apprendimento e di decisione dei sistemi intelligenti per cui non è dato spesso comprendere il percorso logico seguito dalla macchina rispetto ad una certa conclusione. Ciò si ricollega al fatto che l'“IA ‘ragiona’ per inferenza statistica, e non per deduzione causale”⁶⁶.

Essendo privi di soggettività giuridica e non potendo quindi essere ritenuti responsabili in proprio i sistemi intelligenti per i danni causati a terzi, l'obbligazione risarcitoria dovrà necessariamente gravare in capo ad un agente umano.

Tuttavia, l'allocazione della responsabilità civile a seguito della verifica di incidenti derivanti dall'utilizzo di sistemi intelligenti in ambito sanitario si presenta più complessa rispetto ad altri contesti giuridici, giacché si inseriscono nel rapporto intercorrente tra la già variegata compagine di soggetti astrattamente suscettibili di acquisire la qualifica di produttore della tecnologia emergente⁶⁷ e il paziente due nuovi attori: la struttura nosocomiale, che è l'acquirente del dispositivo medico intelligente, e l'operatore medico sanitario, che utilizza il *device* medico intelligente all'interno dell'istituto di cura⁶⁸.

Ne deriva che l'imputazione della responsabilità per danni provocati da dispositivi intelligenti in sanità diventa soggettivamente complessa, perché coinvolge vari attori che afferiscono a settori differenti e non sempre riconducibili a quello medico, come il produttore, il programmatore, l'assemblatore, l'ideatore e il *trainer* dell'algoritmo⁶⁹.

Vista la diversa fenomenologia di eventi avversi derivanti, direttamente o indirettamente, dall'impiego dell'I.A. in medicina, l'individuazione del regime giuridico di responsabilità civile muta a seconda del tipo di danno, della natura del danneggiante e del carattere di relazione con il paziente.

Nell'ambito di questa riflessione, occorre individuare un punto di equilibrio tra due contrapposte istanze⁷⁰. Da una parte, bisogna evitare un appesantimento del regime di responsabilità degli operatori medico sanitari per eventi avversi che trascendono la loro sfera di azione e di controllo per non disincentivare l'impiego delle nuove tecnologie con tutti i benefici connessi nell'erogazione delle cure e nel trattamento dei malati. Dall'altra, è necessario preservare l'interesse del paziente a non ricevere una tutela deteriore rispetto a quella offerta ai pazienti danneggiati da trattamenti sanitari tradizionali, ga-

⁶⁵ A. FEDI, *Tre osservazioni sull'AI Act e il suo rapporto con il diritto dei contratti*, in *Riv. dir. media – Medialaw*, 20 dicembre 2024, www.medialaws.eu.

F. LAGIOIA, *L'intelligenza artificiale in sanità: un'analisi giuridica*, cit., 2; G. GUERRA, *Profili di responsabilità del produttore di robot chirurgico nell'ordinamento americano*, in *Resp. med.*, 2020, 2, 216.

⁶⁶ G. VOTANO, *Intelligenza artificiale in ambito sanitario: il problema della responsabilità civile*, cit., 670.

⁶⁷ M. FACCIOI, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria*, cit., 742.

⁶⁸ G. M. NOLI, *Product liability e settore medico-farmaceutico*, in U. RUFFOLO (a cura di), *La nuova responsabilità medica*, Giuffrè, 2018, 285 ss.

⁶⁹ R. SCOTTI, *La responsabilità civile dei danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario*, in *Giust. civ.*, 2024, 1, 165.

⁷⁰ M. FACCIOI, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria*, cit., 735.



rantendo il medesimo livello di protezione previsto nei casi in cui non sia coinvolto un sistema intelligente⁷¹.

5.1. – Dinanzi al fenomeno dell'*e-Health*, l'interrogativo più incalzante è quello relativo all'applicazione degli stessi criteri di imputazione della responsabilità civile utilizzati in ambito sanitario.

Com'è noto, l'attuale normativa vigente in tema di *malpractice* sanitaria si ricollega alla c.d. legge Gelli-Bianco (legge 8 marzo 2017, n. 24)⁷², che delinea un doppio binario di responsabilità: extracontrattuale, ex art. 2043 cod. civ., in capo all'operatore sanitario, e, contrattuale ex artt. 1218 e 1228 cod. civ., in capo all'istituto di cura per i danni provocati dai propri sanitari.

Sebbene l'impiego delle tecnologie emergenti possa aumentare la precisione e l'accuratezza dell'intervento medico, si deve ritenere a livello nazionale che l'I.A. e la robotica avanzata siano fattori di per sé neutrali rispetto all'inquadramento dell'attività del professionista sanitario, come avviene per l'uso di qualsiasi applicazione o presidio sanitario nell'erogazione della prestazione sanitaria⁷³. Nell'erogazione della prestazione di cura tramite l'utilizzo delle tecnologie emergenti, quindi, l'attività del professionista sanitario resta riconducibile nell'ambito delle obbligazioni di mezzi, e non di risultato⁷⁴.

Essendo, quindi, come sopra evidenziato l'I.A. un mero strumento a disposizione degli operatori sanitari e degli istituti di cura, questi restano responsabili delle proprie azioni ed omissioni. Ne deriva che il professionista sanitario continua a soggiacere ad un regime di responsabilità per colpa a titolo aquiliano anche dinanzi all'erroneo impiego di strumenti di I.A. tutte le volte in cui il danno cagionato al paziente dall'utilizzo del dispositivo intelligente sia dovuto alla violazione del canone della diligenza professionale imposto dall'art. 1176, comma 2, cod. civ., nonché all'inosservanza delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali cui fa riferimento l'art. 5 Legge Gelli-Bianco.

⁷¹ Si tratta di un'esigenza, quella di evitare una *deminutio* della tutela del danneggiato che abbia subito un pregiudizio da un sistema di I.A. rispetto a chi sia stato leso dalla stessa attività eseguita in maniera tradizionale, che trascende l'ambito sanitario e che presenta una portata generale: cfr. sul punto *amplius*, U. SALANITRO, *Intelligenza artificiale e responsabilità: la strategia della Commissione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1254 ss.

⁷² Per una ricostruzione, cfr.: E.A. EMILIOZZI, *La responsabilità medica*, Giuffrè, 2023; N. TODESCHINI (a cura di), *La responsabilità in medicina. Dalla discussione del caso pratico alla regola. Una guida operativa completa alla riforma Gelli Bianco; la colpa civile e penale, il consenso informato, i procedimenti e i profili assicurativi*, Utet Giuridica, 2023; C. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità a doppio binario*, in G. IUDICA (a cura di), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Giuffrè, 2019; R. DE MATTEIS, *Le responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, Wolters Kluwer, 2017; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La riforma della responsabilità sanitaria tra amnesie legislative e deviazioni giurisprudenziali*, in *Danno e resp.*, 2023, n. 2, 129 ss.

⁷³ G. VOTANO, *Intelligenza artificiale in ambito sanitario: il problema della responsabilità civile*, cit., 674 s.; G. PASCERI, *Intelligenza artificiale, algoritmo e machine learning. La responsabilità del medico e dell'amministrazione sanitaria*, cit., 116; M. FACCIOLI, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria*, cit., 736; A. COLARUOTOLO, *Intelligenza artificiale e responsabilità medica: novità, continuità e criticità*, in *Resp. med.*, 2022, 306; V. DI GREGORIO, *Robotica e intelligenza artificiale: profili di r.c. in campo sanitario*, cit., 442; A. FIORENTINI, *Machine Learning e dispositivi medici: riflessioni in materia di responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2021, 10, 1261;

⁷⁴ V., fra gli altri, G. SICCHIERO, *Dell'adempimento. Artt. 1176-1179*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 2016, 194; M. AZZALINI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Categorie giuridiche travisate*, Cedam, 2012, 80 ss.; G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Dike Giuridica, 2017, 84 ss.; S. VICIANI, *Errore in medicina e modelli di responsabilità*, ESI, 2016, 135 ss.; M. DE LUCA, M. FERRANTE, A. NAPOLITANO, *La responsabilità civile in ambito sanitario (artt. 7-9 l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 760 ss.; A. DI MAJO, *Il giudizio di responsabilità civile del medico dopo la legge Gelli e cioè la perizia "guidata"*, in *Giur. it.*, 2018, 844 ss.; ID., *La salute responsabile*, Giappichelli, 2018, 29 ss.



La responsabilità contrattuale dell'operatore sanitario, viceversa, residuerà allorché il professionista, seppur dipendente dell'ospedale, abbia stipulato un rapporto negoziale con il paziente.

In sostanza, le nuove tecnologie emergenti costituiscono uno strumento di lavoro di cui l'operatore medico sanitario si avvale per l'espletamento della sua attività all'interno della struttura nosocomiale dove "la regia dell'intervento (è) ancora tutta umana"⁷⁵.

Pertanto, il fallimento delle cure e il peggioramento della salute in capo al paziente a seguito dell'utilizzo dell'I.A. non implicano automaticamente la sussistenza di un errore medico.

Ai fini dell'affermazione di responsabilità dell'operatore sanitario, occorre valutare se l'operatore abbia agito o meno secondo le *leges artis* alla stregua di un agente modello della stessa specialità medica nelle medesime circostanze⁷⁶. Esemplificativamente, il personale sanitario può essere chiamato a rispondere in caso di eventi avversi per essersi avvalso di sistemi intelligenti senza avere le competenze necessarie, per avere impiegato tali tecnologie in relazione ad un caso clinico le cui caratteristiche avrebbero imposto metodi di cura tradizionali, per avere utilizzato una tecnologia intelligente nella consapevolezza o nella colpevole ignoranza del suo malfunzionamento, per non avere rilevato l'erroneità delle indicazioni diagnostiche e terapeutiche fornite dal dispositivo secondo un criterio di diligenza professionale⁷⁷.

Ed ancora, la valutazione della condotta del medico dovrà necessariamente tener conto del rispetto di un *duty to stay abreast*⁷⁸, consistente in un obbligo di formazione e aggiornamento professionale rispetto all'utilizzo delle nuove tecnologie nella prassi medico sanitaria⁷⁹. Allo stesso modo, l'operatore sanitario deve informarsi sulle modalità di funzionamento del sistema intelligente, onde comprendere se il suo ricorso risulti appropriato relativamente ad una certa patologia o classe di pazienti che potrebbero non essere stati adeguatamente presi in considerazione nella costruzione, sviluppo e allenamento dell'I.A.

Quando utilizza un sistema intelligente, pertanto, il professionista è tenuto sempre a verificare la correttezza dell'*outcome* diagnostico o terapeutico della macchina in relazione alle specifiche condizioni del destinatario delle cure e del sapere professionale a pena di responsabilità. Diversamente, si rischia la creazione di un sistema che vede i dottori "*slaves to the machine*"⁸⁰.

⁷⁵ C. PERLINGIERI, *Responsabilità civile e robotica medica*, cit., 171 ss.

⁷⁶ W.N. PRICE I, *Medical Malpractice and Black-Box Medicine*, in AA.VV. (a cura di), *Big Data, Health Law, and Bioethics*, Cambridge University Press, 2018, 300 ss.; FENECH, STRUKELJ, BUSTON, *Ethical, Social, and Political Challenges of Artificial Intelligence in Health*, 2018, 35, [wellcome.org](https://www.wellcome.org); AA.VV., *Legal, regulatory, and ethical frameworks for development of standards in artificial intelligence (AI) and autonomous robotic surgery*, in *The International Journal of Medical Robotics and Computer Assisted Surgery*, 2018, 7 ss.

⁷⁷ G. VOTANO, *Intelligenza artificiale in ambito sanitario: il problema della responsabilità civile*, cit., 676; A. COLARUOTOLO, *Intelligenza artificiale e responsabilità medica: novità, continuità e criticità*, cit., 306.

⁷⁸ Il *duty to stay abreast* è stato per la prima volta riconosciuto dalla Corte d'appello di Washington nel caso Wash. Hospital Centre Ctr., 579 A.2d 177 (1990).

⁷⁹ W.N. PRICE II, S. GERKE, G. COHEN, *Potential liability for physicians using artificial Intelligence*, in *JAMA*, 2019, 1765 secondo cui "Physicians have a substantial role in shaping the liability issue. In their practices, physicians should learn how to better use and interpret AI algorithms, including in what situations an available medical AI should be applied and how much confidence should be placed in an algorithmic recommendation"; W. BUELENS, *Robots and AI in the healthcare sector: potential existing legal safeguards against a(n) (un)justified fear for "dehumanisation" of the physician-patient relationship*, cit., 496; U. RUFFOLO, *Artificial intelligence e nuove responsabilità nel settore medico e farmaceutico*, cit., 258.

⁸⁰ Z. DOLIC, R. CASTRO, A. MOARCAS, *Robots and healthcare: a solution or a problem?*, cit., 20.



5.2. – Come previsto dal regime a “doppio binario” della responsabilità medica di cui all’art. 7 Legge Gelli-Bianco, può sussistere tanto accanto quanto a prescindere dalla responsabilità vicaria del personale medico sanitario strutturato una diretta e autonoma responsabilità a titolo contrattuale della struttura sanitaria.

Da una parte, quindi, il danno subito dal paziente a seguito della condotta colposa dell’operatore medico sanitario per l’erroneo impiego di strumenti intelligenti dovuto ad imperizia o negligenza determina l’insorgenza della responsabilità della struttura sanitaria da inadempimento contrattuale.

Dall’altra e indipendentemente dall’attività del medico, può venire in rilievo una responsabilità a titolo contrattuale della struttura sanitaria per c.d. difetto di organizzazione⁸¹. Quest’ultima si ricollega all’inadempimento dell’obbligo derivante dal contratto atipico di ospitalità intercorrente con i pazienti, per cui la struttura nosocomiale è tenuta ad una prestazione complessa che non si esaurisce nell’effettuazione delle cure mediche e di quelle chirurgiche, ma si estende ad una serie di altri obblighi accessori e doveri organizzativi, consistenti nella messa a disposizione di personale medico ausiliario e di personale paramedico, di pronto soccorso, di medicinali, di tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché in prestazioni *latu sensu* alberghiere, quali il ricovero, la fornitura di alloggio, il vitto, l’assistenza al paziente fino alla sua dimissione nella messa a disposizione di spazi salubri e adeguati all’assistenza medico sanitaria, tra cui potrebbe rientrarvi anche quella relativa all’utilizzo delle nuove tecnologie emergenti⁸².

Nello scenario in considerazione, esemplificativamente, l’ente nosocomiale può essere chiamato a rispondere per danni cagionati da sistemi intelligenti che non siano stati sottoposti alle ordinarie procedure di manutenzione, controllo e aggiornamento per assicurare il loro regolare funzionamento⁸³.

Parimenti, gli istituti di cura potranno essere considerati responsabili per non aver formato il personale medico sanitario, garantendo loro adeguate conoscenze e competenze circa il corretto impiego delle nuove tecnologie⁸⁴, quanto per aver omesso l’impiego del sistema chirurgico automatizzato una volta entrato a far parte dello *standard of care*⁸⁵. Tuttavia, la struttura sanitaria non può essere ritenuta responsabile dei danni dovuti a difetti di fabbricazione e di funzionamento non rilevabili con un’ispezione diligente, come avviene oggi nell’ipotesi di apparecchiature tecnologiche tradizionali⁸⁶.

⁸¹ M. FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pacini Giuridica, 2018.

⁸² R. SCOTTI, *La responsabilità civile dei danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario*, cit., 168 ss.

⁸³ R. TUCCILLO, *Intelligenza artificiale e prestazioni sanitarie: impatto sulla relazione di cura e sullo statuto della responsabilità*, in *Dir. merc. tecn.*, 16 maggio 2022, 31 ss.; G. VOTANO, *Intelligenza artificiale in ambito sanitario: il problema della responsabilità civile*, cit., 674; A. COLARUOTOLO, *Intelligenza artificiale e responsabilità medica: novità, continuità e criticità*, cit., 306; F. LAGIOIA, *L’intelligenza artificiale in sanità: un’analisi giuridica*, cit., 95; C. PERLINGIERI, *Responsabilità civile e robotica medica*, cit., 170; A. FIORENTINI, *Machine Learning e dispositivi medici: riflessioni in materia di responsabilità civile*, cit., 1262 ss.

⁸⁴ A. COLARUOTOLO, *Intelligenza artificiale e responsabilità medica: novità, continuità e criticità*, cit., 306; G. VOTANO, *Intelligenza artificiale in ambito sanitario: il problema della responsabilità civile*, cit., 678; G. PASCERI, *Intelligenza artificiale, algoritmo e machine learning. La responsabilità del medico e dell’amministrazione sanitaria*, cit., 101; A. FIORENTINI, *Machine Learning e dispositivi medici: riflessioni in materia di responsabilità civile*, cit., 1262 ss.

⁸⁵ G. VOTANO, *Intelligenza artificiale in ambito sanitario: il problema della responsabilità civile*, cit., 677; G. PASCERI, *Intelligenza artificiale, algoritmo e machine learning. La responsabilità del medico e dell’amministrazione sanitaria*, cit., 101; A. FIORENTINI, *Machine Learning e dispositivi medici: riflessioni in materia di responsabilità civile*, cit., 1263.

⁸⁶ In senso contrario v., peraltro, A. D’ADDA, *Danni “da robot” (specie in ambito sanitario) e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, cit., 813, secondo cui, “nel caso della struttura [...], si potrebbe ritenere che come ad essa, ai sensi dell’art. 1228 c.c., viene imputata in via oggettiva la condotta negligente



In definitiva, l'istituto di cura risponderà a titolo contrattuale per i danni cagionati al paziente derivanti dall'erroneo impiego di sistemi intelligenti, ove il pregiudizio sia causalmente riconducibile ad un'inadempienza alle obbligazioni ad essa facenti carico circa la diligente organizzazione dell'ente nei limiti dell'impossibilità non imputabile⁸⁷.

5.3. – Nell'accertamento della responsabilità civile in caso di danni cagionati al paziente per effetto dell'utilizzo di sistemi intelligenti in sanità bisogna porre particolare attenzione al profilo relativo al controllo del professionista sanitario sull'operato del dispositivo intelligente.

A fronte di eventi avversi, la totale autonomia e opacità del processo decisionale della macchina è idonea ad interrompere il nesso di causalità materiale tra la condotta del medico e l'evento di danno, cagionato dall'impiego delle nuove tecnologie emergenti a prescindere dalla ricostruzione dell'elemento soggettivo⁸⁸.

Nondimeno, torna ad applicarsi la normativa dettata dalla Legge Gelli-Bianco se la decisione finale della diagnosi e del trattamento sanitario spetta all'operatore medico.

Ne consegue che incombe sul paziente l'onere della prova di tutti gli elementi di struttura dell'illecito aquiliano, dove il principale profilo critico con riferimento ai danni provocati dall'uso dell'I.A. riguarda proprio la dimostrazione del nesso causale tra la condotta e l'evento lesivo secondo un ragionamento logico-deduttivo in base al criterio del "più probabile che non"⁸⁹.

Tuttavia, l'aspettativa di ristoro del paziente danneggiato finisce per essere fortemente pregiudicata o addirittura esclusa dall'opacità delle nuove tecnologie emergenti che impedisce di risalire alla causa del danno, atteso il funzionamento spesso imperscrutabile e incomprensibile dei dispositivi medicali intelligenti⁹⁰.

dell'ausiliario umano, un tale esito debba essere guadagnato anche nel caso di sinistro cagionato dall'ausiliario macchina artificiale. [...] Certo, si potrebbe ritenere che proprio il difettoso funzionamento della macchina "incontrollabile" integri quella impossibilità non imputabile – appunto insuperabile mediante lo sforzo diligente – che è l'unica ragione di esclusione della responsabilità da inadempimento [della struttura sanitaria]. Ma sembra invece più ragionevole imputare a chi decide di servirsi della macchina di intelligenza artificiale nell'esercizio della propria attività [...] d'impresa i danni che il difettoso funzionamento di quest'ultima arreca al creditore: in una logica analoga a quella che imputa al debitore la responsabilità per il fatto dell'ausiliario".

⁸⁷ R. SCOTTI, *La responsabilità civile dei danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario*, cit., 170 ss. Sul punto vd. anche per ulteriori riferimenti C. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità sanitaria nel nuovo "diritto vigente": problemi e prospettive*, in M. FACCIOLI, S. TROIANO (a cura di), *Risarcimento del danno e assicurazione nella nuova disciplina della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24)*, Esi, 2019, 29 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità a doppio binario*, in G. IUDICA (a cura di), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Giuffrè, 2019, 92 ss.; M. FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, 81 ss.

⁸⁸ Per il necessario accertamento preventivo del nesso di causalità rispetto all'elemento soggettivo della colpa, cfr. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577; Cass., 21 luglio 2011, n. 15991, in *Danno e resp.*, 2013, 42 ss. con nota di B. TASSONE; in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 12, 2496, con nota di G. MIOTTO; Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Danno e resp.*, 2008, 1, 43.

⁸⁹ *ex multis* Cass., 6 luglio 2020, n. 13872, in *Foro it.*, 2020, 11, I, 3467 per cui "La regola del "più probabile che non" implica che rispetto ad ogni enunciato si consideri l'eventualità che esso possa essere vero o falso, ossia che sul medesimo fatto vi siano un'ipotesi positiva ed una complementare ipotesi negativa", sicché, tra queste due ipotesi alternative, il giudice deve scegliere quella che, in base alle prove disponibili, ha un grado di conferma logica superiore all'altra". In dottrina, cfr.: L. NOCCO, *Il nesso causale e la responsabilità sanitaria: un itinerario in perenne evoluzione*, in *Danno e resp.*, 2012, 953; B. TASSONE, *Responsabilità contrattuale, prova del nesso, concause e «più probabile che non»*, in *Foro it.*, 2018, 2, 566 ss.

