

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

Diritto privato e valori sociali in una
prospettiva diacronica

a cura di Raimondo Motroni

Annamaria Abbruzzese, Enrico Borghetto, Tania Bortolu,
Alessandra Camedda, Federico Cappai,
Francesco Capriglione, Federica Chironi,
Claudio Colombo, Ludovica Decimo, Lorenzo Gagliardi,
Tommaso Gazzolo, Valerio Lemma, Salvatore Mistretta,
Marco Montella, Flaviana Monti,
Raimondo Motroni, Federico Onnis Cugia,
Federica Pes, Elisabetta Piras,
Giuseppe W. Romagno

XXX

2025-1

Gennaio - Giugno

INSCHIBBOLETH

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO PRIVATO ANTICO, CONTEMPORANEO E DELL'ECONOMIA

Direttore scientifico

Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

Co-Direttore scientifico

Rosanna ORTU (Università di Sassari)

Vice-Direttore scientifico

Luigi NONNE (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Francesco CAPRIGLIONE (Università LUISS “Guido Carli” – Università telematica G. Marconi); Claudio COLOMBO (Università di Sassari); José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Università di Valencia); Andrea DI PORTO (Sapienza Università di Roma); Catherine GINESTET (Università di Tolosa); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Gabor HAMZA (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Alessandro HIRATA (Università di San Paolo “USP”); Valerio LEMMA (Università di Roma G. Marconi); Agustin LUNA SERRANO (Università Ramon Llul Barcelona); Salvatore PATTI (Sapienza Università di Roma); Mirella PELLEGRINI (Università LUISS “Guido Carli”); Diego ROSSANO (Università di Napoli “Parthenope”); Illa SABBATELLI (Università Telematica San Raffaele Roma); Andrea SACCO GINEVRI (Università telematica internazionale Uninettuno); Christoph SCHMID (Università di Brema); Marco SEPE (Università di Roma Unitelma Sapienza); Vincenzo TROIANO (Università di Perugia); Alberto URBANI (Università Ca’ Foscari Venezia)

Comitato di redazione

Maria Teresa NURRA (Caporedattrice – Università di Sassari)

Davide ACHILLE (Università del Piemonte Orientale); Carlo ATTANASIO (Università di Sassari); Claudia BENANTI (Università di Catania); Tania BORTOLU (Università di Sassari); Gianluca DE DONNO (Università di Sassari); Dario FARACE (Università di Roma “Tor Vergata”); Massimo FOGLIA (Università di Bergamo); Stefania FUSCO (Università di Sassari); Lorenzo GAGLIARDI (Università di Milano Statale); Domenico GIURATO (Università di Sassari); Maria Alessandra IANNICELLI (Università Roma Tre); Daniele IMBRUGLIA (Sapienza Università di Roma); Arturo MANIACI (Università di Milano Statale); Raimondo MOTRONI (Università di Sassari); Laurent POSOCCO (Università di Tolosa); Federico

PROCCHI (Università di Pisa); Giuseppe Werther ROMAGNO (Università di Sassari); Maria Gabriella STANZIONE (Università di Salerno) Fabio TORIELLO (Università di Sassari); Maria Manuel VELOSO GOMES (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi GAROFALO (Presidente – Università di Padova)

Emanuela ANDREOLA (Università Telematica UniCusano); Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo BARBA (Università di Siena); Vincenzo BARBA (Sapienza Università di Roma); Marco BODELLINI (Università di Bergamo); Maria Vittoria BRAMANTE (Università Telematica Pegaso); Maria Novella BUGGETTI (Università di Ferrara); Pierangelo BUONGIORNO (Università di Münster); Fausto CAGGIA (Università “Kore” di Enna); Iaria Amelia CAGGIANO (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Valeria CAREDDA (Università di Cagliari); Maria Luisa CHIARELLA (Università “Magna Graecia” di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Alessandro CIATTI CÀIMI (Università di Torino); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D’AMATI (Università di Foggia); Iole FARGNOLI (Università di Milano Statale); Sara CORRÊA FATTORI (Università di Araraquara “UniAra”); Maurilio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Emanuela FUSCO (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”); Lucilla GATT (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Andrea GENOVESE (Università della Tuscia Viterbo); Fulvio GIGLIOTTI (Università “Magna Graecia” di Catanzaro); Claudia IRTI (Università Ca’ Foscari Venezia); Umberto IZZO (Università di Trento); David KREMER (Université Paris Descartes); Paola LAMBRINI (Università di Padova); Simone MEZZACAPO (Università di Perugia); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Massimo MIGLIETTA (Università di Trento); Maria Concetta NANNA (Università di Bari “Aldo Moro”); Eleonora NICOSIA (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università “Luigi Bocconi” di Milano); Aldo PETRUCCI (Università di Pisa); Guido PFEIFER (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHKE (Università di München “LMU”); Roberto PUCCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli “Federico II”); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Giacomo ROJAS ELGUETA (Università Roma Tre); Anna Maria SALOMONE (Università di Napoli “Federico II”); Gianni SANTUCCI (Università di Bologna); Roberto SCEVOLA (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università Ca’ Foscari Venezia); Domenico SICLARI (Sapienza Università di Roma); Eduardo Cesar SILVEIRA VITA MARCHI (Università di San Paolo “USP”); Laura TAFARO (Università di Bari “Aldo Moro”); Elena TASSI (Sapienza Università di Roma); Mario VARVARO (Università di Palermo); Paola ZILLOTTO (Università di Udine)

Segreteria di redazione

Roberta BENDINELLI; Lorenzo BOTTA; Federica CHIRONI; Giovanni GANDINO; Roberta GUAINELLA; Maria Cristina IDINI; Pietro LIBECCIO; Claudia MARASCO; Salvatore MISTRETTA; Enrico NIEDDU; Anna Maria PANCALLO; Edoardo PINNA; Pietro Giovanni Antonio SANTORU; Laudevino Bento DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA

Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org.

Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.

Seconda serie: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019 (ISSN print: 2240-4856; ISSN on line: 2240-4864). Periodicità: semestrale.

Serie attuale: Archivio Giuridico Sassarese.

ISSN print: 2785-034X

ISSN on line: 2785-0803

ISBN print: 978-88-5529-643-4

© 2025, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni – via G. Macchi, 94, 00133, Roma – Italia, email: info@inschibbolethedizioni.com. Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: rivista@archiviogiuridicosassarese.org. Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.

Fascicolo n. 1/2025, gennaio-giugno, pubblicato online il 30 settembre 2025.



**Finanziato
dall'Unione europea**
NextGenerationEU

BANDO INTERNO PER LA RICERCA COLLABORATIVA TRA ATENEO DI SASSARI
E ATENEO DI CAGLIARI – DM 737/2021 - RISORSE 2022-2023

Principal Investigator: Prof. Raimondo Motroni

Titolo del progetto di ricerca: La sostenibilità ambientale e climatica dell'approvvigionamento energetico tra finanza, contratto e mercato: prospettive giuridiche ed economiche nell'ordinamento eurounitario

I contributi pubblicati nel presente volume di cui sono autori Francesco Capriglione, Raimondo Motroni, Alessandra Camedda, Federico Cappai, Federica Chironi, Claudio Colombo, Salvatore Mistretta, Marco Montella, Federico Onnis Cugia, Federica Pes, Elisabetta Piras e Giuseppe Werther Romagno costituiscono la rielaborazione degli interventi presentati in occasione del Convegno “La sostenibilità ambientale e climatica dell'approvvigionamento energetico tra finanza, contratto e mercato: prospettive giuridiche ed economiche nell'ordinamento eurounitario”, tenutosi nei giorni 21-22 giugno 2025 ad Alghero, nell'ambito del progetto di ricerca interdisciplinare collaborativa tra l'Ateneo di Sassari e l'Ateneo di Cagliari – ai sensi del D.M. n. 737/2021 – concernente lo studio dei diversi profili giuridici ed economici della c.d. finanza sostenibile.

INDICE

Diritto privato e valori sociali in una prospettiva diacronica

a cura di
Raimondo Motroni

Editoriale

FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Sostenibilità ambientale e climatica, approvvigionamento energetico. Riflessioni introduttive* p. 1

RAIMONDO MOTRONI, *Introduzione e presentazione del progetto di ricerca: La sostenibilità ambientale e climatica dell'approvvigionamento energetico tra finanza, contratto e mercato: prospettive giuridiche ed economiche nell'ordinamento eurounitario* p. 9

ALESSANDRA CAMEDDA, *Sostenibilità e governo del prodotto* p. 17

FEDERICO CAPPALÀ, *La sostenibilità nei contratti pubblici* p. 29

FEDERICA CHIRONI, *Le preferenze di sostenibilità dell'investitore: diritto effettivo o retorica regolatoria?* p. 35

CLAUDIO COLOMBO, *Accordi di compravendita di energia elettrica da fonti rinnovabili a lungo termine* p. 43

SALVATORE MISTRETTA, *Il contratto di efficientamento energetico: intersezioni tra profili di diritto privato e prospettive giuspubblicistiche* p. 55

MARCO MONTELLA, *L'integrazione dei fattori di sostenibilità nel settore bancario: prospettive e criticità* p. 65

FEDERICO ONNIS CUGIA, *Il ruolo del contratto nello sviluppo dell'agrivoltaico, tra continuità agricola e transizione energetica* p. 79

FEDERICA PES, <i>Catastrofi naturali e polizze assicurative: evoluzione normativa e prime criticità</i>	p. 101
ELISABETTA PIRAS, <i>Coassicurazione e riassicurazione tra sostenibilità e regole della concorrenza</i>	p. 115
GIUSEPPE WERTHER ROMAGNO, <i>Modelli costitutivi per le comunità energetiche rinnovabili</i>	p. 129
ANNAMARIA ABBRUZZESE, <i>Domini collettivi e sostenibilità ambientale: verso una rilettura della proprietà in chiave ecologica. Profili comparativi tra Italia e Regno Unito</i>	p. 143
ENRICO BORGHETTO, <i>Responsabilità medica tra doppio ciclo causale e il concorso di colpa del paziente danneggiato</i>	p. 183
TANIA BORTOLU, <i>L'autodeterminazione del minore e dell'incapace nelle scelte sanitarie</i>	p. 211
LUDOVICA DECIMO, <i>Il riconoscimento, la pubblicità e il controllo degli enti religiosi civilmente riconosciuti</i>	p. 239
LORENZO GAGLIARDI, <i>Il regime delle "tierras comunales de grupos étnicos" in Colombia</i>	p. 271
TOMMASO GAZZOLO, <i>Satta e il mistero del giudizio</i>	p. 293
VALERIO LEMMA, <i>Dalla mutualità all'agri-fintech: quale ruolo possono svolgere gli organismi collettivi di difesa?</i>	p. 309
FLAVIANA MONTI, <i>Rassegna: Identidad Latinoamericana. Dall'Europa all'America Latina e dall'America Latina all'Europa: diritto, cultura e storia (Roma 7-8 aprile 2025)</i>	p. 321

Sostenibilità ambientale e climatica, approvvigionamento energetico Riflessioni introduttive

Francesco Capriglione

Cari Colleghi,

è per me un onore porgere un saluto in apertura di questo importante convegno, ospitato in una terra, la Sardegna, che per storia, geografia e vocazione culturale rappresenta un luogo privilegiato per interrogarsi sul futuro dell'energia, della sostenibilità ambientale e dello sviluppo.

La Sardegna è al tempo stesso isola e nodo strategico: separata dalle reti energetiche continentali, ma ricchissima di potenzialità, soprattutto nel campo delle rinnovabili. Può dirsi, quindi, che essa è, per certi versi, emblema della recente sfida che investe tutta l'Europa: garantire un approvvigionamento energetico sicuro, sostenibile e compatibile con gli obiettivi climatici, in un contesto in cui l'interazione tra geopolitica, finanza e regolazione diventa ogni giorno più evidente.

1. Al fine di individuare i presupposti fattuali della tematica oggetto di analisi del convegno odierno necessita aver riguardo alla guerra in corso tra la Federazione russa e l'Ucraina che ormai si protrae da oltre tre anni; tale conflitto agisce, infatti, da catalizzatore nel rivelare le cause della crisi energetica che ha colpito i paesi dell'Unione europea. Tale guerra – come ebbi modo di sottolineare in un libro scritto due anni or sono (*Clima energia finanza*, Milano, 2023) – si pone, infatti, a monte della rottura dei rapporti tra le compagnie energetiche russe e i paesi occidentali.

Le sanzioni economiche imposte alla Federazione russa al fine di produrre effetti fortemente critici all'interno di quest'ultima ebbero come conseguenza una pesante sospensione delle forniture di gas, con ovvie ripercussioni negative sui paesi dell'area occidentale a causa di un improvviso rialzo dei costi dell'energia. Ne conseguì un significativo rischio per la continuità operativa di alcuni settori produttivi dell'Unione europea. Tale conflitto ha reso evidente, anche all'opinione pubblica più distante, la vulnerabilità energetica dell'Europa e la sua dipendenza da fonti fossili esterne.

Il calo delle erogazioni di gas unitamente al forte rialzo del suo prezzo hanno colpito fortemente i paesi dell'UE; in particolare l'incidenza dei costi energetici sul totale dei costi di produzione per l'economia italiana viene stimata in grado di raggiungere l'8,8% nel 2022, più del doppio del corrispondente dato francese del 3,9% e quasi un terzo in più di quello tedesco del 6,8% (cfr. Confindustria, *L'impatto della corsa dei prezzi della energia sui costi di produzione: settori a confronto tra Italia, Francia e Germania*, visionabile su www.confindustria.it/home/centro-studi/temi-di-ricerca/tendenze-delle-imprese-e-dei-sistem-iindustriali/dettaglio/impatto-prezzi-energia-sui-costi-di-produzione-settori-a-confronto-italia-francia).

Tali eventi accelerarono una riflessione profonda sulla dipendenza dello sviluppo economico dall'approvvigionamento energetico, per cui si è assistito al passaggio da un'energia pensata come semplice *commodity* a una risorsa strategica, il cui controllo incrocia la sicurezza, la sovranità, l'autonomia industriale e, naturalmente, la transizione ecologica. In questo scenario, la regolazione giuridica europea divenne protagonista nella definizione di un progetto di transizione ecologica volta all'affermazione del *green*.

La scelta dell'Unione fu quella di una strategia di lungo periodo: dal *Green Deal* al pacchetto *Fit for 55*, fino al più recente *Net-Zero Industry Act*, l'Europa delineò un quadro giuridico che integra ambiente, finanza e industria, con una visione olistica. Tale regolazione vede l'Unione europea interessata alla lotta contro il surriscaldamento globale e l'inquinamento ambientale, garantendo altresì l'adeguatezza (e la diversificazione) degli approvvigionamenti energetici (significative, al riguardo, sono le misure introdotte per mezzo del piano *REPowerEU*, adottato dalla Commissione nel 2022 in risposta alle perturbazioni del mercato energetico – e segnatamente del gas – scaturite a seguito dell'invasione dell'Ucraina). La questione climatica ha dato, quindi, l'avvio ad un contesto disciplinare volto a definire la tassonomia delle attività economiche, sì da offrire una nozione comune di sostenibilità. La normativa disposta in sede europea ha avuto di mira l'obiettivo di dare attuazione agli impegni assunti con l'Accordo di Parigi, adottato nel 2015 durante la COP21 ed entrato in vigore nel 2016, e con l'Agenda 2030 delle Nazioni Unite.

Detto complesso disciplinare integra il Regolamento UE n. 852 del 2020 che offre una compiuta classificazione delle attività ecosostenibili sulla base di puntuali criteri scientifici, segnando una decisiva tappa nella sfida ambientale dell'Unione. Ed invero, in esso si affrontano in maniera sistematica le minacce dei cambiamenti climatici (perdita della biodiversità, consumo eccessivo di risorse, riduzione dello strato di ozono, eccetera), individuando gli investimenti ecosostenibili che avrebbero dovuto consentire all'UE di raggiungere il traguardo della neutralità carbonica entro l'anno 2050.

Detto complesso disciplinare si completa col Regolamento UE n. 631 del 2019 che definisce i livelli di prestazione in materia di emissioni di CO₂ delle autovetture nuove e dei veicoli commerciali leggeri nuovi, puntando alla decarbonizzazione del trasporto su strada in vista della realizzazione degli indi-

cati obiettivi dell'Unione. Si è individuata una meta cui è di ostacolo l'attuale situazione economico-finanziaria dell'UE, oggi colpita dalla crisi dell'auto e, quindi, del suo indotto, con conseguenti effetti negativi sulle prospettive di sviluppo nei prossimi anni. A ciò si aggiunga l'incognita Trump che – com'è noto – fin dal primo mandato si era dichiarato contrario all'attuazione degli impegni di Parigi contestando le evidenze scientifiche sul cambiamento climatico (cfr. Silvestrini, *Quali saranno gli impatti della presidenza Trump sul versante energetico-ambientale?*, in *Nextville*, 14 novembre 2016; Capriglione, *Gli esiti del trumpismo e la nuova realtà geopolitica*, in *Aperta Contrada*, 2025), creando significative difficoltà agli Stati che hanno sottoscritto detto Accordo. È prevedibile che la realizzazione del rappresentato modello di ecosostenibilità subisca, nella migliore delle ipotesi, un rinvio.

Al riguardo, è bene tener presente che detti eventi minano l'ipotesi di un nuovo 'modello organizzativo' del processo produttivo correlata alla 'stabilità'. Va da sé che la realizzazione di un sistema energetico pulito – necessaria nella transizione alla sostenibilità dei fattori di produzione (dove la sua conformità ai canoni di uno schema di sviluppo tecnologico e industriale rispettoso della natura) – deve poter contare su un apparato di integrazione finanziaria che si caratterizzi nei termini e nelle modalità tipicamente proprie del meccanismo della *Capital Markets Union*, voluta dal legislatore europeo. Quest'ultima – come ho avuto modo di sottolineare di recente in un convegno svoltosi presso l'Università Roma Tre – risponde all'esigenza di ridurre la dipendenza strutturale dell'economia dal credito bancario, favorendo canali alternativi e più disintermediati di finanziamento dei progetti legati all'innovazione ed alla sostenibilità.

2. Da quanto precede risulta chiaro che i paesi del pianeta, tra difficoltà di vario genere, acquisiscono la consapevolezza di doversi orientare verso il comune obiettivo della sostenibilità energetica, essendosi diffuso il convincimento di dover porre rimedio ai danni di un indiscriminato utilizzo delle risorse naturali, a lungo protratto nel tempo. Tale obiettivo diviene principio guida e baricentro delle modifiche di sistema da effettuare; esso introduce un innovativo approccio all'azione economica fondato su una 'razionalità collettiva' che – superando i limiti delle previgenti forme di raccordo operativo nel riferimento unitario al mercato – ridefinisca le relazioni sociali. Il regolatore europeo ha di mira un modello nel quale la sostenibilità dell'approvvigionamento energetico trovi adeguato raccordo con la finanza sostenibile nella definizione di una struttura organizzativa multiforme con riguardo alla pluralità dei suoi elementi costitutivi, ma unitaria ove correlata al nesso che congiunge le finalità programmatiche da realizzare (cfr. Bologna, *Idee per la sostenibilità del futuro*, in A.a. Vv., *Economia innovatrice. Perché è imperativo rendere circolari economia, finanza e società*, a cura di Di Stefano e Lepratti, Milano, 2016, *passim*).

Consegue la prospettiva di una coerente riorganizzazione dei processi di produzione e consumo, fondati su un'equa combinazione di strumenti (che includa il capitale finanziario, il capitale naturale e quello sociale). La *ratio* che si pone a fondamento dell'esigenza di procedere ad una rivisitazione della disciplina vigente viene individuata nella necessità di rendere più trasparenti le metodologie adottate dagli *index provider* nella costruzione dei *benchmark* di sostenibilità; nonché di integrare i *rating* e la ricerca di mercato con riferimento al criterio della sostenibilità.

Nella ricerca di una 'innovativa formula disciplinare', idonea a consentire la convergenza e la conciliabilità tra gli opposti interessi sottesi al processo produttivo, il concetto di 'sostenibilità' (del quale sono state fornite indicazioni variegata) viene considerato quale parametro di una convergenza verso l'unitario obiettivo della identificazione di un innovativo criterio di valutazione, in grado di segnalare la presenza di un effettivo raccordo tra le modalità dell'*agere* e le finalità perseguite.

In particolare, la relativa nozione diviene il *mantra* destinato a dare valenza applicativa al concetto di 'sviluppo sostenibile'. Si è in presenza di una locuzione che dalla riferibilità ai processi economico finanziari creativi di valore è traslata nel linguaggio comune, divenendo il *leitmotiv* di una cultura orientata all'equilibrio comportamentale e, dunque, ad una corretta stima del rapporto tra 'fini e mezzi'; da intendere, quindi, come criterio guida della comunità sociale per indirizzare nella giusta direzione le attività da svolgere con correttezza e nel rispetto dei diritti altrui (cfr. il mio saggio *Sostenibilità mercato ambiente. Una riflessione introduttiva*, in *Rivista di diritto bancario*, 2024, p. 359 ss.).

Il modello di finanza sostenibile viene individuato nel riferimento a scelte di investimento e gestione dei rischi nelle quali si riflettono le esternalità che impattano sullo svolgimento delle attività economiche. Più in particolare, si ha riguardo ai cd. fattori ESG (*Environmental, Social, Governance*), che consentono la rappresentazione di un «valore integrato», nel quale trovano espressione non solo i dati finanziari, ma anche quelli ambientali, sociali e di *governance*, destinati a giocare negli investimenti di lungo periodo un ruolo decisivo con riguardo alla identificazione del rischio e del rendimento (cfr. l'editoriale intitolato *Environmental, Social, and Governance (ESG) Criteria*, visionabile su <https://www.investopedia.com/terms/e/environmental-social-and-governance-esg-criteria-asp>, nel quale gli ESG sono considerati *standard* per le operazioni che gli investitori, socialmente consapevoli, utilizzano per vagliare potenziali investimenti).

L'accettazione di tale modello non si risolve nella rinuncia alla dimensione finanziaria dell'investimento, bensì nel fatto che per il suo tramite diviene possibile computare (nel calcolo della *performance* di quest'ultimo) una serie di elementi di valutazione i quali consentono di accertarne la sostenibilità in un'angolazione che va al di là dei risultati economici dello stesso. Si è, quindi, in presenza di una nuova modalità di accertamento dei profili di rischio delle operazioni da porre in essere.

Va da sé che il regime disciplinare in parola interagisce sulle responsabilità del *management* aziendale delle imprese, che è tenuto ad integrare le sue politiche d'investimento con riferimento a criteri ambientali sociali e di *governance*, che vanno al di là di quelli finanziari. Conseguono una ridefinizione degli obiettivi del processo produttivo al fine di affiancare a quelli tradizionali altri correlati alla salvaguardia del capitale naturale e sociale; da qui lo stretto rapporto che si determina tra le strategie adottate per la realizzazione di un equilibrato cambiamento climatico e di un adeguato sviluppo sociale. In tale contesto la riferibilità a tali fattori nelle scelte finanziarie diviene una necessità per il legislatore europeo; pertanto i regolamenti UE, dalla *Sustainable Finance Disclosure Regulation* (SFDR) alla *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD), impongono alle imprese e agli operatori finanziari nuovi obblighi informativi, nuove metriche, nuovi criteri di valutazione, assetto regolatorio cui l'analisi deve aver riguardo per lo svolgimento delle attività economiche.

Ciò posto, si comprende la ragione per cui è stata opportunamente sottolineata l'importanza della «definizione di una tassonomia europea delle attività sostenibili, che consent(a) alle imprese finanziarie e non finanziarie di condividere una definizione comune di sostenibilità» (cfr. Siani, *L'impatto del processo di attuazione dell'Action Plan sulla finanza sostenibile*, Festival dello Sviluppo Sostenibile [ASVIS], Roma, 6 ottobre 2021, p. 3). Infatti, a ben considerare, quel che necessita agli operatori nelle indicate situazioni è la cognizione dei 'fattori di sostenibilità' che rilevano nella identificazione delle misure proponibili.

3. Un discorso sulla sostenibilità energetica non può prescindere da una riflessione di fondo sulla natura stessa della risorsa energetica e sulla sua disponibilità nel tempo. La sostenibilità – come è noto – implica la capacità di soddisfare i bisogni delle generazioni presenti senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri. Quando si applica questo paradigma alle risorse energetiche, la sfida diventa duplice: da un lato vi è la necessità di decarbonizzare il sistema produttivo e ridurre drasticamente le emissioni climalteranti; dall'altro, occorre garantire continuità di approvvigionamento, affidabilità delle reti, accessibilità economica e giustizia distributiva.

Oggi, le fonti rinnovabili (solare, eolico, idroelettrico, biomasse) sono al centro delle strategie di transizione, ma la loro integrazione su larga scala nei sistemi energetici comporta una riorganizzazione profonda delle infrastrutture, della gestione delle reti, delle modalità di accumulo e delle logiche di consumo. Inoltre, la transizione energetica comporta a sua volta una nuova domanda di materie prime critiche (come litio, cobalto, terre rare), spesso concentrate in aree geopoliticamente instabili, e talora estratte in condizioni ambientali e sociali problematiche. Da qui il paradosso della transizione: si

rischia che l'abbandono dei combustibili fossili ci consegna a nuove forme di dipendenza e vulnerabilità.

Tenendo conto delle considerazioni che precedono diviene necessario adottare un approccio sistemico alla *sostenibilità energetica*, che consenta di raccordare ambiente, economia, tecnologia e diritto. Non a caso in letteratura (cfr. Helm, *Net Zero: How We Stop Causing Climate Change*, HarperCollins, 2020; Delfino, *Energia e diritto tra mercato e sostenibilità*, Giappichelli, 2022) la sostenibilità non è solo una questione di *mix* energetico, ma di *governance* e di regole. Ne consegue che la disciplina giuridica non deve limitarsi a regolare l'offerta o il mercato, ma intervenire sulla qualità delle scelte pubbliche e private, orientando i comportamenti verso l'equilibrio tra efficienza, equità e resilienza.

Non posso omettere di far presente che, in relazione a quanto ho ora detto, sorgono alcuni interrogativi in ordine alla tracciabilità del confine tra regolazione e interventismo. Si rischia, infatti, che gli ESG si trasformino in un nuovo formalismo, in una griglia burocratica che sovrappone obblighi documentali senza incidere realmente sul comportamento degli attori economici.

Bisogna tener presente che il mercato non è neutrale, né uniforme; per cui la frammentazione normativa può paradossalmente generare effetti controproducenti: disincentivare l'investimento in territori fragili, escludere dal mercato imprese non allineate, rafforzare asimmetrie competitive. Ciò ci riporta alla centralità del diritto come strumento di equilibrio: tra libertà economica e finalità pubbliche, tra efficienza e giustizia, tra sostenibilità ambientale e coesione sociale. Non è un caso che oggi si parli sempre più frequentemente di "giustizia climatica" e di "sostenibilità giuridica", ossia della capacità del diritto di accompagnare le trasformazioni evitando nuove esclusioni.

4. La transizione verso una sostenibilità energetica autentica, come delineata dalla regolazione europea e dall'integrazione dei fattori ESG nei processi decisionali pubblici e privati, non può essere interpretata come un mero percorso tecnico-normativo o come una semplice riconfigurazione dei mercati. Essa implica un ripensamento dei nessi profondi tra energia, finanza, modelli produttivi e assetti istituzionali.

In questa prospettiva, e alla luce delle considerazioni che sono state qui brevemente presentate, il tema dell'approvvigionamento energetico assume un rilievo strategico. L'Europa, e in particolare il nostro Paese, dispone oggi di un patrimonio significativo di risorse rinnovabili – dal vento al sole, dall'idrogeno verde alle tecnologie emergenti di accumulo – che potrebbe ridurre vulnerabilità storiche e rafforzare sicurezza, autonomia e competitività. Tuttavia, la piena valorizzazione di tali risorse richiede una *governance* chiara e un quadro regolatorio che rimuova gli ostacoli amministrativi, incentivi gli investimenti e garantisca la coerenza tra politiche energetiche, industriali e territoriali.