⁹⁰ S. MAULONI, M. MAZZANTI, L. BUSCEMI, *La nuova era dell'intelligenza artificiale: problemi medico-legali*, cit., 698 ss.; G. VOTANO, *Intelligenza artificiale in ambito sanitario: il problema della responsabilità civile*, cit., 678; A. COLARUOTOLO, *Intelligenza artificiale e responsabilità medica: novità, continuità e criticità*, cit., 307; F. LAGIOIA, *L'intelligenza artificiale in sanità: un'analisi giuridica*, cit., 109.



Quanto appena detto si riflette, poi, sulla diversa ipotesi della causa incerta o ignota⁹¹. Secondo la giurisprudenza di legittimità⁹², incombe sul paziente provare il nesso di causalità materiale, quale legame eziologico tra la condotta del sanitario e l'evento di danno. Solo successivamente, spetta al professionista sanitario o alla struttura nosocomiale dimostrare di aver adempiuto o di non aver potuto adempiere per una causa ad essi non imputabile, nonostante l'impiego della diligenza richiesta ai sensi dell'art. 2236 cod. civ.

In questa ripartizione dell'onere della prova, le conseguenze sfavorevoli ricadranno rispettivamente sul paziente creditore, se questi non è in grado di dimostrare, neppure presuntivamente, la relazione causale con la condotta del sanitario. Se, viceversa, resta ignota la causa dell'impossibilità sopravvenuta della diligenza professionale saranno il professionista o la struttura sanitaria a sopportare il peso dell'omesso assolvimento dell'onere probatorio e ad essere chiamati a risarcire il danno⁹³.

Nel contesto dell'*e-Health*, quindi, la vigente disciplina della responsabilità professionale continua ad applicarsi laddove la causa del danno derivi da un uso improprio dei sistemi medicali intelligenti tutte le volte in cui l'operatore medico e la struttura sanitaria conservino un potere di controllo sul dispositivo. Ne deriva che la responsabilità civile per *malpractice* medica sarà valutata sulla base degli standard di cura esistenti per un professionista qualificato⁹⁴.

Per converso, la dimostrazione da parte del paziente leso del nesso causale tra condotta ed evento di danno risulterà assai difficoltosa se il trattamento sanitario risulti affidato interamente al sistema intelligente, cui si correla l'assenza di controllo da parte del professionista sanitario e uno scarso grado di trasparenza sul suo funzionamento⁹⁵. Ciò si ricollega all'opacità dei sistemi intelligenti, il cui procedimento di funzionamento alla base di un certo *output*, rivelatosi poi dannoso, è spesso imperscrutabile all'esterno con la conseguenza che il paziente danneggiato non potrà essere risarcito⁹⁶.

⁹¹ G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, Ipsoa, 2013; R. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, Giappichelli, 2007.

⁹² Cass., 26 novembre 2020, n. 26907 in *Foro it.*, 2021, 2, I, 524; Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, in *Foro it.*, 2017, 11, I, 3358; Cass., 11 novembre 2019, nn. 28991-28992, in *Foro it.* – *Speciali*, 2020, I, con note di R. PARDOLESI, R. SIMONE, G. D'AMICO, F. MACARIO, F. PIRAINO, U. IZZO; in *Danno e resp.*, 2020, 1, con note di G. PONZANELLI, M. FRANZONI, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO. In dottrina, M. FACCIOI, *“Presunzioni giurisprudenziali” e responsabilità sanitaria*, in *Contr. e impr.*, 2014, 79 ss.

⁹³ L'orientamento si è come noto consolidato con le pronunce di “San Martino 2019” rese da Cass. civ., 11 novembre 2019, nn. 28991-28992, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, 193, con note di M. FRANZONI, *Onere della prova e il processo* e C. SCOGNAMIGLIO, *L'onere della prova circa il nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*. Per un approfondimento, cfr. ex multis N. RIZZO, *La causalità civile*, Giappichelli, 2023, 72 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La Cassazione mette a punto e consolida il proprio orientamento in materia di onere della prova sul nesso di causa nella responsabilità contrattuale del sanitario*, in *Danno e resp.*, 2020, 307 ss.; F. PIRAINO, *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, in *Danno e resp.*, 2020, 5, 559 ss.; A. PLAIA, *La responsabilità del medico e l'argomento statistico*, in *Contratti*, 2020, 3, 341 ss.; G. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 4, 1341 ss.

⁹⁴ R. SCOTTI, *La responsabilità civile dei danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario*, cit., 178; A.G. GRASSO, *Diagnosi algoritmica errata e responsabilità medica*, cit., 352.

⁹⁵ G. VOTANO, *Intelligenza artificiale in ambito sanitario: il problema della responsabilità civile*, cit., 673. Per l'Autore, maggiore è “il livello di controllo che i professionisti manterranno sui dispositivi medici intelligenti, poiché più sarà ampio il margine di discrezionalità di cui gode il professionista nel decidere se allinearsi o meno ai risultati ottenuti dai dispositivi, maggiore sarà la sua responsabilità. Il secondo parametro sarà rappresentato dal livello di trasparenza dei processi decisionali della macchina e dal numero di informazioni che i produttori forniranno agli utilizzatori in ordine al funzionamento e alla precisione dei dispositivi intelligenti, poiché maggiori saranno trasparenza dei processi e numero delle informazioni fornite e minori saranno le responsabilità dei produttori, dal momento che i professionisti saranno posti nelle condizioni di prendere decisioni consapevoli sul trattamento dei pazienti (assumendone la relativa responsabilità)”.

⁹⁶ M. FACCIOI, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria*, cit., 732.



6. – Nell’ambito del complesso rapporto tra nuove tecnologie emergenti e sanità, va posta particolare attenzione al tema relativo al rispetto del principio di autodeterminazione del paziente, atteso che il consenso informato costituisce “legittimazione e fondamento”⁹⁷ di ogni trattamento sanitario⁹⁸.

In particolare, l’acquisizione del consenso informato è funzionale all’esercizio del diritto alla salute ed è una proiezione della “libertà di cura”⁹⁹.

Similmente a quanto avviene nell’ambito della medicina tradizionale, invero, può configurarsi anche con riferimento ad attività sanitarie eseguite tramite sistemi intelligenti una responsabilità per violazione del consenso informato del paziente, che rappresenta la base della “relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico” e il punto di incontro tra l’“autonomia decisionale del paziente e la competenza, l’autonomia professionale e la responsabilità del medico”¹⁰⁰.

Seppure l’impiego di dispositivi medicali intelligenti risulti sottoposto alla disciplina generale vigente di cui alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, la materia solleva vari interrogativi problematici e presenta diversi aspetti critici¹⁰¹, che trascendono il campo squisitamente giuridico con riflessi anche sul piano etico e su quello pratico¹⁰².

Rispetto all’acquisizione del consenso informato del paziente sull’uso di sistemi intelligenti, si potrebbe sostenere che sarebbe superfluo svelare l’impiego di algoritmi nel trattamento clinico del paziente, giacché la regia complessiva e la decisione finale sul percorso terapeutico restano pur sempre in capo al medico. In altri termini, i sistemi intelligenti sarebbero solo uno tra i tanti strumenti a dispo-

⁹⁷ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748 con nota di D. SIMEOLI, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*, in *Giust. civ.*, 2008, 7-8, 2008, 1727 ss.

⁹⁸ D. SCHNEEBERGER, K. STÖGER, A. HOLZINGER, *The European Legal Framework for Medical AI*, cit., 219-220; R. ROBINS, E. BRODWIN, *An invisible hand: Patients aren’t being told about the AI systems advising their care*, 15 luglio 2020, www.statnews.com; F. CERIA, *Intelligenza artificiale a servizio dei pazienti per il contrasto a Covid-19*, cit., 49 secondo cui “Anche il profilo del consenso all’atto medico risulta inciso dall’impiego di sistemi di autoapprendimento e ciò in due momenti distinti: a monte, all’atto della scelta di fare ricorso a tecnologie intelligenti, scelta che richiede l’imprescindibile coinvolgimento del paziente e a valle per rispondere alla richiesta del malato di spiegazione della decisione adottata dal sistema”.

⁹⁹ D. MORANA, T. BALDUZZI, F. MORGANTI, *La salute “intelligente”: eHealth, consenso informato e principio di non-discriminazione*, in *federalismi.it*, 28 dicembre 2022, 145. Per gli Autori, il consenso informato trova un fondamento costituzionale – come la stessa libertà di cura – nel comma 2 dell’art. 32 Cost., in forza del quale “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”. Ne deriva che la regola, è la libertà di rifiutare i trattamenti sanitari, e dunque la volontarietà dei trattamenti: ma, poiché è volontario solo quel trattamento sanitario per il quale sia stato acquisito il consenso, la consensualità è “un corollario necessario” della volontarietà.

¹⁰⁰ Art. 1, 2 comma, legge n. 219/2017.

¹⁰¹ C. DE MENECH, *Intelligenza artificiale e autodeterminazione in materia sanitaria*, in M. FACCIOLO (a cura di), *Profili giuridici dell’utilizzo della robotica e dell’intelligenza artificiale in medicina*, cit., 16 ss.

S. GERKE, T. MINSEN, G. COHEN, *Ethical and legal challenges of artificial intelligence-driven healthcare*, cit., 301. Sul tema del consenso informato relativamente all’impiego dell’AI in medicina, gli Autori hanno delineato alcuni degli interrogativi in campo “To what extent do clinicians have a responsibility to educate the patient around the complexities of AI, including the form(s) of ML used by the system, the kind of data inputs, and the possibility of biases or other shortcomings in the data that is being used? Under what circumstances must a clinician notify the patient that AI is being used at all?... To what extent, for example, does a clinician need to disclose that they cannot fully interpret the diagnosis/treatment recommendations by the AI? How much transparency is needed? How does this interface with the so-called “right to explanation” under the EU’s GDPR? What about cases where the patient may be reluctant to allow the use of certain categories of data (e.g., genetic data and family history)? How can we properly balance the privacy of patients with the safety and effectiveness of AI?”

¹⁰² L. D’AVACK, *Consenso informato e scelte di fine vita*, 2020, Giappichelli, 47-48; COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Intelligenza Artificiale e medicina: aspetti etici*, cit., ove si legge: “Ma l’informativa è tutt’altro che facile da dare e l’autonomia/consenso si complica con l’IA che suscita un senso di disorientamento in considerazione della velocità con cui le tecnologie stanno stravolgendo il mondo conosciuto”, con conseguente dovere in capo al medico di “mediare questa comunicazione”.



sizione del personale sanitario nella formulazione della diagnosi o nell'elaborazione del trattamento clinico senza alcuna incidenza diretta sulla condizione dei pazienti¹⁰³.

Nella prassi, poi, la classe medica non rivela tutte le fonti scientifiche, le ragioni tecniche, l'iter logico, le linee guida e i protocolli sottesi alla scelta di un certo trattamento in luogo di altri percorsi terapeutici per evitare un sovraccarico di informazioni inutili per l'assistito.

Al netto di tutto questo, tuttavia, si ritiene doveroso, in omaggio alle molteplici fonti normative nazionali e sovranazionali che sanciscono la centralità del consenso informato¹⁰⁴, rendere edotto il paziente circa l'impiego dell'I.A. nel trattamento della sua condizione, quale parte essenziale del soddisfacimento dell'obbligo di cura e del perseguimento del “*best interest*” dell'assistito da parte del medico¹⁰⁵.

A sostegno, si fa leva anche sul combinato disposto di cui al 71 considerando e all'art. 22 GDPR che riconoscono in capo all'interessato “il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona”.

La *disclosure* è cruciale per conoscere una pluralità di aspetti che vanno dalle modalità e dinamiche di utilizzo dell'I.A. e dal loro tasso effettivo di incidenza sulle decisioni del personale medico fino all'azienda sviluppatrice, ai dati d'addestramento, alla presenza di eventuali *bias* e conflitti d'interesse¹⁰⁶. Diversamente, il paziente non ha modo di avvedersi dell'impiego delle nuove tecnologie emergenti e di eventuali erronee raccomandazioni dei sistemi intelligenti, che potrebbero aver escluso una certa cura necessaria o aver consigliato inutili costosi interventi.

L'acquisizione del consenso informato dell'assistito risulta tanto più doveroso quanto più l'affidamento a sistemi intelligenti nell'attività diagnostica e terapeutica si risolve in una limitazione dell'autonomia da parte del personale sanitario nell'erogazione della prestazione di cura¹⁰⁷.

Sciolto positivamente il quesito relativo all'obbligo del medico di mettere l'assistito al corrente circa l'utilizzo di sistemi intelligenti nella prestazione sanitaria programmata, il personale sanitario dovrebbe altresì fornire un'informazione quanto più “completa” ed “esaustiva” sulle caratteristiche del dispositivo medicale¹⁰⁸. Ciò non implica, però, che debbano essere comunicati aspetti tecnici di dettaglio del sistema intelligente, essendo sufficiente l'enunciazione dei benefici e dei limiti caratterizzanti la tecnologia destinata ad essere utilizzato nelle cure¹⁰⁹.

¹⁰³ G. COHEN, *Informed Consent and Medical Artificial intelligence: What to tell the patient?*, in *The George Town Law Journal*, 2020, 108, 1442 ss.

¹⁰⁴ Artt. 2-13-32 Cost.; art. 3 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; art. 5 Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina; art. 24 Convenzione sui diritti del fanciullo; art. 1 ss., legge n. 219/2017.

¹⁰⁵ COMITATO NAZIONALE BIOETICA-COMITATO NAZIONALE PER LA BIOSICUREZZA, LE BIOTECNOLOGIE E LE SCIENZE DELLA VITA, *Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici*, cit., 14.

¹⁰⁶ W. BUELENS, *Robots and AI in the healthcare sector: potential existing legal safeguards against a(n) (un)justified fear for “dehumanisation” of the physician-patient relationship*, cit., 502.

¹⁰⁷ P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale in medicina: alcune risposte – significative, ma parziali – offerte dal codice di deontologia medica (in materia di non discriminazione, consenso informato e relazione di cura)*, cit., 15.

¹⁰⁸ R. TUCCILLO, *Intelligenza artificiale e prestazioni sanitarie: impatto sulla relazione di cura e sullo statuto della responsabilità*, cit., 34 ss.; S. MAULONI, M. MAZZANTI, L. BUSCEMI, *La nuova era dell'intelligenza artificiale: problemi medico-legali*, cit., 696; A. BIANCARDO, *Problematiche etico giuridiche relative all'utilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario*, cit., 144.

¹⁰⁹ M. FACCIOLO, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria*, cit., 740; C. DE MENECH, *Intelligenza artificiale e autodeterminazione in materia sanitaria*, cit., 25.



Tuttavia, si ritiene che la portata di tale obbligo informativo gravante sul personale sanitario vada commisurata alle capacità di comprensione e delle condizioni morali del paziente, così da scongiurare rifiuti immotivati, e si precisa che debba circoscriversi ai soli rischi prevedibili con esclusione di quegli eventi avversi eccezionali e imprevedibili ¹¹⁰.

Ferma la necessità di rendere edotto l'assistito dell'impiego di sistemi intelligenti nella prestazione di cura, sorge il problema di ordine pratico relativo alle modalità di comunicazione delle logiche di funzionamento del dispositivo utilizzato. Come già evidenziato ¹¹¹, invero, le reti neurali non operano in modo lineare con corrispondente incomprendibilità degli *output* tanto per i medici quanto per i pazienti. Ne deriva che “at an intuitive level, it is hard to imagine precisely what informed consent means in the context of a recommendation where no-one knows exactly how it works” ¹¹².

Peraltro, risulterà estremamente arduo inserire informazioni relative alla logica di funzionamento di sistemi intelligenti complessi in un modulo per il consenso informato con il rischio di irrigidire il rapporto di fiducia tra medico e paziente ¹¹³.

7. – Alla luce delle riflessioni suesposte, occorre una valutazione critica dell'impatto delle tecnologie emergenti in termini di utilità e di sicurezza nonché di costi-benefici prima di dare loro ingresso libero in sanità. Una simile analisi è indispensabile se si considera che i *medical devices* intelligenti intercettano bisogni sociali sensibili e riguardano persone vulnerabili.

A tal fine, risulta essenziale individuare un punto di equilibrio tra innovazione tecnologica e alleanza terapeutica per addivenire ad una *governance* responsabile dei sistemi intelligenti nell'ecosistema medico sanitario.

Nel contesto in esame, è chiaro che il profilo critico attiene all'opacità degli algoritmi che rende difficile comprendere il meccanismo alla base di una certa diagnosi o di una determinata cura. Per questo motivo, gli interventi di matrice unionale si dirigono verso l'introduzione di regole di maggiore trasparenza, di agevolazioni in tema di accesso alle prove e di meccanismi di presunzione per attenuare l'onere probatorio a carico del paziente danneggiato.

Le caratteristiche degli algoritmi con particolare riferimento alla loro autonomia e imprevedibilità costituiscono una sfida per il legislatore europeo che ha ridisegnato l'attuale armamentario giuridico tramite il Regolamento (UE) 2024/1689 e la Direttiva (UE) 2024/2853 sulla responsabilità per danno

¹¹⁰ P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale in medicina: alcune risposte – significative, ma parziali – offerte dal codice di deontologia medica (in materia di non discriminazione, consenso informato e relazione di cura)*, cit., 17, faccioli, 740; C. DE MENECH, *Intelligenza artificiale e autodeterminazione in materia sanitaria*, cit., 28.

¹¹¹ T. HOEREN, M. NIEHOFF, *Artificial intelligence in medical diagnoses and the right to explanation*, in *Eur Data Protection Law Review*, 2018, 4, 308 ss.; D. SCHIFF, J. BORENSTEIN, *How Should Clinicians Communicate with Patients About the Roles of Artificially Intelligent Team Members?*, in *AMA Journal of Ethics*, 2019, 21, 2, 140 secondo cui “The opacity of an AI system can make it difficult for health care professionals to ascertain how the system arrived at a decision and how an error might occur. For instance, can physicians or others understand why the AI system made the prediction or decision that led to an error, or is the answer buried under unintelligible layers of complexity? Will physicians be able to assess whether the AI system was trained on a data set that is representative of a particular patient population? And will physicians have information about comparative predictive accuracy and error rates of the AI system across patient subgroups? In short, if physicians do not fully understand (yet) how to explain an AI system's predictions or errors, how could this knowledge deficit impact the quality of an informed consent process and medical care more generally?”.

¹¹² W.N. PRICE, *Medical Malpractice and Black-Box Medicine*, cit., 299.

¹¹³ D. MORANA, T. BALDUZZI, F. MORGANTI, *La salute “intelligente”: eHealth, consenso informato e principio di non-discriminazione*, cit., 150.



da prodotti difettosi e sta tutt'ora elaborando nuovi paradigmi concettuali attraverso la proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità extracontrattuale da intelligenza artificiale.

A livello nazionale, l'erroneo utilizzo di sistemi intelligenti in sanità continua ad essere governato efficacemente dall'attuale Legge Gelli-Bianco. Come sopra evidenziato, invero, l'I.A. è un mero strumento a disposizione degli operatori sanitari e degli istituti di cura che restano, quindi, responsabili delle proprie azioni ed omissioni, ove il danno sia eziologicamente collegato ad una violazione delle regole cautelari o all'inadempimento delle obbligazioni loro facenti carico.

Per salvaguardare i benefici degli algoritmi ed evitare tecniche di medicina difensiva, le indicazioni diagnostiche e terapeutiche elaborate tramite sistemi di supporto alla decisione clinica potrebbero in un'ottica *de jure condendo* essere assimilate alle linee guida di cui all'art. 5 Legge Gelli-Bianco cui il professionista deve attenersi fatte salve le specificità del caso concreto¹¹⁴.

Quanto appena detto sulla sufficienza del quadro normativo interno potrebbe entrare in crisi in un prossimo futuro allorquando le macchine erogheranno prestazioni sanitarie in completa autonomia senza l'intervento dell'uomo.

Sul punto, tuttavia, vale la pena osservare che il rapporto tra I.A. e medico deve essere inteso non in termini di competizione sottrattiva, bensì in termini di collaborazione additiva per cui gli algoritmi e la tecnologia robotica dovranno integrare le capacità umane e non sostituirsi ad esse all'insegna della fusione dei saperi e delle competenze. Questo approccio si pone in linea con il principio di autonomia supervisionata e con la concezione di un *"human in command"*, dove *"la scelta iniziale della cura e quella finale sull'esecuzione dovranno spettare comunque ad un chirurgo umano"*¹¹⁵.

In questo processo evolutivo della scienza medica, la leva fondamentale è il c.d. *"re-skilling"*, consistente nella preparazione e formazione di un capitale umano capace di lavorare in simbiosi con le nuove tecnologie in modo da massimizzare la salute collettiva e minimizzare i singoli danni¹¹⁶. Parallelamente, bisogna affiancare al personale medico tecnici informatici, bioingegneri, data scientists, filosofi, affinché vi sia il più multidisciplinare controllo sull'operato dell'I.A. a partire dagli *inputs* fino agli *outputs* dell'algoritmo.

Con riferimento al consenso informato, bisogna stabilire il livello ottimale di *"patient-centered explicability"* che consenta all'assistito di maturare una scelta consapevole sul trattamento terapeutico da intraprendere in funzione di un'effettiva *"comprensione della natura della decisione medica, dei processi che ne stanno a fondamento, del livello di automatizzazione, dei dati che ne hanno orientato il*

¹¹⁴ M. FACCIOI, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria*, cit., 743; A. COLARUOTOLO, *Intelligenza artificiale e responsabilità medica: novità, continuità e criticità*, cit., 310; A. PERIN, *Standardizzazione, automazione e responsabilità medica. Dalle recenti riforme alla definizione di un modello d'imputazione solidaristico e liberale*, in *BioLaw Journal – Riv. BioDiritto*, 2019, 1, 231 ss.

¹¹⁵ Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, punto 33.

¹¹⁶ G. GUERRA, *Profili di responsabilità del produttore di robot chirurgico nell'ordinamento americano*, cit., 226-227; COMITATO NAZIONALE BIOETICA-COMITATO NAZIONALE PER LA BIOSICUREZZA, LE BIOTECNOLOGIE E LE SCIENZE DELLA VITA, *Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici*, 29 maggio 2020, bioetica.governo.it, 15-16; Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, punto 33, dove si *"sottolinea l'importanza di un'adeguata istruzione, formazione e preparazione per il personale sanitario, quali i medici e gli assistenti sanitari, al fine di garantire il grado più elevato possibile di competenza professionale nonché per salvaguardare e proteggere la salute dei pazienti; evidenzia la necessità di definire i requisiti professionali minimi che un chirurgo deve possedere per poter far funzionare ed essere autorizzato a usare i robot chirurgici"*.



contenuto”¹¹⁷, evitando però di demotivare il personale medico dall’utilizzo di sistemi intelligenti nella pratica clinica

Sotto il profilo etico, la relazione medico-paziente deve costituire un punto fermo imprescindibile e va esclusa una artificiosità della prestazione sanitaria in considerazione della sua irriducibilità ad una standardizzazione di conoscenze scientifiche. Accanto alle evidenze scientifiche, invero, l’arte medica consiste nell’osservazione prudenziale e nella conoscenza esperienziale che inibiscono lo snaturamento della salute del paziente ad un mero di bene di consumo. Proprio perché la medicina non è solo scienza ma anche arte, questa può estrinsecarsi solo in una relazione umana all’insegna dell’intuizione, empatia e buon senso che le macchine non potranno mai avere.

Occorre, dunque, un’effettiva attuazione di quella “relazione di cura e fiducia” di cui all’art. 1, comma 2, legge n. 219/2017, dove il riferimento alla fiducia “circonda per così dire il nucleo della cura e contribuisce a escludere qualsiasi riduzionismo tecnico del termine di cura”¹¹⁸, scongiurando un’eccessiva “*overreliance*” del medico nell’I.A. tramite il costante richiamo ad un lavoro umano sul piano della relazione con il paziente.

¹¹⁷ F. CEREÀ, *Intelligenza artificiale a servizio dei pazienti per il contrasto a Covid-19*, cit., 49.

¹¹⁸ P. ZATTI, *Spunti per una lettura sulla legge del consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, I, 247 ss.



GIULIO POMANTE

Dottore in Giurisprudenza – Università degli Studi di Bologna

PROSPETTIVE DI TUTELA GIURISDIZIONALE DEL CLIMA ALLA LUCE DEL GIUDIZIO UNIVERSALE

SOMMARIO: 1. *Il contenzioso climatico e il ricorso strategico alla tutela giurisdizionale.* – 2. *Espansione della giustizia climatica e c.d. rights-turn delle controversie in materia.* – 3. *Il Giudizio Universale e il difetto di giurisdizione pronunciato dal Tribunale di Roma.* – 4. *Il potenziale ruolo della Costituzione e della clausola generale di atipicità del danno per la difesa del clima.* – 5. *La configurazione di una tutela giurisdizionale degli interessi climatici come garanzia della coerenza del sistema italiano di responsabilità civile.*

1. – Il fenomeno delle cc.dd. *Climate Change Litigations* costituisce ormai da anni oggetto di attenzione nel panorama giuridico mondiale¹, con particolare riferimento ai Paesi occidentali che ospitano le corti giurisdizionali innanzi le quali tali cause tendono spesso – anche se non sempre – ad essere instaurate².

Tali controversie climatiche sono connotate da un ricorso “strategico” allo strumento processuale, finalizzato non (solo e non) tanto alla materiale riparazione di un diritto o di una posizione soggettiva lesa, bensì ad aumentare la consapevolezza ed informazione della società civile sulla salvaguardia dell’ambiente e, con maggior *pàthos*, sul tema del cambiamento climatico, al fine di addivenire a forme di c.d. *regulation through litigation*³. Il successo di simili iniziative giudiziarie va dunque fondato sul clamore che riescono a suscitare a livello sociale e politico, piuttosto che sul numero di pronunce favorevoli ottenuto da chi agisce, allo stato piuttosto esiguo. Ancora, risulta chiaro che da una simile concezione “strumentale” della responsabilità extracontrattuale deriva il rischio di un inammissibile

¹ Sul fenomeno delle *Climate Change Litigations* si vedano: UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME, *Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*, 2023, consultabile all’indirizzo wedocs.unep.org (ultimo accesso 18 giugno 2024); J. SETZER-C. HIGHAM, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2023 Snapshot*, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science, Londra, 2023, al link www.lse.ac.uk (ultimo accesso 18 giugno 2024).

² Sulla distribuzione delle controversie “climatiche” si rinvia alla banca dati dedicata presso la Columbia University, disponibile al link <https://climatecasechart.com/> (ultimo accesso 18 giugno 2024).

³ Sul punto, ancorché con sensibilità tra di loro diverse, si segnalano i contributi di P. FRANZINA, *Il contenzioso civile transnazionale sulla Corporate Accountability*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, n. 4, 2022, 828 ss.; M. RAMAJOLI, *Il cambiamento climatico tra green deal e climate change litigation*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, 53; A. GIORDANO, *Climate change e strumenti di tutela. Verso la public interest litigation?*, in *Riv. ita. dir. pubbl. com.*, 2020, 763 e S. VALAGUZZA, *Liti strategiche e contenzioso climatico*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, 67.



sindacato del giudice sull'attività legislativa dello Stato-legislatore, con conseguente lesione del fondamentale principio di separazione dei poteri⁴.

La riflessione su possibili elementi a fondamento della tutela giurisdizionale del clima è venuta in considerazione anche in Italia, come dimostra la sentenza emessa dal Tribunale di Roma il 26 febbraio 2024 nel c.d. *Giudizio Universale*, azionato da una serie di associazioni ambientaliste e persone fisiche, affinché il giudice ordinario accertasse la responsabilità aquiliana dello Stato per la “*perdurante (permanente) violazione dei modi e tempi dei doveri statali di protezione*” in relazione al cambiamento climatico e alle sue conseguenze. La proposizione di simili domande costituisce una novità assoluta nell'esperienza italiana, nonostante sia proprio con riferimento alle azioni di responsabilità nei confronti degli Stati che le *Climate Change Litigations* (di seguito, per brevità: CCLs) si sono affermate⁵.

La prassi in tema di CCLs è ben conosciuta tra gli addetti ai lavori, come rappresenta la stessa pronuncia in commento nella parte in cui menziona alcuni precedenti giurisprudenziali quali l'ormai celebre *Urgenda Case*, risoltosi con la pronuncia della Corte Suprema Olandese⁶, oppure la statuizione con la quale il Tribunale amministrativo di Parigi ha riconosciuto la responsabilità omissiva dello Stato con riferimento agli impegni nazionali e comunitari previsti dalla Decisione n. 406/2009/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio⁷ o, ancora, l'arresto della Corte Costituzionale tedesca che ha riconosciuto la parziale incostituzionalità della legge federale sui cambiamenti climatici⁸. Ad ogni modo, si deve constatare come le pronunce citate, tutte provenienti da corti giurisdizionali europee, abbiano comunque visto un tendenziale accoglimento delle ragioni di chi ha agito, diversamente da quanto accaduto con riferimento al caso *de quo*.

La pronuncia porta quindi ad interrogarsi sulle concrete modalità di tutela del diritto all'ambiente, specie con riguardo al cambiamento climatico⁹, fenomeno ormai scientificamente pacifico al cui contrasto sono indirizzate innumerevoli iniziative legislative in seno ai singoli Stati, all'Unione europea ed alla Comunità internazionale, delle quali tuttavia resta incerta l'effettiva portata coercitiva. Da qui nasce l'esigenza di valutare la possibilità di ottenere per via giurisdizionale non soltanto un'attenzione

⁴ Esemplificativamente, a tale pericolo fanno riferimento i giudici nella pronuncia Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, Sezione civile, 2015/4585/A, reperibile presso l'indirizzo www.stradalex.com (ultimo accesso 19 giugno 2024), oppure nel caso *Juliana v. United States*, i cui atti sono consultabili all'indirizzo climatecasechart.com (ultimo accesso 19 giugno 2024).

⁵ L'atto di citazione del *Giudizio Universale* è consultabile all'indirizzo giudiziouniversale.eu (ultimo accesso 18 giugno 2024). Per completezza, sulla prima iniziativa giudiziaria “climatica” di fronte ai giudici italiani, azionata nei confronti di Eni S.p.A. e della sua controllata Naoc Ltd. e poi conclusa con una transazione tra le parti, si veda M.V. ZAMMITTI, *L'impresa socialmente irresponsabile: un primo itinerario di giurisprudenza, anche in prospettiva comparata*, in *Le Società*, n. 8-9, 2021, 1018 e ss.

⁶ V. Supreme Court of The Netherlands, 20 dicembre 2019, n. 19/00135.

⁷ Tribunal Administratif de Paris, 3 febbraio 2021, nn. 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, nota di M. Poto in *Responsabilità civile e previdenza*, 2021, 1046.

⁸ German Federal Constitutional Court, 24 marzo 2021, 1 BvR 2656/18; 1 BvR 78/20; 1 BvR 96/20; 1 BvR 288/20, nota di M. POTO-A. PORRONE, *The steady ascent of environmental and climate justice: Constituent elements and future scenarios*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2021, 1782.

⁹ Tra le molteplici ed autorevoli fonti scientifiche sul tema, si rimanda a Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), *Climate Change 2023: Synthesis Report, Summary for Policymakers. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Ginevra, 2023, 35-115, doi: 10.59327/IPCC/AR6-9789291691647 (ultimo accesso 6 novembre 2024); M. ROMANELLO ed altri, *The 2024 report of the Lancet Countdown on health and climate change: facing record-breaking threats from delayed action*, in *The Lancet*, Vol. 404, n. 10465, 1847 ss.



mediatica sull'emergenza climatica ma piuttosto, attraverso il ricorso alle cc.dd. "mobili frontiere" della responsabilità civile¹⁰ e facendo leva sulla tendenza espansiva delle norme aquiliane, una tutela giurisdizionale "dal basso" di un diritto diffusamente riconosciuto come fondamentale quale è quello ad un ambiente salubre¹¹.

Specie in un momento storico come quello attuale, dove l'uomo si trova a doversi costantemente confrontare con fenomeni emergenziali ed "epocali", è necessario verificare se, e in quale maniera, gli strumenti privatistici possano incidere al fine di coniugare la piena adesione ai principi e valori sui quali si fonda l'ordinamento giuridico, con una risposta efficace alle complesse questioni che connotano la contemporaneità¹².

2. – Per poter meglio inquadrare il *Giudizio Universale*, attraverso il richiamo ad alcune delle pronunce più rilevanti in materia è opportuno mettere in luce le tendenze evolutive della c.d. giustizia climatica¹³, che di recente ha conosciuto una forte espansione in senso territoriale, oggettivo e soggettivo.

Nell'ambito di quella che è stata definita come *climate litigation explosion*¹⁴, oltre al corposo contenzioso innanzi gli organi giurisdizionali americani dove tali azioni vengono tradizionalmente proposte¹⁵, nonché al di là dei procedimenti – sempre più rilevanti non solo dal punto di vista quantitativo – instaurati in ambito europeo, si registra infatti un'ampia e capillare diffusione delle CCLs, anche nei Paesi del c.d. Sud Globale dove le conseguenze del cambiamento climatico sono più tangibili¹⁶.

¹⁰ Il riferimento è all'evocativa espressione coniata da F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, n. 1, 1985, 1 ss.

¹¹ Cfr. Corte cost., 23 luglio 1974, n. 247, in *Giur. it.*, 1975, I, 3; Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, in *Foro it.*, 1988, I, 329, con nota di F. Giampietro; Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, *ibidem*, I, 1057, con nota di G. Ponzanelli nonché, più recente, Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58, in *Giur. cost.*, 2018, 604, con nota di D. Pulitanò.

¹² Su come le prospettive di efficace perseguimento dello sviluppo sostenibile siano inscindibilmente legate alle sorti di quei fattori che sono in grado di condizionare i fenomeni della globalizzazione, della deglobalizzazione o della riglobalizzazione selettiva, si rinvia a R. ROLLI, *Dalla Corporate Social Responsibility alla Sustainability, alla Environmental, Social and Governance (ESG)*, in *Corporate Governance*, n. 1, 2022, 92 ss.

¹³ Sull'utilizzo di tale locuzione pare opportuno il rinvio, *ex multis*, a: M. CARDUCCI, *La ricerca dei caratteri differenziali della «giustizia climatica»*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2020, 1345-1369; A. PISANÒ, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, ESI, Napoli, 2022, 185-209; S. BALDIN-P. VIOLA, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2021, 597 ss.

¹⁴ Cfr. S. MALJEAN-DUBOIS, *Climate change litigation*, in *Max Planck Encyclopedia of Procedural Law*, 2019, disponibile al link shs.hal.science, (ultimo accesso 9 luglio 2024); J. PEEL- H.M. OSOFSKY, *Climate change litigation*, Cambridge University Press, Cambridge, n. 116, 2015, XI.

¹⁵ Si vedano, *ex multis*: *American Electric Power Co. v. Connecticut*, consultabile all'indirizzo climatecasechart.com (ultimo accesso 9 luglio 2024); *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, visionabile all'indirizzo climatecasechart.com (ultimo accesso 9 luglio 2024); *Friends of the Earth v. The Governor in Council and Others*, disponibile all'indirizzo climatecasechart.com (ultimo accesso 9 luglio 2024) o, ancora, *Native Village of Kivalina v. ExxonMobil Corp.*, consultabile al link climatecasechart.com (ultimo accesso 9 luglio 2024).

¹⁶ In questo senso, esemplificativamente, si rinvia a *Leghari v. Federation of Pakistan*, consultabile al link climatecasechart.com (ultimo accesso 9 luglio 2024); *Institute of Amazonian Studies v. Brazil*, disponibile all'indirizzo climatecasechart.com (ultimo accesso 9 luglio 2024); Corte Costituzionale Colombiana, sentenza C-035/16, disponibile all'indirizzo climatecasechart.com (ultimo accesso 9 luglio 2024). Ancora, non mancano contenziosi azionati anche di fronte ad autorità para-giudiziarie, quali *In re Greenpeace Southeast Asia and Others*, consultabile presso climatecasechart.com (ultimo accesso 9 luglio 2024) e *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, consultabile al link www.corteidh.or.cr (ultimo accesso 9 luglio 2024).



Dal punto di vista oggettivo, pare necessario sottolineare l'importanza del connubio tra diritto all'ambiente e alla salvaguardia del clima e diritti umani, in quanto premessa logica e giuridica di un'ampia serie di azioni climatiche nei confronti di Stati ed enti locali. Diversi commentatori ritengono infatti che intorno al 2015 si sia realizzata una "svolta" nel senso di una maggior consapevolezza rispetto alla salvaguardia del clima come presupposto per il godimento dei diritti umani, grazie soprattutto al tenore dell'Accordo di Parigi sul punto, il quale riconosce una piena interdipendenza tra sviluppo sostenibile, obblighi climatici e godimento dei diritti fondamentali della persona¹⁷.

Il caso olandese *Urgenda*, con riferimento al quale si è per la prima volta assistito ad una condanna dello Stato alla diminuzione delle emissioni climalteranti prodotte sul territorio nazionale, in ragione del legame tra clima e godimento dei diritti umani, nonché degli interessi tutelati dagli artt. 2 e 8 CEDU (rispettivamente dedicati al diritto alla vita e al diritto al rispetto della vita privata e familiare), ha costituito negli anni a venire un modello per chi intendesse azionare simili contenziosi, senza eccezione per il *Giudizio Universale*.

Nel 2013 l'ong *Urgenda* agiva di fronte alla Corte distrettuale dell'Aja per accertare la responsabilità civile dello Stato olandese per le condotte tenute dallo stesso nel contrasto al cambiamento climatico¹⁸. In giudizio si accertava una *hazardous negligence*¹⁹ in capo allo Stato, per aver violato il dovere di diligenza imposto alle istituzioni pubbliche, che ad avviso dei giudici olandesi deriverebbe non solo dai trattati internazionali in materia climatica sottoscritti e ratificati, o dal generale principio di *ius cogens* "*pacta sunt servanda*", ma anche da fonti costituzionali²⁰ e – particolarmente rilevante ai nostri fini – dall'interpretazione estensiva degli artt. 2 e 8 CEDU che è stata offerta.

È dunque l'elaborazione del diritto al clima come diritto fondamentale della persona, da intendere come estrinsecazione degli interessi tutelati dagli artt. 2 e 8 CEDU, a costituire il fondamento di quel "*rights turn*" delle CCLs al quale gli studiosi si riferiscono²¹. In riferimento a tali posizioni giuridiche soggettive il diritto al clima, sebbene non positivizzato legislativamente, assume infatti una funzione necessariamente strumentale e prodromica, permettendo un notevolissimo passo in avanti nell'effettiva e concreta tutela in materia.

L'obbligo di diligenza statale si impone dunque quale duplice limite all'esercizio del potere legislativo, tenuto a garantire un diritto al clima quale diritto fondamentale dell'uomo ermeneuticamente riconosciuto e che, per fare ciò, deve necessariamente confrontarsi con i dati scientifici sul punto, osservan-

¹⁷ Sul punto si rinvia al testo del preambolo dell'Accordo di Parigi; mentre sul versante dottrinario si vedano S. NESPOR, *I principi di Oslo: nuove prospettive per il contenzioso climatico*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6, 2015, 750 ss.; M. DELSIGNORE, *Il contenzioso climatico dal 2015 ad oggi*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2, 2022, 265 ss.; J. PEEL-H.M. OSOFSKY, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?* In *Transnational Environmental Law*, 2018, n. 7, 37 ss.

¹⁸ Le pretese degli attori muovevano dalla lesione del *duty of care* o dovere di diligenza in capo allo Stato, avente ad oggetto la doverosa riduzione delle emissioni climalteranti. Tale riduzione, secondo le evidenze scientifiche del quarto *Assessment Report* dell'IPCC, per essere conforme agli obiettivi previsti dall'Accordo di Parigi, non poteva essere inferiore al 25% rispetto i livelli del 1990, mentre il governo olandese si era impegnato ad una diminuzione nella sola misura del 20%. Il testo in lingua inglese della sentenza della Suprema Corte olandese è consultabile su: climatecasechart.com (ultimo accesso 4 settembre 2024).

¹⁹ Cfr. S. BALDIN-P. VIOLA, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, cit., 618.

²⁰ In *Urgenda* viene fatto espresso riferimento all'art. 21 della Costituzione del Regno d'Olanda adottata nel 2008, secondo il quale "*It shall be the concern of the authorities to keep the country habitable and to protect and improve the environment*".

²¹ Vedi J. PEEL-H.M. OSOFSKY, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?*, cit., 37 ss.



do quella che viene definita “riserva di scienza”²², mentre l’accertato inadempimento del suddetto dovere di diligenza, scientificamente dimostrabile, diviene fonte di responsabilità civile in capo allo Stato.

Quanto al pericolo di uno sconfinamento del potere giudiziario ai danni di quello legislativo, con rischi per la garanzia della separazione dei poteri e dell’esercizio discrezionale della potestà legislativa statale, questi sono stati in radice esclusi dalle Corti olandesi, in quanto non è stato giudizialmente prescritto al legislatore quale provvedimento adottare, bensì quali sono gli obiettivi climatici, scientificamente misurabili, che grazie all’intervento legislativo debbono essere raggiunti²³.

Si viene così a definire il contenuto dell’obbligazione climatica in capo a soggetti istituzionali, in primo luogo statali, grazie all’intimo collegamento tra difesa del clima e riserva di scienza, nell’ambito della c.d. traiettoria *bottom-up* di formazione di nuovi diritti “dal basso”²⁴. In tale prospettiva, se è vero che il processo di affermazione di nuovi diritti richiede sempre una lunga gestazione, è comunque innegabile che con riferimento all’emergenza climatica vi sia un’urgenza raramente riscontrata in altri ambiti. La suddetta “premura” è stata diffusamente riconosciuta dalla Comunità internazionale, dall’Unione europea e dai CEOs dei più importanti fondi di investimento su scala globale ma, stante la mancanza di obblighi rigidi sufficientemente definiti, le istanze legate al clima vengono sistematicamente poste in secondo piano. Il ricorso al mezzo giurisdizionale da parte di cittadini e associazioni di carattere non governativo diviene così lo strumento primario per la garanzia degli obblighi climatici, altrimenti subordinati al perseguimento di interessi diversi e confliggenti, spesso legati alla salvaguardia o all’incentivo di una crescita economica nel breve periodo²⁵.

Ad ogni modo, dal caso *Urgenda*, definito “benchmark europeo” delle CCLs nei confronti di soggetti di natura pubblica²⁶, sono originate varie controversie simili, raggruppate in dottrina nel c.d. cluster delle *human rights-based climate litigations*. Queste si connotano come cause nelle quali gli attori pongono, in termini giuridici, le questioni del cambiamento climatico antropogenico, dei rischi ad esso connessi, delle possibili conseguenze sui diritti umani e fondamentali riconosciuti, promossi e protetti dal diritto sovrastatale o domestico, attraverso il ricorso in termini “strategici” al decisore politico-giudiziario, per il raggiungimento di uno specifico obiettivo: ottenere misure regolative adatte ad affrontare l’emergenza climatica nella sua complessità e pervasività²⁷. Entro tale insieme di giudizi si possono richiamare, oltre ad *Urgenda*, altri casi quali *Klimaatzaak* (Belgio), *L’Affaire du siècle* (Francia), *Neubauer* (Germania), *Greenpeace, Oxfam ed Ecologistas en Acción* (Spagna), *Giudizio Univer-*

²² Sul ruolo della “riserva di scienza” nell’ambito del contenzioso climatico si rinvia a A. PISANÒ, *Elementi per una definizione dei contenziosi climatici propriamente strategici, movendo dal Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*, in *Politica del diritto*, n. 1, 2024, 19-20, nonché ai riferimenti bibliografici ivi riportati.

²³ Cfr. sul punto S. BALDIN-P. VIOLA, *L’obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, cit., 618, nonché i p.ti 4.94 ss. della sentenza del 24 giugno 2015 emessa dalla Corte distrettuale dell’Aja, consultabile al link climatecasechart.com (ultimo accesso 4 settembre 2024).