Se è vero che il mercato ha straordinarie capacità di adattamento, soprattutto quando è orientato da segnali di prezzo corretti e da norme stabili, è altrettanto evidente che queste dinamiche non sono neutrali. Senza una cornice giuridica orientata al bene comune, i benefici della transizione rischiano di distribuirsi in modo diseguale, amplificando disuguaglianze ambientali, sociali e territoriali. L'accesso all'energia pulita, infatti, non è soltanto una questione tecnologica, ma una componente essenziale della cittadinanza economica e della coesione democratica.

Sulla base di tali considerazioni possiamo dire che la riflessione sulla sostenibilità e sull'approvvigionamento energetico non può essere confinata né nelle competenze economiche e finanziarie, né nell'alveo esclusivo delle scienze ambientali. Richiede un dialogo interdisciplinare tra giuristi, economisti, scienziati ambientali, sociologi e politologi, capace di interrogarsi non soltanto su *come* funzionano i flussi energetici e finanziari, ma su *che cosa* essi producono in termini di equilibri istituzionali, qualità democratica e resilienza del sistema nel suo complesso.

Solo attraverso questa visione integrata è possibile garantire che gli strumenti europei – dal citato *Green Deal* alla tassonomia, dalle politiche per le rinnovabili alla sicurezza e diversificazione degli approvvigionamenti – diventino leve di inclusione, innovazione e responsabilità, evitando quindi di identificare nuovi fattori di divaricazione. In tale ottica la transizione energetica si rivela non soltanto un processo tecnico, ma un banco di prova per la capacità delle nostre istituzioni di orientare il cambiamento in modo equo, sostenibile e democratico.

Introduzione e presentazione del progetto di ricerca:
*La sostenibilità ambientale e climatica dell'approvvigionamento
energetico tra finanza, contratto e mercato: prospettive giuridiche
ed economiche nell'ordinamento eurounitario**

Raimondo Motroni

1. Nella mia qualità di *Principal investigator* dell'odierno progetto di ricerca regionale, vorrei ringraziare e salutare tutti gli intervenuti e le autorità presenti; in particolare, devo manifestare la mia gratitudine al Magnifico Rettore dell'Università degli Studi di Sassari per aver dato attuazione al D.M. n. 737/2021, intuendo la possibilità di destinare il relativo finanziamento a progetti di ricerca collaborativa di natura interdisciplinare tra l'Ateneo di Sassari e l'Ateneo di Cagliari, tra i quali quello in discorso si inserisce nell'ampio e preesistente quadro di cooperazione nel settore gius-economico tra i due Atenei, che si va progressivamente intensificando negli ultimi anni.

Con riguardo al progetto di ricerca che ci occupa, esso concerne la «sostenibilità ambientale e climatica dell'approvvigionamento energetico tra finanza, contratto e mercato: prospettive giuridiche ed economiche nell'ordinamento eurounitario»¹, su cui non intendo svolgere una vera e propria relazione, ma vorrei limitarmi a introdurre brevemente talune tematiche di interesse specifico e segnalare il particolare momento di incerta «transizione normativa» in cui si trova la disciplina europea del c.d. *Green Deal*².

Si tratta di un tema che interseca vari aspetti socio economici, pertanto di ampio respiro e assai dibattuto a livello internazionale, il quale si rivela di grande interesse e attualità anche nella politica energetica della Regione Autonoma della Sardegna, tanto da venire menzionato quasi quotidianamente nella cronaca isolana. In particolare, discorrere della sostenibilità ambientale

* Introduzione e presentazione del progetto di ricerca tenuta a Porto Conte il 20 giugno 2025.

¹ Nel diritto dell'economia la letteratura sul punto è progressivamente incrementata; sia consentito in questa sede, e in estrema sintesi, rinviare per tutti a F. CAPRIGLIONE, *Clima energia e finanza. Una difficile convergenza*, Milano, 2023, oltre ad A. ANTONUCCI – S. CAVALIERE – A. DAVOLA – G. LUCHENA, *Sostenibilità, Finanza, Mercati, Ambiente (Spunti di riflessione)*, Bari, 2025 (atti del convegno tenutosi presso l'Università di Bari il 16 e il 17 maggio 2024).

² COMMISSIONE EUROPEA, *Un Green Deal europeo*, in https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_it; sul punto v. F. CAPRIGLIONE, *Sostenibilità mercato ambiente. Una riflessione introduttiva*, in *Riv. dir. banc.*, 2024, 359 ss.

e delle fonti di approvvigionamento energetico implica l'approfondimento di problematiche giuridiche concernenti il rapporto tra la produzione di energia eolica e la tutela del paesaggio, nonché l'installazione di impianti fotovoltaici e l'esaurimento del suolo destinato all'agricoltura. Non meno rilevanti si mostrano le questioni giuridiche ed etiche connesse alla produzione di biocarburanti, là dove questa possa avvenire mediante il consumo di prodotti agricoli originariamente destinati all'alimentazione umana. Con specifico riguardo alla realtà isolana tali profili assumono, poi, particolare rilevanza in ragione delle difficoltà di sviluppo dell'imprenditoria locale connesse agli alti costi dell'energia, cui si è tentato di dare una possibile soluzione attraverso la «metanizzazione dell'Isola», la quale pone, però, a livello sistemico, nuovi e ulteriori problemi di carattere ambientale e sociale.

2. La ricerca mira a indagare specificamente i diversi profili giuridici ed economici della c.d. «finanza sostenibile», con riferimento agli ormai noti criteri ESG³, volti a indirizzare il mercato dei capitali verso la transizione ecologica con riguardo alla tutela dell'ambiente, agli interventi nel campo sociale a favore delle fasce più deboli della popolazione e alla trasparenza delle attività realizzate dalla *governance* imprenditoriale. In quest'ambito, l'energia, oltre a rappresentare, unitamente ai capitali, uno dei principali fattori produttivi utilizzati dalle imprese nei processi di produzione di beni e servizi, determina consistenti esternalità negative sul piano dell'inquinamento e del consumo delle risorse naturali. Perciò, lo specifico settore dell'energia offre una prospettiva privilegiata nell'osservazione delle problematiche derivanti dall'implementazione dei criteri volti ad assicurare lo sviluppo sostenibile nell'attività delle imprese eurolunitarie.

L'odierna ricerca si colloca, quindi, nel più ampio solco tracciato dagli studiosi del diritto dell'economia, i quali hanno profuso uno sforzo imponente al fine di poter inquadrare correttamente, nel quadro della regolamentazione dei mercati finanziari, le nuove normative eurolunitarie in materia di sostenibilità energetica. A tale proposito, vorrei fare specifico riferimento al testo del Prof. Francesco Capriglione in tema di «Clima energia e finanza. Una difficile convergenza»⁴, da cui ho tratto significativi spunti per l'individuazione delle linee di sviluppo del nostro progetto scientifico.

In quest'ottica, il funzionamento delle moderne economie industrializzate lascia presagire un incremento quantitativo e qualitativo dei bisogni di approvvigionamento energetico, il quale, tenendo conto delle evidenze scientifiche, produrrà effetti sempre più consistenti sull'ambiente e sul clima, con implica-

³ Per una definizione dei criteri normativi ESG si veda, tra gli altri, V. TROIANO, *Regolamentazione finanziaria, finanza sostenibile e obiettivi ESG*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2023, 587 ss.

⁴ V. *amplius* F. CAPRIGLIONE, *Sostenibilità mercato ambiente. Una riflessione introduttiva*, cit.

zioni di dimensioni planetarie dovute alla dislocazione e al reperimento delle materie prime⁵ necessarie al supporto delle tecnologie di produzione energetica *green*, unitamente al perdurare dell'impiego diffuso di combustibili fossili. Si tratta di problemi complessi, la cui soluzione era tradizionalmente demandata alle scienze che si avvalgono, nell'osservazione della realtà, di rigorosi metodi quantitativi e sperimentali; tuttavia, tale approccio non può considerarsi più attuale, se si tiene conto che, in materia, rilevano obblighi comportamentali da inscrivere necessariamente in nuove norme giuridiche, obblighi dei quali il giurista, pertanto, è chiamato ad assumere piena consapevolezza attraverso un ampliamento delle proprie competenze e una necessaria rivisitazione delle prospettive dalle quali muovere. Invero, il diritto ha mostrato la sua centrale rilevanza nell'indurre, se non nell'imporre, un mutamento strutturale nell'esercizio dell'attività d'impresa e, più in generale, delle attività produttive, al fine di rendere coerente la logica del profitto con un maggiore rispetto dell'ambiente, del clima e delle differenti istanze sociali.

Al giurista, dunque, è richiesta l'elaborazione e la comprensione di fenomeni espressi mediante un nuovo lessico, oggi contenuto nel diritto dei mercati finanziari, ove, infatti, con il «regolamento Tassonomia»⁶, non solo sono comparsi termini come «sostenibilità», «ambiente» e «clima», ma emergono vere e proprie definizioni giuridiche tra le quali si possono ricordare, ad esempio: l'«adattamento ai cambiamenti climatici»⁷, i «gas a effetto serra»⁸, la «gerarchia dei rifiuti»⁹ (e altre¹⁰, su cui non mi soffermo per ragioni di sintesi), considerate

⁵ Le difficoltà derivanti dalla regolamentazione relativa al reperimento delle materie prime necessarie alla transizione ecologica sono poste in evidenza da G. LUCHENA, *La regolazione europea per le materie prime fra geopolitica, tutela dell'ambiente e sviluppo dell'economia*, in *Riv. trim. dir. ec.*, Supp. n. 3, 2024, 79 ss.

⁶ Regolamento (Ue) 2020/852 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020, «relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088».

⁷ Regolamento (UE) 2020/852, art. 2, par. 1, n. 6: «il processo di adeguamento ai cambiamenti climatici attuali e previsti e ai loro effetti».

⁸ Regolamento (UE) 2020/852, art. 2, par. 1, n. 7: «uno dei gas a effetto serra di cui all'allegato I del regolamento (UE) n. 525/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio processo di adeguamento ai cambiamenti climatici attuali e previsti e ai loro effetti».

⁹ Regolamento (UE) 2020/852, art. 2, par. 1, n. 8: «la gerarchia dei rifiuti di cui all'articolo 4 della direttiva 2008/98/CE».

¹⁰ A mero titolo di esempio si possono citare, del Regolamento (UE) 2020/852, art. 2, par. 1, i nn. «13) «ecosistema»: un complesso dinamico formato da comunità di piante, di animali e di microrganismi e dal loro ambiente non vivente che, mediante la loro interazione, formano un'unità funzionale; 14) «servizi ecosistemici»: i contributi diretti e indiretti degli ecosistemi ai benefici economici, sociali, culturali e di altro tipo che le persone traggono da tali ecosistemi; 15) «biodiversità»: la variabilità degli organismi viventi di ogni origine, compresi gli ecosistemi terrestri, marini ed altri ecosistemi acquatici, e i complessi ecologici di cui fanno parte e include la diversità nell'ambito delle specie, tra le specie e degli ecosistemi; 16) «buona condizione»: in relazione a un ecosistema, il fatto che un ecosistema sia in buona condizione fisica, chimica e biologica o di buona qualità fisica, chimica e biologica, in grado di autoriprodursi o di autorigenerarsi, nel quale la composizione delle specie, la struttura ecosistemica e le funzioni ecolo-

tradizionalmente estranee al diritto o mutuata dal linguaggio di altre branche della scienza. Nella citata tassonomia sono state introdotte anche nuove nozioni di fenomeni già definiti in altre norme, che possono collidere con esse, determinando antinomie o aporie ordinamentali, che possono alimentare fenomeni di applicazione analogica o transtipica, con ricadute negative sulla (sempre più utopica) certezza del diritto. Si veda, ad esempio, la definizione di «suolo»¹¹, inteso come «lo strato più superficiale della crosta terrestre situato tra il substrato roccioso e la superficie, costituito da componenti minerali, materia organica, acqua, aria e organismi viventi», che si sovrappone e si distingue – all’evidenza – in modo netto dal «suolo» incluso tra i beni immobili disciplinati dall’art. 810 c.c., dando vita a un dualismo concettuale che, invero, potrebbe trovare concomitante applicazione in alcuni contratti bancari e finanziari.

3. Nonostante i reiterati interventi normativi di origine eurounitaria, ancora oggi appare assai complesso, dal punto di vista strettamente giuridico, stabilire quali attività possano o meno considerarsi realmente «sostenibili». A questo proposito si può evocare il concetto di *energia green*, che implica il ricorso alle più moderne tecnologie di produzione e accumulo dell’energia, le quali, però, a loro volta, pongono nel contempo questioni di tutela dell’ambiente e del paesaggio ovvero relative al consumo e al reperimento delle materie prime. In funzione di ciò, allora, è stato attribuito alla norma giuridica il compito di mitigare la prospettiva egoistica dell’attività dell’impresa finanziaria, considerata – tradizionalmente – coesistente alle dinamiche di mercato, affinché venga integrata con i principi ESG posti a tutela di nuovi e pregnanti interessi collettivi.

L’introduzione *ex lege* nel mercato di un «generale parametro di sostenibilità» delle attività economiche, che trova il proprio fondamento nella Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea¹² e si declina nell’imposizione di nuovi «doveri altruistici» per l’imprenditore, pone al giurista rilevanti e complesse questioni quali la sua possibile riconducibilità alle categorie dogmatiche preesistenti, ovvero la necessità di costruire nuovi diritti o principi giuridici. La sostenibilità è divenuta, infatti, il «parametro di riferimento di un’economia orientata non soltanto al profitto, ma anche al benessere e al

giche non sono compromesse»; 18) «acque marine»: acque marine quali definite all’articolo 3, punto 1), della direttiva 2008/56/CE; 19) «acque superficiali»: acque superficiali quali definite all’articolo 2, punto 1), della direttiva 2000/60/CE; 20) «acque sotterranee»: acque sotterranee quali definite all’articolo 2, punto 2), della direttiva 2000/60/CE”.

¹¹ Regolamento (UE) 2020/852, art. 2, par. 1, n. “11).

¹² La Carta dei Diritti fondamentali dell’unione Europea, all’art. 37, rubricato «Tutela dell’ambiente», afferma che «Un livello elevato di tutela dell’ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell’unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile».

miglioramento delle condizioni di vita, donde la rilevanza della stessa nello sviluppo sociale e ambientale dei popoli»¹³. Per contro, secondo alcuni orientamenti dottrinali, si dubita che «la sostenibilità non solo possa davvero costituire una nozione avente una reale capacità ordinante del sistema, ma financo che essa sia davvero dotata, almeno nel nostro ordinamento, di un autonomo valore giuridico»¹⁴.

Per tale ragione, il tema della sostenibilità costituisce un ambito in cui è possibile osservare, nella contemporaneità, la genesi di norme giuridiche di portata generale suscettibili di fondare nuove situazioni giuridiche soggettive; queste ultime, in particolare, sarebbero direttamente connesse a opzioni sistemiche di politica del diritto profondamente influenzate dalla geopolitica, dall'economia e dalle nuove scoperte delle scienze naturali, dunque da circostanze contingenti suscettibili di rapidissima evoluzione. Ciò rende ancora più arduo coordinare e bilanciare le suddette novità legislative con la complessa regolamentazione europea dei mercati finanziari, costantemente e progressivamente alimentata da una produzione legislativa frammentaria e disorganica¹⁵.

Pur se l'attuale quadro normativo di riferimento non possa dirsi ancora compiutamente strutturato, tuttavia, il solco pareva chiaramente tracciato, sin dal 2018, a seguito delle iniziative dell'Unione Europea volte a dare attuazione al «Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile»¹⁶; da tale contesto è scaturito il «Green Deal europeo»¹⁷ e la successiva «strategia per il finanziamento della transizione verso un'economia sostenibile»¹⁸, con la finalità di indirizzare i capitali su investimenti sostenibili e implementare nuove modalità di gestione dei rischi climatici e ambientali. L'obiettivo auspicato sarebbe un mercato concorrenziale efficiente, in cui il ridursi del consumo delle risorse naturali possa meglio consentire di raggiungere una condizione di neutralità climatica nel termine fissato per il 2050, mantenendo un regime di crescita economica costante.

¹³ Così F. CAPRIGLIONE, *op. cit.*, 139; cfr. anche sul punto A. SACCO GINEVRI, *Una possibile convergenza fra clima, energia e finanza nell'ultimo libro del prof. Capriglione*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2023, 580 ss.

¹⁴ In tal senso G. GUIZZI, *La sostenibilità sub specie iuris*, in *Nuovo dir. civ.*, 9(4), 2024, 6.

¹⁵ Come rileva S. AMOROSINO, *Il "puzzle" delle fonti normative del mercato bancario e la "dialettica circolare" tra le Corti europee e nazionali*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2020, 94 ss.

¹⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale Europea, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato Delle Regioni, Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile, Bruxelles, 8 marzo 2018.

¹⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Il Green Deal europeo*, Bruxelles, 11 dicembre 2019.

¹⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato Delle Regioni *Empty, Strategy for Financing the Transition to a Sustainable Economy* (Strategia per il finanziamento della transizione verso un'economia sostenibile), Strasburgo, 6 luglio 2021.

Com'è noto la normativa si articola in diversi momenti, che muovono dalla definizione tassonomica (Regolamento UE 2020/852)¹⁹ delle attività economiche sostenibili, per arrivare a veri e propri obblighi di *disclosure* (Regolamento UE 2019/2088)²⁰ sull'integrazione dei criteri *ESG* nelle scelte aziendali²¹ e alle *green labels* (Regolamento UE 2019/2089)²² da apporre sui prodotti finanziari, affinché gli investitori possano comprendere e distinguere le diverse offerte sul mercato al fine di operare scelte consapevoli orientate alla sostenibilità (Regolamento delegato UE 2021/1253)²³. Su tali basi, anche i requisiti prudenziali in materia di capitale delle banche e delle assicurazioni devono rispettare tali principi, oltre al fatto che possono essere emessi nuovi strumenti di debito al fine di finanziare progetti *green*.

Il percorso normativo è stato quindi avviato, ma non appare allo stato sufficientemente completo affinché possa affermarsi la vigenza di un «generale principio di sostenibilità» nel diritto eurounitario, tale da modificare i cardini della regolazione dei mercati finanziari.

4. L'accelerazione nella produzione normativa di fonte europea appena descritta è stata avviata nella (favorevole) situazione geopolitica ed economica in cui la UE si trovava sino al 2022, quando, cioè, era ancora possibile, sul piano applicativo, imporre una moltiplicazione di adempimenti e costi di varia natura alle imprese europee chiamate a competere con imprese concorrenti

¹⁹ Si veda il già menzionato Regolamento (UE) 2020/852 (“Regolamento Tassonomia”), che disciplina la tassonomia delle attività ecosostenibili, ossia un sistema condiviso a livello europeo di classificazione delle attività economiche ecosostenibili in ragione del contributo al raggiungimento di specifici obiettivi ambientali, sulla base di criteri e metriche scientifici.

²⁰ Regolamento (UE) 2019/2088 («Regolamento *Disclosure*» o «Regolamento *SFDR*») che introduce nuovi obblighi di trasparenza informativa in materia di sostenibilità in capo ad alcune tipologie di intermediari finanziari, in merito alle modalità adottate per l'integrazione dei fattori *ESG* nelle scelte di investimento e nell'attività di consulenza; Direttiva delegata (UE) 2021/1270 «che modifica la direttiva 2010/43/UE per quanto riguarda i rischi di sostenibilità e i fattori di sostenibilità di cui tenere conto per gli organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM)»; (ii) in riferimento all'AIFMD, il Regolamento delegato (UE) 2021/1255 ha modificato il Regolamento delegato n. 231/2013 (c.d. AIFMR).

²¹ V. Direttiva (UE) 2022/2464 (c.d. «*Corporate Sustainability Reporting Directive* – rendicontazione della sostenibilità aziendale» o «*CSRD*»), riguardante la rendicontazione societaria di sostenibilità; Regolamento delegato (UE) 2021/1256 della Commissione del 21 aprile 2021 che modifica il Regolamento delegato (UE) 2015/35 per quanto riguarda l'integrazione dei rischi di sostenibilità nella governance delle imprese di assicurazione e di riassicurazione.

²² V. Regolamento (UE) 2019/2089 («Regolamento *Benchmark*»), con il quale sono state introdotte due nuove categorie di indici di riferimento che tengono conto di alcuni aspetti di sostenibilità ambientale.

²³ V. Regolamento delegato (UE) 2021/1253, «che modifica il regolamento delegato (UE) 2017/565 per quanto riguarda l'integrazione dei fattori di sostenibilità, dei rischi di sostenibilità e delle preferenze di sostenibilità in taluni requisiti organizzativi e condizioni di esercizio delle attività delle imprese di investimento» della Commissione del 21 aprile 2021, il quale modifica il Regolamento delegato (UE) 2017/565 (di attuazione della MiFID II).

extraeuropee non assoggettate al rispetto di analoghe prescrizioni in materia di sostenibilità.

Ad oggi, nel 2025, il piano di azione del *Green deal* pare «rallentato», quantomeno temporaneamente, nell'agenda dell'Unione europea²⁴, a causa degli eventi che si sono susseguiti dal 2022 sullo scenario internazionale. Il riferimento, evidentemente, è ai conflitti bellici nell'est Europa e in Medio Oriente, cui si sono aggiunte le elezioni politiche americane, foriere di un nuovo assetto politico che ha comportato la previsione di nuovi dazi nel commercio internazionale, oltre alla non meno rilevante affermazione dei partiti sovranisti in diversi Stati dell'Unione Europea.

In tale mutevole contesto, Mario Draghi, già nel settembre 2024, aveva anticipato l'intervento della Commissione Europea²⁵, la quale, il 26 febbraio 2025, ha pubblicato l'*Omnibus Simplification Package* («pacchetto omnibus»²⁶), mediante il quale si è voluto accrescere la competitività delle imprese europee anche attraverso la riduzione degli adempimenti amministrativi che, in virtù delle disposizioni della «CSRD», «CSDDD» e «Tassonomia», sarebbero gravati sulle imprese finanziarie e non finanziarie. In tal modo si è tentato di contrarre l'impatto che l'implementazione della sostenibilità può produrre per l'organizzazione aziendale, soprattutto delle piccole e medie imprese, così da rendere i succitati adempimenti più agevoli e meno onerosi anche dal punto di vista economico, con particolare riferimento alla semplificazione delle procedure amministrative in termini di rendicontazione, di *due diligence* e di *compliance*, effettuata attraverso un sistema di proroghe delle scadenze per tali attività o di esenzioni da esse per alcune categorie di imprese.

Sempre nell'ambito delle discipline relative alle politiche energetiche e all'uso dei combustibili fossili poste a presidio dei cambiamenti climatici, vi sono allo studio altre proposte di proroga delle scadenze previste nell'agenda dell'UE, tra cui il rinvio del divieto di produzione delle Auto a Combustione previsto per il 2035, rinvio richiesto, sulla base del principio di neutralità tecnologica, dalle *lobby* delle imprese dell'*automotive* mosse dall'intento di fronteggiare l'incombente concorrenza dei prodotti automobilistici cinesi.

Tali recentissime, e repentine, novità normative, inserite in un complesso quadro geopolitico in rapida evoluzione, pongono lo studioso in una condizio-

²⁴ Da ultimo v. Direttiva (Ue) 2024/1760 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 e il regolamento (UE) 2023/2859.

²⁵ Cfr.: M. DRAGHI, *Il futuro della competitività Europea. Parte A. Una strategia di competitività per l'Europa*, reperibile in: www.eunews.it/wp-content/uploads/2024/10/00_Rapporto-Draghi-parte-A.pdf.

²⁶ V. Proposal for a Directive amending the Audit Directive, Accounting Directive, Corporate Sustainability Reporting Directive, and the Corporate Sustainability Due Diligence Directive - Omnibus I - COM(2025)81; e Proposal postponing the application of some reporting requirements in the Corporate Sustainability Reporting Directive and the transposition deadline and application of the Corporate Sustainability Due Diligence Directive - Omnibus I - COM(2025)80.

ne di profondo disorientamento²⁷, persino nell'individuare gli obiettivi che il legislatore intende oggi realmente perseguire. Si consideri, poi, che le norme del *Green Deal* possono incidere significativamente su alcuni tra i principi consolidati dell'ordinamento giuridico e sulla definizione dei fini (egoistici) dell'attività d'impresa, con gravi ricadute sul piano applicativo del diritto eurounitario e sullo stesso funzionamento delle dinamiche concorrenziali del mercato interno nonché, soprattutto, della complessa realtà dei mercati internazionali in cui le imprese europee sono chiamate a operare. Ne deriva una tempistica e un'efficacia incerta sul piano della transizione ecologica, la quale è affidata a una legislazione per così dire «intermittente», che mal si concilia con l'esigenza di stabilità dei mercati e di programmazione delle attività di impresa chiamate a competere in contesti globali ove la sostenibilità è ben lontana dall'affermarsi univocamente come principio generale.

Tuttavia, poiché le prospettive appaiono indefinite, così come l'esito dei conflitti bellici in essere e il riordino degli assetti tanto del commercio internazionale quanto, e soprattutto, del mercato dell'energia, il ruolo della dottrina appare assai rilevante, anche in termini di contributo da offrire al legislatore europeo affinché questi elabori concettualmente le tecniche normative più efficaci per il raggiungimento degli obiettivi ESG. La transizione energetica, difatti, opportunamente veicolata dal diritto, resta di rilevante importanza ai fini del raggiungimento dell'improcrastinabile riduzione dei mutamenti climatici in atto, i quali rimangono, peraltro, del tutto insensibili ai sommovimenti geopolitici anzidetti.

Insomma, c'è molto da fare per il giurista e per il Nostro Gruppo di ricerca.

²⁷ «Sulla base di tali considerazioni diviene possibile valutare la prospettiva di un crescente benefico effetto recato dall'affermazione della sostenibilità nei diversi aspetti sociali ed economici nella comunità europea. È difficile fare puntuali pronostici al riguardo in quanto le aspettative di un futuro benessere legato alla ricerca di nuovi equilibri sono condizionate da fattori variabili che potrebbero limitarne o ritardarne la realizzazione. È, invece, possibile fin da ora pronosticare che appaiono destinate a perdurare nel tempo le positive conseguenze di un pressoché generalizzato riconoscimento alla sostenibilità della caratteristica di bene essenziale, qualificato da una rilevante valenza etica, cui si deve il bilanciamento tra la massimizzazione del profitto e l'interesse sociale della collettività in una prospettiva escatologica»; così F. CAPRIGLIONE, *Sostenibilità mercato ambiente. Una riflessione introduttiva*, cit., 378 s.

Sostenibilità e governo del prodotto

Alessandra Camedda

Sommario: 1. Introduzione. – 2. *La Product Oversight and Governance*. – 3. L'impatto della sostenibilità sulla *product governance*. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

La sostenibilità non è un concetto estraneo al settore assicurativo, al quale è anzi attribuito un ruolo di primo piano nella transizione verso modelli economici e sociali sostenibili¹.

Nella duplice veste di *risks absorber* e di investitori istituzionali, le imprese di assicurazione sono, infatti, chiamate ad ideare coperture in grado di fronteggiare i rischi emergenti connessi ai fattori ESG (*in primis*, quelli ambientali e climatici²) nonché ad orientare i propri portafogli di investimento verso attività economiche a ridotto impatto ambientale e sociale³.

A questo processo di trasformazione concorre anche l'evoluzione della domanda assicurativa. I potenziali clienti, sempre più sensibili alle tematiche ESG, orientano le strategie di prodotto aziendali privilegiando soluzioni contrattuali che riflettano valori di inclusione, equità e sostenibilità ambientale⁴. Nell'assunzione delle decisioni assicurative e di investimento, il criterio economico tradizionale, fondato sul solo rapporto qualità-prezzo, tende oggi ad

¹ Sulla sostenibilità nel settore assicurativo, v. D. CERINI, *Sostenibilità e assicurazioni: gestione dei rischi e investimenti. Tra regole e prassi*, Milano, 2025; S. CAVALIERE, *Il ruolo delle imprese di assicurazione nell'attuazione dei principi ESG: stato dell'arte e opportunità*, in *Assicurazioni*, 2023, p. 672 ss.; G. ROMAGNOLI, *Trasparenza e finanza sostenibile. Il "ruolo" delle autorità di controllo*, in *Assicurazioni*, 2024, p. 51 ss.

² Sulle assicurazioni contro i rischi catastrofali, v., da ultimo, P. CORRIAS, *Rischi catastrofali ed assicurazione*, in *Vita not.*, 2025, p. 7 ss.; Id., *La risposta assicurativa ai danni catastrofali*, in *Resp. civ. prev.*, 2024, p. 1440 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *Le polizze assicurative contro gli eventi catastrofali alla luce del D.M. 30 gennaio 2025, n. 18*, in *Dialoghi di Diritto dell'economia*, 2025.

³ Sulla finanza sostenibile e l'impatto sul mercato v., *ex multis*, P. MONTALENTI, *Impresa, sostenibilità e fattori ESG: profili generali*, in *Giur. it.*, 2024, p. 1190 ss.; F. CAPRIGLIONE, *Clima energia finanza. Una difficile convergenza*, Milano, 2023; Id., *Sostenibilità mercato ambiente. Una riflessione introduttiva*, in *Riv. dir. banc.*, 2024, 359 ss.

⁴ Si pensi, ad esempio, a prodotti IBIPs la cui politica di investimento "premi" attività attente al rispetto dell'ambiente e alla lotta ai cambiamenti climatici, alla salute e al benessere dei lavoratori, alla parità di genere.

essere integrato da valutazioni di coerenza del prodotto in chiave etica e valoriale, che conferiscono crescente importanza alla strumentalità del contratto assicurativo alla realizzazione di interessi non patrimoniali.

La crescente sensibilità dei potenziali assicurati verso obiettivi di sostenibilità è, tuttavia, foriera di nuovi rischi, in quanto potrebbe indurre gli operatori professionali a porre in essere – anche inconsapevolmente – condotte idonee ad orientare i clienti verso prodotti che non possiedano realmente le caratteristiche ESG dichiarate.

Tale rischio, noto come *greenwashing*⁵, si annida soprattutto nelle comunicazioni pubblicitarie, nella documentazione informativa sul prodotto e nei questionari di profilazione della clientela. È principalmente nella fase pre-negoziale che rilevano, infatti, le asimmetrie informative e cognitive idonee a compromettere la consapevolezza delle scelte contrattuali e, di riflesso, la credibilità stessa del mercato assicurativo sostenibile⁶.

È indicativo, in tal senso, che una recente indagine IVASS sui prodotti di investimento assicurativi “sostenibili” abbia rilevato un potenziale rischio di *greenwashing* nella formulazione di alcuni questionari che consentivano ai clienti di esprimere un generico interesse per «tutte le tipologie di investimenti sostenibili e responsabili espresse in qualsiasi percentuale di quota parte e ambito (ambientale/sociale/gestione responsabile)»⁷.

Alla luce di tali criticità, la più recente evoluzione della normativa in materia si è mossa nel segno del perfezionamento in chiave ESG degli obblighi informativi e di “adeguatezza”⁸ nonché dei presidi di *product governance* (POG),

⁵ Il *greenwashing* è definito dalle Autorità europee di vigilanza (EIOPA, ESMA, EBA), all'interno dei rispettivi *Progress Report on Greenwashing in the financial sector*, come una pratica in cui le affermazioni, dichiarazioni, azioni o comunicazioni relative alla sostenibilità che non riflettono in modo chiaro ed equo il profilo effettivo di un prodotto o servizio finanziario e che, pertanto, può essere fuorviante per i consumatori, gli investitori o altri partecipanti al mercato. Il *Progress Report* relativo al settore assicurativo è stato completato dal documento *Final report EIOPA “Advice to the European Commission on greenwashing risks and the supervision of sustainable finance policies”* del 4 giugno 2024.

⁶ Sul fenomeno del *greenwashing* v., *ex multis*, G. CAPOBIANCO, “Claims” di sostenibilità tra divieto di pratiche commerciali scorrette, tutela della concorrenza e (nuove) prospettive di vigilanza europea sui mercati, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2025, 1, p. 55 ss.; L. ZOBOLI, Il “greenwashing” e la tutela della corretta comunicazione d'impresa, in *Riv. dir. banc.*, 2024, 1, p. 271 ss.; I. RIVA, Comunicazione di sostenibilità e rischio di “Greenwashing”, in *Riv. dir. alim.*, 2023, p. 55 ss.; G. MARCATAJO, Trasparenza del mercato, tutela del consumatore e green washing, in *JusOnline*, 2022, p. 184 ss.; M. PUCCI, Sviluppo sostenibile, “greenwashing” e tutela del consumatore, in *Jus civile*, 2023, p. 439 ss.

⁷ IVASS, *Analisi delle polizze IBIPs con caratteristiche ESG*, Roma, 2024, consultabile sul sito istituzionale dell'Autorità.

⁸ Il Regolamento delegato (UE) 1257/2021 ha introdotto alcuni profili di novità all'interno della disciplina degli obblighi di informazione e di comportamento applicabili alla distribuzione di prodotti di investimento assicurativi, dettata dal Regolamento delegato (UE) 2017/2359. Ci si riferisce, in particolare, all'introduzione di stringenti obblighi di trasparenza su caratteristiche e politiche di investimento ESG dei prodotti IBIPs ed alla prevista integrazione dei fattori e delle preferenze di sostenibilità nel processo di consulenza e nell'ambito dei questionari di

affidando a questi ultimi il compito di prevenire fenomeni di *mis-selling* e di garantire la coerenza tra le caratteristiche del prodotto e gli obiettivi del cliente anche sotto il profilo della sostenibilità.

Come si vedrà nei paragrafi che seguono, la disciplina europea e nazionale della POG assume così una funzione di presidio preventivo e sistemico: essa non si limita a tutelare l'assicurato *ex post*, ma mira ad integrare la sostenibilità nel processo genetico di ideazione, approvazione e distribuzione del prodotto assicurativo, divenendo uno dei più rilevanti strumenti della nuova *governance* sostenibile del mercato.

2. La Product Oversight and Governance

L'introduzione della *product governance* nella disciplina assicurativa⁹ costituisce l'esito più innovativo dell'evoluzione degli *standards* di tutela dei potenziali assicurati attuata dalla direttiva (UE) 2016/97 (*breviter*: direttiva IDD)¹⁰.

La POG costituisce, infatti, una nuova strategia di regolazione che si affianca alle tradizionali regole di trasparenza e di adeguatezza con lo scopo di anticipare alla fase iniziale del *design* dei prodotti assicurativi la considerazione delle esigenze dei clienti, prima garantita unicamente all'atto finale della distribuzione¹¹.

adeguatezza. Sulla disciplina in materia di distribuzione assicurativa v., per tutti, G. BERTI DE MARINIS, *L'impresa di assicurazione e la distribuzione dei prodotti assicurativi*, Milano, 2023, p. 265 ss.; sull'impatto della sostenibilità sulla distribuzione di prodotti IBIPs, ID., *Consulenza sui prodotti di investimento assicurativi ed interessi connessi alla sostenibilità*, in F. RIGANTI (a cura di), *Sostenibilità e mercati vigilati: regolatori, e operatori nella "galassia" ESG*, Torino, 2024, p. 247 ss.

⁹ Sul tema, sia consentito qui richiamare soltanto i contributi più recenti e specificamente riferibili al settore assicurativo: A. CAMEDDA, *Gli obblighi precontrattuali dell'impresa di assicurazione: caratteri e rimedi*, Torino, 2025, p. 37 ss.; R. LO CONTE, *La Product Oversight and Governance nel diritto assicurativo (Evoluzione delle forme di tutela del cliente e regolazione del mercato)*, Milano, 2023; G. MARTINA, *Organo amministrativo delle imprese di assicurazione e "Product Oversight and Governance" tra codice delle assicurazioni private e regolamenti IVASS*, in *Orizz. dir. comm.*, 2021, p. 707 ss.; P. MARANO, *Le regole autarchiche sul governo e controllo ("Product Oversight and Governance") dei prodotti assicurativi nel prisma dell'ordinamento europeo*, in *Riv. dir. banc.*, 2021, p. 217 s.; C.G. CORVESE, *La disciplina del governo e controllo dei prodotti assicurativi ed i suoi riflessi sul governo societario di imprese di assicurazione e di intermediari*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2020, p. 146 ss.

¹⁰ La disciplina della *product governance* è stata introdotta dall'art. 25 della direttiva (UE) 2016/97 e poi completata dal Reg. delegato 2358/2017/UE (*breviter*: reg. delegato POG). Le regole europee sono state recepite nell'ordinamento interno con il d.lgs. n. 68/2018, il quale ha introdotto nel Codice delle assicurazioni gli artt. 30-*decies*, 121-*bis* e 121-*ter*, a loro volta attuati, a livello secondario, dal Reg. IVASS n. 45/2020.

¹¹ In base alle disposizioni di settore vigenti prima della direttiva IDD, la tutela del cliente era affidata alla previsione di un generale dovere di diligenza, correttezza e trasparenza delle imprese assicurative e degli intermediari nei rapporti con i potenziali contraenti nonché di un'ampia varietà di specifici obblighi precontrattuali: di informazione; di valutazione delle esigenze assicurative del potenziale assicurato nell'ottica di proporgli un prodotto adeguato; di

Coerentemente con l'obiettivo di prevenire non soltanto la distribuzione ma, ancor prima, la realizzazione di contratti che, per effetto di anomalie dei processi aziendali di ideazione e di sviluppo del prodotto¹², potrebbero rivelarsi inadeguati ai bisogni del cliente¹³, la POG consta di un complesso ordito di regole che si declinano sia come regole organizzative interne ai soggetti vigilati sia come doveri comportamentali nei rapporti col cliente¹⁴.

Le imprese di assicurazione sono, infatti, chiamate ad elaborare ed attuare, prima della commercializzazione di ciascun prodotto assicurativo di nuova emissione¹⁵, un processo di approvazione del prodotto¹⁶ idoneo a garantirne la conformità alle esigenze, alle caratteristiche e agli obiettivi anche di sostenibilità del c.d. mercato di riferimento (o “*target* positivo”), inteso come categoria di clienti alla quale si immagina di destinare il prodotto¹⁷.

La predeterminazione del mercato di riferimento – alla quale si affianca la necessaria individuazione del c.d. *target* negativo, al quale il prodotto non po-

prevenzione o gestione dei conflitti di interesse (artt. 183 e 120 c. ass., nella versione *ratione temporis* applicabile). Sulla crisi del modello di tutela tradizionale, stante l'insufficienza degli obblighi precontrattuali di trasparenza e di “adeguatezza” a neutralizzare i rischi di *mis-selling*, v. A. ANTONUCCI, *I contratti di mercato finanziario*, Pisa, 2018, p. 35 ss., spec. 37 ss. e 127 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI *Mercato assicurativo e tutela del cliente*, in *La Bancassicurazione*, a cura di Mezzasoma, Bellucci, Candian, Corrias, Landini, Llamas Pombo, Napoli, 2017, p. 75 ss.; R. NATOLI, *Il contratto adeguato (La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione)*, Milano, 2012, *passim*.

¹² Si pensi ad irregolarità e anomalie quali la non corretta identificazione del mercato di riferimento del prodotto, l'omessa o inadeguata considerazione degli obiettivi e delle caratteristiche dei potenziali assicurati nella definizione dei contenuti del prodotto o nella scelta della politica distributiva. Lo evidenziano ESMA, EBA, EIOPA, *Joint Position of the European Supervisory Authorities on Manufacturers' Product Oversight & Governance Processes*, JC-2013-77, 4, sub “Explanatory notes” nn. 8 e 9. Come osservato da P. MARANO, *La Product Oversight Governance*, in IVASS, *Quaderno n. 8*, p. 100, il quale evidenzia che «La POG è uno strumento di protezione “di massa”, aggiuntivo rispetto a quelli che presidiano la relazione individuale al “punto di vendita”» per effetto del quale «il paradigma secondo cui il soggetto che possiede più conoscenza [...] si deve prendere cura dei clienti che – si presume – ne posseggano meno [...] si evolve dalla vicenda del caso singolo alla considerazione che siamo al cospetto di contratti di massa, in cui il vizio che inficia il contenuto del “prototipo” è in grado di ripercuotersi in tutti gli altri che lo replicano rendendo la gestione del caso singolo un mero palliativo. La regolazione si muove adesso in un ambito di prevenzione agendo sul “prototipo” e assicurando che i processi siano organicamente in grado di soddisfare l'esigenza perseguita dal regolatore; mentre l'errore del caso singolo sarà gestito secondo le regole dell'adeguatezza al *best interest* dei clienti».

¹³ In tal senso V. TROIANO, *La product governance*, cit., p. 215, secondo il quale «si passa dal modello organizzato sul *non vendo un prodotto inadeguato*, a quello del *non realizzo un prodotto* che, in fase di vendita, sarebbe *inadeguato*» (corsivo dell'A.).

¹⁴ Così V. TROIANO, *La product governance*, cit., p. 218.

¹⁵ Ma analoga prescrizione è rivolta all'ipotesi in cui si renda necessario procedere ad una significativa modifica di un prodotto già esistente.

¹⁶ Nel solco di quanto previsto dal legislatore europeo, la disciplina nazionale estende tali obblighi anche agli intermediari qualificabili come “produttori di fatto” [art. 30-*decies* c. ass.; artt. 2 lett. e) e 4-10, reg. IVASS n. 45/2020].

¹⁷ V. *Considerando* n. 5 del reg. delegato POG.

trà in alcun caso essere distribuito¹⁸ – assume un ruolo centrale nell’ambito del processo di approvazione del prodotto riferendosi ad essa le successive attività di valutazione in merito alle aspettative e ai rischi associati alla clientela *target*, all’adeguatezza della strategia di distribuzione predefinita ed alla rispondenza del prodotto alle caratteristiche del mercato di riferimento individuato.

La *product governance* implica, dunque, una valutazione *ex ante* della conformità astratta del prodotto alle esigenze e agli obiettivi del relativo *target* di clientela, la cui attuazione incide sul sistema di *governance* dell’impresa produttrice¹⁹ esigendo un significativo rafforzamento dei controlli interni²⁰ sulla qualità ed efficienza delle strategie e dei processi aziendali diretti alla configurazione, commercializzazione e revisione dei prodotti assicurativi²¹.

Siffatti controlli non si arrestano, però, alla fase genetica dei prodotti assicurativi ma operano anche “*post-vendita*”, evidenziando la rilevanza della POG come regola di condotta nei confronti dei clienti. La procedura consta, infatti, anche di un’attenta attività di monitoraggio dei prodotti già commercializzati o distribuiti²², diretta ad accertare la perdurante coerenza delle caratteristiche

¹⁸ Come si evince dall’art. 30-*decies*, co. 4, c. ass., il mercato di riferimento negativo coincide con le categorie di clienti portatrici di obiettivi, esigenze e caratteristiche generalmente incompatibili con le proprietà tecnico-economiche del prodotto ed alle quali quest’ultimo non potrà, pertanto, essere distribuito. Eloquentemente in tal senso è anche l’art. 5 reg. IVASS n. 45 cit., il quale, non solo impone ai produttori di adottare ogni misura ragionevole e procedure organizzative adeguate per assicurare che il prodotto sia distribuito a clienti appartenenti al mercato di riferimento individuato e non a clienti non riconducibili al mercato di riferimento negativo, ma prevede altresì, tra le condizioni alle quali è subordinata l’eccezionale distribuzione del prodotto al di fuori del *target market*, la non appartenenza del cliente al *target* negativo.

¹⁹ Sull’impatto delle regole di governo del prodotto sulla *governance* societaria e, segnatamente, sul riparto di compiti e responsabilità di organi apicali e funzioni interne dell’impresa produttrice nella elaborazione ed attuazione della pertinente *policy* aziendale, come definito dal Reg. IVASS n. 45/2020, sia concesso il rinvio a A. CAMEDDA, *Gli obblighi precontrattuali nel mercato assicurativo: carattere e rimedi*, Torino, 2024, p. 45 ss.

²⁰ Altrettanto rilevanti sono i controlli esterni affidati alla Autorità di vigilanza, al cui esercizio risulta strumentale la garanzia di conoscibilità e sindacabilità “esterna” dei presidi di *product governance* offerta dalla normativa in materia mediante il riconoscimento all’IVASS del potere di ottenere dai produttori la documentazione relativa al processo di approvazione di ciascun prodotto assicurativo (art. 30-*decies*, co. 3, c. ass.) nonché la *policy* POG approvata dal Consiglio di amministrazione ed il *report* della funzione *compliance* contenente le risultanze del monitoraggio condotto sulle procedure di POG e, segnatamente, le informazioni sui prodotti realizzati, sulla strategia distributiva adottata e sull’eventuale distribuzione diretta da parte del produttore.

²¹ In tal senso, tra gli altri, P. MARANO, *La “Product Oversight & Governance” tra innovazione europea e “divergenze parallele” italiane*, in *Assicurazioni*, 2017, p. 225.; S. LANDINI, *Appropriatezza, adeguatezza e meritevolezza dei contratti di assicurazione*, cit., p. 39 ss., la quale osserva che, grazie alla POG, la tutela del cliente «non è limitata all’imposizione di una regolamentazione del rapporto intermediario-investitore, ma viene portata all’interno dell’assetto organizzativo dell’intermediario imponendo a questi una serie di vincoli volti ad assicurare che la tutela dell’investitore divenga parte del modello di *compliance* dell’intermediario stesso».

²² In questo senso è fondamentale l’apporto dei distributori, sui quali grava, in base alle regole di *product governance*, l’obbligo di dotarsi di presidi organizzativi che garantiscano

dei contratti e della strategia distributiva con il *target market* e, in caso contrario, a garantire l'adozione dei necessari interventi correttivi²³.

3. *L'impatto della sostenibilità sulla product governance*

L'interesse del legislatore europeo per la sostenibilità ha progressivamente investito anche la disciplina della *product governance*, tanto sul versante della progettazione quanto su quello della distribuzione dei prodotti assicurativi.

La principale manifestazione dell'impatto della sostenibilità sulla POG si rinviene nel Regolamento delegato (UE) 2021/1257, al quale si deve, l'introduzione di rilevanti modifiche al quadro normativo europeo in materia di POG – delineato dalla direttiva IDD e dai relativi atti delegati²⁴ – con l'intento di un più efficace coordinamento con la disciplina trasversale sull'informativa di sostenibilità nel settore dei servizi finanziari²⁵.

Sul piano operativo, le novità della disciplina europea – poi recepite dalla normativa regolamentare domestica²⁶ – impongono ai *manufacturers* di integrare, nella fase di ideazione e realizzazione dei prodotti assicurativi, anche gli obiettivi di sostenibilità del mercato di riferimento²⁷. Ciò implica che, sin dal momento genetico del ciclo di vita del prodotto, le imprese di assicurazione sono tenute a considerare le potenziali preferenze ESG della *clientela target* e a verificarne la coerenza con le caratteristiche di sostenibilità del prodotto²⁸. La costruzione di ciascun prodotto assicurativo destinato al mercato è, dunque,

l'efficacia dei flussi informativi provenienti dal produttore, aventi ad oggetto le caratteristiche di ciascun prodotto e il relativo mercato di riferimento (art. 121-*bis* c. ass.).

²³ Art. 30-*decies*, co. 5, c. ass. Le misure correttive applicabili dai produttori all'esito dell'attività di monitoraggio sono elencate, quantunque in modo non esaustivo, dell'art. 9, co. 3, reg. IVASS n. 45 cit. il quale lascia trapelare la possibile gradazione delle stesse in relazione alla serietà della criticità riscontrata. Tali misure possono consistere nella revisione del processo di approvazione del prodotto assicurativo; nella sospensione o interruzione dell'emissione di ulteriori contratti relativi al prodotto assicurativo; nella modifica del prodotto assicurativo e, nei casi di maggiore gravità, nell'interruzione del rapporto di distribuzione con l'intermediario.

²⁴ Sulle modifiche introdotte dal citato Regolamento delegato (UE) 2021/1257 alla disciplina IDD della POG, v. G. BERTI DE MARINIS, *Governo del prodotto e conformazione dei contratti di assicurazione*, in *Assicurazioni*, 2023, p. 411 ss.

²⁵ Ci si riferisce, in particolare, al Regolamento (UE) 2018/2088, meglio noto come Regolamento *SFDR* o Regolamento *Disclosure*.

²⁶ Ci si riferisce al Provvedimento IVASS n. 131 del 10 maggio 2023, che, per quanto qui di interesse, ha modificato il Regolamento IVASS n. 45/2020 e il Regolamento IVASS n. 40/2018 sulla distribuzione assicurativa. Giova, tuttavia, ricordare che il medesimo Provvedimento IVASS ha apportato talune modifiche anche ai Regolamenti nn. 24/2016 e 38/2018, al fine di integrare i rischi di sostenibilità negli investimenti, nel sistema di gestione dei rischi e nelle politiche di remunerazione relativi alle imprese di assicurazione e di riassicurazione.

²⁷ V. in particolare la modifica introdotta dal Regolamento delegato (UE) 2021/1257 all'art. 4, par. 3, lett. a, *sub* i) del Regolamento delegato UE 2017/2358 in tema di POG.

²⁸ In tal senso v. l'art. 5 del Regolamento delegato POG, come modificato dal Regolamento delegato (UE) 2021/1257, e l'art. 6, co. 1, lett. c) e *f-bis*) del Regolamento IVASS n. 45/2020.

orientata anche al soddisfacimento degli interessi non patrimoniali dei clienti appartenenti al *target market*.

Di particolare rilievo, in tale contesto, è la previsione secondo la quale la mancanza di preferenze di sostenibilità da parte del cliente non comporta, di per sé, l'automatica inclusione di quest'ultimo nel *target* negativo del prodotto: con essa il legislatore europeo ha inteso evitare che l'assenza di preferenze ESG venga interpretata in senso escludente, riconoscendo la necessità di un approccio proporzionato e inclusivo, che possa agevolare la diffusione dei prodotti sostenibili e scongiurare pratiche discriminatorie nella definizione del mercato di riferimento.

L'adeguamento normativo denota così una profonda trasformazione metodologica: la sostenibilità diventa un elemento strutturale del processo di progettazione, incidendo sulle scelte di investimento sottostanti, sulla selezione dei rischi assicurabili e sulla definizione delle coperture assicurative.

La necessaria valutazione degli obiettivi di sostenibilità dei potenziali assicurati si riflette anche sulla fase del *product testing* che, in coerenza con la funzione preventiva della POG, precede la commercializzazione del prodotto.

Con il *test* del prodotto le imprese sono ora tenute a valutare l'idoneità dei prodotti assicurativi a soddisfare, nell'arco dell'intera durata contrattuale, le caratteristiche e gli obiettivi del *target market*, inclusi quelli ESG, attraverso analisi di scenario che tengano conto dell'evoluzione prospettica dei rischi in grado di incidere sul prodotto e sul mercato di riferimento²⁹.

Di particolare rilievo è anche la declinazione in chiave sostenibile del concetto di *value for money* dei contratti assicurativi³⁰, specie se rientranti nella categoria dei prodotti di investimento assicurativo. Le imprese di assicurazione sono tenute, infatti, non solo a verificare la rispondenza del prodotto

²⁹ V. art. 6 Regolamento delegato (UE) 2017/2358.

³⁰ Sul ruolo del canone del *Value for Money* nei processi di governo e controllo dei prodotti assicurativi, specialmente in relazione alle polizze *linked*, v. P. CORRIAS, *Value for money, Product governance e obbligo di adeguatezza nel mercato assicurativo: uno sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2024, Supplemento al n. 1, p. 689 ss., il quale ne evidenzia il significativo rilievo sistematico alla luce dell'intervento sull'equilibrio economico del contratto che tale valutazione comporta richiedendo una costante proporzione tra le prestazioni delle parti, ossia tra il "prezzo" pagato dal contraente e il "valore" del servizio erogato dall'assicuratore; F. LA FATA, *Il value for money nei prodotti assicurativi unit linked: tra rischio demografico e effettivo e disciplina dei costi e delle commissioni di gestione dei fondi*, in questa *Rivista.*, 2023, p. 301 ss.; R. LO CONTE, *Il value for money nei processi POG: profili applicativi e prospettive future*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, II, p. 239 ss. Sul *value for money* dei prodotti assicurativi si appunta anche l'interesse delle Autorità di vigilanza europee e nazionali. Con riferimento agli interventi dell'EIOPA sul tema v., da ultimo, *Methodology on Value for Money Benchmarks*, 27 agosto 2024, con il quale l'Autorità europea ha definito la metodologia per la valutazione del rapporto qualità-prezzo relativamente alle polizze *unit-linked* e ai prodotti ibridi, delineando un approccio in tre fasi per la creazione di *benchmark* di riferimento. Sul versante nazionale, v. IVASS, Lettera al mercato del 27 marzo 2024, recante "*Aspettative di vigilanza in materia di governo e controllo dei prodotti assicurativi (POG)*", consultabile in *www.ivass.it*. (di seguito anche: *Aspettative di vigilanza in materia di POG*).

al proprio *target* di sostenibilità e redditività, ma anche a condurre un *profit testing* “dal lato del cliente” diretto a valutare se il prodotto assicurativo generi un adeguato valore per il potenziale assicurato, verificando se l’ammontare di costi e oneri associati al prodotto sia compatibile anche con gli obiettivi ESG del mercato di riferimento³¹.

Al fine di garantire la corretta applicazione delle norme in esame, i *test* qualitativi condotti dal *manufacturer* dovrebbero, dunque, includere tutti gli elementi legati alle eventuali caratteristiche di sostenibilità del prodotto realizzato³².

Trattasi di previsione dall’effetto dirompente considerato che l’esito negativo del *test* del prodotto, anche sotto lo specifico profilo della sua coerenza con le preferenze ESG della clientela *target*, comporta per l’impresa assicurativa l’obbligo di astenersi dall’immettere sul mercato il prodotto in questione, salvo che non intervenga una revisione correttiva delle sue caratteristiche o del relativo mercato di riferimento³³.

Infine, nel quadro delle nuove disposizioni europee, la prospettiva ESG permea anche la fase di monitoraggio e revisione periodica dei prodotti immessi sul mercato, nella quale la disciplina di POG manifesta una peculiare efficacia “*post-vendita*”. L’attività di monitoraggio continuativo, infatti, non si limita a verificare la permanenza dell’idoneità economica del prodotto, ma mira a valutare anche se esso conservi nel tempo la propria coerenza con gli obiettivi di sostenibilità del *target market*³⁴.

L’evoluzione della disciplina di *product governance* non ha inciso soltanto sulla fase di ideazione e approvazione dei prodotti assicurativi, ma ha determinato un profondo ripensamento anche del ruolo e delle responsabilità dei distributori³⁵, chiamati ad una stretta collaborazione con le imprese di assicurazione anche ai fini della corretta attuazione degli obiettivi di sostenibilità lungo l’intero ciclo di vita del prodotto³⁶.

³¹ Lo precisa, a livello domestico, l’art. 8, co. 1, lett. a), Regolamento IVASS n. 45/2020.

³² Così IVASS, *Aspettative di vigilanza in materia di governo e controllo dei prodotti assicurativi (POG)*, cit., sub. 12.2.

³³ In tal senso v. l’art. 6, par. 2, Regolamento delegato (UE) 2017/2358, come modificato dal Regolamento delegato (UE) 2021/1257.

³⁴ V. art. 7, par. 1, Regolamento delegato (UE) 2017/2358.

³⁵ Relativamente all’impianto della MiFID II, v. M. RABITTI, *Prodotti finanziari tra regole di condotta e regole di organizzazione. I limiti di MiFID II*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, I – Supplemento, p. 166, secondo la quale la POG «responsabilizza tutta la filiera, coinvolgendo il produttore senza tuttavia attenuare le responsabilità di *governance* del distributore che resta stretto tra regole di condotta stringenti e regole organizzative d’impresa, dovendo anche definire il proprio autonomo *target market* e poi procedere con la valutazione di adeguatezza, se c’è consulenza». Con specifico riferimento alla POG assicurativa, S. MARZUCCHI, *La nuova disciplina della “Product oversight and governance”*, in *Assicurazioni*, 2017, I, p. 422, la quale evidenzia la circolarità del rapporto tra produttore e distributore.

³⁶ Sulla possibile declinazione della POG come regola di raccordo tra *manufacturer* e *distributor*, nel caso, frequente nella prassi, in cui tali ruoli siano rivestiti da due soggetti diversi, cfr. V. TROIANO, *La product governance*, cit., p. 218. Le modalità di raccordo tra l’impresa di

In tale prospettiva, gli intermediari devono assicurare che i prodotti assicurativi che intendono distribuire e la strategia di distribuzione prevista siano coerenti con il *target market* individuato dal produttore anche con riguardo ai fattori ESG.