²⁴ Così A. PISANÒ, *La genesi di un nuovo diritto*, cit., 32 nonché, con una disamina di più ampio respiro sulla traiettoria *bottom-up* dei diritti, F. VIOLA-I. TRUJILLO, *What Human Rights Are Not (Or Not Only). A negative Path to Human Rights Practice*, Nova Science, New York, 2014.

²⁵ Sui rapporti tra sviluppo sostenibile ed esercizio dell’attività economica privata si rimanda a B.S. SERVIDA, *Sviluppo sostenibile e autonomia d’impresa*, in *Osservatorio di Diritto Commerciale*, n. 1, 2023, 143 ss. nonché alla ricostruzione offerta da M. LIBERTINI, *Gestione “sostenibile” delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contratto e Impresa*, 2023, n. 1, 54 ss.

²⁶ A. PISANÒ, *La genesi di un nuovo diritto. Argomenti e ragioni a sostegno del diritto al clima*, in *Ars Interpretandi*, n. 2, 2022, 40.

²⁷ A. PISANÒ, *Elementi per una definizione dei contenziosi climatici propriamente strategici*, cit., 22.



sale (Italia), il caso *Agostinho Duarte* e il caso *KlimaSeniorinnen* (Svizzera). Tali controversie sono accomunate dalla natura pubblicistica dei soggetti convenuti e dall'argomentazione dell'inscindibile connubio tra diritti umani e clima, ponendo le basi per un sempre più diffusa e solida tutela giurisdizionale del clima che, tuttavia, ad avviso del Tribunale di Roma risulterebbe del tutto sprovvista di "norme di copertura" nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano.

Nondimeno, proprio tale stretto legame tra clima e godimento dei diritti umani ha permesso la recente formazione di una prassi giudiziaria anche avanti la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale detiene il monopolio interpretativo della CEDU²⁸ e può offrire – non senza polemiche²⁹ – importanti spunti ermeneutici nella tutela giurisprudenziale in materia³⁰.

Quanto all'estensione soggettiva delle iniziative di *climate justice*, nel recente passato è stato possibile constatare un incremento della proposizione di azioni giudiziarie nei confronti di soggetti privati, principalmente di natura societaria, finalizzate ad accertare la responsabilità civile degli stessi dal punto di vista ambientale e, più nello specifico, climatico³¹.

Con specifico riguardo al contesto europeo si è inoltre assistito ad una massiccia e, allo stato, insuperata opera di positivizzazione degli obblighi di sostenibilità delle imprese, in primo luogo tramite la fissazione di obblighi di trasparenza, cui ha fatto seguito l'enucleazione di un vero e proprio dovere di *due diligence* in capo ai soggetti di maggiori dimensioni³².

Ancora, la mancata o inesatta valutazione da parte del *board* societario dei rischi ai quali il cambiamento climatico espone le società, specie con riferimento ad alcune tipologie di *businesses*, può quindi condurre non solo all'azione di *liability* nei confronti delle società³³, ma anche a iniziative giu-

²⁸ Il "monopolio interpretativo" della Corte di Strasburgo è riconosciuto dalla Corte costituzionale italiana nelle "sentenze gemelle" n. 348 e 349/2007, nonché nella sentenza Corte cost. n. 317/2009 cui si rimanda, con particolare riferimento al punto n. 7 del considerando in diritto. In tema si veda A. CARDONE, voce "Diritti fondamentali (tutela multilivello)", in *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2011, 386 ss.

²⁹ Si veda in questo senso la "dichiarazione critica" nei confronti della sentenza *KlimaSeniorinnen* della Corte di Strasburgo, adottata dal Consiglio Federale svizzero su indicazione del Consiglio degli Stati (che insieme con il Consiglio Nazionale esercita il potere legislativo nel Paese). Il contenuto di tale dichiarazione del Governo svizzero è reperibile al link www.admin.ch (ultimo accesso 5 settembre 2024).

³⁰ Cfr. Corte EDU, decisione del 9 aprile 2024, ricorso n. 53600/20, all'interno del caso *KlimaSeniorinnen v. Switzerland* (ECTHR), particolarmente significativa per la ricostruzione di una tutela giurisdizionale del diritto al clima fondata sulla violazione degli artt. 2 e 8 CEDU da parte delle istituzioni pubbliche, nonché alla luce della lesione dell'art. 6 CEDU. La pronuncia è disponibile al link climatecasechart.com (ultimo accesso 5 settembre 2024).

³¹ Se in principio venivano convenute società di grandi dimensioni essenzialmente operanti nel settore energetico e dell'estrazione petrolifera, la prassi ha dimostrato un progressivo allargamento del novero dei soggetti coinvolti, come esaurientemente rappresentato dalle analisi di R. ROLLI, *Dalla Corporate Social Responsibility alla Sustainability, alla Environmental, Social and Governance (ESG)*, cit.; R. ROLLI, *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa, Modelli di governance e nuove responsabilità*, Il Mulino, Bologna, 2020; S. BRUNO, *Climate Corporate Governance: Europe VS. USA?*, in *European company and financial law review*, 2019, n. 6, 687 ss.; S. BRUNO, *Cambiamento climatico e organizzazione delle società di capitali a seguito del nuovo testo dell'art. 2086 c.c.*, in *Banca Impresa e Società*, n. 1, 2020, 47 ss.

³² Il riferimento è alla Direttiva (UE) 2024/1760 "Corporate Sustainability Due Diligence Directive" (CSDDD). Sullo scetticismo di parte della dottrina europea sul punto, dovuto all'incertezza che connota alcuni dei concetti fondamentali della norma, si rimanda esemplificativamente a THE EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *The European Parliament's Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, 2021.

³³ In questo senso risulta indicativa la citazione in giudizio, da parte del procuratore generale di New York, di tutte le principali società petrolifere (ExxonMobil, Chevron, British Petroleum, Shell, Conoco-Phillips, Royal Dutch Shell), tesa ad accertare la responsabilità delle stesse come principali fautrici del cambiamento climatico. Una ricostruzione in chiave sistematica di tali iniziative è offerta da S. BRUNO, *Dichiarazione "non finanziaria" e obblighi degli amministratori*, in *Riv. Soc.*, 2018, n. 4, 991 ss.



diziarie contro i relativi amministratori, che risulterebbero così autori di un pregiudizio, oltre che nei confronti dei soci lesi nelle proprie scelte e prospettive di investimento³⁴, anche verso soggetti esterni appartenenti all'ampia categoria dei portatori di interesse o *stakeholders*, sprovvisti di alcun legame contrattuale con la società stessa.

In questo senso si deve segnalare la rilevanza dell'azione intentata dalla ong ClientEarth³⁵ nei confronti di Shell PLC innanzi all'Alta Corte di Giustizia di Londra con la quale la prima, azionista di minoranza della seconda, ha agito per l'accertamento della responsabilità del *board* di Shell per aver adottato un piano di gestione in concreto inidoneo al rispetto degli obiettivi *net-zero* previsti dall'Accordo di Parigi, nonché inadatto al rispetto dell'ordine impartito alla società dal Tribunale de L'Aja nella diversa causa *Milieudefensie v. Royal Dutch Shell plc*³⁶.

Ad ogni modo, ciò che pare costituire un dato comune all'esperienza angloamericana ed europea sul punto, è la diffusa difficoltà ad ottenere pronunce favorevoli a coloro che agiscono con l'obiettivo di far accertare in giudizio la responsabilità di imprese e amministratori per i pregiudizi ai danni degli *stakeholders*, cagionati attraverso il mancato rispetto degli obblighi di sostenibilità imposti, il cui coordinamento con la c.d. *business judgement rule*, tradizionale fulcro della libertà di iniziativa economica in capo ai privati³⁷, risulta spesso problematico.

3. – Il Tribunale di Roma ha affermato che i pregiudizi rappresentati nel *Giudizio Universale*, benché sostanzialmente aderenti a quelli enucleati e dimostrati nelle *human rights-based CCLs* menzionate nella sentenza stessa, non afferiscono ad alcun interesse soggettivo giuridicamente tutelato nell'ambito dell'ordinamento italiano, in quanto le determinazioni relative ai tempi ed ai modi di contrasto al cambiamento climatico comporterebbero valutazioni discrezionali, che “rientrano nella sfera di attri-

³⁴ Sulla configurabilità di forme di responsabilità civile in capo ad intermediari ed emittenti finanziari, derivanti da una mancata *compliance* rispetto agli obblighi di trasparenza imposti *ex lege*, anche in materia di sostenibilità, si vedano M. MAUGERI, *Informazione non finanziarie e interesse sociale*, in *Riv. Soc.*, 2019, 992 ss. e S. BRUNO, *ult. op. cit.*, 991 ss.

³⁵ L'iniziativa in parola, riconducibile al fenomeno del c.d. attivismo azionario, costituisce la prima azione “climatica” direttamente intentata contro il consiglio di amministrazione di una società. L'azione esperita nell'ordinamento britannico da un singolo socio – nel caso *de quo* ClientEarth – si pone come c.d. *derivative action*, la quale prevede un *prima facie case* rispetto al quale l'Alta Corte di Londra si è espressa negativamente. Il successivo mancato rilascio a ClientEarth del *permission of appeal* ha definitivamente messo fine alla vicenda processuale, che tuttavia conserva la propria importanza quale *leading case*, specie considerando che il quadro normativo nell'Unione europea in tema di sostenibilità dell'attività economica è sensibilmente più complesso che nell'area di *Common Law*, con la conseguenza che una simile azione, se proposta nell'ambito unionale, potrebbe più facilmente avere esito positivo per gli attori. Il testo della pronuncia dell'Alta Corte di Giustizia di Londra nel giudizio *ClientEarth c. Shell PLC e altri* è consultabile al link climatecasechart.com (ultimo accesso 24 settembre 2024) con nota di M. Manna e S. Bruno in *Foro italiano*, 2024, 45.

³⁶ La controversia, che fa seguito al celebre *Urgenda case*, verte sull'accertamento della responsabilità di Shell PLC per il proprio contributo all'emergenza climatica, con la conseguente condanna della stessa alla riduzione entro il 2030 delle proprie emissioni del 45% rispetto ai livelli del 2019. La Corte d'appello de L'Aja tuttavia, pur condividendo in termini generali quanto accertato in primo grado, ha riformato la condanna di Shell alla riduzione delle emissioni in una specifica misura, dato che la riduzione delle emissioni del 45% non si applica ad ogni Stato e settore economico, né secondo la Corte è scientificamente individuabile una percentuale di riduzione delle emissioni che gli operatori del settore petrolifero dovrebbero raggiungere. La determinazione della Corte d'appello de L'Aja è stata impugnata da Milieudefensie avanti la Corte Suprema Olandese, mentre le pronunce dei primi due gradi di giudizio sono reperibili al link climatecasechart.com (ultimo accesso 2 gennaio 2025).

³⁷ In attesa di conoscere la portata del c.d. *Pacchetto Omnibus* che la Commissione europea sta approntando, in un'ottica di c.d. *deregulation* finalizzata a semplificare la *compliance* ESG in capo alle imprese, pare utile il rinvio a M. LIBERTINI, *Gestione “sostenibile” delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, cit., 54 ss.



buzione degli organi politici e non sono sanzionabili nell'odierno giudizio". Ancora, il Tribunale romano ha dato conto della lesione del principio di separazione dei poteri nella quale sarebbe incorso qualora avesse "annullato" atti normativi di rango primario e secondario, ribadendo con fermezza la non "predicabilità" della responsabilità dello Stato-legislatore al di fuori della violazione del diritto europeo³⁸.

E così in primo luogo il giudice ordinario ha affermato l'inammissibilità per difetto assoluto di giurisdizione delle domande proposte ex artt. 2043 e 2051 cod. civ., finalizzate ad accertare la responsabilità aquiliana dello Stato per non aver posto in essere quanto necessario all'abbattimento entro il 2030 delle emissioni climalteranti sul territorio italiano nella misura del 92% rispetto ai livelli del 1990, con conseguente domanda di condanna ex art. 2058 cod. civ. all'adozione di ogni misura necessaria a conformarsi ai livelli di emissioni di cui sopra. In secondo luogo, il giudice ha pronunciato il proprio difetto assoluto di giurisdizione rispetto alla domanda tesa all'accertamento della responsabilità statale da contatto sociale per aver violato l'obbligo di protezione nei confronti degli attori, dichiarando infine il proprio difetto relativo di giurisdizione rispetto alle domande attinenti al PNIEC, da impugnare innanzi al giudice amministrativo.

In un contesto quale quello descritto in precedenza, connotato da decenni di crescenti impegni della Comunità internazionale ai quali l'Italia prende puntualmente parte, nonché a fronte di un Unione europea che continua a perseguire l'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050, il Tribunale di Roma in via espressa afferma l'inesistenza di un diritto al clima o comunque di un interesse, ad esso afferente, che si possa intendere come meritevole di tutela da parte dell'ordinamento³⁹.

Stante la notevole distanza tra quanto accertato dal giudice romano e l'impegno politico nazionale e sovranazionale sul clima, nonché alla luce dei molteplici precedenti "europei" radicalmente difforni rispetto a domande tutto sommato simili a quelle del caso *de quo*, è necessario verificare se l'ordinamento giuridico italiano, connotato dall'atipicità del danno ingiusto, effettivamente non offra alcun elemento sul quale radicare una tutela giurisdizionale degli interessi oggetto del *Giudizio Universale*.

La scienza ritiene ormai assodato che il mondo versi in una situazione di drammatica emergenza ecosistemica, climatica e fossile⁴⁰. Per la prima volta accade che una situazione emergenziale, allo stesso tempo globale e locale, imponga la necessaria adozione di misure che siano scientificamente idonee al suo contrasto. La funzione primaria del diritto – ovvero la regolazione dei conflitti sociali interni alla comunità di riferimento – impone una riflessione accurata soprattutto nel senso del *quomodo* del contrasto all'emergenza, finora demandato alla cooperazione internazionale con risultati deludenti, scientificamente evidenti e misurabili⁴¹.

³⁸ Mentre quanto censurato dagli attori nel caso *de quo* sarebbe al contrario espressivo della funzione di indirizzo politico, legittimamente esercitata dal legislatore e non sindacabile dal giudice, in piena conformità all'attuale orientamento di legittimità sul punto, inaugurato con Cass. civ., sez. un., 17 aprile 2009, n. 9147 in *Resp. civ.*, 2010, n. 5, 346 ss., nota di A. Riccio, ulteriormente confermato in seguito, *ex multis*, da: Cass. civ., sez. VI-III, sentenza del 9 gennaio 2014, n. 307 in *CED Cassazione*, 2014; Cass. civ., sez. III, 22 novembre 2016, n. 23730, in *Il caso.it*, 2017.

³⁹ Il concetto ex art. 1322, comma 2, cod. civ. viene qui ripreso con riguardo alla materia extracontrattuale, dal momento che la *ratio* della norma la rende idonea a segnare (altresì) i confini dell'atipica tutela aquiliana, come autorevole dottrina ha da tempo rilevato: F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, n. 1, 1985, 10 ss.; F. GALGANO, *Le antiche e nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, n. 1, 2008, 73 ss.

⁴⁰ Nei termini di una "triplice emergenza" si esprime M. CARDUCCI, *La ricerca dei caratteri differenziali della «giustizia climatica»*, cit., 1358 ss.

⁴¹ In via esemplificativa pare utile il rinvio al report dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (O.M.S. o W.H.O.) in vi-



È stato osservato in dottrina che, benché l'ambiente abbia nel tempo ottenuto una propria definizione e tutela giuridica in forma espressa⁴², il concetto di clima è rimasto sprovvisto di ogni definizione normativa o giurisprudenziale, mentre le cc.dd. fonti del diritto climatico non si occupano di *Climate Change* nella sua dimensione squisitamente emergenziale⁴³. Tale vuoto normativo-definitorio non può però costituire un pretesto per giustificare opinabili statuizioni nel senso della non configurabilità di alcuna forma di garanzia giuridica sul punto; resta invece evidente come il clima sia in grado di incidere in maniera determinante sulla concreta fruizione, da parte dei consociati, di posizioni giuridiche soggettive che l'ordinamento invece già considera meritevoli di tutela, in via espressa o implicita.

4. – Alla luce di quanto sopra, la presente disamina non può prescindere dalla considerazione del testo costituzionale, quale forma di primario orientamento nel giudizio sulla configurabilità della tutela giuridica di un dato interesse. Le norme costituzionali vanno tuttavia interpretate in senso immediatamente precettivo, all'interno di un ordinamento giuridico concepito in senso monistico, riconoscendo maggior peso alle cc.dd. valvole di apertura dello stesso e rifiutando una contrapposizione netta tra fonti nazionali, internazionali e sovranazionali. È poi altrettanto importante ai nostri fini una corretta applicazione delle clausole generali il cui *iter* interpretativo, secondo autorevole dottrina, segna il percorso evolutivo del diritto civile, delle tecniche di interpretazione e della creatività della giurisprudenza⁴⁴.

L'evoluzione della responsabilità civile nell'ambito dell'ordinamento italiano è del resto frutto – nella quasi totale immutabilità degli artt. 2043 ss. cod. civ. – di una continua estensione del suo ambito di applicazione, attraverso “svolte” interpretative di sovente anticipate da ampi sforzi dottrinali, prima di essere riconosciute nelle aule giudiziarie⁴⁵. È pertanto compito del giurista ricercare, intercettando la coscienza sociale in continua evoluzione, nuove fattispecie che necessitano tutela, al fine di realizzare quella “*giurisprudenza umana, che guarda la verità d'essi fatti e piega benignamente la ragion delle leggi a tutto ciò che richiede l'uguaglianza delle cause*”⁴⁶.

Ribadita l'opzione del legislatore del '42 nel senso della previsione di una clausola generale di responsabilità civile e quindi dell'atipicità del fatto illecito, si condivide l'opinione di chi abbia individuato nell'ingiustizia l'elemento centrale del danno *ex art.* 2043 cod. civ.⁴⁷, da successivamente imputare al soggetto obbligato a risarcirlo, così da concretizzare la rilevanza giuridica di tale pregiudizio⁴⁸. L'ingiustizia del danno, espressiva del più generale principio del *neminem laedere*, trova poi il proprio

sta della COP 29, WORLD HEALTH ORGANISATION, *COP29 special report on climate change and health: Health is the argument for climate action*, Ginevra, 2024, reperibile al link cdn.who.int (ultimo accesso 12 novembre 2024).

⁴² Il riferimento è anzitutto alle modifiche del testo costituzionale che la legge cost. n. 1/2022 ha apportato agli artt. 9 e 41 Cost., nonché al precedente d.lgs. n. 152/2006 (c.d. Codice dell'ambiente) con il quale la materia era stata oggetto di una regolamentazione sistematica e, almeno nelle intenzioni, esaustiva. Per una breve disamina in senso comparatistico della tutela dell'ambiente, si rimanda a F. FRACCHIA, *Il diritto ambientale comparato*, in *Federalismi.it* [online], n. 7, 5 aprile 2017, www.federalismi.it (ultimo accesso 12 novembre 2024).

⁴³ Così M. CARDUCCI, *La ricerca dei caratteri differenziali della «giustizia climatica»*, cit., 1360.

⁴⁴ Così si esprime S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Politica del diritto*, 1985, 709 ss.

⁴⁵ In questi termini S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964 (ristampa inalterata del 2023), 31.

⁴⁶ G. VICO, *La scienza nuova*, 1.IV, sez. VII, 940, edizione a cura di F. Nicolini, Vol. II, Laterza, Bari, 1928, 64.

⁴⁷ P. SCHLESINGER, *La “ingiustizia” del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 347 e soprattutto, nell'ambito di un'analisi di straordinaria efficacia e coerenza sistematica, S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 87.

⁴⁸ *Ibidem*, 76.



argine principale nel concetto di solidarietà che permea le situazioni soggettive dei consociati entro la medesima comunità di riferimento⁴⁹. Solidarietà che, intesa come dovere di comportarsi in maniera da non pregiudicare l'interesse altrui, non solo trova fonte in norme codicistiche suscettibili di interpretazione estensiva, quali ad esempio gli artt. 833 e 1337 cod. civ., ma ha altresì esplicita enunciazione all'art. 2 Cost. che la declina in senso politico, economico e sociale.

Secondo questa prospettiva, è opportuno indagare se il pregiudizio lamentato nel *Giudizio Universale*, riferibile alla generalità dei consociati e derivante dal cambiamento climatico la cui dimensione emergenziale “non è oggetto di contestazione tra le parti”, sia considerabile come un danno ingiusto. Bisogna quindi interrogarsi sulla violazione del principio di solidarietà, posto che l'accertamento della responsabilità civile passa necessariamente dall'individuazione del soggetto, in questo caso lo Stato, al quale imputare il danno ed il conseguente obbligo di risarcimento. Dunque, non è tanto con riferimento al fatto dannoso che andrebbe ricercata l'ingiustizia, quanto più con riguardo al danno cagionato e all'imputabilità soggettiva dello stesso. Il *focus* che il Tribunale capitolino ha posto essenzialmente sulla condotta del preteso danneggiante, ovvero l'esercizio del potere legislativo da parte dello Stato, potrebbe (e dovrebbe) pertanto essere spostato sul pregiudizio climatico scientificamente rappresentato.

Nella consapevolezza che la progressione verso una tutela aquiliana più estesa si è sempre mossa nel quadro di norme che in potenza già indicavano le direttrici di tale evoluzione⁵⁰, vanno ricostruiti gli indici che dimostrano l'ingiustizia del danno cagionato, senza limitarsi al novero degli interessi strettamente qualificabili come diritti soggettivi⁵¹.