Ciò implica la necessaria adozione, da parte del distributore, di procedure idonee a garantire l'acquisizione dai produttori delle informazioni necessarie per la conoscenza e comprensione dei prodotti nonché a rilevare le preferenze di sostenibilità espresse dai clienti e ad integrarle nei processi di consulenza, valutazione di adeguatezza e, più in generale, di profilazione del cliente³⁷. Invero, solo una corretta profilatura del cliente, anche sotto il profilo delle preferenze di sostenibilità, consente di adempiere all'obbligo di distribuire il prodotto esclusivamente a soggetti le cui caratteristiche risultino effettivamente coerenti con il mercato di riferimento individuato³⁸.

La disciplina vigente prevede inoltre che il distributore, qualora rilevi che il prodotto non sia più coerente con il mercato di riferimento, ovvero con gli obiettivi di sostenibilità della clientela³⁹, sia tenuto a informare tempestivamente il produttore e a sospendere, se necessario, la distribuzione del prodotto fino all'adozione delle misure correttive necessarie.

assicurazione e la rete distributiva devono essere individuate all'interno della politica interna della politica aziendale correlata al processo di approvazione dei prodotti assicurativi (di seguito: politica POG), il cui contenuto minimo è puntualmente articolato dall'interno dell'Allegato 1 al Reg. IVASS n. 45/2020. L'impresa di assicurazione che assume la veste di "produttrice", prima di decidere se procedere alla commercializzazione di un prodotto assicurativo, deve valutare l'adeguatezza dei singoli canali di vendita in relazione al mercato di riferimento e alla complessità del prodotto ed individuare le istruzioni relative all'attività di distribuzione assicurativa (art. 7, comma 2, reg. IVASS n. 45 cit.). È, inoltre, chiamata ad effettuare un costante monitoraggio e verifiche periodiche sulla conformità interna e dei canali distributivi agli obiettivi di *product governance* individuati dalla *policy* aziendale.

³⁷ Artt. 12 e 13 Reg. IVASS n. 45/2020.

³⁸ Giova ricordare che i prodotti assicurativi devono essere distribuiti all'interno del mercato di riferimento individuato dal produttore e che l'eventuale distribuzione "a *target* grigio", ossia a clienti non appartenenti al *target market* ma neppure classificabili nel *target* negativo (rispetto al quale vige un vero e proprio obbligo di astensione), deve essere giustificata dalla preliminare verifica dell'adeguatezza del prodotto alle richieste ed esigenze del cliente finale, risultante dalla consulenza fornita al cliente, ovvero alla valutazione di appropriatezza o di adeguatezza dei prodotti di investimento assicurativi non complessi ex art. 16 del reg. UE n. 2359/2017 (a seconda che siano accompagnati o meno da consulenza, non sussistendo in relazione a tali prodotti IBIPs un obbligo in tal senso). Il corretto adempimento di tali obblighi valutativi presuppone che i distributori acquisiscano dal contraente tutte le informazioni necessarie per valutarne l'appartenenza al mercato di riferimento o al mercato di riferimento negativo individuati (art. 11 Reg. IVASS n. 45/2020) nonché l'adeguamento dei questionari di profilazione e dei sistemi informatici a supporto della distribuzione, così da garantire anche la corretta raccolta e interpretazione delle preferenze ESG della clientela.

³⁹ Il distributore deve adottare procedure idonee ad individuare il momento in cui il prodotto non risponda più alle caratteristiche, agli interessi e agli obiettivi, compresi quelli legati alla sostenibilità, e del mercato di riferimento individuato dal produttore nonché le altre circostanze relative al prodotto che aggravino il rischio di pregiudizio per il cliente (art. 11 Reg. (UE) 2017/2358; art. 11, co. 3, reg. IVASS n. 45/2020).

Non meno significativa è la previsione relativa alla formazione professionale degli operatori della distribuzione, i quali devono possedere competenze adeguate non solo in materia di prodotti assicurativi, ma anche in tema di sostenibilità⁴⁰. La conoscenza dei fattori ESG e delle loro implicazioni sui prodotti e sui mercati diventa, dunque, parte integrante della competenza tecnica del distributore, contribuendo a garantire una consulenza effettivamente informata e orientata al valore di lungo periodo del prodotto.

4. Conclusioni

Dall'analisi condotta sull'attuale configurazione della *product governance* nel settore assicurativo e sul suo progressivo incontro con le istanze di sostenibilità, emerge anzitutto con chiarezza come la POG, pur concepita quale strumento di prevenzione del *mis-selling* e di rafforzamento della tutela dell'assicurato, abbia progressivamente assunto una valenza sistemica più ampia, divenendo parte integrante della strategia regolatoria di transizione verso un mercato finanziario – e assicurativo in particolare – ispirato ai principi ESG. Si tratta di una trasformazione di rilievo, che segna il passaggio da un modello incentrato sulla protezione del contraente ad un paradigma di governo del mercato fondato su obiettivi di sostenibilità ambientale, sociale e di *governance*.

La normativa in materia esprime chiaramente questa finalità: l'affermazione di un mercato assicurativo sostenibile passa necessariamente attraverso un utilizzo evoluto e responsabile degli strumenti di *product governance*, che regolano in modo circolare il *design*, la distribuzione e il monitoraggio dei prodotti assicurativi.

L'integrazione dei fattori ESG nella POG, pertanto, non può essere ridotta a un mero adempimento formale, ma deve essere intesa come componente essenziale di una più profonda trasformazione culturale e organizzativa del modo in cui i prodotti assicurativi vengono ideati, costruiti e distribuiti. Tale processo impone alle imprese assicurative di ripensare in chiave sostenibile l'intero ciclo di vita del prodotto, dall'ideazione alla commercializzazione, fino al monitoraggio post-vendita, rafforzando i presidi interni di controllo e assicurando una gestione effettivamente integrata dei rischi e delle opportunità legate alla sostenibilità.

In questa prospettiva, le imprese sono oggi chiamate a consolidare i presidi organizzativi interni, sia nella fase di ideazione e approvazione dei prodotti,

⁴⁰ Art. 14, co. 4, Reg. IVASS n. 45/2020, come modificato dall'art. 4, co. 7, del Provvedimento IVASS n. 131/2023, in base al quale gli intermediari assicurativi devono garantire che il personale e i collaboratori siano in possesso delle competenze necessarie per comprendere le caratteristiche e i rischi dei prodotti assicurativi che intendono distribuire, compresi gli eventuali fattori di sostenibilità, nonché le esigenze, le caratteristiche e gli obiettivi, compresi eventualmente quelli legati alla sostenibilità, del mercato di riferimento.

sia in quella distributiva, assicurando che i fattori ESG siano effettivamente incorporati nei processi decisionali e nelle politiche POG; nonché a garantire trasparenza e coerenza tra le dichiarazioni di sostenibilità formulate in sede di offerta e le effettive caratteristiche del prodotto, così da evitare fenomeni di *greenwashing* e preservare l'integrità del mercato.

In un contesto in cui la fiducia rappresenta una risorsa sempre più scarsa e preziosa, la capacità del settore assicurativo non soltanto di rafforzare la tutela del cliente – obiettivo che resta primario –, ma anche di salvaguardare la credibilità complessiva del mercato assicurativo, coniugando solidità organizzativa, trasparenza e sostenibilità, costituisce il presupposto essenziale per la costruzione di un mercato realmente sostenibile.

Abstract [Ita]

Il saggio analizza l'evoluzione della *product governance* nel settore assicurativo alla luce dell'integrazione dei fattori ESG nei processi di ideazione, distribuzione e monitoraggio dei prodotti. Muovendo dalla considerazione del ruolo delle imprese di assicurazione quali *risk absorber* e investitori istituzionali nel processo di transizione sostenibile, l'indagine si concentra sull'impatto delle recenti riforme europee – in particolare del Regolamento delegato (UE) 1257/2021 e della successiva prassi regolamentare nazionale – sull'architettura della POG.

Parole chiave: assicurazioni; governo e controllo del prodotto (POG); sostenibilità.

Abstract [Eng]

The paper examines the evolution of *product governance* in the insurance sector in the context of the integration of ESG factors into the processes of product design, distribution, and monitoring. Starting from the recognition of insurance undertakings' dual role as *risk absorbers* and institutional investors within the sustainable transition, the analysis focuses on the impact of recent European reforms – in particular Delegated Regulation (EU) 1257/2021 and subsequent national regulatory practice – on the architecture of product governance.

Keywords: Insurance; Product Oversight and Governance (POG); sustainability.

La sostenibilità ambientale negli appalti pubblici

Federico Cappai

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Gli indici di rilevanza della sostenibilità ambientale. – 3. La meritevolezza del contratto alla luce della sostenibilità.

1. Introduzione

In relazione agli appalti pubblici e alle concessioni, “la sostenibilità”, la cui definizione più limpida rimanda all’esigenza che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali avvenga senza compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future¹, rappresenta, senza dubbio, un obiettivo da perseguire e promuovere, e non già soltanto un limite da rispettare in negativo².

Gli indici normativi che supportano tale constatazione sono molteplici, anche se occorre avvertire che la “tensione” della disciplina di settore all’adozione di modelli di azione sostenibili non compare nel catalogo dei principi con il quale si apre il Codice dei contratti pubblici varato con d. lgs. n. 36 del 2023.

In tale catalogo, nel quale campeggiano i principi del risultato, dell’affidamento e della concorrenza, la sostenibilità ambientale non è menzionata in modo esplicito, pur potendo scorgersi un riferimento ad essa *per relationem* laddove si afferma che il principio del risultato, ossia la gestione delle commesse pubbliche all’insegna della massima tempestività e del miglior rapporto

¹ Si tratta della definizione enunciata nell’art. 3 *quater* del Codice dell’ambiente, ma v. anche art. 9 e 41 Cost. come novellati dalla L. Cost. n. 1/2022.

² Sul concetto di sviluppo sostenibile, v., in prospettiva generale, A. BUONFRATE-A. URICCHIO (a cura di), *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, Padova, 2023, *passim*. Con specifico riferimento agli appalti pubblici: M. ROI, *Sostenibilità e appalti. Guida pratica per consulenti, imprese e pubbliche amministrazioni alla luce del nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, Rimini, 2025; F.F. GUZZI, *La rilevanza ambientale nel settore dei contratti pubblici*, in *AmbienteDiritto*, 2/2024, 1 ss.; R. COSTANZO, *Lo sviluppo sostenibile negli appalti pubblici. I criteri ambientali minimi*, in *AmbienteDiritto*, 1/2023, 1 ss.; E. CARUSO, *I contratti pubblici tra obiettivi di sostenibilità e finalità concorrenziali: alla ricerca di nuovi equilibri*, in P.A. *Persona e Amministrazione*, 2022, 285 ss.; C. IRTI, *Gli “appalti verdi” tra pubblico e privato*, in *Contr. impr. Eu.*, 2017, 183 ss.; C. VIVIANI, *Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement*, in *Urb. app.*, 2016, 993 ss.; G. FIDONE e F. MATALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti Pubblici*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2016, 3, 4 ss.

qualità prezzo, deve necessariamente coordinarsi con “gli obiettivi dell’Unione europea”, al fine di favorirne il raggiungimento.

Gli indici che danno evidenza della rilevanza assunta dal complesso di fattori che si riassumono nel termine “sostenibilità” – obiettivo da tempo al vertice dell’agenzia politica dell’Unione europea – sono molteplici. Si cercherà di dar ora conto di quelli maggiormente rappresentativi.

2. *Gli indici di rilevanza della sostenibilità ambientale*

Il primo piano a venir in considerazione è quello della progettazione delle opere pubbliche, che, come noto, è articolata sui due livelli della fattibilità tecnico-economica, a monte, e dello sviluppo esecutivo, a valle. La sostenibilità informa di sé in modo pregnante il primo livello progettuale e, a cascata, il secondo, essendo annoverata tra le direttive alle quali la progettazione deve inderogabilmente uniformarsi.

La norma principale di riferimento è l’art. 41 del codice, il quale sancisce che la progettazione dei lavori pubblici è volta ad assicurare, tra le altre cose, «l’efficientamento energetico e la minimizzazione dell’impiego di risorse materiali non rinnovabili nell’intero ciclo di vita delle opere» (art. 41, c. 1, l. e), nonché «il rispetto dei principi di sostenibilità economica, territoriale, ambientale e sociale dell’intervento, anche per contrastare il consumo del suolo, incentivando il recupero, il riuso e la valorizzazione del patrimonio edilizio esistente e dei tessuti urbani» (art. 41, c. 1, l. f).

Un secondo canale attraverso il quale la sostenibilità entra prepotentemente nel sistema della contrattazione pubblica è rappresentato dalla previsione del necessario recepimento, nei contratti, dei criteri ambientali minimi (c.d. CAM), fissati dalla normativa regolamentale nell’ambito del Piano d’azione per la riduzione dei consumi della P.A.³ Il raccordo tra i due ambiti, ossia l’adeguamento dei contenuti contrattuali agli standard prestazionali minimi fissati in funzione della riduzione dei consumi della P.A. nell’ambito della relativa attività pianificatoria, è attualmente imposto dall’art. 57, c. 2, del codice. Tale disposizione prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, al fine di contribuire al conseguimento del predetto obiettivo ambientale, provvedano «all’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 (*omissis*), con decreto del Ministero dell’ambiente e della sicurezza energetica».

³ In argomento, v., da ultimo, G. CREPALDI, *I criteri ambientali minimi nel nuovo codice dei contratti pubblici e nel piano d’azione nazionale del green public procurement*, in *Resp. civ. prev.*, 2024, 1750 ss., nonché R. COSTANZO, *Lo sviluppo sostenibile negli appalti pubblici*, cit., 5 ss., ai quali si rinvia per ogni ult. rif.

Il terzo piano che rende concreta ed effettiva la rilevanza sistemica della sostenibilità concerne le dinamiche delle procedure di affidamento dei contratti, le quali sono anch'esse ispirate alla promozione della salvaguardia ambientale in tutte le sue molteplici e variegata proiezioni. Il raccordo della procedura ad evidenza pubblica con la sostenibilità è principalmente affidato alla necessaria inclusione dei criteri ambientali tra quelli rilevanti ai fini della valutazione delle offerte economicamente più vantaggiose individuate sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: criterio, questo, per il quale il sistema vigente manifesta una chiara preferenza, non soltanto rispetto a quello del minor prezzo, al quale può ricorrersi unicamente quanto debbano essere affidati servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, ma anche a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base dell'elemento prezzo o del costo. A venir in considerazione è, in questo caso, l'art. 108 del codice, il quale, con riferimento, per l'appunto, ai contratti da aggiudicarsi in funzione del miglior rapporto qualità/prezzo, dispone che l'offerta debba essere valutata «sulla base di criteri oggettivi di impatto economico sociale e ambientale connessi all'oggetto dell'appalto» (art. 108, c. 4). La disposizione si collega al già menzionato art. 57 del codice, laddove stabilisce che sono criteri dei quali le stazioni appaltanti devono tener conto nella redazione dei documenti di gara i *criteri ambientali premianti* di cui alla normativa sulla riduzione dei consumi della P.A. (v. art. 57, c. 2).

Il quadro tracciato evidenzia come la promozione della sostenibilità ambientale nell'ambito della contrattazione pubblica passi attraverso una elaborazione multilivello delle soluzioni tecniche coerenti con tale obiettivo: sul piano regolamentare, come si è visto, sono predefiniti in modo vincolante per le stazioni appaltanti, standard prestazionali minimi impattanti sulla riduzione dei consumi energetici e delle risorse naturali; la discrezionalità degli enti amministrativi si esprime in modo assai significativo nella progettazione delle opere pubbliche che, quanto è demandata a professionisti esterni, ritrova nel d.i.p. (documenti di indirizzo progettuale) l'atto di indirizzo dell'opera dei progettisti; la capacità innovativa e il *know how* degli operatori del mercato ha modo di favorire un innalzamento degli standard prestazionali posti a base degli affidamenti, grazie alla competitività dei concorrenti sui profili di impatto ambientale, favorita dalle aggiudicazioni mediante il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

3. La meritevolezza del contratto alla luce della sostenibilità

La strumentalizzazione degli appalti pubblici alla attuazione di politiche ambientali e sociali affonda, come noto, le sue radici nelle due direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, ma è soprattutto con le direttive del 2014 (dir. 2014/24/UE; dir. 2014/25/UE; dir. 2014/18/UE) che la stessa si è significativa-

mente consolidata⁴. Tale funzionalizzazione non è che il riflesso della natura funzionalizzata dell'agire della p.a. la quale, indipendentemente dal fatto di operare per provvedimenti o per contratti, è sempre rivolto alla cura degli interessi pubblici che la legge le affida. La contrattazione pubblica, da tale punto di vista, sembra porsi, se non del tutto al di fuori, quantomeno in una posizione di minor problematicità rispetto alla riflessione – che da tempo impegna la dottrina su un piano teorico generale – sui limiti che dall'interesse allo sviluppo sostenibile possono trarsi alla esplicazione dell'autonomia negoziale dei privati⁵.

Sullo sfondo vi è il tema generale del modo in cui la libertà di iniziativa economica dei privati deve coordinarsi con gli interessi di carattere generale, il quale in ambito contrattuale si rinfrange principalmente sulla decifrazione del concetto di meritevolezza degli interessi perseguiti con il contratto, che ai sensi dell'art. 1322 c.c. assurge a condizione di validità dell'atto di autonomia.

In proposito, in un ordinamento nel quale istanze di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) e istanze di garanzia della libera iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) coesistono in un equilibrio mutevole e complesso, è idea radicata nella nostra tradizione giuridica che all'autonomia privata non si richieda di essere in positivo funzionalizzata al perseguimento dell'interesse generale, quanto piuttosto di non svolgersi in funzione del perseguimento di interessi privati che con l'interesse generale si pongano in contrasto sì da risultare socialmente dannosi⁶.

Tale lettura deve ritenersi riferibile anche all'interesse allo sviluppo sostenibile. Tale interesse generale, al pari di ogni altro, non autorizza l'autorità giudiziale a formulare giudizi di non meritevolezza dell'atto negoziale, men che meno ad effettuare interventi di tipo conformativo, per “mancata funzionalizzazione” al suo perseguimento, tanto più alla luce della – da altri condivisibilmente sottolineata – intrinseca indeterminatezza del concetto di

⁴ Su tali fonti, G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 819 ss. In argomento, non può non farsi menzione del Manifesto della Rete delle Pubbliche Amministrazioni per il Buy European and Sustainable Act (BESA), promosso da una rete di organizzazioni europee e italiane impegnate nella sostenibilità e negli acquisti pubblici responsabili, tra cui Fondazione Ecosistemi. V. altresì AA.Vv., *Buy European and Sustainable Act: accelerating the low-carbon transition in the European Union*, in https://www.carbone4.com/files/Buy_European_and_Sustainable_Act_Report.pdf?_ga=2.174826402.1241547457.1764092479-805644799.176409247.

⁵ Sul complesso e affascinante tema, v., senza alcuna pretesa di esaustività: M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi ecologica del contratto*, in *Persona e Mercato*, 2015, 37 ss.; A. JANNARELLI, *Principi ambientali e conformazione dell'autonomia negoziale: considerazioni generali*, in *Contratto e Ambiente, l'analisi ecologica del diritto contrattuale*, Atti del convegno, Bari 22-23 ottobre 2015, a cura di M. Pennasilico, Napoli, 2016, 1 ss.; S. PAGLIANTINI, *Sul c.d. contratto ecologico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 337 ss.; C. IRTI, *Gli “appalti verdi”*, cit., spec. 200 ss.

⁶ Sul concetto, anche in chiave evolutiva, si rinvia per tutti a R. LENER, *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 615 ss.

sostenibilità, la quale «rende estremamente difficoltoso individuarne i confini strettamente normativi in mancanza di interventi mediati»⁷.

I contratti pubblici, come si accennava, presentano, da tale punto di vista, minor problematicità, non soltanto perché essi sono per loro essenza e natura atti funzionalizzati alla cura dell'interesse pubblico, ma anche perché il complesso sistema di regole di cui si è fatto in precedenza un rapido quadro esprimono quella “mediazione normativa di specificazione del concetto” che consente di indirizzare il sindacato di invalidità dell'atto (a seconda dei casi del bando di indizione della gara; del provvedimento di aggiudicazione; del contratto a valle) entro margini “di controllabilità” della decisione giudiziale che si confanno ai limiti dell'esercizio della funzione giurisdizionale⁸.

⁷ Così, C. IRTI, *Op. cit.*, 208.

⁸ Viene in riferimento, per es., la giurisprudenza in tema di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione per mancato inserimento nei documenti di gara dei criteri ambientali minimi: tra le altre, Cons. di Stato, 27 maggio 2024, n. 4701, in *Giur. it.*, 2025, 152 ss.; con nota di R. Caranta.

Abstract [Ita]

Il lavoro, dopo aver passato in rassegna i principali indici normativi che danno corpo alla rilevanza della sostenibilità ambientale nel settore degli appalti pubblici ed evidenziato che in tal ambito la sostenibilità è normata in chiave marcatamente promozionale, segnala come il rapporto tra tale obiettivo di politica economia e il principio di autonomia negoziale si presenta, nella contrattazione pubblica, assai meno problematico di quanto non sia nei rapporti tra privati, sia alla luce della intrinseca funzionalizzazione dell'agire pubblico, che del taglio contenutistico della regolazione di riferimento.

Parole chiave: contratti; appalti pubblici; sostenibilità ambientale; gestione responsabile delle risorse naturali; libertà contrattuale.

Abstract [Eng]

The essay, after illustrating the most significant normative data related to environmental sustainability in the public procurement and underlining the promotional logic of the related set of rules, highlights that the relation between public contracts and freedom of contract in that specific area is not as problematic as in the private contracts, due to specific characteristics of the public regulatory system.

Keywords: contracts; public procurement; environmental sustainability; responsible management of natural resources; freedom of contracts.

Le preferenze di sostenibilità dell'investitore: diritto effettivo o retorica regolatoria?

Federica Chironi

Il presente intervento si propone di esaminare il tema dell'integrazione delle preferenze di sostenibilità dell'investitore nella valutazione di adeguatezza dell'investimento compiuta dall'intermediario finanziario, sia dal punto di vista sistematico, sia sotto il profilo delle sorti del contratto di investimento che non rispetti dette preferenze¹.

L'indagine si propone infatti di verificare come questa nuova disciplina si innesti nell'architettura complessiva della regolazione finanziaria, al fine di comprendere se l'espressione di preferenze di sostenibilità da parte dell'investitore determini l'insorgere di un diritto effettivo in capo al medesimo, ovvero rappresenti solo una forma di retorica regolatoria, come si preciserà meglio in seguito.

Il punto di partenza della presente analisi è rappresentato dal dato legislativo, ed in particolare dal reg. delegato 2021/1253² con cui la Commissione europea, nel tentativo di dare specificazione ai principi sanciti nel reg. 2019/2088 (c.d. regolamento Disclosure o SFDR) e nel reg. 2020/852 (c.d. regolamento Tassonomia), ha emendato in modo significativo il reg. delegato 2017/565³,

¹ Il tema si colloca nel più ampio contesto degli studi sulla finanza sostenibile, in relazione ai quali si veda per tutti F. CAPRIGLIONE, *Clima energia finanza. Una difficile convergenza*, Milano, 2023, p. 133 ss., là dove l'Autore definisce la finanza come «il perno intorno al quale ruotano i contrapposti interessi sottesi alle decisioni che possono rendere concrete le aspettative, di gran parte della popolazione del pianeta, in ordine alla cessazione di una *escalation* nella produzione dei *gas serra* dagli inenarrabili effetti dannosi». L'Autore riconduce inoltre il concetto di sostenibilità a «parametro di riferimento di un'economia orientata non soltanto al profitto, ma anche al benessere e al miglioramento delle condizioni di vita, donde la rilevanza della stessa nello sviluppo sociale e ambientale dei popoli» e lo pone altresì a fondamento «di una rivisitazione dell'*agere* finanziario».

² Regolamento delegato (UE) 2021/1253 della Commissione del 21 aprile 2021 che modifica il regolamento delegato (UE) 2017/565 per quanto riguarda l'integrazione dei fattori di sostenibilità, dei rischi di sostenibilità e delle preferenze di sostenibilità in taluni requisiti organizzativi e condizioni di esercizio delle attività delle imprese di investimento.

³ Regolamento delegato (UE) 2017/565 della Commissione del 25 aprile 2016 che integra la direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i requisiti organizzativi e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento e le definizioni di taluni termini ai fini di detta direttiva.

attuativo della direttiva MiFID II, al fine di integrare la sostenibilità nella valutazione di adeguatezza dell'investimento.

Preliminarmente, tuttavia, è necessario chiarire cosa si intenda per preferenze di sostenibilità ai sensi del reg. delegato 2021/1253, il quale ha integrato l'art. 2 del reg. delegato 2017/565 proprio al fine di introdurre una definizione normativa di tali preferenze.

Le preferenze di sostenibilità sono pertanto definite come «la scelta, da parte di un cliente o potenziale cliente, di integrare o meno, e se sì in che misura, nel suo investimento uno o più dei seguenti strumenti finanziari», riconducibili sostanzialmente a tre categorie: quella di investimento ecosostenibile ai sensi del reg. Tassonomia⁴, di investimento sostenibile ai sensi del reg. Disclosure⁵, e di strumento finanziario che considera i principali effetti negativi sui fattori di sostenibilità⁶.

Trattasi, dunque, di una definizione tanto ampia quanto complessa, non solo per l'espresso riferimento a tutti i tipi di sostenibilità oggi previsti dalla regolazione europea, ma anche perché essa contempla altresì la determinazione della c.d. quota minima da investirsi in tali attività, introducendo così un ulteriore elemento di difficoltà sia per l'investitore, che deve autodeterminarsi in tal senso⁷, sia per l'intermediario, soprattutto con riguardo agli obblighi di informazione attiva e passiva⁸.

Ciò premesso, resta da comprendere a questo punto come tali preferenze di sostenibilità siano state integrate nel sistema MiFID relativo alla valutazione di adeguatezza dell'investimento.

⁴ Per la definizione di «investimento ecosostenibile», si veda l'art. 2, punto 1, del regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088 (c.d. regolamento Tassonomia).

⁵ Per la definizione di «investimento sostenibile», si veda l'art. 2, punto 17, del regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 relativo all'informazione sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari (c.d. regolamento Disclosure o SFDR), in relazione al quale cfr. S. N. HOOGHMSTRA, *The ESG Disclosure Regulation – New Duties for Financial Market Participants & Financial Advisers*, 2020, in SSRN, consultabile online all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3558868.

⁶ Categoria residuale che ricomprende tutti gli strumenti finanziari che, pur non rientrando nelle categorie degli investimenti ecosostenibili e sostenibili, tengono conto dei principali effetti negativi sui fattori di sostenibilità al fine di mitigarli, secondo gli indicatori di cui all'Allegato I del reg. delegato 2022/1288.

⁷ Si concorda, infatti, con quanto evidenziato da N. SOLDATI, *Obblighi informativi dell'intermediario e valutazione dell'appropriatezza e dell'adeguatezza dell'investimento*, in *Le Società*, 2024, 11, p. 1256, in merito al fatto che un eccesso di informazioni rischia di lasciare il cliente disinformato, in quanto egli «rischia di perdere di vista gli elementi fondamentali utili al fine di comprendere l'investimento da compiere proprio perché la mole di informazioni ricevuta è tale da confondere».

⁸ Proprio al fine di supportare gli intermediari nell'adempimento a detti obblighi informativi, l'ESMA ha emanato il 3 aprile 2023 nuovi Orientamenti su alcuni aspetti dei requisiti di adeguatezza della MiFID II.

Il nuovo art. 54, par. 2, lett. *a*, del reg. 565/2017, così come modificato dal reg. 2021/1253, prevede oggi che le imprese di investimento, acquisite tutte le informazioni di cui necessitano dal proprio cliente, provvedano a determinare se l'operazione da raccomandare o da realizzare corrisponda agli obiettivi di investimento del cliente, inclusa la sua tolleranza al rischio e le sue eventuali preferenze di sostenibilità.

Tale previsione trova poi ulteriore specificazione al par. 5 del medesimo art. 54, il quale, nel definire gli obiettivi di investimento del cliente, fa riferimento al periodo di tempo per il quale il cliente desidera conservare l'investimento, alle sue preferenze in materia di assunzione del rischio, alla sua tolleranza al rischio, alla finalità dell'investimento, ed infine – quale elemento di novità – alle sue preferenze di sostenibilità.

Pertanto, le preferenze di sostenibilità costituiscono ora parte integrante a tutti gli effetti degli obiettivi di investimento del cliente, al pari di tutti gli altri criteri già previsti ed enunciati all'art. 54.

Tuttavia, il legislatore europolitano riserva alle preferenze di sostenibilità un regime, in termini di valutazione di adeguatezza, diverso da quello proprio di tutti gli altri criteri che concorrono a determinare gli obiettivi di investimento del cliente: infatti, se la regola – com'è noto – è quella secondo cui l'intermediario non può raccomandare o realizzare un investimento che non sia adeguato agli obiettivi di investimento del cliente, i quali dovranno essere determinati sulla base dei criteri già individuati (ad esempio, la tolleranza al rischio da parte dell'investitore), tale divieto non trova applicazione in termini assoluti con riferimento alle preferenze di sostenibilità.

Infatti, il nuovo par. 10 dell'art. 54 prevede che «se nessuno strumento finanziario soddisfa le preferenze di sostenibilità del cliente o potenziale cliente, e se il cliente decide di adattare le proprie preferenze di sostenibilità, l'impresa di investimento conserva traccia della decisione del cliente, compresi i relativi motivi».

La portata innovativa di detta previsione è evidente: con riferimento alle preferenze di sostenibilità – e solo con riferimento alle stesse – si consente oggi all'intermediario di offrire o negoziare uno strumento finanziario che non corrisponde alle scelte di sostenibilità originariamente espresse dall'investitore.

Ma se le preferenze di sostenibilità costituiscono parte integrante degli obiettivi di investimento, ne consegue che, in siffatta ipotesi, si consente di fatto all'intermediario la raccomandazione ovvero la negoziazione di un prodotto finanziario che non può dirsi propriamente adeguato agli obiettivi di investimento del cliente, ancorché limitatamente al profilo delle sue preferenze di sostenibilità.

Questa considerazione ingenera talune perplessità, anzitutto da un punto di vista sistematico: infatti, alla luce del nuovo art. 54, la disciplina dell'adeguatezza dell'investimento viene a scindersi in una sorta di doppio binario che prevede, da un lato, il divieto in capo all'intermediario di realizzare investimenti che non siano adeguati al profilo del cliente con riguardo a tutti i criteri

di cui al medesimo art. 54, fatta eccezione per le preferenze di sostenibilità, e, dall'altro lato, la possibilità per l'intermediario di realizzare investimenti che non siano adeguati al profilo del cliente con riguardo alle sole preferenze di sostenibilità da questi già espresse, se il cliente acconsente a modificare dette preferenze in ragione di un determinato investimento.

La valutazione sottesa alle preferenze di sostenibilità sembra dunque presentare affinità non tanto con la valutazione di adeguatezza dell'investimento, quanto con il diverso giudizio di appropriatezza⁹, proprio dei servizi di investimento diversi dalla consulenza e dalla gestione di portafogli, in virtù del quale è possibile per l'intermediario procedere con l'investimento giudicato non appropriato purché il cliente sia adeguatamente informato¹⁰.

Tale scelta da parte del legislatore eurounitario, oltre a generare le già indicate difficoltà di carattere sistematico, presenta diverse criticità anche a livello operativo.

In primo luogo, la possibilità per il cliente di adattare le sue preferenze in funzione dell'offerta di un prodotto finanziario che altrimenti non sarebbe adeguato al suo profilo potrebbe agevolare pratiche di vendita impropria, ben potendo determinare la realizzazione di un investimento che non soddisfa il miglior interesse del cliente¹¹.

Ciò pone, pertanto, un problema di effettività della tutela dell'investitore, potendo questi essere pilotato nelle sue scelte di investimento attraverso una manipolazione delle sue preferenze di sostenibilità.

In secondo luogo, appare del tutto fuorviante l'inclusione delle preferenze di sostenibilità nell'ambito degli obiettivi di investimento, in quanto le stesse soggiacciono ad un regime diverso rispetto a quello previsto per tutti gli altri elementi che concorrono a determinare tali obiettivi, con tutto ciò che ne deriva in termini di incertezza per gli intermediari che sono tenuti a svolgere la valutazione di adeguatezza.

Questi ultimi, infatti, possono incorrere in ipotesi di responsabilità per il fatto di non aver debitamente tenuto conto degli obiettivi di investimento del

⁹ Per una disamina dei due tipi di giudizi, si veda per tutti C. COLOMBO, *Adeguatezza, appropriatezza e mera esecuzione nell'offerta di servizi di investimento*, in V. Troiano, R. Motroni (a cura di), *La MiFID II. Rapporti con la clientela – regole di governance – mercati*, Padova, 2016, p. 405 ss.

¹⁰ Tuttavia, occorre precisare che le preferenze di sostenibilità, al pari di qualsiasi obiettivo di investimento, non rilevano né nel regime di appropriatezza, né in quello di mera esecuzione, ma solo nell'ambito della consulenza finanziaria e della gestione di portafoglio di investimento. Così anche M. ARRIGONI, *Finanza sostenibile, servizi di investimento e tutela dell'investitore*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, p. 278.

¹¹ Sul punto G. MATTARELLA, *La finanza sostenibile nel prisma dell'over-regulation del sistema finanziario*, in *Giureta*, 2024, p. 951 ss., evidenzia come, al contrario, anche un'interpretazione eccessivamente rigida del divieto di raccomandare prodotti finanziari non conformi agli obiettivi di sostenibilità dei clienti potrebbe determinare fenomeni di *mis-selling* (ad esempio, attraverso una sovrastima dei fattori di sostenibilità dei prodotti finanziari) e conseguenti perdite finanziarie per gli investitori.

cliente – e, quindi, anche delle sue eventuali preferenze di sostenibilità – nella raccomandazione o realizzazione di un determinato investimento, anche in considerazione del disposto di cui al par. 10 dell'art. 54, secondo cui «l'impresa di investimento non raccomanda né decide di negoziare strumenti finanziari come rispondenti alle preferenze di sostenibilità di un cliente o potenziale cliente se essi non soddisfano tali preferenze».

Tale incongruenza, lungi dal configurarsi come meramente teorica, assume invero una particolare rilevanza pratica con riferimento agli obblighi facenti capo agli intermediari finanziari e alla loro eventuale responsabilità, in quanto non offre strumenti per risolvere in modo univoco il bilanciamento di interessi tra la tutela degli investitori e la salvaguardia della sostenibilità.

Al contrario, la posizione assunta dal legislatore europeo appare ambivalente nel momento in cui equipara in astratto le preferenze di sostenibilità agli obiettivi di investimento, ma le assoggetta in concreto ad un regime decisamente più flessibile e meno rigoroso in termini di *suitability assessment*.

Le considerazioni già svolte in merito alla regolazione finanziaria sulle preferenze di sostenibilità inducono a domandarsi, infine, se sia possibile riconoscere a tali preferenze una rilevanza autonoma anche con riferimento al contratto, con particolare riguardo alle sorti del contratto di investimento o del singolo ordine di investimento nel caso di mancata considerazione di tali preferenze da parte dell'intermediario nella valutazione di adeguatezza.

La questione presenta evidenti analogie con la più nota vicenda del c.d. risparmio tradito, ossia con tutti quei casi in cui l'intermediario abbia raccomandato o negoziato un prodotto finanziario non adeguato al cliente dal punto di vista più strettamente finanziario, quindi ad esempio trascurando di valutare correttamente la capacità finanziaria o la tolleranza al rischio del cliente¹².

E allora, se in tema di risparmio tradito la tesi prevalente è nel senso di escludere che possa configurarsi un'ipotesi di nullità del contratto, in conformità alla tradizionale dicotomia tra regole di validità e regole di comportamento per cui la violazione di queste ultime non può essere sanzionata con la nullità¹³, *a fortiori* si potrebbe ritenere che alle medesime conclusioni si

¹² Per tutti, si vedano Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725, con nota di U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite in Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 445 ss.; A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, n. 4, 2008, p. 393 ss.; V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*, in *Contr.*, 2008, p. 221 ss.; F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1 ss.; D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contr.*, 2008, p. 403 ss.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 204 ss.

¹³ Sulla distinzione tra regole di condotta e regole di validità, si veda tra tutti A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 107 ss., il quale correttamente evidenzia che

debba giungere per il caso della mancata considerazione delle preferenze di sostenibilità dell'investitore.

Ciò soprattutto se si considera che dalla mera violazione di tali preferenze non discende una perdita patrimoniale in capo all'investitore, o meglio, se pur una perdita patrimoniale ci sia, questa difficilmente sarà correlata dal punto di vista causale all'inosservanza delle preferenze di sostenibilità, ma discenderà con maggiore probabilità da altro tipo di violazioni, ad esempio da un'errata valutazione della tolleranza al rischio dell'investitore.

Contra, si potrebbe sostenere che la sostenibilità assurga al rango di principio o clausola generale, sì da giustificare il ricorso alla nullità quale rimedio preposto alla tutela di un interesse generale dell'ordinamento¹⁴.

Tuttavia, nel caso in esame l'oggetto di tutela non sembra essere la sostenibilità come interesse di carattere generale, bensì le preferenze di sostenibilità dell'investitore – e, quindi, la sostenibilità declinata in senso soggettivo – sicché la violazione di tale interesse, che a questo punto è un interesse particolare dell'investitore, non sembra giustificare neppure in astratto il ricorso alla sanzione della nullità.

Ci si domanda, allora, se la mancata considerazione delle preferenze di sostenibilità dell'investitore possa integrare un inadempimento tanto grave da determinare la risoluzione per inadempimento del contratto di investimento.

Prendendo le mosse da un'esegesi letterale della disciplina delle preferenze di sostenibilità, si può rilevare come l'inclusione delle stesse negli obiettivi di investimento possa indurre a ritenere che per le medesime valgano gli stessi rimedi previsti per le ipotesi di risparmio tradito, con conseguente ammissibilità della risoluzione contrattuale nel caso di investimento non conforme agli obiettivi di investimento del cliente.

Tuttavia, non può non tenersi conto della circostanza, già evidenziata, per cui dalla sola mancata considerazione delle preferenze di sostenibilità non discendono perdite patrimoniali in capo all'investitore, diversamente da quanto accade nel caso in cui a non essere presi in considerazione siano i profili relativi alla tolleranza al rischio dell'investitore, sicché occorre domandarsi se, al di là del dato letterale, il rimedio della risoluzione e dei conseguenti

«l'individuazione dei rimedi esperibili non può del resto dipendere soltanto da valutazioni di convenienza e di opportunità, ma deve necessariamente trovare fondamento nelle regole dell'ordinamento giuridico». In senso critico rispetto a tale distinzione, cfr. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013.

¹⁴ In questo senso, M. PENNASILICO, *Contratto e sostenibilità ambientale: la conformazione ecologica dell'autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2024, 4, p. 1393 ss., il quale riconosce alla sostenibilità il rango di principio di ordine pubblico. *Contra* G. GUIZZI, *La sostenibilità sub specie iuris*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2024, 4, p. 8 ss., il quale esclude che la sostenibilità possa essere qualificata alla stregua di un principio generale, nonché L. BALESTRA, *Causa e meritevolezza degli interessi perseguiti nel prisma della sostenibilità*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2024, 4, p. 24.

profili restitutori non sia inadeguato o comunque sproporzionato rispetto al caso di specie¹⁵.

A seconda, quindi, delle caratteristiche del caso concreto, tenuto conto ad esempio dell'interesse soggettivo dell'investitore, potrebbe escludersi altresì l'applicabilità del rimedio risolutorio per mancanza di gravità dell'inadempimento nel caso di omessa considerazione delle sole preferenze di sostenibilità dell'investitore, là dove l'investimento sia comunque adeguato sotto il profilo finanziario.

Si potrebbe allora configurare una mera responsabilità risarcitoria di tipo contrattuale, rispetto alla quale il danno risarcibile sarà più verosimilmente inquadrato come danno non patrimoniale, salvo che ricorrano nel caso di specie danni reputazionali oppure danni da perdita di *chance* aventi contenuto patrimoniale.

Anche la qualificazione del danno risarcibile come danno non patrimoniale, tuttavia, non è esente da criticità, soprattutto dal punto di vista probatorio, non essendo peraltro agevole l'individuazione di un interesse meritevole di tutela risarcitoria ai sensi dell'art. 2059 c.c.

Si può pertanto concludere evidenziando come la debolezza dei rimedi correlati al mancato rispetto delle preferenze di sostenibilità sia in grado di rivelare la vera natura della regolazione finanziaria che integra la sostenibilità nella valutazione di adeguatezza dell'investimento: essa, infatti, non determina il riconoscimento di un diritto effettivo in capo all'investitore al rispetto delle sue preferenze, ma assume più propriamente le caratteristiche di quella che si potrebbe definire come *retorica regolatoria*, finalizzata ad orientare i comportamenti degli investitori verso scelte sostenibili più che a introdurre obblighi e quindi corrispettivi diritti in capo ai medesimi investitori.

¹⁵ Sulla complessità dei profili restitutori conseguenti alla risoluzione del contratto di investimento, anche in relazione al concorrente rimedio risarcitorio, si veda per tutti A. CALONI, *Rimedi all'inadempimento dell'intermediario finanziario: profili problematici*, in *Il diritto degli affari*, 2025, 1, 101 ss., il quale, nelle sue conclusioni, afferma che «le restituzioni – e così le impugnative ad esse strumentali – si rivelano il rimedio maggiormente desiderabile per l'investitore, esonerato dalla prova del danno e del nesso causale e certo di ricevere l'intero capitale investito».

Abstract [Ita]

Il contributo esamina l'integrazione delle preferenze di sostenibilità dell'investitore nella valutazione di adeguatezza dell'investimento alla luce delle modifiche introdotte dal regolamento delegato (UE) 2021/1253 alla disciplina MiFID II. Muovendo dall'analisi della definizione normativa di preferenze di sostenibilità e del loro inquadramento tra gli obiettivi di investimento del cliente, lo studio evidenzia il regime peculiare e in parte derogatorio loro riservato rispetto agli altri criteri rilevanti ai fini del *suitability assessment*. In particolare, la possibilità per l'investitore di adattare tali preferenze solleva rilevanti criticità sistematiche e operative, incidendo sull'effettività della tutela dell'investitore e sui profili di responsabilità dell'intermediario. L'analisi si sofferma infine sui rimedi esperibili in caso di mancata considerazione delle preferenze di sostenibilità dell'investitore, mettendo in luce la debolezza dell'*enforcement* privatistico e la natura essenzialmente orientativa della disciplina in esame.

Parole chiave: preferenze di sostenibilità; valutazione dell'idoneità; protezione degli investitori; applicazione privata; MiFID II.

Abstract [Eng]

The paper examines the integration of investors' sustainability preferences into the assessment of investment suitability in light of the amendments introduced by Regulation (EU) 2021/1253 to the MiFID II framework. Starting from an analysis of the legal definition of sustainability preferences and their inclusion among the client's investment objectives, the study highlights the peculiar and partly derogatory regime applicable to such preferences compared with the other criteria relevant for the suitability assessment. In particular, the possibility for investors to adapt their sustainability preferences raises significant systemic and operational concerns, affecting both the effectiveness of investor protection and the liability of financial intermediaries. The analysis finally addresses the remedies available in cases where investors' sustainability preferences are disregarded, revealing the weakness of private enforcement and the essentially orientative nature of the regulatory framework under consideration.

Keywords: sustainability preferences; suitability assessment; investor protection; private enforcement; MiFID II.

Accordi di compravendita di energia elettrica da fonti rinnovabili a lungo termine*

Claudio Colombo

Sommario: 1. I contratti PPA: profili generali. – 2. La recente novità introdotta a proposito della previsione di una garanzia di ultima istanza, nell’ambito dei contratti PPA.

1. I contratti PPA: profili generali

I contratti che formano oggetto di queste brevi riflessioni sono mutuati dall’esperienza statunitense e vengono solitamente definiti, anche nella contrattazione domestica, con l’acronimo di PPA (*Power Purchase Agreements*)¹.

Sono contratti solitamente pluriennali, anche di lunghissima durata, che – nell’ottica della necessità, imposta dalle fonti dell’Unione Europea e da quelle interne, di produrre e consumare energia da fonti alternative, rispetto alle fonti tradizionali fossili – consentono di acquistare energia *green*, o direttamente da un produttore di energia rinnovabile, o per il tramite di un *trader*, garantendosi così alcuni vantaggi, tra cui *in primis* la possibilità di pianificare il proprio comportamento economico-finanziario di medio-lungo periodo, proteggendosi contro la variabilità del mercato e ottenendo una complessiva riduzione dei propri costi.

In concreto, l’ambito applicativo è principalmente quello dei contratti tra imprese (utilizzando questo schema contrattuale in particolare le imprese c.d. energivore)², sicché ai vantaggi di cui sopra si aggiunge certamente la possibi-

* Relazione tenuta al Convegno “La sostenibilità ambientale e climatica dell’approvvigionamento energetico tra finanza, contratto e mercato”, Porto Conte, 20 e 21 giugno 2025.

¹ Per una sintetica descrizione della figura, che allo stato non risulta essere stata particolarmente indagata dalla dottrina italiana, vedi F. ASSEGNATI – F. PIRON – G. SERRANÒ, *Contratti di fornitura energetica, natura e caratteristiche dei “power purchase agreements”*, in <https://ntplusdiritto.ilssole24ore.com>, 16 settembre 2024.

² Invero, per i soggetti diversi dalle imprese (e, come detto, di quelle energivore), le figure che vengono principalmente adottate, sul mercato, sono quella del contratto di rendimento energetico (su cui vedi già M. MAUGERI, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi “elementi minimi”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 420 ss., nonché la monografia di C. BENANTI, *Contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica*, Napoli, 2018) e quella delle comunità energetiche (su cui vedi, per tutti, V. CAPPELLI, *Le comunità energetiche quali strumenti*

lità di ottenere un miglioramento del proprio profilo ambientale (la “E”, *Environmental*, dell’ormai notissimo acronimo “ESG”), con conseguenti positive ricadute anche sul piano reputazionale³.

Volendo fornire qualche dato numerico, il mercato dei PPA, nel nostro Paese, è caratterizzato da un *trend* di crescita davvero rimarchevole. Tra il 2018 e il 2019 la quantità negoziata tramite questa tipologia di contratti era triplicata. Dopo la naturale flessione verificatasi negli anni della pandemia, il mercato è ripartito, con un’impennata tra il 2023 e il 2024, allorché si è raggiunta una quota a sua volta più che tripla rispetto al periodo ante pandemia. I contratti PPA hanno in Italia prevalentemente ad oggetto l’energia solare, con una più bassa percentuale nel settore eolico *onshore*.

Il mercato europeo – di cui quello italiano rappresentava, nel 2024, una quota pari a poco meno di 1/10 – è caratterizzato da una presenza significativa anche di quote di idrogeno, di eolico *offshore*, nonché di impianti misti (ad esempio, fotovoltaico/eolico)⁴.

Esistono peraltro diverse tipologie di PPA. Una prima distinzione fondamentale è, infatti, quella che intercorre tra PPA c.d. fisico e PPA c.d. virtuale.

Nel primo caso, vi è un’effettiva consegna di energia rinnovabile certificata dal venditore al compratore. In realtà, come già accennato, il compratore può essere o il cliente finale (in questo caso, se, come in maniera largamente preponderante accade, il compratore è direttamente un’impresa che utilizza l’energia, si parla di *Corporate PPA*), oppure può essere un grossista (in questo caso si parla di *Utility PPA*), il quale grossista a sua volta poi provvederà alla consegna al POD (*Point of Delivery*) dell’utente finale.

Nel 2024 i *Corporate PPA* sono stati in numero maggiore rispetto agli *Utility PPA* e hanno avuto ad oggetto una quantità complessiva superiore di energia; tuttavia gli *Utility PPA* hanno normalmente ad oggetto quantità mediamente doppie rispetto ai *PPA Corporate*⁵.

di energy justice nel nuovo sistema di regolazione del mercato elettrico: limiti e prospettive, in *Riv. reg. merc.*, 2023, p. 399 ss.).

³ Il tema della sostenibilità, e quello della sostenibilità ambientale in particolare, è invero ormai divenuto centrale sia nell’ambito della regolazione, sia nell’ambito della riflessione giuridica: a riguardo, anche per ulteriori riferimenti, si veda per tutti il recente volume a cura di A. ANTONUCCI – S. CAVALIERE – A. DAVOLA – G. LUCHENA, *Sostenibilità, Finanza, Mercati, Ambiente (Spunti di riflessione)*, Bari, 2025, che raccoglie gli atti di un convegno tenutosi a Bari il 16 e il 17 maggio 2024, tra i cui contributi si segnala in particolare quello di F. CAPRIGLIONE, *Sostenibilità mercato ambiente. Una riflessione introduttiva*.

Nella specifica prospettiva del contratto, sempre in tema di sostenibilità, si segnala anche R. FADDA, *La sostenibilità tra disciplina del contratto e tutela del consumatore*, Napoli, 2024.

⁴ I dati riferiti sono tratti dall’analisi *Key to Energy. Il fotovoltaico per l’industria*, presentata a una *webinar* svoltosi a Milano il 15 gennaio 2025, e reperibile sul *web* nel sito <https://www.qualenergia.it>; nonché dal *paper* intitolato *Stato dell’arte e prospettive dei PPA*, a cura di Assolombarda, del dicembre 2024, reperibile sul *web* nel sito <https://www.assolombarda.it>.

⁵ Per questi dati, vedi sempre le fonti citate alla nota precedente.

I PPA fisici, poi, possono prevedere diverse varianti sul piano squisitamente operativo, distinguendosi tra:

(i) PPA *on-site*: in questo caso, l'impianto di produzione è collegato direttamente all'impianto di consumo, all'interno dunque di una configurazione di autoconsumo; non essendo utilizzata la rete pubblica non è dovuto il pagamento di oneri di trasporto e di sistema per l'energia, che è prodotta in sito, e che non è prelevata dalla rete;

(ii) PPA *off-site*: l'energia acquistata e utilizzata viene prodotta da impianti che sono dislocati altrove rispetto alla sede dell'azienda compratrice. Il trasporto avviene tramite la rete pubblica e assume dunque rilevanza il ruolo dei *trader* in fase di prelievo e di immissione, i quali "mediano" i rapporti con il sistema elettrico.

Le clausole relative alla remunerazione del venditore possono prevedere un prezzo fisso, un prezzo variabile, o anche combinazioni prezzo fisso/prezzo variabile, non mancando peraltro casi in cui sono previste clausole *floor* o *cap*.

Sempre relativamente al prezzo, si distinguono almeno tre fondamentali tipologie di clausole, che peraltro non di rado si trovano combinate nel medesimo contratto:

- la clausola *pay as scheduled*, per cui l'acquirente concorda di pagare una quantità predeterminata di energia su base oraria, giornaliera o mensile, indipendentemente dal fatto che essa venga prodotta, ovvero che venga ad esso compratore consegnata o da esso compratore prelevata (ovviamente per ragioni non riconducibili alla responsabilità del venditore, ad esempio guasti di rete, o fattori meteorologici). Questa clausola risulta funzionale a gestire il rischio di prezzo per l'acquirente (perché il rischio che egli si assume sul versante della mancata produzione, consegna o ritiro, è compensato da condizioni di prezzo normalmente migliori) e, per converso, è funzionale a gestire il rischio di fatturato per il venditore;
- la clausola *pay as produced*, per cui l'acquirente accetta di pagare la quantità effettiva di energia generata, il che significa che egli si assume il rischio delle fluttuazioni nella produzione (e dunque potrebbe dover pagare per energia che non gli serve, oppure potrebbe non avere a disposizione tutta l'energia che gli serve);
- la clausola *baseload*, per cui il produttore si impegna a fornire (e l'acquirente ad acquistare) una quantità costante di energia; dunque, se il produttore non riesce a consegnare l'intera quantità, si trova a dover acquistare l'energia mancante sul mercato per adempiere al proprio obbligo, mentre in caso di sovrapproduzione l'energia in più può ad esempio essere venduta a parte sul mercato *spot*, gestito dal G.M.E. (Gestore Mercati Energetici).

La regolazione degli obblighi di consegna dei volumi di energia di cui al contratto, nonché di pagamento del relativo prezzo è normalmente effettuata tramite la *Piattaforma Conti Energia*, gestita sempre dal G.M.E.

Passando a profili più generali, non paiono esserci soverchi ostacoli rispetto a un inquadramento dei PPA fisici nel tipo legale della somministrazione (oltre

che della vendita, in virtù della tipologia di prestazione dedotta in contratto: la fornitura di una *res*, quale l'energia, in relazione al richiamo contenuto nell'art. 1570 c.c.)⁶.

In ogni caso, la prassi ha ormai sviluppato una notevole standardizzazione, in particolare della c.d. parte normativa di questi contratti, per cui può affermarsi che molte delle clausole in essi contenute hanno acquisito a loro volta natura tipica, sia pure sotto il profilo della tipicità c.d. sociale: dunque, forse l'inquadramento più corretto dei contratti qui analizzati potrebbe essere declinato in termini di *variante socialmente tipica di un contratto legalmente tipico*⁷.

Nei PPA fisici *off-site* è pressoché sempre fondamentale, ad esempio, l'obbligazione del venditore – in aggiunta ovviamente a quella di fornire l'energia – di trasferire in favore del cliente le garanzie di origine (e cioè le certificazioni “rinnovabili”, che nel nostro ordinamento sono disciplinate dal decreto del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica 14 luglio 2023, n. 224, attuativo dell'art. 46, d. lgs. 8 novembre 2021, n. 199), in ragione della loro essenzialità nell'economia complessiva del contratto. Queste garanzie di origine sono peraltro titoli liberamente negoziabili, anche separatamente dall'energia cui si riferiscono.

In ragione della rilevante importanza economica delle prestazioni, è ovviamente consueto l'inserimento nei contratti di garanzie bancarie e assicurative, così come nelle realtà di gruppo, quando il contratto è concluso da una controllata, vi è la prestazione della garanzia della controllante⁸.

⁶ Sul contratto di somministrazione, cfr. per tutti F. FEZZA – (V. IVONE), *Somministrazione e permuta*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU – F. MESSINEO – L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2017, p. 3 ss.

Si può inoltre osservare come, trattandosi di contratti aventi ad oggetto una *res* futura (l'energia da produrre), le sopra riferite clausole finiscano per rimandare alle classiche figure della *emptio spei* e della *emptio rei speratae*, sia pure declinate in ottica contemporanea. A riguardo, si rinvia per tutti alla classica trattazione monografica di P. PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. I. La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962 (recentemente ristampata nella collana *Università degli Studi di Camerino. Ristampe*, Napoli, 2010).

⁷ Appare peraltro opportuno qui segnalare che – come si avrà occasione di rilevare più ampiamente in seguito – l'art. 28, d. lgs. 8 novembre 2021, n. 199 è rubricato “Accordi di compravendita di energia elettrica da fonti rinnovabili a lungo termine”, ma esso tuttavia non contiene alcuna disciplina, sotto il profilo privatistico, degli accordi in questione. In questo senso, dunque, si può senz'altro affermare che i PPA (*rectius*: gli accordi di compravendita di energia elettrica da fonti rinnovabili a lungo termine) sono contratti *nominati*, ma (non ancora) *legalmente tipici*, dandosi così luogo ad una situazione nel complesso assimilabile a quella cui aveva dato luogo, in materia di *leasing*, l'art. 17, l. 2 maggio 1976, n. 183.

Sempre a proposito dell'art. 28, d. lgs. 8 novembre 2021, n. 199, si rileva che il legislatore interno ha ritenuto di non adoperare il termine *contratti*, preferendo l'utilizzo del termine *accordi*, verosimilmente per una (a nostro avviso eccessiva) forma di fedeltà al lessico anglosassone (*agreements*): non c'è dubbio alcuno, però, sul fatto che questi *accordi* rientrino pienamente nella fattispecie definita all'art. 1321 c.c.