Il pregiudizio lamentato dagli attori nel *Giudizio Universale* consiste nella lesione dei diritti alla vita ed alla serenità della propria vita privata, che verrebbe a prodursi in ragione della mancata adozione di norme scientificamente idonee al contrasto del cambiamento climatico. L'argomentazione fa ampio affidamento sull'evidenza scientifica dei dati sul *Climate Change* e, riproponendo avanti al giudice ordinario italiano i *petita* e le *causae petendi* che hanno sorretto azioni simili in Olanda, Francia e Germania, può in effetti rivelarsi fondata. In mancanza di una nozione espressa del concetto di clima, se ne invoca quindi una tutela giuridica indiretta, sulla base dell'assunto, scientificamente e logicamente evidente, per cui la garanzia di condizioni climatiche stabili costituisce un presupposto intrinsecamente necessario ai fini del godimento dei diritti umani e fondamentali⁵².

Si tratta allora di ricostruire in via interpretativa il riconoscimento giuridico da parte dell'ordinamento dei diritti alla vita e alla serenità della propria vita privata, atteso che nessuno dei due trova un'enunciazione esplicita in fonti legislative interne. Questi trovano invece fonte espressa, ancorché con formulazioni in parte diverse, nella CEDU e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵³, entrambe pacificamente riconducibili alla previsione di cui all'art. 117, comma 1, Cost. Come

⁴⁹ *Ibidem*, 89 dove viene offerta una concezione della solidarietà ex art. 2 Cost., al contempo come fonte e “misura” dell'ingiustizia del danno, successivamente avvallata anche da M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, Giuffrè, 2010, 542-545.

⁵⁰ F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, cit., 26.

⁵¹ *Ibidem*, 10.

⁵² Ancorché nella prassi i due termini assumano quasi un carattere endiadico, per un'autorevole distinzione tra diritti “umani” e “fondamentali” pare opportuno rinviare a G. ALPA, *Diritti fondamentali e diritto europeo*, in *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, a cura di A. Zoppini, Roma 3 Press, Roma, 2019, 9 ss.

⁵³ Si rinvia pertanto agli artt. 2 e 8 CEDU e agli artt. 2 e 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Per una disamina in termini sistematici dei rapporti tra le norme europee in materia di diritti fondamentali, ai fini di una applicazione delle stesse in ambito privatistico, si rinvia a M. LIBERTINI, *Qualche riflessione sull'efficacia orizzontale in diritto privato delle norme*



rilevato da autorevole dottrina, un'interpretazione giurisprudenziale che valorizzi tale precetto, testualmente affatto ambiguo, porterebbe a dare un peso maggiore agli impegni internazionali e, dunque, anche agli obblighi in materia climatica e alle convenzioni per la garanzia dei diritti umani e fondamentali⁵⁴. Nondimeno, i diritti alla vita e alla serenità della propria vita privata non risultano affatto estranei alla tradizione giuridica nazionale, ponendosi piuttosto come concrete estrinsecazioni dell'art. 2 Cost., fonte del fondamentale principio di solidarietà e pacificamente definito quale "valvola aperta" per l'enucleazione di nuovi diritti della persona all'interno dell'ordinamento giuridico⁵⁵.

Pare quindi configurabile anche in Italia un riconoscimento dei diritti alla vita e alla serenità della propria vita privata, tanto come posizioni giuridiche soggettive riconducibili alla previsione dell'art. 2 Cost., quanto come diritti positivizzati a livello internazionale, attraverso norme il cui rispetto è un obbligo costituzionalmente sancito dall'art. 117, comma 1, Cost. Se poi si ammette la tesi, quasi auto-evidente, per cui un clima stabile e salubre è prodromico al godimento dei due diritti di cui sopra, si giunge a ricostruire, benché in via soltanto ermeneutica, la meritevolezza della tutela giurisdizionale del clima invocata nel *Giudizio Universale*.

Al contrario, la sentenza in commento obbliga a constatare come l'opera di effettiva costituzionalizzazione del diritto, privato e non solo, appaia tuttora ostacolata da una diffusa concezione del testo costituzionale come norma di carattere anzitutto valoriale e programmatico⁵⁶, nonostante la stessa Corte di Cassazione sia giunta ad ammettere che la tutela aquiliana dei diritti dell'uomo "*non si è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla Costituzione nel presente momento storico*"⁵⁷. Ancora, tra gli studiosi c'è chi ha sottolineato la reale *ratio* dell'art. 2 Cost. come fonte del riconoscimento dei diritti dell'uomo in senso universale, i quali superano i confini politici di ogni Stato e si sottraggono alla facoltà di disposizione inerente alla sua sovranità⁵⁸. Una simile impostazione tuttavia si è non di rado scontrata con la portata in concreto conferita all'art. 117 Cost., la cui interpretazione restrittiva ha spesso finito per svuotare di senso la norma, riconoscendo agli obblighi convenzionali la medesima forza normativa della relativa legge di ratifica. Questa prassi "restrittiva" pare tuttavia non essere ascrivibile a ragioni giuridiche interpretative, quanto piuttosto ad una impostazione di stampo tradizionalistico che nel tempo ha variamente connotato la giurisprudenza italiana⁵⁹.

sui diritti fondamentali dei trattati europei, in *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, a cura di A. Zoppini, cit., 65 ss., nonché, nel medesimo volume, a G. ALPA, *Diritti fondamentali e diritto europeo*, cit., 9 ss.

⁵⁴ Sull'auspicio che l'art. 117, comma 1, Cost. elevi al rango di norme costituzionali gli obblighi contenuti nelle convenzioni internazionali a tutela dei diritti dell'uomo, si rimanda a F. GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, in *Contratto e impresa*, 2009, 889.

⁵⁵ Nel 2003 la S.C. ha posto in essere una significativa valorizzazione del rapporto tra art. 2059 cod. civ. e art. 2 Cost., interpretando il suddetto precetto costituzionale al contempo quale norma che soddisfa la riserva di legge codicistica e fonte per la tutela nell'ordinamento di nuovi diritti "inviolabili" dell'uomo; sul punto si rinvia a Cass. civ., sez. III, sentenze gemelle del 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Foro it.*, 2003, I, 2272 ss. con nota di E. Navarretta, nonché a F. GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, cit., 884. Più in generale a riguardo si veda S. RODOTÀ, *Solidarietà: un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari, 2014, 42 nonché, con più ampio riferimento al ricorso alle clausole generali nell'ambito del testo costituzionale, F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2012, 285 ss.

⁵⁶ S. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., 38.

⁵⁷ Anche se limitatamente ai diritti di "rango costituzionale" espresso o desumibile, è stata così riconosciuta l'apertura di cui è fonte l'art. 2 Cost. attraverso la pronuncia Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972 in *Corr. giur.*, 2009, n. 1, 48 ss.

⁵⁸ F. GALGANO, *Danno non patrimoniale e diritti dell'uomo*, ult. cit., 891.

⁵⁹ Per una disamina dei "pregiudizi" storici, culturali e logici che possono ostacolare la corretta interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche, limitata dall'a. al solo ambito extracontrattuale e che invece pare potersi riproporre in termini più ampi, si veda S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 58 ss.



Il faticoso *iter* con il quale si è arrivati ad estendere in misura notevole il danno risarcibile, nonché a riconoscere il primato del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di giustizia europea, costituisce un chiaro esempio della difficoltà con cui in seno alla giurisprudenza tali “svolte” interpretative hanno luogo, spesso sulla base di intervenuti mutamenti socio-culturali più che di modifiche normative. Un ulteriore esempio in questo senso è offerto dal contorto percorso della giurisprudenza nazionale in materia di responsabilità del Legislatore per mancata attuazione del diritto europeo, un tempo ascritta all’ambito della responsabilità aquiliana ed oggi intesa come ipotesi di obbligazione “*ex lege dello Stato inadempiente di natura indennitaria per attività non anti-giuridica*”⁶⁰. La suddetta “giravolta” interpretativa pare infatti tradire un orientamento giurisprudenziale teso a fare salvo il principio per cui non esiste alcun diritto del cittadino all’esercizio della potestà legislativa, con la conseguenza che il legislatore – in conformità al principio per cui *the king can do no wrong* – non può essere chiamato a rispondere dei danni cagionati dall’esercizio della stessa. La mancata attuazione del diritto europeo risulterebbe così un lecito esercizio dell’insindacabile potestà legislativa statale, cui si conferisce rilevanza giuridica, come fonte dell’obbligo di indennizzare chi da essa venga danneggiato, solo con riferimento all’ordinamento europeo⁶¹, lasciando emergere un’adesione evidentemente superficiale alle posizioni della Corte di giustizia europea⁶².

Ancora, il pericolo di un’efficacia soltanto programmatica delle norme costituzionali si è dimostrato e si dimostra altrettanto serio con riferimento alle convenzioni internazionali in tema di diritti umani e – più rilevante ai nostri fini – di difesa del clima, di sovente percepite come mere affermazioni di valori, sprovviste di un effettivo *enforcement* e infatti spesso manifestamente disattese nell’indifferenza della Comunità internazionale.

5. – Pare dunque che la ridotta portata sistematica riconosciuta ai principi solidaristici, i quali invece costituiscono il sostrato fondamentale della convivenza democratica tra consociati, sia riscontrabile con riguardo ad un insieme eterogeneo di fonti normative. Tale approccio deve tuttavia essere rifiutato con

⁶⁰ Cfr. Cass. civ., sez. un., 17 aprile 2009, n. 9147 con cui tale orientamento ha ottenuto l’avvallo delle Sezioni unite. Tra le diverse pronunce conformi si rinvia a Cass. civ., sez. III, sentenza del 22 novembre 2016, n. 23730 con cui si è lapidariamente statuito che “*dal punto di vista del diritto comunitario, cioè, l’inesatta azione ovvero l’omissione legislativa sono un fatto anti-giuridico, mentre tali non sono per l’ordinamento nazionale, in cui è approntata solo la tutela data dal giudizio di costituzionalità, per le norme legislative ad esso soggette*”. Sul versante dottrinario, sulla responsabilità del legislatore per mancata attuazione della normativa comunitaria *ex multis* si vedano: M. FRANZONI, *L’illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Franzoni, I, Giuffrè, Milano, 2010, 957 ss.; V. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell’illecito «costituzionale» del legislatore)*, in *Contr. e impr. Eur.*, 1999, 101 ss.; G. PONZANELLI, *L’Europa e la responsabilità civile*, in *Foro.it.*, 1992, IV, 150 ss.; G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Utet, Torino, 2010, 965; R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato*, Cedam, Padova, 1999, 207 ss.; E. CALZOLAIO, *La violazione del diritto comunitario non è anti-giuridica: l’illecito dello Stato al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Contr. e impr.*, 2010, 71 ss.; A. LAZARI, *Il giudice complesso e la responsabilità dello Stato – il commento*, in *Danno e responsabilità*, n. 12, 2012, 1225 ss.; G. VETTORI, *Diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, n. 3, 2017, 666 ss.; A. CONTINISIO, *L’obbligazione “indennitaria” dello Stato per attività “non anti-giuridica”: nomina sunt consequentia rerum?*, in *Resp. civ.*, n. 10, 2012, 661 ss.

⁶¹ Peraltro, sin dal caso *Francovich* è stata sottolineata la “paradossale asimmetria” per cui i cittadini italiani godono, nei confronti del legislatore nazionale, di una tutela giurisdizionale per il c.d. “illecito comunitario” che non sussiste in caso di lesione o mancata attuazione della Costituzione. Così M. CARTABIA, *Omissione del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (a proposito della sentenza «Francovich» della Corte di Giustizia delle Comunità europee)*, in *Giur. cost.*, 1992, 513.

⁶² Addirittura in dottrina si è parlato di un “antieuropeismo” della giurisprudenza italiana: D. SATULLO, *La prescrizione dell’azione di risarcimento nei confronti dello Stato per tardiva attuazione di una direttiva comunitaria*, in *Resp. civ.*, 2011, 253.



forza dal giurista e dallo studioso di diritto civile nello specifico. Infatti, nelle more di una legislazione che deve ancora individuare gli strumenti per un'efficace garanzia delle istanze climatiche, è senza dubbio il sistema di responsabilità civile a porsi come il primo strumento utile a difesa delle stesse⁶³.

L'atipicità del fatto illecito entro l'ordinamento giuridico nazionale e la presenza di una clausola generale di responsabilità extracontrattuale, unite ad un'attenta interpretazione dei precetti costituzionali e alla conseguente valorizzazione degli obblighi internazionali climatici e sui diritti umani, risultano, almeno sul piano esegetico, validi presupposti per una tutela giurisdizionale degli interessi dei quali si lamenta la lesione nel *Giudizio Universale* e nelle *Human Rights Climate Change Litigations* più in generale. Si può pertanto ritenere che in seno all'ordinamento vi siano già i presupposti per l'accertamento dei danni lamentati nel *Giudizio Universale*, afferenti ad interessi meritevoli di tutela anche a prescindere dall'enucleazione di un diritto soggettivo al clima o all'esercizio del potere legislativo. Già durante il secolo scorso la responsabilità civile ha infatti conosciuto un'espansione nel senso della risarcibilità di lesioni di situazioni giuridiche diverse dal diritto soggettivo, giustificata attraverso la valorizzazione dei precetti costituzionali e dell'atipicità della tutela aquiliana. A ben vedere, si tratta dei medesimi elementi oggi invocati per il riconoscimento di una tutela giurisdizionale del clima.

Del resto, clausole generali e norme costituzionali sono accomunate dall'essere formulate e concepite per adattarsi ad una realtà mutevole, ed è proprio nella flessibilità della tutela offerta che se ne esplica la *ratio*. Senza dubbio è corretto ribadire il carattere fondamentale della separazione dei poteri entro uno Stato democratico, ma è altrettanto importante interpretare le norme in senso sistematico e soprattutto evolutivo, specie quando sia stato lo stesso legislatore o addirittura il costituente a concepirle in senso dinamico e flessibile⁶⁴. A fronte di un codice civile redatto nel senso della possibilità di conferire portata generale anche a norme di carattere non generale⁶⁵, non sono condivisibili operazioni ermeneutiche miopi che, rifiutandosi di prendere atto dello scorrere del tempo, contemplanano inerti un tipo giuridico in cui si ritengono definitivamente fissate le modalità di disciplina di una certa materia⁶⁶.

All'interno di un sistema fondato sull'atipicità del danno e necessariamente ispirato e informato dai precetti costituzionali, la separazione dei poteri impone l'adeguata valorizzazione di tali componenti; è semmai la scelta di interpretare in termini restrittivi le norme in questione a presupporre, da un punto di vista logico e giuridico, un intervento espresso del legislatore che giustifichi una simile lettura. L'assunto si conferma anche avendo riguardo alla ricostruzione della tutela giurisdizionale degli interessi "climatici" operata altrove, in ordinamenti giuridici culturalmente prossimi a quello italiano⁶⁷. La sentenza nel *Giudizio Universale* al contrario, oltremodo conservatrice nella ferma negazione della meritevolezza della tutela invocata dagli attori, finisce per porre l'Italia al di fuori del solco tracciato dalla pronuncia *Urgenda*.

⁶³ M. FRANZONI, *La responsabilità civile fra sostenibilità e controllo delle attività umane*, in *Danno e Responsabilità*, n. 1, 2022, 5; R. ROLLI, *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa. Modelli di governance e nuove responsabilità*, cit., 155 ss.

⁶⁴ In relazione al nesso tra art. 2043 cod. civ. e art. 2 Cost. si veda S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 104 ss. mentre, per un'utile analisi delle vicende interpretative che hanno nel tempo interessato l'art. 2043 cod. civ., si rinvia a G. VISENTINI, *Deviazioni dottrinali in tema di danno ingiusto*, in *Contratto e Impresa*, n. 1, 2023, 31 ss.

⁶⁵ S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 92.

⁶⁶ *Ibidem*, 60.

⁶⁷ Sulla prassi giurisdizionale francese, tedesca ed olandese in materia si rinvia alla ricostruzione sistematica, anche in prospettiva comparata, operata da L. SERAFINELLI, *Responsabilità extracontrattuale e cambiamento climatico*, cit., 30 ss.



Alla luce delle domande avanzate dagli attori nel giudizio *de quo*, il giudice avrebbe potuto accertare la responsabilità aquiliana in capo allo Stato senza necessariamente prescrivere ex art. 2058 cod. civ. l'adozione di un determinato provvedimento legislativo⁶⁸. Il Tribunale di Roma invece, con il fine di rispettare i limiti della propria *iurisdictio*, ha operato un notevole ridimensionamento dei propri poteri (e doveri) giurisdizionali, omettendo del tutto il momento del “puro” accertamento dell'illiceità del danno lamentato, invero pienamente ricostruibile. Affermare il proprio difetto di giurisdizione nel “prescrivere” il provvedimento normativo da adottare, è cosa diversa dall'accertare l'ingiustizia del pregiudizio che il legislatore, con la propria attività o inerzia, può cagionare.

Al fine di garantire la coerenza del sistema di responsabilità civile, stante la possibilità di ricostruire la meritevolezza di tutela degli interessi lesi nei termini di cui sopra, sarebbe stato auspicabile un riconoscimento espresso dell'ingiustizia di tali danni. In seguito sarebbe stato possibile ricostruire il nesso causale fra i suddetti pregiudizi e l'azione (o inazione) legislativa su base empirica, attraverso la c.d. riserva di scienza⁶⁹. Quanto poi alla imputabilità soggettiva in capo allo Stato della condotta produttiva del danno, questa troverebbe fonte nei molteplici obblighi internazionali assunti dallo Stato nel senso del contrasto al cambiamento climatico e della garanzia dei diritti umani, nei Trattati istitutivi dell'Unione europea, nonché nei generali principi di solidarietà ex art. 2 Cost. e del *neminem ledere*, oltre che nel diritto alla salute tutelato ex art. 32 Cost. e nella salvaguardia dell'ambiente di cui all'art. 9 Cost.⁷⁰.

A fronte delle eccezioni processuali sollevate dal Governo italiano convenuto, il giudice ha sostanzialmente dichiarato l'inammissibilità delle domande attoree. Inoltre, l'*obiter dictum* nel senso dell'irrelevanza giuridica di ogni interesse soggettivo afferente al clima pare indicativo – almeno per il momento, in attesa della futura pronuncia di secondo grado – del rifiuto della giurisprudenza verso una più ampia riflessione sul ruolo che il potere giudiziario può rivestire nella garanzia dei cc.dd. diritti di nuova generazione⁷¹, in primo luogo mediante il ricorso al sistema di responsabilità aquiliana.

L'evoluzione tecnica e tecnologica ha infatti prodotto un esponenziale aumento della velocità e della forza con cui emergono nuove esigenze di tutela tra i consociati, rendendo pressoché impossibile una tempestiva risposta legislativa sul punto, che comunque – come accade in materia climatica – si

⁶⁸ Sull'opportunità, nell'ambito del contenzioso climatico, di forme di tutela giurisdizionale anche in senso meramente dichiarativo, si veda G. GHINELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico: c'è un giudice per il clima?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 4, 2021, 1296.

⁶⁹ Anche se si deve necessariamente rilevare come, una volta definita la dimensione emergenziale del cambiamento climatico quale circostanza non controversa tra le parti, il Tribunale in seguito abbia indicato che le valutazioni degli attori si fonderebbero su “*dati contestati da parte convenuta e non verificabili in questa sede, non disponendo questo Giudice delle informazioni necessarie per l'accertamento delle complesse decisioni prese dal Parlamento e dal Governo*”. Viene così negata dal Giudice non solo la rilevanza giuridica dell'interesse leso ma anche l'astratta possibilità di accertare in giudizio il danno lamentato.

⁷⁰ Va segnalato come in dottrina vi sia chi si esprime nel senso della piena e attuale configurabilità di forme di tutela giurisdizionale in ambito climatico-ambientale, alla luce dell'importanza degli interessi che rischiano di essere lesi, specie a seguito della riforma degli artt. 9 e 41 Cost. I due precetti costituzionali vengono intesi dall'a. quali fonti di un diritto all'ambiente in senso soggettivo, nell'ambito del quale vanno altresì ricomprese le istanze climatiche, dal momento che il pregiudizio all'atmosfera costituisce la lesione di una delle componenti dell'ambiente, al pari dell'acqua e del suolo, così U. SALANITRO, *La responsabilità ambientale dopo la riforma costituzionale e la lotta al cambiamento climatico*, in *Riv. dir. civ.*, n. 2, 2024, 229 ss.

⁷¹ L'espressione è tratta dalla sistematizzazione operata da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, mentre per disamina in termini generali sulle prospettive di tutela dei diritti umani pare utile il rinvio a A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Laterza, Bari-Roma, 2015.



rivela spesso inefficace ed insoddisfacente. Per questo una primaria forma di salvaguardia delle suddette istanze, afferenti a diritti di nuova emersione, non può che essere fornita dalla giurisprudenza, destinataria naturale delle domande di tutela “dal basso” oltre che interprete dell’ordinamento giuridico e garante della coerenza interna dello stesso, anche nella sua dimensione c.d. vivente. D’altronde, proprio la garanzia di un diritto vivente che realmente risponda alle esigenze sociali costituisce l’estrinsecazione della funzione primaria del diritto stesso. Il rifiuto di un simile assunto finirebbe invece per riabilitare l’idea del giudice come *la bouche de la loi*, comportando un’inammissibile mortificazione dell’attività giurisprudenziale.

Le conseguenze di un simile scenario ricadrebbero peraltro sulla generalità dei consociati, chiamati a vivere in una società che muta ben più velocemente di quanto non sia l’elaborazione di risposte soddisfacenti, non solo legislative ma anche da parte della giurisprudenza, nel senso della rimozione o, quantomeno, del contrasto agli effetti negativi che evoluzione della stessa produce.



CASS. CIV., SEZ. III, 26 LUGLIO 2024, N. 21022

La polizza “unit-linked” può essere qualificata come contratto di assicurazione sulla vita non già per la sua formale definizione data dalle parti, ma in ragione della copertura del rischio demografico e della previsione di un indennizzo parametrato alle tavole di mortalità in base all’età dell’assicurato, così da garantire al beneficiario, nel caso di morte ante tempus, il conseguimento di un apprezzabile vantaggio; conseguentemente, se la polizza prevede, in caso di morte del portatore del rischio, che il beneficiario possa non ottenere alcun indennizzo (o conseguirne uno irrisorio) in considerazione dell’andamento dei valori mobiliari in cui è stato investito il premio, va esclusa la natura di contratto di assicurazione ex art. 1882 c.c.