⁸ Va però qui anticipato che il tema delle garanzie, rispetto a questi contratti, è stato fatto oggetto di un recente intervento normativo (a proposito del quale vedi quanto si dirà a breve

Altre clausole spesso presenti nei contratti qui analizzati riguardano la possibilità di recedere unilateralmente (essenzialmente in presenza di accadimenti che vengono prequalificati in termini di giusta causa), oppure di rinnovo automatico salvo disdetta; non mancano le ipotesi in cui vengono previste condizioni sospensive (ad esempio, costituite dalla realizzazione e dall'entrata in esercizio di un impianto da costruire) o risolutive (si pensi ad un impianto *on-site*, collocato su un fondo di cui il compratore ha però la disponibilità a titolo di locazione, e dunque in questi casi è normale inserire una condizione risolutiva correlata all'evento della cessazione della locazione). Ovviamente sono usuali le clausole risolutive espresse in caso di inadempimento di una delle parti, le clausole penali e quelle che, al determinarsi di certe condizioni, legittimano la sospensione delle prestazioni.

Particolare attenzione, anche in ragione della lunga durata dei contratti, è poi prestata alle questioni relative alle sopravvenienze⁹, sicché sono pressoché sempre inserite clausole relative alla forza maggiore (e cioè a quelle cause, estranee alla sfera di controllo di una delle parti, che rendono temporaneamente impossibile la prestazione della parte c.d. colpita), o alle modifiche normative, c.d. *change in law* (ivi comprese quelle di natura tributaria, e quelle di indole ambientale), o ai mutamenti degli scenari di mercato, idonee ad incidere sull'eseguibilità e sulla convenienza economica delle prestazioni. Sotto questo profilo frequenti sono le clausole di rinegoziazione in buona fede, destinate ad operare in presenza di variazioni significative rispetto alle condizioni in essere al momento della conclusione del contratto, con devoluzione al Giudice – quale *ultima ratio* – della decisione, in caso di fallimento della rinegoziazione; così come altrettanto frequenti sono le clausole che indicano espressamente la natura aleatoria del contratto e la conseguente esclusione del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta¹⁰.

Come ho anticipato, non sempre i PPA prevedono la consegna fisica dell'energia, perché esistono anche i PPA c.d. virtuali.

Qui ovviamente siamo al di fuori dell'ambito della somministrazione (o meglio, come detto, di una variante socialmente tipica della somministrazione), perché non è prevista alcuna forma di consegna dell'energia.

infra, nel testo), intervento destinato a rivestire una notevole importanza anche in relazione all'incentivo rispetto all'adozione dello schema che stiamo analizzando.

⁹ A riguardo, nella dottrina anglosassone, cfr. G. VIAL, *Power purchase agreements affected by unexpected circumstances: lessons from real litigation*, in *Journal of World Energy Law and Business*, 2023, 16, p. 267 ss.

¹⁰ Come noto, il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, che costituiva senza dubbio un indiscutibile elemento di modernità, all'interno del c.c. del 1942, è da tempo entrato in crisi, e sempre più frequenti sono ormai le proposte finalizzate, in vario modo, ad auspicarne la sostituzione attraverso l'adozione di un modello manutentivo del contratto, in luogo di quello demolitorio, configurato nell'art. 1467 c.c.: in tema, si vedano per tutti le ormai classiche pagine di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

I PPA virtuali, o finanziari, che peraltro sono quasi sempre caratterizzati dalla presenza della clausola *pay as scheduled*, sono contratti di mero scambio di flussi finanziari.

Sul piano pratico, il cliente contratta di acquistare l'energia prodotta da un impianto e i relativi certificati d'origine ad un prezzo concordato, ovvero si paga o riceve dal produttore la differenza tra un prezzo di riferimento stabilito in contratto e il prezzo pattuito. Si tratta, dunque, di un CfD (e cioè di un contratto differenziale), che costituisce a tutti gli effetti uno strumento di copertura finanziaria, rispetto all'oscillazione del prezzo dell'energia. Come tale, esso è dunque da considerarsi uno strumento derivato, il cui sottostante è rappresentato dalla produzione del venditore. Rispetto dunque ai PPA virtuali, trova senz'altro applicazione il Regolamento 4 luglio 2012, n. 648/12 del Parlamento Europeo e del Consiglio (c.d. *EMIR*), in materia – tra l'altro – di strumenti derivati *over the counter*¹¹.

2. La recente novità introdotta a proposito della previsione di una garanzia di ultima istanza, nell'ambito dei contratti PPA

Così descritte a grandi linee le diverse tipologie di PPA, è necessario dare conto di un'importante novità normativa, recentemente introdotta nell'ordinamento interno, novità che rappresenta senz'altro una forma di incentivo, rispetto all'adozione dello schema contrattuale che stiamo esaminando.

Con il d.l. 31 dicembre 2024, n. 208 (c.d. Decreto Emergenze), convertito in l. 28 febbraio 2025, n. 20, all'art. 8 è stata introdotta una disposizione dedicata alla mitigazione dei rischi finanziari nei PPA, conformemente a quanto previsto ai sensi del Regolamento 13 giugno 2024, n. 1747/2024 del Parlamento europeo e del Consiglio.

La disposizione è intervenuta sul testo dell'art. 28 del già richiamato d. lgs. 8 novembre 2021, n. 199, rubricato "Accordi di compravendita di energia elettrica da fonti rinnovabili a lungo termine", il quale – appunto con riferimento ai contratti che stiamo analizzando – già prevedeva:

- l'istituzione di una *bacheca* informativa da parte del Gestore dei Mercati Energetici – G.M.E. finalizzata a: (i) raccogliere gli annunci di operatori interessati a proporre la negoziazione di PPA in qualità di venditori/produttori o di acquirenti, favorendone l'incontro, tramite il "Comparto Annunci"; (ii) permettere la registrazione dei PPA già conclusi dagli operatori iscritti alla *bacheca*, tramite il "Comparto Registrazione Contratti"; e (iii) eseguire

¹¹ Per una recente trattazione completa dei contratti del mercato finanziario, cfr. il volume di D. MAFFEIS, *I contratti del mercato finanziario*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU – F. MESSINEO – L. MENGONI – P. SCHLESINGER, continuato da V. ROPPO – F. ANELLI, Milano, 2024 (in particolare, per quanto di interesse rispetto a questa analisi, vedi, sugli *ESG-derivates*, p. 317 ss.).

le procedure di assegnazione dell'energia elettrica relative al meccanismo c.d. *energy release*, di cui al D.M. 16 settembre 2022, tramite il “*Comparto Energy Release*”;

- l'istituzione di una *piattaforma* di negoziazione organizzata, gestita dal G.M.E., a partecipazione volontaria e volta a facilitare la sottoscrizione e diffusione dei PPA tra gli operatori (venditori o acquirenti) interessati, agevolando il raggiungimento degli obiettivi di decarbonizzazione, così come auspicato dai considerando 27 e 28 del Regolamento 13 giugno 2024, n. 1747/2024 del Parlamento europeo e del Consiglio.

Al momento in cui si scrive, mentre la *bacheca* risulta essere pienamente operativa, la *piattaforma* è, come si vedrà, prossima ad essere realizzata.

Infatti, con il recente intervento normativo, all'art. 28 è stato aggiunto un comma 2 *bis*, il quale prevede che, tramite apposito decreto, il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica stabilisca criteri e condizioni affinché il G.S.E. (e cioè il Gestore dei Servizi Energetici) assuma il ruolo di garante di ultima istanza nei contratti PPA negoziati sulla *piattaforma*, in coerenza con un sistema più ampio di garanzie, demandato allo stesso decreto tramite l'identificazione dei requisiti e degli obblighi a carico dei contraenti¹².

Quanto precede si inserisce nel contesto degli sforzi derivanti dal capitolo *Repower EU* del PNRR, in merito all'adozione di normative primarie e attuative, entro il 2024, volte ad incrementare la fiducia degli operatori di mercato in relazione alla negoziazione dei PPA, riducendo i rischi percepiti ad essi associati, incentivando una maggiore e più ampia partecipazione al mercato, nonché stabilizzando il mercato stesso e i prezzi inerenti agli accordi di compravendita di energia a lungo termine.

In sostanziale concomitanza con il convegno che ha fornito l'occasione di svolgere queste riflessioni, è stato emanato il d.m. 20 giugno 2025, n. 152, del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Si ritiene pertanto opportuno dare qui conto del contenuto del decreto ministeriale in questione, che consta di otto articoli, il primo dei quali è dedicato alle finalità e all'ambito di applicazione: questi ultimi, come detto, includono sia lo sviluppo della piattaforma di mercato organizzato per la negoziazione di lungo termine di energia da fonti rinnovabili, sia la definizione dei criteri e delle condizioni in base ai quali il G.S.E. assume il ruolo di garante di ultima istanza nei contratti PPA negoziati sulla piattaforma stessa. Si osserva come, sempre all'art. 1, venga specificato che, in relazione a siffatti profili, la funzione del decreto ministeriale è quella di fornire «indirizzi al G.M.E.», sicché ne è evidente la principale natura di disciplina – per l'appunto – di indirizzo, e non già di piena e completa attuazione delle disposizioni di cui alla fonte normativa primaria.

¹² Per una prima lettura, cfr. il *paper* 16 gennaio 2025, intitolato *GSE garante nei contratti PPA: la riforma del d.l. emergenze*, reperibile sul web al sito <https://www.advant-nctm.com>.

L'art. 2 contiene, come è ormai consuetudine delle tecniche di *drafting* normativo, un elenco di definizioni, la prima delle quali (lett. a) è dedicata ai *contratti PPA* («contratti di compravendita di lungo termine di energia da fonti rinnovabili»), dal che si rileva una maggiore indipendenza della fonte secondaria, rispetto a quella primaria, quanto al dato della fedeltà lessicale con la terminologia anglosassone.

Altre definizioni che si ritiene di dover segnalare sono:

- quella che (lett. i) specifica che il G.S.E. subentra quale garante di ultima istanza, in caso di inadempimento di un operatore che abbia concluso un contratto sul mercato organizzato (e cioè sul c.d. MPPA, ovvero sulla *piattaforma*), nella relativa posizione nei confronti della controparte non inadempiente;
- nonché quella che (lett. j) identifica il *prezzo di riserva*, ovvero il prezzo al quale il G.S.E. subentra (rispettivamente, quale debitore o quale creditore) come operatore di ultima istanza in caso di inadempimento di una delle parti.

A conferma della natura di disciplina di indirizzo (e non di piena e completa attuazione, come poc'anzi si è già segnalato), l'art. 3 del decreto ministeriale in commento è rubricato «[I]ndirizzi per lo sviluppo del MPPA e condizioni per l'assunzione del ruolo di operatore di ultima istanza».

In particolare, il secondo comma demanda al G.M.E., previa consultazione, la definizione del modello di funzionamento del MPPA, mentre il comma terzo dispone che la disciplina del mercato elettrico in sede di avvio del MPPA venga affidata ad un ulteriore decreto del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, sentita l'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA).

Si tratta, dunque, di un percorso piuttosto articolato e complesso, che coinvolge diversi soggetti e istituzioni (il Ministero, l'ARERA, il G.M.E., gli *stakeholders* del settore, nonché il G.S.E.). È infatti il G.S.E. che, a norma dell'art. 8, secondo comma, del d.m. in esame, dovrà farsi latore, entro centoventi giorni dall'entrata in vigore del d.m. in commento¹³, della proposta riguardante le regole operative, proposta a sua volta da definirsi previa consultazione con gli *stakeholders* e d'intesa con il G.M.E.

Nell'ambito tuttavia della definizione delle regole concretamente operative, il decreto che qui si commenta – nei successivi commi dell'art. 3 – pone tutta una serie di punti fermi, volti essenzialmente a prevenire, o quanto meno ad attenuare, il rischio di condotte speculative e di azzardo morale da parte degli operatori di mercato, condotte che possono facilmente verificarsi in un sistema basato, in ultima istanza, sul subentro di un'entità terza (per giunta sostanzialmente pubblica, qual è G.S.E. S.p.a., il cui capitale è detenuto per intero dal M.E.F.) nella posizione contrattuale della parte inadempiente.

¹³ Il d.m. è entrato in vigore il 1° luglio 2025, sicché il termine di 120 giorni scadrà il 29 ottobre 2025.

Non a caso, proprio al fine di «minimizzare il rischio di strategie speculative», al quarto comma si prevede che non sia consentita sul MPPA la vendita di energia elettrica ricavata da fonti rinnovabili, che sia già oggetto di contratti precedentemente negoziati.

Allo scopo, poi, di contenere il rischio di inadempimento nei contratti PPA – e questo è in qualche misura da considerarsi il punto nodale dell'intera disciplina secondaria qui analizzata – al quinto comma si pongono numerose condizioni, affinché la garanzia di ultima istanza possa divenire operativa.

In primo luogo si dispone che la garanzia possa scattare – sotto il profilo soggettivo – solo se le parti del PPA si siano reciprocamente selezionate, in via preliminare, sul MPPA e siano chiaramente identificate; inoltre – sotto il profilo oggettivo – i casi di inadempimento devono essere gestiti separatamente per ogni singolo contratto.

Sempre sotto il profilo soggettivo, viene stabilito che le offerte di vendita sul MPPA possano essere presentate unicamente da soggetti titolari di impianti in esercizio e/o autorizzati, e che soddisfino i requisiti individuati dal G.S.E. tramite le regole operative di futura emanazione, ai sensi del già menzionato secondo comma dell'art. 8. Analoga previsione è contenuta per quanto concerne le offerte di acquisto, che possono essere presentate unicamente da soggetti titolari di punti di prelievo e che possiedano determinati requisiti, sempre da individuarsi a norma del secondo comma dell'art. 8.

Particolarmente importante è, poi, la disposizione che attribuisce al G.M.E. il ruolo di «controparte centrale» nei contratti negoziati sul MPPA, per tale intendendosi quell'entità giuridica intermediaria la quale, al fine di mitigare il rischio di insolvenza delle parti, si frappone tra il compratore e il venditore.

La partecipazione al mercato organizzato è, inoltre, subordinata alla positiva verifica della congruità finanziaria delle garanzie prestate dagli operatori, a copertura dell'esposizione associata a ciascun contratto, esposizione la cui determinazione è previsto che venga effettuata per una quota del controvalore di ciascun anno oggetto del contratto medesimo, decrescente all'aumentare della durata del contratto stesso, e con rivalutazione periodica, al fine di tenere conto dell'evoluzione dei prezzi.

La finalità di contenere quanto più possibile l'applicazione concreta del meccanismo di garanzia di ultima istanza trova espressione nella regola stabilita alla lett. g) del quinto comma dell'art. 3, la quale dispone: (i) l'applicazione da parte del G.M.E., anche in funzione dissuasiva, delle misure disciplinari, di cui alla normativa di settore; (ii) l'escussione, da parte del G.M.E., nel proprio ruolo di c.d. controparte centrale, delle garanzie prestate dalla parte inadempiente, versandone poi gli importi al G.S.E., il quale utilizzerà tali somme per coprire eventuali oneri sostenuti per lo svolgimento della propria attività di garante di ultima istanza.

Rispetto alle riflessioni che qui stiamo conducendo, un ruolo cruciale è senza dubbio rivestito dall'art. 4, dedicato all'intervento del G.S.E. nel ruolo di operatore (garante) di ultima istanza.

Il primo comma disciplina l'ipotesi dell'inadempimento dell'acquirente, dunque del soggetto su cui grava la posizione contrattuale di debitore di una somma di danaro. Nel sostituirsi ad esso – limitatamente alla durata residua del contratto PPA, e con riferimento alla sola parte non formante oggetto di trasferimento sul mercato a termine dell'energia elettrica (MTE), organizzato dal G.M.E. – il G.S.E. pagherà al venditore il c.d. *prezzo di riserva*, la cui definizione è demandata alle già richiamate regole operative, di prossima emanazione: ciò, peraltro, «nei limiti delle risorse disponibili», il cui ammontare finirà dunque per condizionare la concreta operatività del sistema di garanzia di ultima istanza, nell'ipotesi di inadempienza dell'acquirente¹⁴.

Il secondo comma dell'art. 4 prende invece in considerazione il caso in cui sia il fornitore dell'energia a rendersi inadempiente. Qui – sempre limitatamente alla durata residua del contratto, e con riferimento alla sola parte non formante oggetto di trasferimento sul MTE – il G.S.E. entrerà nel contratto ricevendo dall'acquirente il *prezzo di riserva*, ed assumerà la disponibilità dell'energia elettrica prodotta dall'impianto asservito al contratto PPA, subentrando alla controparte venditrice nel relativo contratto di dispacciamento.

L'accesso alla garanzia di ultima istanza prevede, peraltro, un corrispettivo a carico dei contraenti, definito dall'ARERA su proposta del G.S.E.

Analogamente a quanto avviene per i contratti di rendimento energetico, anche per i contratti PPA la disciplina secondaria in commento introduce alcuni c.d. «elementi minimi»¹⁵, in questo caso ai fini della loro ammissione alla negoziazione sulla piattaforma MPPA.

L'art. 5, infatti, dispone che i contratti debbano avere una durata non inferiore a 5 anni e non superiore a 10 anni (ciò, comprensibilmente, in chiave di una razionale gestione dell'alea, dovendosi dunque escludere sia contratti troppo brevi, sia contratti troppo lunghi) e debbano altresì assumere caratteristiche standardizzate analoghe, o comunque compatibili, con quelle dei contratti negoziati sul mercato elettrico a termine.

La standardizzazione è, invero, qui imposta non già nella tradizionale prospettiva dei contratti di massa, ma nella prospettiva di un contratto che potrebbe vedere subentrare come controparte del soggetto inadempiente un soggetto terzo, peraltro di natura sostanzialmente pubblica, come si è già detto.

Alla medesima funzione assolve anche la norma (art. 5, comma secondo) che prevede apposite modalità con le quali le garanzie di origine dell'energia elettrica prodotta in esecuzione dei contratti negoziati sul MPPA, possono essere cedute dal produttore: è appena infatti il caso di ricordare il ruolo centrale, in questo settore, delle garanzie di origine, nonché della loro negoziabilità sul mercato.

¹⁴ A riguardo, l'art. 7 del d.m. in commento disciplina il tema delle procedure operative per l'utilizzo delle risorse destinate alla copertura della garanzia prestata dal G.S.E.

¹⁵ Riprendiamo, qui, la titolazione del saggio di M. MAUGERI, *op. cit.*

I contratti negoziati sulla *piattaforma* MPPA sono fatti poi oggetto di registrazione, a cura del G.M.E., nella c.d. *bacheca* PPA, il cui comparto annunci, però, già si prevede che possa essere chiuso, alla luce dell'eventuale successo del mercato organizzato sulla *piattaforma* medesima (art. 8, comma primo).

Tale successo, peraltro, appare subordinato al buon funzionamento delle verifiche circa la corretta esecuzione dei contratti, a partire da quelle relative alla corrispondenza tra la quantità di energia immessa in rete dal venditore in virtù dei contratti PPA negoziati sul MPPA e quella effettivamente prodotta da fonti rinnovabili (art. 6). Sotto questo profilo, il legislatore secondario attribuisce penetranti poteri ispettivi al G.S.E., ivi inclusi controlli a campione, accertamenti documentali, sopralluoghi *in loco*.

A conclusione di queste brevi riflessioni – e in attesa del completamento di questo lungo e complesso procedimento di regolazione, mediante l'emanazione della disciplina concretamente attuativa – può dunque affermarsi che l'ordinamento interno si stia dotando di un sistema efficiente, che chiama in causa soggetti pubblici ed operatori privati, in una logica di cooperazione che si auspica possa portare al raggiungimento dei diversi obiettivi prefissati, sia sul versante della sostenibilità, sia su quello della competitività.

Abstract [Ita]

La relazione si occupa di analizzare i contratti PPA (*Power Purchase Agreements*), che consentono di acquistare energia green o direttamente da un produttore di energia rinnovabile, o per il tramite di un trader. Nello specifico, si approfondisce la distinzione intercorrente tra PPA fisico e PPA virtuale, con particolare riferimento alla tipologia di clausole presenti in tali tipologie contrattuali. Particolare attenzione viene riservata al decreto legge n. 208 del 2024, che ha introdotto all'articolo 8 una disposizione volta a mitigare i rischi finanziari nei PPA, conformemente a quanto previsto dal Regolamento n. 1747/2024 del Parlamento europeo e del Consiglio.

Parole chiave: *Power Purchase Agreements*; PPA fisici e PPA virtuali; PPA in loco e PPA fuori sede; Decreto Legislativo n. 208 del 2024; Regolamento UE n. 1747/2024.

Abstract [Eng]

The report analyzes Power Purchase Agreements (PPAs), which allow the purchase of green energy either directly from a renewable energy producer or through a trader. Specifically, it examines the distinction between physical PPAs and virtual PPAs, with particular reference to the type of clauses included in these types of contracts. Special attention is paid to Legislative Decree No. 208 of 2024, which introduced a provision in Article 8 aimed at mitigating the risks financed in PPAs, in accordance with Regulation No. 1747/2024 of the European Parliament and of the Council.

Keywords: Power Purchase Agreements; physical PPAs and virtual PPAs; PPA on-site and PPA off-site; Legislative Decree No. 208 of 2024; EU Regulation No. 1747/2024.

Il Contratto di efficientamento energetico: intersezioni tra profili di diritto privato e prospettive giuspubblicistiche

Salvatore Mistretta

Il presente lavoro intende approfondire il contratto di efficientamento energetico nella prospettiva della disciplina di diritto privato, atteso che, nel panorama dottrinale di riferimento, detto istituto viene normalmente trattato nel più ampio contesto degli appalti nel settore energetico, ovvero dei c.d. appalti verdi e dei contratti ecologici¹.

Gli appalti nel settore energetico si atteggiavano come contratti aventi ad oggetto differenti tipologie di prestazioni, quali servizi o forniture, nonché attività in senso ampio, relative alla produzione industriale dell'energia. L'ambito loro proprio, allora, è assai variegato, per cui, tra i settori nei quali si rinvencono, possono indicarsi la produzione di energia elettrica, l'approvvigionamento di combustibili, la costruzione di impianti energetici e la fornitura di attrezzature e tecnologie strumentali alle attività precedenti.

Visti i relativi contenuti, gli appalti in materia energetica sono oggetto di una particolare attenzione nella prospettiva del *Green Deal* europeo², tramite il quale l'Unione Europea mira a conseguire la c.d. neutralità climatica entro l'anno 2050.

In effetti, un tale, e assai ambizioso, piano d'azione mira a promuovere e indirizzare la transizione verso un modello economico che dà priorità al benes-

¹ Sul tema si veda M. PENNASILICO, *L'uso responsabile delle risorse naturali e il "contratto ecologico"*, in ID. (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, pp. 166 ss.; C. FELIZIANI, *I nuovi appalti verdi, un primo passo verso un'economia circolare?*, in *Dir. econ.*, 2017, p. 349 ss.

² Il *Green Deal* europeo è edito in www.consilium.europa.eu, là dove si definisce nei termini di una strategia di crescita dell'UE. Lanciato nel 2019, esso consiste in un pacchetto di iniziative strategiche che hanno avviato l'UE sulla strada di una transizione verde, con l'obiettivo ultimo di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050. Si tratta del contributo dell'UE all'accordo di Parigi, che l'UE e gli Stati membri hanno ratificato, il quale ha stabilito l'obiettivo di mantenere il riscaldamento globale entro +1,5°C rispetto ai livelli preindustriali. Il *Green Deal* sostiene la trasformazione dell'UE in una società equa e prospera con un'economia moderna e competitiva, oltre a sottolineare la necessità che tutti i settori di intervento contribuiscano alla lotta contro i cambiamenti climatici. La strategia sostiene misure in vari settori economici, tra cui l'energia, i trasporti, l'industria, l'agricoltura e la finanza sostenibile.

sere umano e all'equità sociale, riducendo al contempo i rischi ambientali e le esternalità negative sulle risorse ecologiche³; ciò avverrebbe avvalendosi anche di uno schema di produzione e consumo che implica condivisione, prestito, riutilizzo, riparazione, ricondizionamento e riciclo dei materiali e dei prodotti esistenti, così da estenderne nel modo più ampio la funzionalità (il riferimento, allora, è alla c.d. economia circolare⁴).

Tra i negozi rilevanti ai fini dell'indagine, è stato prescelto il contratto di rendimento energetico (o Energy Performance Contract – EPC), che trova una – seppur lacunosa – definizione all'art. 2 del d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102, volto ad attuare la direttiva 2012/27/UE (ora sostituita dalla direttiva 2023/1791/UE⁵). L'allegato 8 del medesimo decreto – da leggersi ora congiuntamente all'allegato XV della nuova direttiva – indica i “contenuti minimi” che il contratto EPC deve presentare, in particolare nel settore pubblico. Ulteriori disposizioni, seppur parziali, sono contenute anche nell'art. 200 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

L'art. 2 del d. lgs. n. 102/2014, infatti, definisce il contratto di rendimento energetico (o di prestazione energetica, secondo l'acronimo EPC) come l'accordo contrattuale tra il beneficiario – o chi per esso esercita il potere negoziale – e il fornitore di un *quantum* di miglioramento dell'efficienza energetica,

³ In questo senso A. MITROTTI, *Alle radici “pubblicistiche” degli Energy Performance Contract (EPC)*, in *Riv. giur. amb.*, 2, 2021, p. 36, secondo cui il contratto di rendimento energetico si inserisce strutturalmente, e a pieno titolo, nell'ordinamento repubblicano come un preziosissimo strumento di diritto dell'economia, *ex se*, funzionale all'ambizioso perfezionamento di un vero e proprio modello economico di nuovo conio che si fonda sulla leva costituzionale di un sviluppo sostenibile avente carattere intergenerazionale; secondo M. A. CABIDDU, *Energia per lo sviluppo: servizio essenziale e diritto fondamentale*, in *Amministrare*, 2, 2009, p. 175, tale nuovo modello economico “non si limita al puro sfruttamento dei beni e delle risorse naturali ma si fonda sulla ricerca e sulle tecnologie più sofisticate – come accade per le energie c.d. ‘alternative e per le rinnovabili’ – diventa[ndo per ciò] difficile, se non impossibile, distaccare la disciplina della materia [dell'economia energetica] da quella dei settori affini o collaterali” (come è per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, della salute, della libera concorrenza nel mercato, della promozione dell'occupazione nel settore energetico, sino, fra l'altro, alla stessa garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni ed agli aspetti di una coesione economica, sociale e territoriale).

⁴ Ricostruiscono il modello economico dell'economia circolare, quale protensione alla realizzazione di interessi superindividuali: D. IACOVELLI, *Rifuti e mercato nell'economia circolare*, Torino, 2021, p. 132; A. CASTELLI, *GPP e economia circolare: le dinamiche ambientali all'interno del Codice dei contratti pubblici*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2019, 1, p. 725; M. MELI, *Oltre il principio “chi inquina paga”: verso un'economia circolare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 63.

⁵ La più recente normativa in materia energetica è rappresentata proprio dalla direttiva (UE) 2023/1791 e dal pacchetto *Fit for 55*, strumenti con cui l'UE intende ridurre le emissioni di almeno il 55% entro il 2030. L'efficienza energetica non è più un obiettivo ausiliario, ma un vincolo cogente per gli Stati membri. La strategia climatica europea impone una revisione profonda delle politiche energetiche, rafforzando anche strumenti contrattuali come gli EPC, che diventano leve operative per la realizzazione degli obiettivi ambientali; cfr. in tal senso A. DE VITA, *Efficienza energetica e obiettivi vincolanti nel diritto europeo*, in *Riv. giur. ambiente*, 2023, pp. 45 ss.

efficienza verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto; in esso gli investimenti realizzati (lavori, forniture o servizi) sono remunerati in funzione del livello, stabilito contrattualmente, di un siffatto miglioramento dell'efficienza energetica⁶, oppure in base a ulteriori e diversi criteri di prestazione energetica concordati tra le parti, quali i risparmi finanziari.

La dottrina che ha analizzato l'istituto in commento ha unanimemente rilevato come le scarse indicazioni fornite dal legislatore siano principalmente volte a garantire, da un lato, la trasparenza del rapporto e, dall'altro lato, la certezza del suo impatto economico nella distribuzione dei rischi tra le parti⁷. Non è un caso che l'allegato 8 del d. lgs. n. 102/2014 si soffermi esclusivamente: a) sulla durata e sui termini del rapporto; b) sulla determinazione dei costi, dei finanziamenti e dei compensi oggetto del medesimo; c) sulla specificazione della modalità in cui dovrà svolgersi il monitoraggio e, quindi, sulle pattuizioni volte a garantire l'efficienza del rapporto e il raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Nell'ottica della disciplina codicistica di parte generale del contratto, simili indicazioni potrebbero apparire superflue, posto che essa già individua una serie di istituti diretti a prevedere e a garantire la determinatezza dell'oggetto del rapporto, nonché a tutelare le parti nei casi di alterazione del sinallagma tra le prestazioni nella fase esecutiva.

Le disposizioni sul contratto di rendimento energetico – per quanto scarse – acquistano un senso individuato, invece, se lette dal punto di vista giuspubblicistico⁸: infatti, tali norme non costituiscono regole di validità o di efficacia del contratto⁹, bensì mirano a salvaguardare il buon andamento della pubblica amministrazione, in quanto privilegiano, oltre agli interessi patrimoniali dell'appaltatore o del committente, le pubbliche risorse finanziarie e le esternalità positive del rapporto, secondo i canoni dell'efficienza e dell'efficacia amministrativa.

A conferma di ciò, l'art. 200 del d. lgs. n. 36 del 31 marzo 2023 (nuovo codice dei contratti pubblici) inquadra il contratto di rendimento energetico nel partenariato pubblico-privato, quale modello di collaborazione tra i relativi settori per la realizzazione e la gestione di progetti che interessano la colletti-

⁶ F. CUSANO, *L'efficienza energetica nel quadro della transizione ecologica*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 2, 2022, p. 167, afferma che "L'oggetto del contratto è l'individuazione, la progettazione e la realizzazione da parte della ESCo di una misura di efficientamento tale da produrre un risparmio di spesa sulla bolletta energetica del cliente".

⁷ C. BENANTI, *Contratti di rendimento e energetico o di prestazione energetica*, Napoli, 2018, pp. 39 ss; M. MAUGERI, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi "elementi minimi"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2014, pp. 422 ss.

⁸ Gli "elementi minimi" del contratto di rendimento energetico, infatti, sono imposti alla P.A. per la redazione dei contratti ad evidenza pubblica, e ai privati, per il solo caso in cui si voglia accedere a determinati incentivi di carattere fiscale (cfr. le regole applicative emanate dal GSE in attuazione dell'art. 8, comma 2, D.m. 16 febbraio 2016).

⁹ Così anche C. BENANTI, *Contratti di rendimento e energetico o di prestazione energetica*, cit., p. 60.

vità¹⁰, ove la P.A. e il privato condividono il rischio economico dell'operazione attuata a tali scopi. Pertanto, il contratto di rendimento energetico va annoverato tra i mezzi a disposizione dell'apparato amministrativo finalizzati all'attuazione degli indirizzi politici, nonché alla cura degli stessi interessi pubblici, con l'ausilio delle capacità manageriali e progettuali dei privati; esso, sotto il profilo strutturale, costituisce allora un'operazione negoziale complessa idonea a realizzare interessi di natura strettamente pubblicistica ogniqualvolta la P. A. ne faccia ricorso in un contesto di partenariato pubblico-privato.

Nell'ottica della teoria generale del contratto, tuttavia, occorre domandarsi se la rilevanza sociale del contratto di rendimento energetico dispieghi la propria influenza anche con riguardo ai rapporti di diritto privato – ossia là dove il rendimento energetico non coinvolga soggetti dotati di potestà autoritativa – e si collochi in un contesto di relazioni economiche suppostamente determinate dal solo mercato. Infatti, proprio in virtù degli interessi pubblici che esso sembrerebbe realizzare, il contratto in esame è stato più volte definito come “ontologicamente funzionalizzato”¹¹, atteso che la normativa euro-unitaria e interna lo inquadrano quale strumento della *green economy*.

Sul paradigma del contratto di rendimento energetico, in effetti, certa dottrina ha voluto fondare la categoria dei “contratti ecologici” o “sostenibili”¹² (di cui l'EPC sarebbe l'archetipo¹³), ossia quei contratti la cui funzione tra-

¹⁰ Il partenariato pubblico-privato è definito all'art. 174, comma 1, D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici), come “un'operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche: a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico; b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima; c) alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione; d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato”; sul tema si veda da ultimo A. GIOVANNINI, *Il partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustiziaamministrativa.it*, 23 novembre 2023; per un diffuso approfondimento sul tema G. VICICONTE, *I contratti di partenariato e la locazione finanziaria (artt. 179-182, 187)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, pp. 155 ss.

¹¹ Da ultimo si veda M. RENNA, *Dinamiche negoziali e sostenibilità ambientale: spunti dai CAM, dall'EPC e dagli accordi di sostenibilità*, in *Contr. impr. Eur.*, 2, 2024, pp. 267-268.

¹² M. PENNASILICO, *Economia circolare e diritto: ripensare la “sostenibilità”*, in *Pers. e merc.*, 2021, pp. 711 ss.; M. ROBLES, *Meritevolezza «ambientale» del contratto e transigibilità degli interessi*, Napoli, 2019, pp. 63 ss.; E. W. DI MAURO, *Sviluppo sostenibile e il contratto «ecologicamente orientato»*, in G. CAPALDO (a cura di), *Iniziativa economica privata e mercato unico sostenibile*, Roma, 2023, pp. 69 ss.; S. ZUCCARINO, *Sostenibilità ambientale e riconcettualizzazione del contratto*, in *Ann. SISDiC*, 2022, pp. 65 ss.; M. GIORGIANNI, *Il contratto «sostenibile». Riflessioni attorno a una categoria controversa*, in *Comp. e dir. civ.*, 2021, pp. 755 ss.; M. G. CAPPIELLO, *Il contratto “a rilevanza ecologica”: nuovi scenari civilistici a tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, pp. 121 ss. e S. PERSIA, *Profili contrattuali dello “sviluppo ecologico”: dalle locazioni ai mutui verdi*, *ivi*, 2020, pp. 190 ss.

¹³ M. RENNA, *Dinamiche negoziali e sostenibilità ambientale: spunti dai CAM, dall'EPC e dagli accordi di sostenibilità*, cit., p. 267, afferma che “L'EPC consente di verificare la tenuta del

scenderebbe l'interesse meramente egoistico delle parti, per produrre effetti benefici in favore dell'intera collettività in termini di sostenibilità ambientale e, quindi, di benessere pubblico.

In quest'ottica, si è ritenuto che i contratti in parola mostrerebbero peculiarità tali da indurre al ripensamento di alcuni concetti tradizionali del diritto civile e della stessa categoria del contratto¹⁴. Ciò risulterebbe ancor più palese alla luce della riformulazione degli artt. 9 e 41 Cost.¹⁵, a fronte della quale la salvaguardia dell'ambiente è annoverata (espressamente) tra i principi fondamentali costituzionali.

In sintesi, la portata dirompente dei contratti in argomento rilevarebbe principalmente in termini di causa e qualificazione del contratto, di giudizio di meritevolezza, d'interpretazione del negozio e, infine, di superamento del principio di relatività del contratto.

Approfondire il contratto di rendimento energetico alla luce della sistematica codicistica del contratto, quindi, implica anche riconcettualizzare la categoria del contratto sostenibile, così da verificare se con l'EPC siano stati effettivamente introdotti elementi normativi tali da influire sulla teoria generale del contratto, come tradizionalmente intesa.

In una prospettiva sistematica, si può giungere già ad una prima conclusione, peraltro avallata anche dalla dottrina che ha approfondito l'argomento, pur se, forse, suscettibile di essere ulteriormente precisata in termini operativi: il contratto di rendimento energetico è un contratto sicuramente nominato, in quanto espressamente richiamato dal legislatore nella sua struttura essenziale, ma atipico nel suo contenuto¹⁶, posto che non presenta una puntale discipli-

«contratto sostenibile», in quanto può apprezzarsi il superamento degli interessi patrimoniali dei contraenti e l'impatto della dimensione ecologica».

¹⁴ Così testualmente M. G. CAPIELLO, *Contratto di rendimento energetico e tutela dei terzi*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2018, p. 34; considera il contratto ecologico l'espressione sintomatica di un autentico «mutamento di paradigma» in materia contrattuale, tale da mettere in discussione, non solo la spinta del modello globale dello «sviluppo sostenibile», ma anche l'adeguatezza della nozione stessa di contratto, come formulata dal Codice civile del 1942, oltre che idonea ad imporre una conformazione «ecologica» dell'autonomia negoziale, M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2017, pp 4-5.

¹⁵ Ci si riferisce ovviamente alla riforma attuata con la legge costituzionale n. 1 dell'11 febbraio 2022, entrata in vigore il 09.03.2022, che ha aggiunto il comma 3, all'art. 9 *«Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»* e ha novellato i commi 2 e 3 dell'art. 41 che oggi è così formulato: *L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con la utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali.*

¹⁶ A. CASETTA, *La causa nel diritto dei contratti*, Torino, 2009, p. 78, riconosce che *«quando la legge fa riferimento a un contratto senza darne compiuta regolazione, è segno che non intende imporre una tipizzazione rigida, ma affidare alle parti l'individuazione del contenuto e della disciplina secondo criteri di efficienza economica».*

na ad esso dedicata, se non quella volta a salvaguardare l'interesse pubblico coinvolto nell'operazione¹⁷.

È quindi compito dell'interprete qualificare il negozio e ricostruirne compiutamente la fisionomia normativa, muovendo dall'unico dato fornito dal legislatore, ossia la causa¹⁸; in particolare, il requisito causale deve leggersi proprio nella visione prospettica della ontologica funzionalizzazione alla quale ho fatto cenno in precedenza¹⁹.

Ciò posto, il contratto di rendimento energetico può essere ricondotto, con buona approssimazione, al paradigma del sinallagma *do ut facias*, là dove il rapporto privatistico, oltre agli interessi di natura prettamente remunerativa delle prestazioni effettuate dalle parti, realizza anche l'ulteriore interesse sociale consistente nella riduzione, attraverso l'efficientamento energetico, dell'impatto ambientale derivante dall'opera dell'uomo.

Ancora, il rapporto di rendimento energetico, nei termini in cui è descritto anche dalla normativa pubblicistica, si presenta per lo più come un appalto d'opera misto ad un appalto di servizi²⁰: da un lato, infatti, l'operatore è vincolato a realizzare impianti e/o strutture dirette all'efficientamento energetico ed al relativo monitoraggio, mentre, dall'altro lato, il medesimo operatore si impegna alla gestione dell'impianto percependo i canoni ad essa attinenti, e ciò proprio in base all'effettivo risparmio energetico realizzato²¹.

¹⁷ Così L. PAROLA – T. ARNONI – S. GRANATA, *I contratti di efficienza energetica. Profili regolamentari e prassi*, in *I contratti*, 2015, n. 5, pp. 517 ss.; così anche F. CUSANO, *L'efficienza energetica nel quadro della transizione ecologica*, cit., p. 163.

¹⁸ Ossia la ragione pratica del contratto, cioè l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a realizzare, come autorevolmente sostenuto da C. M. BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, III, Milano, 2019, p. 409; ovvero, ancora E. GABRIELLI, *“Operazione economica” e teoria del contratto*, Milano, 2013, p. 70, per cui la causa corrisponderebbe agli *“interessi che entrano a far parte delle ragioni pratiche dell'affare, indipendentemente dalla loro presenza nel modello legale”*.

¹⁹ Cfr. A. ZOPPINI, *L'efficienza energetica: spunti di diritto privato*, in L. CARBONE - G. NAPOLITANO - A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia*, 2016, p. 360, il quale rileva come la tecnica definitoria usata dal legislatore sia inusuale, in quanto tramite essa non si ha *“la definizione di una fattispecie, la descrizione di fatti al verificarsi dei quali si produce una modificazione per l'ordinamento giuridico, bensì l'individuazione di una funzione che rileva per l'ordinamento in quanto misurabile”*.

²⁰ Da ultimo, qualifica l'EPC come un appalto *tout court* M. RENNA, *Dinamiche negoziali e sostenibilità ambientale*, cit., p. 270; Sulla distinzione tra contratto di appalto e contratto di rendimento energetico insiste, invece, M. PENNASILICO, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, cit., p. 830, nt. 78, secondo il quale *“non sembra, tuttavia, corretto assimilare il contratto di rendimento energetico all'appalto, giacché diverso è il criterio di valutazione dell'adempimento: l'esecuzione a regola d'arte dell'opera o del servizio, nell'appalto; il risparmio energetico, nell'EPC. Ne consegue un differente modo di determinazione e corresponsione del corrispettivo: un canone periodico variabile, nell'EPC, commisurato al risparmio di spesa conseguito dal beneficiario; una somma di denaro, nell'appalto, complessivamente determinata, che il committente s'impegna a pagare per il compimento dell'opera o del servizio una volta intervenuta, di norma, la propria accettazione”*.

²¹ Così C. BENANTI, *Il contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica*, cit., p. 35, secondo il cui il contratto in parola sarebbe una *“fattispecie di secondo grado”*, riconducibile a tipi già esistenti a seconda di come in concreto si atteggi il rapporto, potendo

Nell'ottica privatistica, quindi, la disciplina del rapporto è data dalla sintesi delle regole in tema di appalto d'opera e di servizi²², le quali, tuttavia, nella loro ermeneutica tradizionale non contemplano modelli "ibridi", sia in generale sia con precipuo riferimento al nuovo mercato della *green economy*.

Ciò posto, ritengo utile soffermarmi sull'ammissibilità – nella declinazione privatistica dei rapporti di rendimento energetico – di clausole proprie dell'economia circolare²³, le quali: a) da un lato, consentano al committente di estinguere il rapporto qualora, in sede di esecuzione delle prestazioni contrattuali, gli impianti o i servizi offerti divengano obsoleti rispetto alle nuove tecnologie reperibili sul mercato; b) dall'altro lato, autorizzino l'appaltatore a riappropriarsi dei propri impianti e servizi per reimmetterli nel mercato, così da massimizzarne il margine di sfruttamento. Difatti, la peculiare natura dell'oggetto contrattuale nel contratto di rendimento energetico, influenzata dall'esigenza di mutare in senso positivo il rapporto tra costo dell'energia e qualità dei servizi ad essa attinenti, potrebbe consentire l'attenuazione e/o la dissoluzione del vincolo negoziale qualora risulti più efficiente individuare altra e diversa controparte, in grado di esprimere al meglio la capacità del contratto di produrre esternalità positive in senso ambientale²⁴.

Ad oggi, le c.d. "clausole di ritiro", idonee ad attuare le esigenze dell'economia circolare, sono ammesse e incentivate dal nuovo art. 178-bis del c.d. T.U. ambiente (d.lgs. n. 152/2006, come modificato e novellato dal d.lgs. n. 213/2022), in materia di smaltimento, gestione e riciclaggio di rifiuti.

Nel contesto pubblicistico, una tipizzazione di tali clausole si rinviene agli artt. 190 e 191 del codice degli appalti pubblici di cui al d. lgs. n. 36/2023: il primo consente alla P.A. di recedere dal rapporto per sopravvenute esigenze di pubblico interesse; il secondo fa sì che la P.A./stazione appaltante – una volta esercitato il recesso – possa affidare ad un nuovo soggetto la gestione degli impianti e delle opere realizzate dal primo committente (impianti e opere di cui la P.A. è divenuta titolare).

Mentre nell'ambito degli appalti pubblici, allora, il compito di soddisfare le esigenze inerenti all'economia circolare viene affidato all'Amministrazione, quale titolare dell'interesse pubblico la cui cura le è attribuita dalla legge stessa²⁵, nei rapporti privatistici, come già accennato, l'interesse della collettività

essere ora assimilato all'appalto, ora al contratto di leasing, ora al mandato ovvero essere un contratto misto.

²² Cfr. da ultimo Consiglio di Stato sez. V, 27/02/2023, (ud. 13/12/2022, dep. 27/02/2023), n. 2017 nonché Consiglio di Stato sez. V, 03/08/2023, (ud. 26/01/2023, dep. 03/08/2023), n. 7499, entrambe in *Dejure.it*.

²³ Cfr. A. CASTELLI, *GPP e economia circolare: le dinamiche ambientali all'interno del Codice dei contratti pubblici*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2019, 1, pp. 726 ss; M. MELI, *Oltre il principio "chi inquina paga": verso un'economia circolare*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2017, p. 63.

²⁴ Cfr. D. IACOVELLI, *Rifiuti e mercato nell'economia circolare*, Torino, 2021, pp. 22 s.

²⁵ In tale senso F. PIZZOLATO – S. RUSSO, *L'economia circolare e il contributo degli appalti: la transizione e i riflessi sulla sanità*, in *Corti Supreme e salute*, 2, 2023, pp. 3 ss.

si realizza congiuntamente al, e per il tramite del, fine individuale perseguito dalle parti negoziali.

Ora, se si guarda alla disciplina dell'appalto, quella contenuta nel Codice civile, da un lato, consente il *libero* recesso del committente *ex art.* 1671 c.c., precludendo invece, tale facoltà all'appaltatore, mentre, dall'altro lato, in base alle relative regole il committente, una volta che accetta l'opera, diviene titolare del bene realizzato in virtù del contratto.

Ciò posto, evidentemente, lo schema tipico dell'appalto privato non sembra tollerare una clausola di ritiro a favore dell'appaltatore, come intesa per gli appalti pubblici²⁶. Tuttavia, poiché, di regola, l'appaltatore conferisce il *know how* e l'*expertise* essenziali al raggiungimento dello scopo dell'efficientamento energetico²⁷, egli sarebbe il soggetto deputato alla predisposizione del prodotto e, là dove ve ne fosse l'esigenza, alla sua reimmissione nel mercato, nell'ottica dell'economia circolare²⁸.

Un congegno normativo tipico che consenta di realizzare un simile interesse non può rinvenirsi neanche nella disciplina del contratto di somministrazione, pure richiamato in materia di appalti di servizi, in quanto essa contempla solo l'eventuale rapporto di esclusiva tra somministrante e somministrato, mentre, per quanto attiene al recesso, questo è ammesso *ex art.* 1569 c.c., qualora il contratto fosse a tempo indeterminato, così ricadendo nell'ordinario schema del recesso concernente i rapporti di durata *ex art.* 1373, 2° co., c.c.

In un siffatto contesto, pertanto, appare evidente che la clausola di ritiro, fondata sulle esigenze di un'economia a carattere circolare, si porrebbe come un patto di difficile compatibilità rispetto alla struttura tipica dell'appalto, il che impone di sciogliere l'interrogativo se l'introduzione di un simile patto sia tale da contraddistinguere in modo affatto peculiare la causa e, quindi, nel qualificare in senso atipico il negozio cui accede, in che termini esso debba sottoporsi al vaglio di meritevolezza *ex art.* 1322 c.c.

Anzitutto, appare che una simile clausola non sia tale da incidere sulla causa dell'appalto, atteso che il rapporto mantiene la sua struttura tipica, in quanto, da un lato, non viene meno il requisito dell'organizzazione di mezzi in capo all'appaltatore e, inoltre, permane intatto il rischio dell'operazione economica, il quale si radica sempre in capo all'appaltatore²⁹.

²⁶ L. V. MOSCARINI, *Linee evolutive del contratto di appalto*, in U. DRAETTA E C. VACCÀ (a cura di), *Il contratto internazionale d'appalto*, Milano, 1992, p. 7, osserva che l'appalto «è una parola polisensa, che nella significazione dominante designa un "tipo negoziale" ben definito, ma nel contempo è usata anche per indicare uno schema strutturale adibito per la definizione di altri tipi, come nella nozione di "appalto di somministrazione" e "appalto di forniture"»; Sull'appalto di forniture v. A. GRAPPELLI, *Le peculiarità dei contratti di appalto di forniture e rispetto ai contratti di compravendita: il pagamento dell'indennità ex art. 1671 cod. civ.*, in *Riv. trim. appalti*, 2021, p. 408.

²⁷ Cfr A. CROSETTI, *Energia e contratti pubblici*, Torino, 2019, pp. 213-215.

²⁸ L. TORCHIA, *Contratti pubblici e obiettivi di sostenibilità*, in *Riv. trim. app. contratti*, 2017, p. 501.

²⁹ Da ultimo, con la sentenza n. 10154 del 17/04/2025, in *DeJure.it*, la sezione II della Su-

La clausola in esame, infatti, mira a consentire che il bene prodotto venga reso disponibile a soggetti diversi dall'originaria controparte contrattuale, presso i quali sia idoneo a dispiegare in maggiore misura i suoi effetti positivi o che da essi, addirittura, possa ricevere una più significativa collocazione nel mercato. Se si tiene conto di ciò, nel contratto ove la clausola di ritiro venisse fatta valere, questa inciderebbe, al più, in termini di durata del rapporto.

A questo punto, la sussunzione del contratto di rendimento energetico nell'ambito della tipicità relativa – espressione da intendersi, ad avviso di chi scrive, nel senso che è dato riscontrarne un'embrionale disciplina la quale però, sotto molteplici aspetti, merita di essere ricostruita mediante l'individuazione di regole transtipiche mutate dalla disciplina dell'appalto pubblico e che prescindono dalla natura autoritativa di una delle parti contrattuali – esige una lettura sistematica con cui si valorizzi l'interesse al miglioramento del rapporto costi/qualità energetici e alla contrazione delle esternalità negative sull'ambiente.

In questa prospettiva, il vaglio di meritevolezza del contratto, dato che la relativa causa è stata già identificata dal legislatore con la menzione degli interessi ai quali è strumentale il contratto di rendimento energetico, riceverebbe un ulteriore apporto in termini positivi dalla succitata clausola di ritiro³⁰; infatti, proprio l'ottica dell'utilità sociale, inerente agli interessi di economia circolare che sottendono questo contratto, ne giustificherebbe le deviazioni disciplinari rispetto al tipo contrattuale dell'appalto, deviazioni che, oltre ad essere pienamente ammissibili, sono strumento indispensabile di attuazione delle finalità che il legislatore ha consegnato al nuovo strumento di politica energetica.

prema Corte di Cassazione ha ribadito la linea di demarcazione tra contratto d'opera e contratto d'appalto basandosi sul criterio della struttura e della dimensione dell'impresa. Entrambe le tipologie contrattuali, in effetti, prevedono che il prestatore d'opera svolga la commissione a fronte di un corrispettivo e senza alcun vincolo di subordinazione, assumendosi il rischio dell'operazione. Tuttavia, mentre il contratto d'opera coinvolge comunemente i professionisti individuali o la piccola impresa, il contratto d'appalto implica un'organizzazione imprenditoriale di media o grande dimensione, dotata di un'appropriata strutturazione.

³⁰ Come osserva E. GABRIELLI, *Profili della causa concreta e rilevanza dell'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, pp. 257 ss., la moderna riflessione in tema di contratto si concentra sempre più sul rapporto tra tipo contrattuale, causa concreta e operazione economica, quest'ultima intesa come la finalità pratica che le parti intendono realizzare con l'accordo. Secondo l'A., infatti, *“la rilevanza della causa concreta [...] deve essere riferita all'intero assetto di interessi che con il contratto le parti intendono realizzare” e che si concretizza nell'operazione economica sottostante. Questa, e non la mera adesione a uno schema legale, diviene il parametro fondante per la qualificazione del contratto e per il giudizio di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.*”.

Abstract [Ita]

Il contributo analizza il contratto di rendimento energetico (*Energy Performance Contract* – EPC) nella prospettiva del diritto privato, interrogandosi sull'incidenza della sua funzione ambientale sulla teoria generale del contratto. Muovendo dal quadro normativo euro-unitario e interno – che colloca l'EPC nel contesto della transizione ecologica e, nel settore pubblico, nel partenariato pubblico-privato – lo studio evidenzia come la disciplina positiva, pur scarna, sia principalmente orientata alla tutela dell'interesse pubblico e alla corretta allocazione del rischio economico. In ambito privatistico, l'EPC è qualificato come contratto nominato ma a contenuto atipico, riconducibile allo schema sinallagmatico del *do ut facias* e strutturalmente affine a un appalto misto di opere e servizi. L'indagine si concentra quindi sulla c.d. “ontologica funzionalizzazione” del contratto agli obiettivi di sostenibilità ambientale, verificando se tale dimensione incida su causa, meritevolezza, interpretazione e relatività del vincolo. Particolare attenzione è dedicata all'ammissibilità di clausole ispirate all'economia circolare, quali le clausole di ritiro, concludendo per la loro compatibilità con il tipo dell'appalto, purché lette in chiave sistematica e orientate alla realizzazione dell'utilità sociale sottesa all'efficientamento energetico.

Parole chiave: *Energy Performance Contract* (EPC); contratti sostenibili; partenariato pubblico-privato; economia circolare; causa contrattuale.

Abstract [Eng]

This article examines the Energy Performance Contract (EPC) from a private law perspective, assessing whether its environmental function affects the general theory of contract. Starting from the EU and domestic regulatory framework – which places the EPC within the context of the ecological transition and, in the public sector, within public-private partnerships – the study argues that statutory provisions, though limited, primarily pursue the protection of public interests and the proper allocation of economic risk. In private law, the EPC is characterised as a named contract with atypical content, structurally akin to a mixed works-and-services contract and a synallagmatic *do ut facias* scheme. The analysis addresses the “ontological functionalisation” of the EPC to environmental sustainability goals, exploring its implications for contractual cause, merit under Article 1322 of the Italian Civil Code, interpretation, and privity. Particular attention is devoted to the admissibility of circular economy-inspired clauses, such as take-back clauses, concluding they are compatible with the traditional model of procurement contracts when oriented towards the social utility underlying energy efficiency objectives.

Keywords: Energy Performance Contract (EPC); sustainable contracts; public-private partnership; circular economy; contractual cause.

L'integrazione dei fattori di sostenibilità nel settore bancario: prospettive e criticità

Marco Montella

L'integrazione dei fattori di sostenibilità¹ (da cui il termine ESG, *Environmental, Social e Governance*) nel panorama bancario e finanziario è argomento oramai ampiamente noto e dibattuto, anche in virtù di un contesto ove gli obiettivi di sostenibilità – e con essi il loro effettivo conseguimento – contraddistinguono, ad oggi, l'attività dei legislatori non solo nazionali ma, specialmente, europei².

Ebbene, proprio nel percorrere questa nuova direzione – intrapresa con finalità non esclusivamente di carattere socio-ambientale³ – si manifestano tuttavia preoccupazioni e incertezze su vari livelli.

¹ In dottrina si è sottolineato che il concetto di “sostenibilità” si articola in una dimensione interna (equilibrio economico e continuità aziendale) e in una esterna (minimizzazione delle esternalità ESG), le quali, lungi dall'essere convergenti, possono generare conflitti su vari livelli. Sul punto v. R. LENER – P. LUCANTONI, *Sostenibilità esg e attività bancaria*, in *Banca borsa*, I, 2023, pp. 1-2.

² Per una puntuale ricostruzione dell'impianto normativo, si rinvia a R. CALDERAZZI, *La sostenibilità nell'impresa bancaria*, in *Riv. trim. dir. econ.*, Suppl. IV, 2022, pp. 171-176, nonché a F. URBANI, *Rassegna dei principali interventi legislativi, istituzionali e di policy a livello europeo in ambito societario, bancario e dei mercati finanziari (Panorama europeo)*, in *Riv. Soc.*, I, 2021, pp. 195 ss. V'è chi sostiene che l'inserimento sempre più frequente del termine sostenibilità nell'agenda politica dell'Unione e, conseguentemente, negli atti normativi, impone al giurista «di interrogarsi su quale sia il ruolo e il valore che la nozione di sostenibilità, specie se usata in senso assoluto, senza alcun aggettivo a qualificarla, assume nel sistema»; così G. Guizzi, *La sostenibilità sub specie iuris*, in *Nuovo diritto civile*, IV, 2024, *passim*. L'Autore sostiene che la nozione di sostenibilità, qualora venga espressa senza alcuna specificazione (sociale, ambientale, etc.), non sia qualificabile né come principio né come clausola generale; qualora accompagnato, il termine sostenibilità, dalla relativa specificazione dell'ambito cui esso si riferisce, non potrebbe ugualmente conferirgli valore di clausola generale, di fatto innecessario, in quanto i fini che esso persegue, ed i limiti che esso impone (come all'esercizio dell'attività imprenditoriale), sono già fatti salvi dalla nozione di utilità sociale utilizzata dall'art. 41 Cost.