GIANLUCA BRIGANTI

Dottore di ricerca – Università di Roma “La Sapienza”

**LA CASSAZIONE SULLA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLE POLIZZE *LINKED*:
LA PREVALENZA DELLA SOSTANZA SULLA FORMA
(NOTA A CASS. CIV., SEZ. III, 26 LUGLIO 2024, N. 21022)**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contratto di assicurazione, il contratto di assicurazione sulla vita e il rischio demografico: inquadramento generale. – 3. L’ordinanza della Cassazione n. 21022/2024: la vicenda processuale. – 4. Il giudizio in Cassazione e i motivi di ricorso. – 5. La decisione della Cassazione. – 6. La qualificazione giuridica delle polizze linked: la Cassazione e il principio “plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur”.

1. – Nel tentativo di domare l’incertezza, l’uomo ha creato l’assicurazione; nel tentativo di sfruttarla, ha creato la speculazione. Il “mercato assicurativo”, un tempo fondato sulla protezione, oggi si muove su un confine sottile tra sicurezza e azzardo, tra tutela e investimento. Un dato è certo: esso svolge un ruolo cruciale nello sviluppo economico e nella gestione del “rischio” economico¹, ponendo

¹ Come evidenziato da G. CUCINOTTA-L. NIERI, *Le assicurazioni*, Bologna, 2005, cit., 58, dove si afferma che: «Lo sviluppo economico e industriale e del commercio internazionale devono molto alle assicurazioni che permettono l’effettuazione di iniziative economiche rischiose, alleggerendo gli imprenditori da una serie di rischi che si aggiungono a quello imprenditoriale. Inoltre, la disponibilità di una garanzia assicurativa migliora la qualità della vita delle persone, consentendo loro, ad esempio, di effettuare spese per consumi senza preoccuparsi eccessivamente di quello che può avvenire in futuro. È evidente che una garanzia assicurativa non può attenuare il dolore causato dalla scomparsa di un familiare, dalla presenza di una malattia, dalla perdita di un bene a cui si era particolarmente affezionati, ma quantomeno sgrava l’assicurato dall’onere economico derivante da questi accadimenti negativi».



dosi come strumento di protezione e redistribuzione delle incertezze individuali e collettive².

Il mercato assicurativo, nato storicamente per rispondere alle esigenze di tutela contro eventi fortuiti³, si è evoluto fino a includere strumenti finanziari sofisticati che, oltre a garantire una copertura, offrono opportunità di investimento.

Tra questi prodotti, sono emerse le “polizze *linked*”⁴, in particolare le *unit-linked* e le *index-linked*; esse si collocano, quali prodotti “ibridi”, al confine tra il mondo assicurativo⁵ e quello finanziario⁶, riflettendo un’evoluzione del concetto stesso di assicurazione, sempre più orientato alla capitalizzazione e alla speculazione piuttosto che alla sola protezione del rischio.

In tale contesto di crescente ibridazione tra protezione e investimento, diventa fondamentale analizzare il c.d. “*value for money*” delle polizze *linked*⁷. Tale concetto si riferisce al rapporto tra costi so-

² L’incertezza è una delle condizioni fondamentali che spinge un soggetto a stipulare un contratto di assicurazione. La natura stessa della vita umana è segnata dall’imprevedibilità: eventi accidentali, malattie, perdite finanziarie e catastrofi possono colpire inaspettatamente, alterando gli equilibri economici e personali di un individuo o di un’intera famiglia. Il contratto di assicurazione nasce proprio come risposta a questa condizione esistenziale, trasformando l’incertezza in un rischio calcolabile e redistribuibile. Attraverso la stipula di una polizza, l’assicurato si protegge da conseguenze potenzialmente devastanti, trasferendo il peso dell’evento dannoso su un’entità più ampia e strutturata, l’impresa assicuratrice, che ne assorbe l’impatto finanziario secondo il principio della mutualità. La decisione di assicurarsi non è mai del tutto razionale né del tutto emotiva, ma si situa all’intersezione tra la paura dell’ignoto e la ricerca di una stabilità futura. Da un lato, vi è il timore di perdere ciò che si possiede: il proprio benessere, la sicurezza economica della propria famiglia, la continuità della propria impresa o la capacità di affrontare spese impreviste. Dall’altro lato, vi è la consapevolezza che l’assicurazione rappresenta una forma di investimento nella propria tranquillità, un meccanismo attraverso cui il presente si tutela nei confronti del futuro. In questa scelta si riflette la tensione tra il desiderio di controllo e la consapevolezza della propria vulnerabilità: il soggetto assicurato sa di non poter governare tutti gli eventi della propria esistenza, ma attraverso il contratto assicurativo prova a mettere ordine in ciò che per definizione sfugge alla pianificazione.

³ Per una ricostruzione storica del mercato assicurativo, si veda, *ex multis*, G. CASSANDRO, *Assicurazione: premessa storica*, Milano, 1958; A. LA TORRE, *Assicurazione (genesi ed evoluzione)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2007.

⁴ Sulle polizze *linked*, in generale, si rinvia, *ex multis*, a E. PIRAS, *Le polizze variabili nell’ordinamento italiano*, Milano, 2011; P. CORRIAS, *L’assicurato-investitore: prodotti, offerta e responsabilità*, in *Assicurazioni*, 3, 2011, 387 ss. Sulla genesi delle polizze *linked*, M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni: vol. III*, Padova, 2013, cit. p. 956, «Le prime polizze *linked* apparvero nel 1950 in Olanda, ma restarono un fenomeno circoscritto [...] sin dalla loro genesi le polizze *linked* costituirono prodotti ibridi, in cui si mescolavano elementi tipici dell’assicurazione (pochi) ed elementi tipici dei contratti di investimento in strumenti finanziari (molti), e questa natura venne colta dalla giurisprudenza d’oltreoceano: sin dal 1959, infatti, la Corte Suprema degli Stati Uniti d’America stabilì che le variabili annuities offerte dal CREF costituivano strumenti finanziari (*securities*), e dovessero essere soggette ai controlli ed alle regole dettate dall’autorità di vigilanza di quel Paese, la Securities and Exchange Commission (SEC)». In argomento, si veda anche P. CORRIAS, *I prodotti assicurativo-finanziari: genesi ed evoluzione*, in *Assicurazioni*, 4, 2021, 582 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *Le polizze Unit Linked e Index Linked (ai confini dell’assicurazione sulla vita)*, in *Assicurazioni*, 1, 2000, 234 ss.; M. ROSSETTI, *Polizze “linked” e tutela dell’assicurato*, in *Assicurazioni*, 1, 2002, 223 ss.

⁵ Una parte della dottrina ha evidenziato, sin da subito, che tali prodotti fossero lontani dal mondo assicurativo. Sul punto, A. GUACCERO, *Investimento finanziario e attività assicurativa nella prospettiva dell’informazione del risparmiatore*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1, 2003, 16 ss.; N. SALANITRO, *Società per azioni e mercati finanziari*, Milano, 2000, 74 ss.

⁶ Sui rapporti tra mercato assicurativo e mercato finanziario M. MIOLA, *Sui rapporti tra assicurazione e mercati finanziari: il caso delle polizze linked*, in *Giur. comm.*, 4, 2023, 579 ss.; G. MARINO, *Il contratto di investimento assicurativo all’intersezione tra ordinamento assicurativo e finanziario*, in *Jus civile*, 6, 2020, 1595 ss.

⁷ Come evidenziato da R. LO CONTE, *La Product Oversight and Governance nel diritto assicurativo*, Torino, 2022, cit., 207, «La crisi causata dal Covid-19 e l’insistere di bassi tassi di interesse, uniti agli shock di mercato, mostrano, per l’EIOPA, “quanto sia importante che i prodotti *unit-linked* offrano sempre un effettivo ‘valore’ ai consumatori/assicurati”. Si tratta di un principio che acquista sempre più valore nel mondo finanziario e che dovrebbe essere posto al centro dei processi di progettazione, distribuzione e monitoraggio del prodotto, al fine di risolvere tutte le questioni collegate al concetto stesso di “*value for money*”». Sul *value for money* nelle polizze *linked* si veda R. LA FATA, *Il value for money nei prodotti assicurativi unit-linked: tra rischio demografico effettivo e disciplina dei costi e delle commissioni di gestione dei fondi*, in



stenuti dal cliente (premi versati, carichi, commissioni di gestione) e valore effettivamente generato dalla polizza, sia in termini di protezione assicurativa sia di rendimento finanziario.

Questa nuova concezione non è priva di implicazioni teoriche e filosofiche.

Se l'assicurazione tradizionale incarna l'idea hobbesiana di uno Stato che, attraverso strumenti di mutualizzazione, riduce l'incertezza della condizione umana, le polizze *linked* riflettono una visione più affine all'*homo aeconomicus* di matrice neoliberale⁸, in cui il singolo è chiamato a gestire attivamente il proprio rischio, trasformandolo in una possibilità di guadagno. In questa prospettiva, la logica del rischio non è più solo quella della precauzione, ma si intreccia con la razionalità finanziaria, in cui la volatilità diventa non solo una minaccia, ma anche un'opportunità.

Tuttavia, questa trasformazione pone interrogativi di natura etica e regolatoria. Se il fine originario dell'assicurazione era quello di offrire stabilità contro eventi imprevisti, la crescente "finanziarizzazione"⁹ del settore e l'emersione della "*bancassurance*"¹⁰ sollevano questioni circa la protezione effettiva degli assicurati, soprattutto in contesti di bassa alfabetizzazione finanziaria. Inoltre, la crescente esposizione degli assicurati ai rischi di mercato richiama alla mente le riflessioni di Ulrich Beck sulla "società del rischio", in cui le decisioni individuali sono sempre più influenzate da dinamiche globali¹¹ e sistemiche che sfuggono al controllo del singolo¹².

Tra le questioni di particolare rilevanza, la qualificazione delle polizze *linked* come strumenti assicurativi o come prodotti finanziari rimane un nodo cruciale, che ha dato luogo a un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale¹³.

Diritto del mercato assicurativo e finanziario, 1, 2023, 201 ss.; P. MARANO, *Le regole autarchiche sul controllo del governo (Product Oversight and Governance) dei prodotti assicurativi nel prisma dell'ordinamento europeo*, in *Rivista di diritto bancario*, 1, 2021, 217 ss.

⁸ Il riferimento è all'opera T. HOBBS, *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil*, Londra, 1651.

⁹ "Finanziarizzazione", come definita dalla dottrina. Sul punto, P. CORRIAS, *Informativa precontrattuale e trasparenza nei contratti assicurativi tra TUF e Codice delle assicurazioni*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2017, 267, afferma che l'emissione di polizze *linked* da parte delle imprese di assicurazione ha creato il fenomeno della "finanziarizzazione" dell'attività assicurativa, che ha portato le imprese a svolgere tramite attività riconducibile alla stipula di contratti di investimento. Sul punto anche G. BERTI DE MARINIS, *La natura delle polizze assicurative a carattere finanziario e la tutela dell'assicurato-investitore*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1, 2018, cit., 1519, dove si afferma che «nel costante e ormai radicato intreccio tra le attività che compongono i mercati finanziari, le imprese di assicurazione vedono accrescere il loro ruolo di soggetti non più dediti esclusivamente alla metabolizzazione dei rischi trasferiti negozialmente dagli assicurati, ma aggiungono a tale attività l'emissione di prodotti finanziari aventi una spiccata natura finanziaria e di investimento».

¹⁰ La *bancassurance* è un modello di distribuzione di prodotti assicurativi attraverso le banche, che offrono polizze vita, danni e investimento ai propri clienti insieme ai tradizionali servizi bancari. Questa integrazione consente alle banche di diversificare i ricavi e alle assicurazioni di ampliare la propria rete di vendita. Sul tema della *bancassurance* (o banca-assicurazione) si veda, *ex multis*, L. MEZZASOMA, *La Banca-Assicurazione*, Napoli, 2017; D. SICLARI, *Bancassurance e contrattualistica di settore*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *I contratti del risparmio*, Milano, 2013, 433 ss.; A. GAMBARO, *La bancassurance e le aspettative della clientela*, in *Diritto ed economia delle assicurazioni*, 2, 2011, 579 ss.; P. AICARDI-M. POMPELLA, *Innovazione, strategie ed esperienze nel settore assicurativo: dalla bancassurance al Private insurance*, Torino, 2007.

¹¹ Si veda, sul tema del diritto dei contratti nel mercato globale, *ex multis*, F. ONNIS CUGIA, *Il diritto dei contratti nel mercato e la crisi globale. Spunti per una globalizzazione giuridica*, in *Mercato, concorrenza e regole*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3, 2017, 495 ss.

¹² Il riferimento è a U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2013.

¹³ Sulla natura giuridica delle polizze *linked*, si veda, *ex multis*, P. CORRIAS, *La natura delle polizze linked tra previdenza, risparmio e investimento*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1, 2016, 225 ss.; G. VOLPE PUTZOLU, *Le polizze Unit Linked e Index Linked*, in *Assicurazioni*, 1, 2000, 233 ss.; A. CASÀ, *Sulla natura giuridica della c.d. polizza unit linked*, in *Il corriere*



La questione è stata recentemente affrontata dalla Corte di cassazione, che nell'ordinanza n. 21022 del 26 luglio 2024¹⁴ analizza la natura giuridica di tali strumenti valorizzando un'analisi, in concreto, sul reale assetto negoziale realizzato dalle parti (*substantia praevalet formae*).

La Suprema Corte ha ribadito che, affinché un contratto possa essere ricondotto alla categoria delle assicurazioni sulla vita, è necessario che l'impresa assicurativa assuma un "rischio demografico" effettivo¹⁵, ossia che la prestazione dovuta dall'assicuratore sia direttamente influenzata dal verificarsi di un evento attinente alla durata della vita dell'assicurato. Al contrario, qualora la polizza preveda unicamente una componente finanziaria, in cui il rischio di rendimento e di perdita del capitale rimanga interamente a carico del contraente, il contratto non può essere qualificato come assicurazione ma deve essere trattato come un prodotto di investimento soggetto alla disciplina del Testo Unico della Finanza (TUF) e alle norme di vigilanza della Consob.

È evidente, dunque, che il tema della corretta qualificazione delle polizze *linked* non è di mero interesse teorico, ma ha conseguenze concrete sulla tutela degli assicurati e sull'applicazione delle normative in materia di intermediazione finanziaria e assicurativa.

In questo quadro, lo studio delle polizze *linked* assume una rilevanza non solo giuridica, ma anche sociale e filosofica, poiché, come emerso nella pronuncia della Cassazione in esame, impone una riflessione più ampia sulla "natura del rischio", sul ruolo del mercato assicurativo e sulla necessità di un equilibrio tra libertà individuale e tutela collettiva.

2. – Preliminarmente all'analisi della vicenda processuale in esame, è necessario un inquadramento generale del contratto di assicurazione, sull'assicurazione sulla vita e, infine, sul rischio demografico. Come premesso, infatti, la nascita dei prodotti assicurativo-finanziari ha ampliato il concetto tradizionale di contratto di assicurazione, rendendo necessario analizzarne gli elementi essenziali.

L'art. 1882 dell'attuale codice civile rappresenta il "fulcro" della disciplina assicurativa¹⁶, stabilendo che l'assicurazione è il contratto in cui l'assicuratore, dietro il pagamento di un premio, si impegna a indennizzare l'assicurato in caso di sinistro o a corrispondere un capitale o una rendita al verificarsi di un evento legato alla vita umana¹⁷.

Basandosi sulla definizione dell'art. 1882 del codice civile, si individuano due macro-categorie

giuridico, 2, 2021, 220 ss.; A. PANCALLO, *Le polizze linked e le esigenze di tutela degli investitori*, in *Contratto e impresa*, 2, 2019, 2, 736 ss.; A.E. FABIANO, *Natura giuridica e disciplina delle polizze unit linked prima e dopo la riforma del t.u.f.*, in *Nuove leggi civili e commerciali*, 1, 2009, 130 ss.

¹⁴ Cass. civ., sez. III, 26 luglio 2024, n. 21022.

¹⁵ Sul rischio demografico nelle polizze *linked* già il Regolamento ISVAP 11 giugno 2009, n. 32 stabiliva che i contratti in questione «sono caratterizzati dalla presenza di un effettivo impegno da parte dell'impresa a liquidare prestazioni il cui valore sia dipendente dalla valutazione del rischio demografico». Sul tema F. LA FATA, *Causa in concreto delle polizze c.d. linked, rischio demografico "effettivo" e funzione previdenziale dell'assicurazione sulla vita*, in *Giur. comm.*, 3, 2021, 592 ss.; A. ODIRISIO, *Polizze vita linked: a proposito del rischio demografico*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, 1, 2024, 1 ss.; S. LANDINI, *Sulla validità/invalidità delle polizze linked*, in *Giur. it.*, 2019, 1026 ss.; C. ROBUSTELLA, *Le polizze "Unit Linked" e la concreta ricorrenza del "rischio demografico"*, in *Rivista di diritto bancario*, 2, 2020, 17 ss.; A. TORRISI, *Le polizze unit linked e il rischio demografico*, in *Contratti*, 2, 2020, 195 ss.

¹⁶ Sul punto M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, Torino, 2009, cit., 18.

¹⁷ Diversamente, il Codice delle Assicurazioni Private del 2005 (d.lgs 7 settembre 2005, n. 209) non fornisce una definizione autonoma di contratto di assicurazione, ma si limita a descrivere, all'art. 1, comma 1, lett. c, l'attività assicurativa come «l'assunzione e la gestione dei rischi effettuata da un'impresa di assicurazione».



principali di contratti assicurativi¹⁸: l'assicurazione contro i danni e l'assicurazione sulla vita¹⁹.

Nel modello tipico di contratto assicurativo, l'assicuratore, dietro il pagamento di un premio, si obbliga a risarcire l'assicurato per i danni subiti a seguito di un evento sfavorevole che colpisca i suoi beni (assicurazione contro i danni), oppure a corrispondere una somma di denaro, in un'unica soluzione o sotto forma di rendita periodica, al verificarsi di un evento legato alla vita umana (assicurazione sulla vita)²⁰. Si tratta di un contratto sinallagmatico, che prevede obblighi reciproci: il contraente è tenuto a versare il premio, mentre l'assicuratore deve corrispondere il capitale o la rendita.

Tuttavia, come già evidenziato, l'evoluzione del mercato e delle esigenze negoziali ha portato alla nascita di nuove forme contrattuali, fuori dagli schemi tipici, che hanno messo in discussione la tipicità del contratto di assicurazione, come nel caso delle polizze *linked*.

Con riferimento alla funzione, a differenza dell'assicurazione contro i danni, che ha un carattere indennitario e mira a coprire un danno effettivo, l'assicurazione sulla vita ha una funzione prevalentemente previdenziale. Non essendo soggetta al principio indennitario, può essere stipulata per qualsiasi importo, senza che l'entità della prestazione sia necessariamente correlata al danno subito dagli eredi o dai beneficiari in caso di morte dell'assicurato²¹.

Con riferimento agli elementi strutturali, pur non esplicitando una definizione di "rischio", l'art. 1882 cod. civ. sottintende che il "trasferimento del rischio" dall'assicurato all'assicuratore rappresenta il perno dell'intera dinamica assicurativa. L'assenza di tale elemento compromette la validità del contratto, determinandone la nullità (art. 1895 cod. civ.), il suo scioglimento in caso di cessazione del rischio (art. 1896 cod. civ.) o l'annullamento in caso di errata conoscenza del rischio da parte dell'assicuratore (art. 1892 cod. civ.), oltre a poter dar luogo a risoluzione o rettifica (art. 1893 cod. civ.).

In base alla disciplina di diritto comune, alcuni contratti non possono essere qualificati come assicurazioni sulla vita in senso stretto e non rientrano nella relativa disciplina. Ciò avviene quando il soggetto obbligato a pagare l'indennizzo non è un assicuratore professionale, quando il premio è determinato senza considerare il "rischio demografico"²², oppure quando il rischio oggetto del contratto non è la morte o la sopravvivenza a una certa data.

¹⁸ Sul punto si registra una parte della dottrina che, affermando l'unicità della figura contrattuale assicurativa, critica la distinzione tra l'assicurazione "danni" e quella "vita". In argomento, C. VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale: vol. IV*, Milano, 1926, 356. Invece, come osservato da F. SANTI, *Art. 1882*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 2010, cit., 10, «L'enunciato normativo dell'art. 1882 c.c., che fissa la nozione di contratto di assicurazione si presta ad alcune osservazioni preliminari. Esso aderisce all'idea di configurare in termini unitari questo contratto, il che è illusorio. Si tratta di due definizioni, dal momento che il pensiero giuridico non ha espresso una concezione unitaria sotto il profilo della causa dei due tipi contrattuali indicati in quella descrizione (assicurazione dei danni e sulla vita)».

¹⁹ Questa distinzione è rilevante anche ai fini dell'autorizzazione delle imprese assicurative, che avviene per "ramo", suddiviso tra "rami vita" e "rami danni", come previsto dall'art. 2 del Codice delle Assicurazioni Private.

²⁰ Si distingue tra: assicurazione per il caso di morte, se l'assicuratore si obbliga a pagare al beneficiario dell'assicurazione una somma o una rendita alla morte dell'assicurato; assicurazione per il caso di sopravvivenza, se l'assicuratore si obbliga a pagare all'assicurato o al terzo beneficiario una somma o una rendita a un'epoca fissa, nel caso l'assicurato sia ancora in vita.

²¹ Secondo la dottrina, gli elementi essenziali dell'assicurazione sulla vita includono la presenza di un assicuratore, ossia di un'impresa che gestisce un ampio portafoglio di rischi; la determinazione del premio in base all'età dell'assicurato e a valutazioni di tipo demografico; l'uso di una tecnica assicurativa per distribuire il rischio tra più soggetti; e l'evento oggetto del contratto, che deve riguardare la vita umana, inteso in senso restrittivo come la morte o la sopravvivenza. Sul punto, F. PECENNINI, *Dell'assicurazione*, Bologna, 2011, 213 ss.

²² Per contenere il rischio demografico, le compagnie di assicurazione sulla vita impiegano modelli statistici e attuariali avanzati per stimare e proiettare l'andamento delle variabili demografiche. Inoltre, possono adottare diverse misure di gestione del rischio, tra cui la diversificazione del proprio portafoglio di polizze e l'adeguamento periodico dei premi, tenendo conto sia dell'evoluzione del mercato sia delle caratteristiche demografiche della popolazione assicurata.



Nelle assicurazioni sulla vita, infatti, tale rischio è rappresentato dal c.d. rischio demografico, ossia l'incertezza sulla durata della vita umana, che può essere stimata solo attraverso calcoli statistici e probabilistici. In base al momento in cui si verifica l'evento previsto nel contratto, l'assicuratore è tenuto a erogare la prestazione concordata. Sebbene esistano diverse configurazioni contrattuali, in linea generale l'anticipo dell'evento rispetto alle previsioni riduce il guadagno dell'assicuratore.

Il rischio demografico è dunque un elemento essenziale dell'assicurazione sulla vita. Proprio l'assenza, in concreto, del rischio demografico è una delle principali problematiche giuridiche legate alle polizze *linked*.

Nel caso delle polizze *linked*, la progressiva perdita della loro funzione previdenziale ha determinato una riduzione, se non addirittura la scomparsa, di tale rischio, avvicinando questi strumenti al settore finanziario più che a quello assicurativo. In questi complessi strumenti contrattuali, oggetto di uno stratificato e articolato *iter* normativo, la funzione finanziaria-speculativa (quale obiettivo di "investimento") si aggiunge (o, addirittura, si sostituisce) alla tradizionale funzione assicurativa-previdenziale, trascurando le fondamenta del "rischio" e, dunque, incarnando una sorta di "tradimento" al contratto tipico di assicurazione sulla vita.

Questa trasformazione ha generato un ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinale, che, a causa dell'assenza di un quadro normativo chiaro, non ha ancora trovato una soluzione definitiva.

3. – Nel 2014 alcuni assicurati hanno convenuto in giudizio una società assicurativa dinanzi al Tribunale di Massa, contestando la natura di alcuni contratti stipulati tra il 2006 e il 2007, denominati "*Farad Personal Portfolio*". Tali contratti erano formalmente qualificati come assicurazioni sulla vita di tipo *unit-linked* e prevedevano il versamento di un premio unico, che l'assicuratore si impegnavano a investire in un fondo interno gestito da un *Asset Manager*. Il rendimento della prestazione assicurativa dipendeva dall'andamento degli investimenti, che potevano comportare anche la perdita integrale del capitale. In caso di morte dell'assicurato, l'indennizzo sarebbe stato pari al 101% del valore delle quote investite.

Al termine dei contratti, gli assicurati hanno ricevuto un importo notevolmente inferiore al capitale investito. Di conseguenza, nell'ambito del giudizio di primo grado, gli assicurati hanno sostenuto che i contratti non fossero autentiche assicurazioni sulla vita, ma piuttosto strumenti di investimento, privi della tipica assunzione del rischio da parte dell'assicuratore. Per questo motivo, ne hanno richiesto la nullità per mancanza di causa, per immeritevolezza ai sensi dell'art. 1322 cod. civ., per violazione della normativa finanziaria (artt. 18, 23, 24 e 30 del d.lgs. n. 58/1998, il TUF²³) e per la condotta inadempiente dell'assicuratore.

La società assicurativa si è difesa eccependo la litispendenza internazionale²⁴, a causa di un parallelo giudizio avviato dinanzi al Tribunale di New York per la restituzione di somme da parte del liquidatore del fondo d'investimento. Nel merito, la società ha chiesto il rigetto della domanda.

Il Tribunale di Massa, con sentenza non definitiva del 30 luglio 2016 n. 794, ha rigettato le eccezioni preliminari di litispendenza e di nullità, previa qualificazione dei contratti come "assicurazioni sulla vita".

²³ Recanti: art. 18: "Soggetti"; art. 23: "Contratti"; art. 24: "Gestione di portafogli"; art. 30: "Offerta fuori sede" del d.lgs. del 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria).

²⁴ Sul tema della litispendenza internazionale in materia civile, F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale*, Milano, 2010; P. FRANZINA, *Introduzione al diritto internazionale privato*, Torino, 2023, 118 ss.



Successivamente, il Giudice di prime cure, con sentenza del 5 dicembre 2018 n. 853, ha rigettato le richieste di condanna all'adempimento, ritenendo che i contratti non prevedevano alcuna garanzia di rendimento e che le clausole che prevedevano il rischio di perdita del capitale erano ben evidenziate nelle condizioni generali e debitamente sottoscritte. Inoltre, ha sottolineato che gli investimenti erano stati scelti liberamente dagli assicurati e che i ritardi nella liquidazione erano giustificati dalla mancanza di compratori, legata al *crack* finanziario di Bernie Madoff²⁵. Non vi era prova che gli addebiti di costi fossero indebiti e l'assicuratore aveva adempiuto agli obblighi informativi.

Tale decisione è stata impugnata in appello, dove la Corte d'Appello di Genova, con sentenza del 7 gennaio 2022, n. 15, ha ritenuto i contratti nulli per violazione della disciplina del TUF. Secondo la Corte, l'assicuratore non assumeva alcun rischio, che restava interamente a carico dell'assicurato. Non era garantito alcun rendimento minimo e il capitale investito poteva azzerarsi, inoltre, il fondo nel quale confluivano i premi non faceva parte del patrimonio dell'assicuratore e la sua gestione era ampiamente discrezionale.

Diversamente dal Tribunale di primo grado, sulla base di tali elementi, la Corte d'appello ha qualificato i contratti come strumenti finanziari e non come assicurazioni sulla vita, con la conseguente applicazione delle norme del TUF e la dichiarazione di nullità per violazione degli obblighi di informazione e regolamentazione finanziaria.

La società assicurativa ha successivamente impugnato la sentenza dinanzi alla Suprema Corte di cassazione.

4. – La società assicurativa ha promosso, dinanzi alla Corte di cassazione, cinque motivi di ricorso volti a contestare, principalmente, la qualificazione giuridica dei contratti *de quibus* e le conseguenze derivanti dalla loro dichiarazione di nullità.

In primo luogo, la ricorrente ha ritenuto errata la qualificazione del contratto come “strumento finanziario” operata dalla Corte d'appello, sostenendo che la polizza *unit-linked* in esame rientrava nella categoria delle assicurazioni sulla vita. L'argomento del Giudice d'appello, secondo cui il contratto non poteva essere considerato un'assicurazione, poiché l'indennizzo previsto in caso di morte (pari al valore attuale delle quote in cui era stato investito il premio, con un incremento dell'1%) non costituiva un'assunzione di rischio demografico (elemento essenziale dell'assicurazione sulla vita), sarebbe errato.

La ricorrente assicurazione, infatti, sosteneva che il semplice fatto che l'indennizzo corrisponda al valore dell'investimento maggiorato dell'1% era sufficiente a qualificare il contratto come assicurativo. Infatti, l'assunzione del rischio demografico da parte dell'assicuratore sussisterebbe sia nel caso in cui l'indennizzo corrisponda al premio versato con un incremento del 100%, sia nel caso in cui l'aumento sia solo dell'1%. Inoltre, il fatto che il capitale investito possa subire perdite non escluderebbe automaticamente la natura assicurativa del contratto.

²⁵ Il *crack* finanziario di Bernie Madoff è stato uno dei più grandi scandali economici della storia, rivelato nel dicembre 2008. Madoff, ex presidente del NASDAQ e gestore di investimenti, orchestrò una gigantesca truffa Ponzi da circa 65 miliardi di dollari, promettendo rendimenti costanti e sicuri a migliaia di investitori, tra cui privati, fondi pensione e grandi istituzioni finanziarie. Il suo schema si basava sul pagamento degli interessi ai vecchi investitori con il denaro dei nuovi sottoscrittori, senza alcun reale investimento. Il sistema collassò con la crisi finanziaria del 2008, quando troppi clienti chiesero il rimborso delle somme investite e Madoff non fu più in grado di coprire le richieste. Arrestato e condannato a 150 anni di carcere, il caso Madoff ha messo in luce le falle nei controlli della SEC e la vulnerabilità del sistema finanziario a frodi di vasta portata. Sul caso, M. PASQUINI, *Bernie Madoff. Il grande illusionista di Wall Street*, Milano, 2019.



Con il secondo motivo la ricorrente sosteneva che la sentenza avrebbe adottato una nozione di “contratto assicurativo” contrastante con quella imposta dal diritto eurounitario e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea²⁶, dunque, sarebbe perciò nulla per violazione del principio della *primauté* di quest’ultimo sul diritto interno.

La società ha richiamato la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, in particolare la sentenza resa nella causa C-542/16, secondo cui il binomio pagamento del premio e prestazione in caso di decesso basterebbe a qualificare il contratto come assicurazione. Ha quindi sostenuto che la Corte d’appello avesse adottato un criterio di qualificazione non conforme ai principi eurounitari, attribuendo rilievo a elementi, come l’allocazione del rischio finanziario, che sarebbero invece irrilevanti ai fini della distinzione tra assicurazione e investimento.

Nel terzo motivo, la ricorrente sosteneva che, anche qualora si volessero qualificare come contratti di investimento le polizze oggetto del contendere, la loro nullità sarebbe stata dichiarata illegittimamente, in quanto: a) il contratto fu stipulato in forma scritta; b) l’obbligo per l’intermediario che intendesse eseguire ripetute operazioni di investimento di stipulare un contratto-quadro è previsto dall’art. 37 del Regolamento Intermediari della Consob²⁷ e non dall’art. 23 TUF²⁸; pertanto, la Corte d’Appello, dichiarando nullo il contratto per mancata stipula del contratto-quadro ai sensi dell’art. 27 TUF, avrebbe pronunciato una sentenza viziata da un “difetto di motivazione”; c) l’art. 37 del Regolamento intermediari contiene previsioni incompatibili con la struttura di una polizza *linked*, poiché in questa l’assicuratore non fornisce “servizi di investimento”; non è previsto un rinnovo; non vi sono ordini impartiti dall’investitore all’intermediario; né è prevista la ricostituzione della provvista.

Il quarto motivo ha riguardato l’inquadramento della polizza come gestione di portafoglio. La Corte d’Appello aveva ritenuto che il contratto si configurasse come tale e, di conseguenza, lo aveva dichiarato nullo per mancata conformità ai requisiti richiesti dall’art. 24 TUF e dall’art. 37 del Regolamento intermediari della Consob. La società ha ritenuto errata questa qualificazione, per due motivi: in primo luogo, perché è stata giustificata facendo riferimento a una pronuncia della Corte di cassazione²⁹ che non risulta pertinente rispetto al caso concreto; in secondo luogo, perché la struttura delle polizze *unit-linked* è del tutto incompatibile con gran parte delle informazioni contenute nel contratto di

²⁶ Corte di giustizia dell’Unione europea, 31 maggio 2018, causa C-542/16 (c.d. sentenza “*Länsförsäkringar*”), che ha qualificato ha qualificato “assicurazioni” le polizze *linked* ai soli fini del loro assoggettamento alla Direttiva 2002/92 in punto di informazioni precontrattuali. La Corte ha espresso che le polizze *linked* rientrano tra i contratti sulla vita quando presentano il collegamento tra il premio versato e la prestazione da erogare, indipendentemente dal fatto che sia prevista la restituzione del premio o dalla presenza di una copertura del rischio legato alla durata della vita dell’assicurato. Nella sentenza si afferma che: «*ne consegue che, per rientrare nella nozione di contratto di assicurazione di cui all’articolo 2, punto 3, della direttiva 2002/92, un contratto di assicurazione sulla vita, quale quello oggetto della causa principale, deve prevedere il pagamento di un premio da parte dell’assicurato e, in cambio di tale pagamento, la prestazione di un servizio da parte dell’assicuratore in caso di morte dell’assicurato o il verificarsi di un altro evento specificato*».

²⁷ L’art. 37 del Regolamento Intermediari della Consob (adottato con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007) stabilisce, infatti, che gli «*intermediari forniscono a clienti al dettaglio i propri servizi di investimento, diversi dalla consulenza in materia di investimento, sulla base di un apposito contratto scritto*» elencando, nel comma 2, i contenuti del contratto.

²⁸ La disposizione, al comma 1, prevede che: «*I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono redatti per iscritto, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE, e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d’Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma, assicurando nei confronti dei clienti al dettaglio appropriato livello di garanzia. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo*».

²⁹ Il riferimento è a Cass. civ., sez. II, 22 ottobre 2021, n. 29583.



gestione e con le disposizioni previste dall'art. 24 TUF (che disciplina la gestione dei portafogli).

Infine, nel quinto e ultimo motivo, l'assicurazione ricorrente ha contestato la dichiarazione di nullità per violazione dell'art. 2 del Codice delle Assicurazioni, nella parte in cui la Corte d'appello aveva ritenuto che il contratto stipulato da una delle assicurate fosse contrario alla normativa regolamentare di attuazione dell'IVASS. Secondo la società, la disciplina di settore consente di agganciare il rendimento di una polizza *unit-linked* a valori di riferimento che non devono necessariamente essere predefiniti in modo fisso.

Nel complesso, il ricorso ha cercato di dimostrare che le polizze *unit-linked* dovessero essere considerate strumenti assicurativi e non prodotti finanziari e che, di conseguenza, non potesse essere applicata la normativa in materia di intermediazione finanziaria. Ha inoltre sostenuto che la sentenza d'appello fosse in contrasto con il diritto eurounitario e che l'interpretazione delle norme nazionali adottata dalla Corte fosse errata sia nella qualificazione del contratto che nelle conseguenze giuridiche che ne derivavano.

5. – La Corte di cassazione ha confermato la decisione della Corte d'appello di Genova, respingendo il ricorso della società assicurativa e chiarendo che le polizze *unit-linked* esaminate non potevano essere qualificate come assicurazioni sulla vita.

La motivazione principale risiede nella mancanza dell'assunzione del rischio da parte dell'assicuratore, poiché, dopo una valutazione in concreto, il rischio finanziario gravava interamente sull'assicurato e la garanzia prevista in caso di morte era minima, non costituendo un vero "rischio demografico"³⁰.

La Cassazione ha anche escluso la violazione del diritto europeo, precisando che la qualificazione dei contratti è competenza degli ordinamenti nazionali e dipende dalla reale funzione contrattuale e non solo dalla denominazione, secondo la Cassazione, dunque, costituiscono materie armonizzate la disciplina dell'impresa d'assicurazione e l'intermediazione assicurativa, ma non le regole legali di ermeneutica. Lo stabilire, perciò, se un certo negozio presenti i requisiti di questo o quel tipo contrattuale resta prerogativa sovrana delle giurisdizioni nazionali. Del resto, lo stesso Considerando 44 della Direttiva "vita" (2009/138) afferma che essa «*non mira ad armonizzare le normative degli Stati membri in materia di contratti*». La Corte ha osservato che le decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea richiamate nel ricorso non impongono alcun vincolo di qualificazione automatica delle polizze *unit-linked* come assicurazioni, ma si limitano a disciplinare specifici aspetti dell'informazione precontrattuale e della distribuzione di tali prodotti³¹.

La Corte, inoltre, conferma la nullità delle polizze per mancata osservanza delle disposizioni del Testo Unico della Finanza e del Codice delle Assicurazioni, dato che il prodotto si configurava come uno strumento finanziario rischioso, privo delle necessarie garanzie assicurative.

Definitivamente, con questa decisione, la Corte di cassazione ha ribadito un principio di particolare rilievo nel settore assicurativo e finanziario: le polizze *unit-linked* non possono essere automaticamente considerate assicurazioni sulla vita, ma devono essere analizzate nella loro struttura concreta per verificarne la reale natura giuridica. Se il rischio resta esclusivamente a carico dell'assicurato e

³⁰ L'indennizzo previsto in caso di morte, pari al 101% del valore delle quote investite, è stato considerato del tutto trascurabile e insufficiente a configurare un effettivo "rischio demografico" a carico dell'assicuratore.

³¹ Sul tema, *ex multis*, A. CAMPUS, *Qualificazione delle polizze linked e diritto di matrice europea*, in *Assicurazioni – Rivista di diritto, economia e finanza delle assicurazioni private*, 1, 2024, 89 ss.



l'assicuratore non assume alcun impegno significativo, oltre a un'operazione di gestione del capitale investito, il contratto deve essere considerato un prodotto finanziario soggetto alla disciplina degli strumenti di investimento, con tutte le conseguenze normative che ne derivano.

6. – Principalmente, il pregio dell'ordinanza della Cassazione n. 21022 del 26 luglio 2024 è quello di aver posto un punto fermo sulla qualificazione giuridica delle polizze *linked*: la prevalenza della “sostanza” sulla “forma”³².

Come premesso, la qualificazione giuridica dei prodotti assicurativo-finanziari e la determinazione della disciplina applicabile rappresentano una delle questioni più complesse e dibattute nel diritto delle assicurazioni e dei mercati finanziari³³. La difficoltà principale consiste nel distinguere i contratti di assicurazione tradizionali da quei prodotti che, pur formalmente qualificati come tali, incorporano elementi tipici dell'intermediazione finanziaria, con un livello di rischio trasferito interamente sull'assicurato, incarnando, dunque, una sorta di “frode delle etichette”.

I cc.dd. contratti assicurativi-finanziari si caratterizzano per il fatto che la prestazione dell'assicuratore non è fissa e predeterminata, ma dipende dall'andamento di determinati strumenti finanziari, esponendo così il contraente-assicurato a un rischio speculativo che si discosta dal modello classico della protezione assicurativa³⁴.

Questo fenomeno si è affermato in modo significativo a partire dagli ultimi decenni del Novecento, in un periodo in cui le imprese assicurative, sempre più integrate con il settore bancario, hanno sviluppato strumenti in cui la componente di investimento ha progressivamente prevalso su quella previdenziale e mutualistica.

Tra questi strumenti si collocano le polizze assicurative *linked*, introdotte nell'ordinamento italiano con la prima Direttiva Vita del 1979³⁵ come una combinazione tra polizze vita e strumenti finanziari,

³² Un principio che trova conferma in molti campi del diritto civile. Emblematico è il caso dei negozi volti ad eludere il c.d. divieto di patto commissorio. Uno degli aspetti più rilevanti nell'applicazione del divieto di patto commissorio è la necessità di privilegiare la sostanza rispetto alla forma nell'analisi degli atti negoziali. La giurisprudenza ha infatti sviluppato un approccio sostanzialistico, volto a individuare eventuali meccanismi elusivi del divieto, anche quando questi siano formalmente strutturati in modo da apparire leciti. In altre parole, non è sufficiente che un contratto sia formalmente distinto da un patto commissorio; occorre valutare se esso, nella sua essenza, persegua lo stesso scopo vietato dalla legge. La Cassazione ha ribadito che il giudice deve sempre indagare la causa concreta del negozio giuridico e verificare se esso, pur presentandosi sotto forma di un accordo apparentemente lecito, realizzi nella sostanza un trasferimento automatico del bene in garanzia in caso di inadempimento. Tale principio è stato applicato, ad esempio, nei casi di vendita con patto di riscatto, *lease-back* e altri strumenti contrattuali che potrebbero mascherare un intento commissorio. L'approccio sostanzialistico consente di garantire l'effettività del divieto di patto commissorio, evitando che lo stesso venga aggirato attraverso artifici giuridici. Di conseguenza, il giudice è chiamato a valutare la reale volontà delle parti e l'effetto economico dell'operazione, indipendentemente dal *nomen iuris* utilizzato. Sul punto, *ex plurimis*, Cass. civ., 28 gennaio 2015, n. 1625.

³³ Come evidenziato da P. CORRIAS, *I prodotti assicurativo-finanziari: genesi ed evoluzione*, in *Assicurazioni*, 4, 2021, Torino, 582 ss.

³⁴ M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni: vol. III*, Padova, 2013, 955 ss.

³⁵ Sul tema P. CORRIAS, *I prodotti assicurativo-finanziari: genesi ed evoluzione*, in *Assicurazioni*, 4, Torino, 2021, 584 ss., «La relativa legge di attuazione (22 ottobre 1986, n. 742), infatti, ha esteso l'ambito delle figure dei rami vita, contemplando nell'art. 1 e nella classificazione dei rischi per ramo di cui all'Allegato A, anche le assicurazioni sulla durata della vita umana connesse con fondi di investimento, le operazioni di capitalizzazione e le operazioni di gestione dei fondi pensione: ossia, come si è appena rilevato, le tre tipologie che non presentano (o possono non presentare, nel caso delle polizze del ramo III) natura assicurativa. Va però precisato che prima del 1979 le polizze collegate (*unit* e *index linked*) erano già conosciute e ampiamente praticate in altri paesi sia europei che non europei: nell'ordinamento nordamericano, già dagli anni '50 del secolo scorso; nel Regno Unito, in epoca di poco successiva».



con l'obiettivo di offrire al contraente sia una copertura assicurativa sia la possibilità di partecipare ai rendimenti dei mercati finanziari³⁶.

Questi prodotti, generalmente sottoscritti con premio unico e investiti in quote di OICR o fondi interni, presentano un punto critico significativo: diversamente dalle assicurazioni vita tradizionali (con finalità previdenziale pura), in cui il premio sostiene una copertura mutualistica, nelle polizze *linked* il premio diventa un investimento il cui rendimento dipende unicamente dall'andamento dei mercati finanziari.

La distinzione tra polizze assicurative *linked* e strumenti finanziari è tutt'altro che teorica, poiché ha conseguenze rilevanti in termini di disciplina applicabile e di tutela del contraente.

Se una polizza *linked* viene qualificata come contratto di investimento, si applicano le norme del TUF, che prevedono obblighi più stringenti in termini di informazione, trasparenza e forma contrattuale. In particolare, l'art. 23 TUF impone che i contratti di intermediazione finanziaria siano stipulati in forma scritta a pena di nullità, con la conseguente possibilità per l'assicurato di ottenere la restituzione dei premi versati in caso di violazione di tale requisito.

Diversamente, qualora siano qualificate come assicurazioni sulla vita, ne deriverebbe il relativo regime. Ad esempio, nel settore assicurativo la forma scritta è richiesta solo *ad probationem*, il che significa che l'eventuale mancanza del documento contrattuale non determina automaticamente la nullità del contratto. Inoltre, l'applicazione della disciplina del TUF implicherebbe la perdita delle tutele specifiche previste per le assicurazioni sulla vita, come l'impignorabilità e l'insequestrabilità delle somme assicurate, previste dall'art. 1923 cod. civ.

Nonostante questi elementi, la giurisprudenza ha mostrato un atteggiamento in parte oscillante, alternando decisioni che riconducono le polizze *linked* al contratto di assicurazione ad altre che ne enfatizzano la natura finanziaria.

La giurisprudenza della Suprema Corte di cassazione e, da ultimo, della Corte di giustizia dell'Unione europea, forti degli ultimi interventi normativi, sembrerebbe essersi orientata verso la generale riconduzione al "contratto di assicurazione"³⁷, seppur con la necessità di una costante valutazione "in concreto". Infatti, la riconduzione al puro "mercato finanziario" sembra esser vista come *extrema ratio* dalla prevalente giurisprudenza che ha preferito optare per l'ampliamento del contratto di assicurazione (conformemente alla filosofia del Regolamento PRIIPs³⁸).

Il problema non è stato del tutto risolto, poiché la qualificazione delle polizze *linked*, che continua a dipendere da un'analisi "caso per caso", crea il rischio di generare un sistema di regole frammentato e poco prevedibile.

La pronuncia in esame³⁹, forte anche del consolidato orientamento della c.d. causa in concreto⁴⁰,

³⁶ Siffatte polizze hanno avuto una crescita esponenziale, favorita dalla tendenza degli investitori *retail* a cercare soluzioni che andassero oltre i tradizionali depositi bancari e titoli di Stato, abbracciando strumenti più complessi e rischiosi.

³⁷ Tra cui Corte Giust. UE, 24 febbraio 2022, C-143/20 e C-213/20; Cass. civ., 25 luglio 2022, n. 23073; Trib. Bergamo, 6 dicembre 2021, n. 2271; Cass. civ., 5 marzo 2019, n. 6319; Cass. civ., 30 aprile 2018, n. 10333; Cass. civ., 18 aprile 2012, n. 6061.

³⁸ Il Regolamento (UE) 26 novembre 2014, n. 1286.

³⁹ Il riferimento è sempre a Cass. civ., sez. III, 26 luglio 2024, n. 21022.

⁴⁰ Che supera la teoria della causa "in astratto" accolta dall'impianto originario del codice civile, secondo gli insegnamenti di Emilio Betti. La prima sentenza che adotta l'espressione causa "in concreto" è Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490 in cui la causa è stata qualificata come «scopo pratico del negozio è la sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto uti-



appare particolarmente innovativa poiché chiarisce con forza il principio della prevalenza della volontà sostanziale rispetto alla qualificazione formale del contratto, richiamando esplicitamente il brocardo latino “*plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur*”⁴¹.

La Corte, nel valutare la natura delle polizze *unit-linked*, ribadisce che queste non costituiscono un *genus* omogeneo – evidenziando, dunque, una quasi impossibile riconduzione ad unità – e che la loro qualificazione giuridica non può dipendere unicamente dalla denominazione scelta dalle parti. Dunque, tracciando fondamentali coordinate ermeneutiche, la pronuncia evidenzia che la reale causa contrattuale deve prevalere sulla veste formale attribuita al contratto stesso: «*la circostanza che le parti abbiano qualificato una polizza come “unit-linked” non basta per qualificare quel contratto come “assicurazione”, in virtù del millenario principio plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur*»⁴².

La Cassazione, infatti, applicando il criterio della causa in concreto e avvalendosi di “indici sintomatici”, è chiamata a valutare se la funzione economico-sociale effettivamente perseguita sia di natura assicurativa o prevalentemente finanziaria. Questa analisi sostanziale è essenziale per determinare il regime giuridico applicabile, con rilevanti conseguenze sulla validità e sulla tutela dell’assicurato-investitore, che potrebbe beneficiare delle più rigorose garanzie previste dalla normativa finanziaria, qualora emergesse una causa prevalentemente orientata all’investimento.

Il Collegio, poi, pone ulteriori punti fermi: un contratto di assicurazione sulla vita non può essere ridotto a un semplice scambio tra una somma di denaro attuale e una futura, perché in tal caso si tratterebbe di un mutuo. Allo stesso modo, non può essere qualificato come la promessa di pagare una somma di denaro al verificarsi di un evento futuro e incerto, perché ciò lo renderebbe simile a una scommessa.

Per considerare un contratto come una vera e propria “assicurazione sulla vita”, quindi, non è sufficiente né che sia previsto l’obbligo per l’assicuratore di versare una somma al verificarsi del decesso della persona assicurata, né che l’importo dell’indennizzo superi il valore delle quote detenute dall’assicurato stesso nel momento in cui il rischio si concretizza.

La prima condizione non è sufficiente, poiché affinché un contratto possa definirsi assicurativo, occorre che le prestazioni delle parti (assicurato e assicuratore) si basino sull’applicazione della tecnica assicurativa, che include la condivisione dei rischi, l’accantonamento di una quota del premio e il calcolo statistico del rischio.

Nemmeno la seconda condizione è sufficiente: infatti, benché il contratto di assicurazione sulla vita sia flessibile e possa avere finalità diverse (non solo previdenziali, ma anche, ad esempio, di liberalità, regolazione successoria, solutorie o risarcitorie), è comunque necessario che la tecnica della comunione dei rischi preveda che l’indennizzo sia determinato su base statistica.

Ne consegue che l’assicurazione vita deve necessariamente basarsi su un “rischio demografico” (elemento distintivo delle assicurazioni sulla vita e della loro funzione previdenziale)⁴³, che non consi-

lizzato». Sulla causa nel contratto di assicurazione P. CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2013, 813 ss.

⁴¹ Vale più ciò che è effettivamente voluto rispetto a ciò che è simulatamente dichiarato.

⁴² La Corte, richiamando la sua stessa precedente giurisprudenza, evidenzia come «*Sotto la denominazione “unit-linked” o “index-linked” la prassi commerciale accomuna contratti con le previsioni più disparate: con rischio per il beneficiario di perdita totale del capitale versato o (in caso di avveramento del rischio) dell’indennizzo; con rischio di perdita parziale; con capitale garantito*».

⁴³ Sul punto si veda Cass. civ., sez. I, 9 aprile 2024, n. 9418; Cass. civ., sez. I, 12 febbraio 2024, n. 3785.



ste, diversamente da quanto sosteneva la ricorrente società assicuratrice, nella semplice previsione del pagamento di una somma al momento della morte. Il rischio demografico, dunque, non può considerarsi effettivamente assunto dall'assicuratore quando l'indennizzo in caso di morte risulti trascurabile o puramente simbolico. Nella fattispecie, infatti, era previsto solo un pagamento pari al 101% del valore delle quote investite, valore ritenuto dalla Corte "trascurabile" e privo di una reale utilità per l'assicurato, tale da non configurare un reale trasferimento del rischio dal contraente all'assicuratore.

Successivamente, si afferma che, qualora un contratto formalmente indicato come "assicurazione sulla vita" preveda che, in caso di decesso dell'assicurato, il beneficiario potrebbe non ricevere alcun pagamento a causa dell'andamento negativo degli strumenti finanziari in cui è stato investito il premio, tale contratto non può essere considerato una vera assicurazione ai sensi dell'art. 1882 cod. civ.⁴⁴. Infatti, maggiore è il rischio finanziario che grava sull'assicurato, minore sarà di conseguenza il rischio demografico effettivamente assunto dall'assicuratore. Quest'ultimo rischio, benché formalmente previsto, potrebbe risultare di fatto inesistente nel caso in cui, al momento del verificarsi dell'evento assicurato (la morte), il parametro finanziario utilizzato per determinare la prestazione risulti completamente azzerato.

Inoltre, la Cassazione afferma esplicitamente che la tecnica assicurativa richiede necessariamente una reale "comunione dei rischi"⁴⁵, accantonamento di premi e un calcolo basato su parametri statistici (tavole di mortalità), aspetti del tutto assenti nelle polizze esaminate. Pertanto, conclude che questi contratti devono essere qualificati non come assicurazioni, ma come veri e propri strumenti finanziari soggetti al Testo Unico della Finanza: «quanto più elevato è il rischio finanziario che risulti trasferito in capo all'assicurato, tanto più sarà ridotto il rischio demografico corso dall'assicuratore».

Queste indicazioni della giurisprudenza assumono il valore di un vero e proprio "vademecum", utile per orientare la risoluzione di casi futuri secondo una filosofia interpretativa che privilegia sempre valutazioni ancorate alle circostanze del caso concreto, oltre ogni rigido formalismo.

Tuttavia, nonostante questi sforzi interpretativi, la questione rimane complessa e continuerà suscitare dibattiti sia in dottrina che in giurisprudenza. La mancanza di una normativa chiara e univoca comporta il rischio di applicazioni incerte e imprevedibili delle disposizioni vigenti, lasciando spazio a contenziosi e a situazioni di incertezza giuridica per gli assicurati.

Purtroppo, è evidente come l'approccio basato prevalentemente sulla presenza del rischio demografico possa risultare riduttivo. Infatti, alcune polizze *unit linked* presentano una componente assicurativa minimale, con prestazioni legate principalmente all'andamento di strumenti finanziari sottostanti, rendendo labile la distinzione tra prodotto assicurativo e finanziario.

Pertanto, sebbene la giurisprudenza abbia fornito indicazioni utili per l'interpretazione delle polizze *unit linked*, emerge la necessità di un intervento legislativo che stabilisca criteri chiari e univoci per tracciare con precisione i confini tra componente assicurativa e finanziaria, al fine di garantire una tutela adeguata agli assicurati e una maggiore certezza del diritto per la qualificazione delle polizze *unit linked*, superando la logica della valutazione "caso per caso".

In conclusione, il problema della qualificazione giuridica delle polizze *linked* riflette una tensione più ampia tra sicurezza e speculazione, tra protezione e rischio, tra la stabilità del contratto assicurati-

⁴⁴ Come confermato da Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 2024 n. 2922; Cass. civ., sez. III, 27 luglio 2023, n. 22961.

⁴⁵ Sul tema G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992; P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione. Profili funzionali e strutturali*, Napoli, 2016.



vo e la volatilità dei mercati finanziari. Se il diritto è lo strumento con cui la società cerca di dare ordine al *caos* dell'incertezza economica, allora la persistente ambiguità normativa su questi strumenti dimostra che il legislatore non ha ancora deciso se il futuro dell'assicurazione debba essere ancorato alla prudenza mutualistica o abbandonato alle maree della speculazione.

Come scriveva Bauman, viviamo in una società liquida⁴⁶, in cui anche le certezze giuridiche si dissolvono di fronte alle esigenze di un mercato sempre più sfuggente: finché il diritto non saprà riconoscere e disciplinare con chiarezza la vera natura di questi prodotti, le polizze *linked* resteranno sospese in un limbo normativo, riflesso perfetto di un'epoca in cui il rischio non è più un nemico da combattere, ma una merce da vendere.

L'incerto quadro normativo non sembra offrire criteri distintivi certi per superare questa liquidità circa la vera natura giuridica di questi strumenti negoziali che, purtroppo, sembrano essere ancora in cerca di stabilità (*rectius* solidità) e, soprattutto, di un mercato di riferimento.

⁴⁶ Zygmunt Bauman parla della "società liquida" in diversi testi, ma principalmente nel libro: *Modernità liquida*, pubblicato originariamente nel 2000. Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2000.



CARLO DORE, *IL PRESTITO VITALIZIO IPOTECARIO, TRA TUTELA DEL CREDITO E ATTUAZIONE DEL PROGRAMMA NEGOZIALE*, ESI, NAPOLI 2022, 175.

Il lavoro di Carlo Dore è dedicato ad un tema reso ancora più attuale dalla crisi economica, vale a dire il prestito vitalizio ipotecario (art. 11-*quaterdecies*, comma 12, legge 2 dicembre 2005, n. 248, nonché legge 2 aprile 2015, n. 44). Come considera l'autore si tratta di un'operazione negoziale complessa la cui funzione è quella di assicurare liquidità a persone fisiche ultra sessantenni, che abbiano la proprietà di una casa. Le quali ovviamente possono optare tra un mutuo ordinario, anche assistito da ipoteca, o un prestito vitalizio ipotecario. In questo secondo caso, come nota l'autore, si tratta in buona sostanza di una specie di mutuo al contrario, che ha ben precisi riscontri anche in Francia ed Inghilterra, in virtù del quale la banca eroga un finanziamento garantito da ipoteca su di un immobile di proprietà del finanziato, finalizzato non tanto a consentire a questi di acquistare un immobile, ma piuttosto a disporre di liquidità da impiegare per le finalità più svariate, quali spese mediche, spese per la vita quotidiana, per l'assistenza di persone anziane, per i figli, ma anche per vestiti, automobili, viaggi e così via, senza alcun limite o vincolo di destinazione di sorta. L'unico requisito richiesto da parte del legislatore è che si tratti di una persona fisica che ha compiuto sessanta anni. Il finanziamento è tutelato in virtù dell'iscrizione di un'ipoteca di primo grado sull'immobile in proprietà, con la conseguenza che il costo economico dell'intera operazione viene scaricato sugli eredi, i quali a far data dal tempo del decesso sono tenuti a restituire l'intero importo del finanziamento, unitamente agli interessi capitalizzati di anno in anno, il che come nota giustamente l'autore costituisce una palese deroga al divieto dell'anatocismo (art. 1283 cod. civ.). Come considera ancora l'autore, l'operazione presenta notevoli punti di contatto con la vendita della proprietà con riserva di usufrutto, ma a differenza di quest'operazione, il prestito vitalizio ipotecario non priva il titolare della proprietà; piuttosto il finanziamento erogato svuota di contenuto la proprietà, la quale si trasforma in una sorta di involucro vuoto destinato ad essere trasferito ormai sostanzialmente privo di contenuto agli eredi. Come nota giustamente l'autore, si tratta dunque di un'operazione finalizzata a consentire al finanziato di aumentare il suo tenore di vita, senza dovere nel contempo rinunciare per lo meno formalmente alla proprietà, la quale viene peraltro svuotata, con la conseguenza che il costo del finanziamento viene scaricato sugli eredi; a ben vedere si tratta dunque di una specie di successione o eredità al contrario, dato che il *de cuius* invece che trasferire agli eredi utilità, scarica su di loro il costo dei consumi effettuati in vita in virtù del finanziamento ricevuto.

Il decesso funge infatti da termine per quel che riguarda la restituzione del finanziamento, unitamente alla capitalizzazione degli interessi, con conseguente obbligo degli eredi di restituire la somma dovuta. In mancanza, scaduto il termine di dodici mesi si aprono più possibilità; la banca può in primo luogo optare per la via dell'esecuzione forzata ordinaria; il legislatore consente peraltro all'istituto di credito di vendere direttamente la casa al suo prezzo di mercato, previa stima da parte di un perito, scelto peraltro non di comune accordo con gli eredi ma direttamente dalla banca stessa, o ancora di accordarsi con gli eredi affinché la casa venga venduta personalmente da questi ultimi; in entrambi i casi il ricavato dovrà essere utilizzato per estinguere il mutuo erogato dalla banca, salva la precisazione che l'eventuale esubero rispetto a quanto dovuto alla banca dovrà essere devoluto agli eredi; ove peraltro il ricavato dalla vendita della casa sia inferiore all'ammontare dovuto, ne consegue comunque la liberazione degli eredi con conseguente effetto esdebitativo.



Si tratta di una disciplina apparentemente semplice, che viceversa pone una miriade di problemi, i quali sono sviscerati ed illustrati dall'autore con certissima attenzione nel corso dell'intera monografia.

L'autore si pone in primo luogo il problema di quale sia l'esatto inquadramento della fattispecie che la dottrina tende per lo più a ricondurre nell'ambito del patto marciano, il quale come è ben noto è consentito diversamente dal patto commissorio che è viceversa nullo (art. 2744 cod. civ.). L'autore critica peraltro questa ricostruzione considerandola per lo meno in parte frettolosa, e considera che in realtà il legislatore abbia previsto non soltanto l'obbligo del finanziatore di devolvere l'esubero al finanziato, ma anche l'effetto esdebitativo in favore di quest'ultimo; effetto esdebitativo, che come giustamente considera l'autore è estraneo alla logica del patto marciano, tanto è vero che compare soltanto nelle fattispecie di finanziamento ai consumatori (art. 120-*quinquiesdecies* TUB) e non anche di quelli alle imprese (art. 48-*bis* TUB), a riprova del fatto che ormai non è possibile fare di ogni erba un fascio, ma piuttosto ogni tipologia di debito assume connotati che gli sono propri, specie in relazione alla categoria di soggetti a cui favore vengono erogati; il che consente di delineare una categoria particolare di finanziamenti aventi ad oggetto per l'appunto i crediti erogati ai consumatori.

In queste condizioni secondo l'autore non si tratterebbe dunque tanto di un patto marciano, ma piuttosto di una fattispecie più complessa in cui entrano in gioco non soltanto gli interessi della banca alla soddisfazione in virtù di uno strumento di autotutela, ma anche l'interesse del finanziato o meglio dei suoi eredi alla liberazione dal debito in virtù di una modalità alternativa di adempimento. Sempre secondo l'autore la fattispecie integrerebbe dunque un particolare meccanismo di estinzione dell'obbligazione pecuniaria diverso rispetto all'adempimento che presenta notevoli punti di contatto con la *datio in solutum*; si consideri ancora che in caso di vendita il pagamento del prezzo da parte del terzo acquirente vale nel contempo ad estinguere due rapporti obbligatori, quello di provvista nascente dal contratto di compravendita e quello di valuta nascente dal contratto di mutuo, con conseguenti evidenti convergenze anche con la delegazione di pagamento; salvo ancora l'obbligo della banca di devoluzione dell'eventuale esubero agli eredi, in conformità allo schema del patto marciano e salvo ancora l'eventuale effetto esdebitativo in favore degli eredi. Come giustamente rileva l'autore si tratta dunque di una fattispecie sicuramente complessa idonea ad estinguere contemporaneamente due rapporti, con conseguente effetto esdebitativo nei confronti degli eredi, nonché a far sorgere l'obbligo della banca di devolvere agli eredi l'esubero del prezzo, che sarebbe riduttivo limitarsi a considerare alla stregua una mera applicazione del patto marciano.

L'autore si interroga poi sulla fonte del potere di vendere in capo all'erogatore del finanziamento ed anche in questo caso discorda rispetto all'opinione più diffusa che tende a ravvisarlo in una procura; in particolare secondo un'opinione piuttosto diffusa si tratterebbe di un mandato in *rem propriam*, in virtù del quale il finanziatore acquisirebbe il potere di alienare subordinatamente all'evento della morte del finanziato; l'autore considera peraltro le incongruenze a cui potrebbe condurre questa impostazione ed in particolare al fatto che in genere non è ammesso il mandato *mortis causa*, tenuto conto tra l'altro del divieto dei patti successori (art. 458 cod. civ.). L'autore propende quindi per fondare un tale potere dispositivo direttamente sul diritto reale d'ipoteca, alla stregua peraltro di quanto specificamente previsto dal legislatore in materia di pegno (artt. 2796, 2797 cod. civ.).

Il lavoro non si limita peraltro a sviscerare gli innumerevoli problemi che pone il prestito vitalizio ipotecario, ma si interroga più in generale sul divieto stesso del patto commissorio. L'autore giustamente considera come il divieto di una tale patto debba ravvisarsi nella debolezza della fattispecie sotto il profilo causale, con conseguente rischio di trasferimenti ingiustificati di ricchezza, il che a contra-



rio spiega la validità del matto marciano, che non prevede l'acquisizione della proprietà subordinata alla condizione dell'inadempimento, ma piuttosto la stima della cosa da parte di un soggetto terzo e conseguente devoluzione dell'esubero al debitore. L'autore considera inoltre che sebbene il problema di fondo sia sempre quello di evitare approfittamenti di situazioni di debolezza e conseguenti trasferimenti ingiustificati di ricchezza a danno della parte debole del rapporto, gli strumenti utilizzati da parte del legislatore non siano omogenei, ma spazino dalla rescissione del contratto (artt. 1447 ss. cod. civ.), alla nullità, come per l'appunto in materia di patto commissorio (art. 2744 cod. civ.), mutuo (art. 185, comma 2, cod. civ.) e contratto usurario. Disparità di trattamento di situazioni sostanzialmente simili, che non sempre appare del tutto giustificata.

In secondo luogo l'autore considera come in altri casi ancora, fattispecie potenzialmente lesive dell'integrità patrimoniale altrui, come per esempio la prestazione in luogo d'adempimento, la novazione e così via, siano invece ammesse senza alcun limite, anche se in concreto possano comportare trasferimenti ingiustificati di ricchezza, nonché approfittamenti; si pensi per esempio al caso in cui per estinguere un'obbligazione pecuniaria, il debitore accetti di consegnare un gioiello di valore nettamente superiore (*datio in solutum*), il che è sempre possibile senza alcuna verifica della congruità del valore dell'oggetto consegnato in luogo dell'adempimento. In una posizione intermedia si collocano infine i casi in cui l'eccessività della somma prevista ne comporta la riduzione, come per esempio in materia di penale (art. 1384 cod. civ.).

In definitiva si tratta di un lavoro estremamente denso di contenuti e di suggestioni che solo la lettura diretta può consentire di cogliere integralmente.

[PAOLO GALLO]