³ A ben vedere, l'integrazione dei fattori di sostenibilità nel panorama bancario e finanziario, intesi sia quali obiettivi, sia quali rischi, svolge non solo la funzione di protezione verso il benessere socio-ambientale, bensì anche di tutela del mercato, considerato che tali fattori sono in grado di incidere – e di conseguenza generare pregiudizi – sulla stabilità finanziaria di tutti i soggetti coinvolti nei processi di finanziamento.

Poiché nel quadro della transizione ecologica, promossa a livello europeo e internazionale, la sostenibilità ambientale è divenuta un parametro essenziale per le valutazioni economiche e finanziarie, in tale contesto l'attività del settore bancario⁴ è chiamata a svolgere un ruolo decisamente significativo, in quanto la banca si pone come soggetto attivo nella selezione dei destinatari degli investimenti e, quindi, svolge il ruolo di promotore per modelli di sviluppo compatibili con gli obiettivi climatici⁵. Tale posizione di rilievo è ulteriormente rafforzata dall'azione dei regolatori e delle autorità di vigilanza, il cui obiettivo è quello di indirizzare l'attività delle imprese vigilate verso il mercato sostenibile; come sostenuto da una parte della dottrina vi è, tuttavia, il rischio di dovere subire una sempre più pregnante influenza sull'autonomia delle imprese bancarie nella *governance* interna.⁶

Infatti, l'integrazione dei fattori ESG nell'attività bancaria si configura, nell'attuale assetto regolatorio, come esito di un processo evolutivo progressivo, nel quale l'intervento delle autorità di vigilanza e del legislatore ha assunto un ruolo determinante. Si è ritenuto che, attraverso un *corpus* normativo costituito da fonti nazionali e sovranazionali, nonché da atti di *soft law* delle Autorità di Vigilanza a contenuto sempre più prescrittivo, il sistema europeo abbia progressivamente ricostruito la sostenibilità nei termini di un parametro di stabilità finanziaria, superando l'impostazione tradizionale che relegava tali profili tra le scelte discrezionali delle singole imprese vigilate. In questa prospettiva, l'impresa bancaria sarebbe chiamata ad orientare i propri processi

⁴ Secondo la definizione dell'art. 10, comma 1, del Decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (T.U.B.), secondo cui «la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria».

⁵ V. L. TRONCI, *Gli obiettivi "ESG" nella governance delle imprese bancarie: KPI e doppia materialità (Impact e Financial materiality)*, in *Riv. Dir. Banc.*, Suppl. IV, 2023, p. 111 ss.; R. CALDERAZZI, *La sostenibilità nell'impresa bancaria*, cit., p. 181; R. CALDERAZZI, *Le Linee Guida EBA sulla concessione e monitoraggio del credito*, in *Sistema produttivo e finanziario post COVID-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia*, a cura di U. Malvagna – A. Sciarrone Alibrandi, Pacini Editore, Pisa, 2021, pp. 221 ss.

⁶ A tal proposito è critico F. RIGANTI, *L'impresa bancaria nella transizione sostenibile: principi e problemi*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, I, 2022, p. 319, il quale sostiene che «tale impostazione parrebbe essere quantomeno opinabile poiché traduttiva di un (ri)allargamento dei poteri di una vigilanza che diviene strumento per perseguire, attraverso gli enti sottoposti a «controllo», precise finalità ordinali»; cfr. anche A. CHILORIO, *ESG e sostenibilità nelle operazioni di finanziamento all'impresa, possibili profili giuridici*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, I, 2022, *passim*. L'Autore – anch'egli critico verso la tendenza dei regolatori e delle autorità di vigilanza a limitare i poteri decisionali delle imprese bancarie – solleva un interrogativo di rilievo sistemico, ovvero se una politica creditizia o di investimento pienamente orientata alla tutela di depositanti e risparmiatori possa oggi essere considerata «irresponsabile» o «insostenibile» solo perché non conforme agli obiettivi ESG. La questione evidenzia la tensione tra la finalità tradizionale di stabilità e protezione del risparmio, propria della vigilanza prudenziale, e le nuove istanze di sostenibilità ambientale e sociale, interrogando il necessario bilanciamento tra interessi economico-finanziari e obiettivi socio-ecologici. V. inoltre R. CARATTOZZOLO, *L'integrazione della sostenibilità ambientale nel sistema delle banche*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, I, 2024, p. 195.

decisionali alla luce – anche – di criteri ambientali, sociali e di *governance*, non già in quanto espressione di opzioni etiche volontariamente perseguite ed estranee ai consueti obiettivi di carattere finanziario, bensì quale mera osservanza delle direttive impartite dai legislatori, in quanto funzionali al perseguimento di obiettivi di interesse generale.

Le iniziative della BCE e dell'Autorità Bancaria Europea, unitamente alle aspettative di vigilanza rese note dalla Banca d'Italia⁷, si collocano in tale percorso. La *Guida sui rischi climatici e ambientali* della BCE⁸ e le *Linee guida EBA sulla concessione e monitoraggio del credito*, così come gli standard informativi introdotti dal Regolamento SFDR (*Sustainable Finance Disclosure Regulation*) e dal Regolamento Tassonomia, descrivono un quadro nel quale i rischi ESG assumono rilievo pari ai rischi di credito, di mercato e operativi. È significativo osservare come la vigilanza si sia strutturata in modo tale da imporre alle banche l'integrazione sistematica dei fattori ambientali e sociali nella definizione del *risk appetite framework*⁹, nella predisposizione dei sistemi di controllo interno e nella valutazione del merito creditizio. Si tratta, dunque, di un'estensione della logica prudenziale, la quale, lungi dal limitarsi alla tutela dell'intermediario, si proietta verso la salvaguardia di interessi generali sottesi alla transizione ecologica¹⁰.

Tale tendenza, per quanto non univocamente interpretata¹¹, suggerirebbe un ampliamento della funzione attribuita agli intermediari, che appare sempre più orientata – almeno in prospettiva – a sostenere finalità di carattere

⁷ Consulta le Aspettative di vigilanza sui rischi climatici e ambientali della Banca d'Italia, 8 aprile 2022, presso: https://www.bancaditalia.it/focus/sostenibilita/vigilanza-sostenibilita/Aspettative_di_vigilanza_BI_su_ESG.pdf.

⁸ Consultabile presso: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.202011finalguideonclimate-relatedandenvironmentalrisks~58213f6564.it.pdf>.

⁹ Ovvero l'insieme di principi, processi e strumenti attraverso i quali l'intermediario definisce il livello e la tipologia di rischio che intende assumere nel perseguimento dei propri obiettivi strategici, assicurandone la coerenza con la capacità patrimoniale, con il modello di business e con il sistema dei controlli interni. Le *Guidelines on internal governance* dell'EBA lo individuano quale componente essenziale dell'architettura di governo del rischio.

¹⁰ V. sul punto A. CHILORIO, *ESG e sostenibilità nelle operazioni di finanziamento all'impresa, possibili profili giuridici*, cit., p. 264, il quale evidenzia come l'attuale assetto normativo possa addirittura condurre «a configurare in capo al management dell'impresa organizzata in forma societaria (soprattutto quotata o comunque di grandi dimensioni) il compito (quanto meno arduo) di perseguire finalità generali, anche cercando una possibile sintesi tra i diversi interessi in gioco». L'Autore osserva, inoltre, che la regolazione in materia di sostenibilità è veicolata, in larga misura, da atti di *soft law* ad alto contenuto prescrittivo, i quali incidono sui processi interni degli intermediari imponendo l'integrazione dei fattori ESG nei sistemi di gestione del rischio, con rilevanti oneri organizzativi e operativi.

¹¹ Per un'impostazione meno problematica sulla coordinazione tra obiettivi pubblici e attività privata, seppure con riguardo a specifici attori del mercato finanziario, cfr. L. VERNERO, *Gli attori economici e gli obiettivi di sostenibilità. I riflessi sull'operatività dei mercati*, in *Riv. Dir. Banc.*, I, 2025, pp. 63-65, secondo cui la commistione tra finalità pubbliche e interesse privatistico non costituisce, di per sé, elemento patologico, potendo anzi favorire una fisiologica armonizzazione delle rispettive funzioni.

sistemico connesse alla suddetta transizione ecologica.¹² L'inserimento della sostenibilità tra i profili di *disclosure* obbligatoria, l'adozione di parametri uniformi per la classificazione delle attività finanziarie e la previsione di obblighi di *governance* orientati alla transizione esprimono una prospettiva nella quale l'autonomia gestionale dell'intermediario verrebbe (ri)modulata alla luce dell'obiettivo di contenere rischi sistemici connessi al cambiamento climatico e alla transizione energetica¹³. In tale quadro, il margine imprenditoriale non viene eliminato, ma si trova inserito entro coordinate funzionali definite dall'autorità pubblica.

Ne discenderebbe un modello di vigilanza caratterizzato da un elevato grado di penetrazione nelle scelte strategiche delle banche, in cui strumenti formalmente di *soft law* assumono valenza sostanzialmente vincolante, incidendo sull'organizzazione interna, sulla strategia creditizia e sulla gestione dei rischi.

Il crescente interesse verso l'integrazione della sostenibilità nel settore bancario potrebbe essere ricondotto a una pluralità di fattori. Da un lato, l'attenzione ai profili ambientali e sociali risponde a finalità di tutela di interessi collettivi connessi alla transizione ecologica e alla riduzione delle esternalità negative generate dall'attività economica. Dall'altro lato, l'integrazione dei fattori ESG nei processi decisionali bancari risponderebbe a esigenze di stabilità e di efficienza del sistema finanziario, nella consapevolezza che la mancata considerazione dei rischi ESG non si traduce più soltanto in un potenziale pregiudizio per il singolo intermediario, ma può generare effetti propagativi in grado di compromettere l'equilibrio complessivo del mercato.

A parere di chi scrive, l'integrazione dei fattori di sostenibilità nell'attività bancaria e finanziaria dovrebbe essere interpretata secondo un approccio teleologico nel quale tali fattori assumono una funzione strumentale rispetto alla finalità economica primaria delle imprese del settore, vale a dire la creazione di valore e il perseguimento di un profitto sostenibile nel tempo.

Ne deriva che il complesso normativo, tanto nazionale quanto sovranazionale, volto a promuovere obiettivi di interesse generale non dovrebbe essere

¹² V. a riguardo F. RIGANTI, *L'impresa bancaria nella transizione sostenibile: principi e problemi*, cit., pp. 319-320. Sul punto, l'Autore osserva come l'elevazione del fine "sostenibile" a obiettivo diretto dei regolatori rischi di incrinare l'apparente neutralità dell'azione di vigilanza, la quale, pur essendo giustificata dall'esigenza di presidio prudenziale, finisce per tradursi in uno strumento attraverso cui imporre agli intermediari condotte funzionali al perseguimento di finalità di sistema. Tale impostazione – pur politicamente condivisibile e coerente con l'attuale paradigma regolamentare – solleva interrogativi in ordine al (ri)allargamento dei poteri dell'autorità di vigilanza oltre i confini della tradizionale "sana e prudente gestione", con possibili conseguenze sulla delimitazione delle sfere di autonomia decisionale degli enti vigilati.

¹³ V. sul punto F. CAPRIGLIONE, *Clima energia finanza. Una difficile convergenza*, in *Studi di diritto dell'economia*, Milano, 2023, pp. 168-169, il quale evidenzia la rilevanza sistemica dei fattori ESG, in termini di potenziali pregiudizi che potrebbero derivare dalla mancata internalizzazione delle esternalità ambientali, sociali e di governance. In questo senso anche L. LOCCI, *Brevi riflessioni in materia di fattori ESG e informativa non finanziaria nella crisi da covid-19*, in *Riv. Trim. dir. Econ.*, 2020, suppl. n. I, p.137.

inteso come strumentale all'imposizione di un fine ecosostenibile indipendente e prevalente rispetto alle logiche economiche, bensì quale contesto di orientamento per l'allocazione dei capitali e per la gestione del rischio, funzionale ad agevolare il processo verso la transizione ecosostenibile senza tuttavia comprometterne la sostenibilità economico-finanziaria complessiva.

In questa prospettiva, la disciplina ESG non sostituisce lo scopo di lucro, né lo ridimensiona, ma lo integra mediante strumenti che mirano a preservare la stabilità del sistema finanziario, l'efficienza allocativa dei mercati e l'effettività delle politiche di gestione del rischio. L'obiettivo finale non è quello di subordinare l'attività economica a esigenze di sostenibilità astrattamente intese, ma di ricondurre la sostenibilità entro le categorie della razionalità economica, trasformandola in un fattore di ottimizzazione delle *performance*, di riduzione del rischio e di legittimazione sociale dell'operatore finanziario.

Ciò premesso, già nel 2021 la Commissione Europea, con la Comunicazione "*Strategy for Financing the Transition to a Sustainable Economy*"¹⁴, riferiva come «le prove dimostrano che i mercati dei capitali, così come le obbligazioni verdi e i mercati azionari, sono efficaci nell'accelerare il finanziamento della transizione». Il settore bancario è stato dunque espressamente individuato quale strumento d'impulso della transizione ecologica; ciò anche, e specialmente, in ragione del fatto che la disponibilità finanziaria del settore pubblico – in assenza di un adeguato coinvolgimento del sistema finanziario privato – non sarebbe sufficiente a garantire un intervento tempestivo ed efficace in tal senso, con un conseguente insostenibile ritardo nel raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità prefissati dal legislatore europeo¹⁵. Buona parte della dottrina è concorde nel ritenere indubbia la capacità del settore bancario (specialmente mediante la concessione del credito, in questo caso *corporate*) di fungere da traino o, più compiutamente, da acceleratore verso la transizione ecologica¹⁶.

¹⁴ Consultabile presso: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021DC0390>.

¹⁵ V. G. CAZZETTA, *Impatti della sostenibilità ambientale sulla valutazione del merito creditizio*, in *Riv. Dir. Banc.*, Suppl. IV, 2023, pp. 27-28, la quale esprime un pensiero critico circa l'incentivazione (di fatto indeclinabile), da parte dei regolatori e delle autorità di vigilanza, verso il finanziamento della transizione da parte delle imprese bancarie private, stante l'insufficienza di risorse economiche pubbliche, con ciò comportando una decisa interferenza sull'autonomia privata. È conforme il pensiero di R. LENER – P. LUCANTONI, *Sostenibilità esg e attività bancaria*, cit., p. 5, i quali rilevano che l'assetto delineato dal *Single Supervisory Mechanism* ha comportato un ampliamento significativo dei poteri delle autorità di controllo in materia di *governance* bancaria, attribuendo loro facoltà incisive di intervento sugli aspetti strutturali e funzionali dell'impresa. Gli autori evidenziano come tale configurazione determini una forma di governo pubblico del settore creditizio, il cui rischio rimane tuttavia a carico degli investitori privati, con possibili frizioni rispetto alla logica imprenditoriale che tradizionalmente caratterizza l'attività bancaria. V. inoltre C. CARNEVALE – D. DRAGO, *I rischi ESG e il costo del debito bancario: cosa conosciamo e cosa non conosciamo*, in *Banca impresa soc.*, II, 2023, p. 236.

¹⁶ V. F. RIGANTI, *L'impresa bancaria nella transizione sostenibile: principi e problemi*, cit. p. 317. L'Autore osserva come il rapporto tra banche e sostenibilità sia caratterizzato da una

Prendendo come esempio l'ambito relativo all'integrazione dei fattori ESG nei processi di concessione del credito, si riscontrano una serie di problemi teorici e pratici: dal punto di vista giuridico, economico e sistemico, emerge infatti la necessità di contemperare la finalità ambientale con la funzione allocativa e inclusiva del credito.

In questo contesto, svolge un ruolo fondamentale la valutazione del merito creditizio il quale, tradizionalmente fondato su criteri quantitativi connessi alla capacità di rimborso del debitore, è oggi oggetto di una profonda trasformazione. Gli orientamenti dell'EBA del 2020¹⁷ richiedono agli enti creditizi di integrare nei propri sistemi di concessione e monitoraggio del credito i rischi ambientali, sociali e di *governance*¹⁸, quando suscettibili di incidere sulla capacità di rimborso del mutuatario, nella loro nota classificazione (per quanto concerne i rischi ambientali) di rischio fisico, derivante da eventi climatici estremi, e di rischio di transizione, legato a cambiamenti normativi, tecnologici e di mercato connessi all'evoluzione verso un'economia a basse emissioni¹⁹. Non può non rilevarsi, in merito, la presenza di alcune criticità, tra le quali merita particolare attenzione l'assenza, ad oggi, di un completo quadro – una-

interdipendenza crescente: da un lato, gli intermediari sono chiamati a integrare i fattori ESG nella propria operatività per rispondere alle nuove istanze regolamentari e di mercato; dall'altro, la realizzazione degli obiettivi sostenibili presuppone l'impiego di ingenti risorse finanziarie e, dunque, l'attivo coinvolgimento del sistema creditizio, che costituisce un canale essenziale per il finanziamento della transizione. Cfr. in senso contrario C. BRESCIA MORRA, *Chi salverà il pianeta: lo Stato o le grandi corporation? ESG: una formula ambigua e inutile*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, Suppl. IV, 2022, pp. 78 ss. L'Autrice contesta infatti l'enfasi posta sulle tematiche ESG, sostenendo che attribuire alle imprese un ruolo decisivo nel perseguimento di obiettivi ambientali sia una forzatura, poiché tali profili dovrebbero essere trattati come normali rischi gestionali, e non come strumenti per il raggiungimento di interessi generali.

¹⁷ V. European Banking Authority, *Final report – guidelines on loan origination and monitoring*, consultabile presso https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/document_library/Publications/Guidelines/2020/Guidelines%20on%20loan%20origination%20and%20monitoring/884283/EBA%20GL%202020%2006%20Final%20Report%20on%20GL%20on%20loan%20origination%20and%20monitoring.pdf.

¹⁸ A tal proposito v. L. TRONCI, *Gli obiettivi "ESG" nella governance delle imprese bancarie: KPI e doppia materialità (Impact e Financial materiality)*, cit., p. 117, il quale, argomentando sul concetto della doppia materialità, sostiene una tesi più ottimistica, qualificando i "fattori ESG" non solo come elementi di rischio da arginare, ma anche come opportunità da gestire ed includere nei piani industriali". In argomento vedi anche F. RIGANTI, *L'insostenibile leggerezza dell'essere (sostenibili). Note brevi sul rischio nelle banche alla luce dei principi ESG*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, II, 2022, *passim*, il quale affronta il tema del *risk management* connesso alla sostenibilità, e di come questo possa comportare non pochi – e trascurabili – profili pregiudizievole per il settore bancario. L'Autore sostiene, per l'appunto, che «l'eccessiva glorificazione della sostenibilità, infatti, laddove letta in chiave di gestione del relativo rischio, potrebbe infatti comportare conseguenze tanto positive (predisposizione di modelli *market oriented* in quanto capaci di andare incontro alle esigenze di un mercato sempre più "green") quanto negative o, quantomeno, eccessivamente costose per gli intermediari (costretti a modellarsi, ora, su principi ESG ancora indefiniti), con conseguente ipotizzabile "allontanamento" dal settore bancario di operatori finanche finanziariamente più performanti ma meno apprezzabili dal punto di vista della sostenibilità».

¹⁹ V. R. CALDERAZZI, *La sostenibilità nell'impresa bancaria*, cit., p. 180.

nimemente riconosciuto – di parametri di carattere oggettivo e quantitativo, che possano essere utilizzati dalle banche per porre in relazione i fattori ESG (in particolare quelli ambientali) con la solidità economico-finanziaria della controparte finanziata. A ciò si aggiunga che, secondo quanto prescritto dagli *Orientamenti in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti* dell'EBA, l'obbligo per le banche di tenere in considerazione i fattori ambientali, sociali e di *governance* (ESG), nell'ambito della valutazione del merito creditizio, comporta un aggravio degli adempimenti preliminari cui esse sono tenute in sede di erogazione del credito.²⁰

Per governare questa complessità si potrebbe ancor di più incentivare l'utilizzo degli ESG *covenant*²¹, finalizzati ad imporre al debitore obblighi di natura ambientale o sociale finalizzati al contenimento del rischio ambientale o al perseguimento di specifici obiettivi di sostenibilità. Tali strumenti, se ben calibrati, consentono di integrare i criteri ESG nella valutazione del rischio di credito senza escludere pregiudizialmente le imprese ad alto impatto ambientale. Tuttavia, essi pongono implicazioni operative rilevanti, tra le quali oneri informativi, costi di *compliance*, necessità di monitoraggio continuo. In particolare, sono le piccole e medie imprese, spesso prive di una struttura organizzativa adeguata, a rischiare di essere penalizzate, in quanto tali clausole sono suscettibili di tradursi in ostacoli all'accesso al credito, ovvero in mere operazioni di facciata prive di effettività.

Possiamo affermare, inoltre, che le stesse dinamiche e le stesse criticità finora esposte si riflettono in parte nel comparto del credito *retail*, specie nel credito immobiliare. Gli istituti di credito, nel valutare le garanzie ipotecarie, oggi si orientano a considerare anche il rischio fisico legato alla geolocalizzazione dell'immobile: aree soggette ad alluvioni, frane e così via, possono essere considerate meno sicure, con impatto negativo sull'affidabilità complessiva dell'operazione. A tal proposito l'EBA si è espressa chiaramente ai paragrafi 57 e 208 degli *Orientamenti in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti*. Per esempio, al paragrafo 57 l'EBA riferisce che «gli enti dovrebbero tenere conto dei rischi associati ai fattori ESG per le condizioni finanziarie dei mutuatari, e in particolare del potenziale impatto dei fattori ambientali e del cambiamento climatico [...]».

²⁰ A tal proposito v. F. RIGANTI, *L'impresa bancaria nella transizione sostenibile: principi e problemi*, cit., p. 322, sempre critico, sostiene che tali valutazioni (ESG) «comportano un aggravio di costi di *due diligence* e valutativi in capo agli istituti di credito».

²¹ Per un'analisi sull'utilizzo degli ESG *covenant* v. E. CECCHINATO, *Gli ESG covenant come strumento per un credito sostenibile dal punto di vista ambientale e sociale*, in *Riv. Dir. Banc.*, Suppl. IV, 2023, *passim*. L'Autore osserva che gli ESG *covenant* rappresentano clausole contrattuali accessorie ai contratti di finanziamento con la specifica funzione di orientare l'impresa finanziata al perseguimento o al monitoraggio di obiettivi di sostenibilità ambientale, sociale e di *governance*. Tali pattuizioni possono assumere diverse configurazioni – informative, positive, negative o finanziarie – e mirano tanto a ridurre i rischi ESG incidenti sulla capacità di rimborso del debitore, quanto a promuovere comportamenti aziendali virtuosi in linea con i principi della finanza sostenibile.

Le conseguenze possono essere rilevanti, come la richiesta di garanzie aggiuntive, la previsione di tassi di interesse più elevati o l'esclusione di fatto dall'accesso al credito per le famiglie residenti in territori climaticamente fragili. Si tratta di una dinamica che può assumere un profilo strutturalmente discriminatorio, nel momento in cui incida su categorie già vulnerabili e accentui divari territoriali. La sfida, anche in questo caso, è quella di evitare che l'integrazione dei rischi climatici si traduca in un aggravio sproporzionato per il cliente *retail*. Servono strumenti normativi e contrattuali che tutelino l'equilibrio tra prudenza bancaria e diritto all'accesso al credito.

Si riscontra, infatti, un deficit di dati omogenei e strutturati, il quale rende difficile effettuare stime attendibili dei rischi ESG²². Benché a livello internazionale siano presenti operatori specializzati nella fornitura di *rating* ESG per le società quotate, numerosi studi hanno dimostrato significative divergenze tra le valutazioni attribuite alla medesima società da agenzie differenti.²³

Si deve tuttavia dare conto che, di recente, l'ultimo rapporto dell'EBA²⁴ ha evidenziato come, seppur persista un quadro informativo ancora incompleto, con significative lacune soprattutto per PMI e famiglie, nonché una scarsa strutturazione delle informazioni relative ai rischi ambientali diversi da quello climatico, siano stati portati avanti rilevanti progressi sul fronte della disponibilità e dell'accessibilità dei dati ESG.

In questo scenario normativo e regolamentare si colloca, oltretutto, la delicata questione delle imprese ad alto impatto ambientale, le cosiddette "*brown companies*", spesso operanti nei settori dell'energia da fonti fossili. Tali imprese rischiano di trovarsi esposte a una crescente selezione negativa da parte del sistema bancario, che tende a rivedere le proprie politiche creditizie alla luce dei criteri ESG. In questo contesto ciò che maggiormente rileva è la valoriz-

²² V. a riguardo le osservazioni di L. VERNERO, *Gli attori economici e gli obiettivi di sostenibilità. I riflessi sull'operatività dei mercati*, cit., pp. 29 ss., il quale evidenzia come i *rating* ESG presentino rilevanti criticità metodologiche, derivanti da modelli interni non standardizzati e da valutazioni soggettive, che producono divergenze sistematiche e rischi di distorsione del mercato. Ne deriva, secondo l'Autore, l'esigenza di rafforzare l'affidabilità e la trasparenza dell'informazione sostenibile attraverso strumenti regolatori specifici.

²³ Tra i quali si veda lo studio condotto dall'Associazione Italiana Financial Industry Risk Managers, *L'integrazione dei fattori ESG nella valutazione del rischio di credito*, Position Paper n° 29, 2021; cfr. anche C. CARNEVALE – D. DRAGO, *I rischi esg e il costo del debito bancario, cosa conosciamo e cosa non conosciamo*, cit., p. 247, i quali osservano che «purtroppo i giudizi delle principali agenzie di rating ESG mostrano preoccupanti livelli di divergenza»; v. inoltre A. CHILORIO, *ESG e sostenibilità nelle operazioni di finanziamento all'impresa: possibili profili giuridici*, cit., p. 268, il quale rileva che la valutazione dei rischi ambientali, sociali e di *governance* da parte degli intermediari bancari è ancora caratterizzata da significative incertezze metodologiche. In assenza di indicatori condivisi e di dati storici adeguati, le banche adottano approcci eterogenei e prevalentemente qualitativi, con conseguente difficoltà nel costruire modelli previsionali attendibili, soprattutto su orizzonti temporali di lungo periodo.

²⁴ European Banking Authority, *Report on data availability and feasibility of common methodology for esg exposure*, Febbraio 2025, consultabile al: https://www.dirittobancario.it/wp-content/uploads/2025/02/Rapporto-EBA-febbraio-2025-2025_06.pdf.

zazione della funzione di traino che l'impresa bancaria ha verso la transizione ecologica, svolta mediante una concessione del credito selettiva e mirata ad agevolare le imprese *green* o con forti potenzialità di riqualificazione ecologica²⁵. A ciò deve comunque aggiungersi che l'operato della banca deve mirare senz'altro ad evitare esposizioni sofferenti e derivanti dal finanziamento di imprese ad alto rischio ambientale, dovendosi pertanto ricercare un equilibrio – come è stato già ampiamente anticipato – tra la sostenibilità ambientale e quella economica²⁶.

Inoltre, è necessario valutare il potenziale impatto che la concessione selettiva del credito può avere, ad esempio, mediante una voluta e/o imposta esclusione dall'accesso al credito delle imprese energetiche non sostenibili. A tal proposito la Banca d'Italia, con le Aspettative di vigilanza sui rischi climatici e ambientali, sostiene che «iniziative regolamentari volte ad accelerare la transizione *green* potrebbero generare – soprattutto se introdotte in modo disordinato e inatteso – maggiori costi e/o minori ricavi per quelle imprese con maggiore impronta carbonica, c.d. “*brown*” (ad es. settore della trasformazione e trasporto delle energie fossili, automotive, ecc.), con conseguente peggioramento del merito creditizio della controparte». Da un lato, non essendo stata ancora completata la transizione energetica, il relativo fabbisogno è soddisfatto in larga parte da aziende che operano nel settore dell'energia derivante da fonti non rinnovabili, con significative implicazioni *Environmental* e *Social* dai possibili effetti inversi. Infatti, un'esclusione dall'accesso al credito per tali imprese, quasi nell'ottica di espungerle dal mercato, se *prima facie* può avere benefici in ambito *Environmental*, è in grado di produrre ripercussioni negative in ambito *Social*, come la perdita di posti di lavoro derivante dal *default* di un'impresa *brown* potenzialmente causato dall'esclusione della stessa dal mercato del credito²⁷. Una valutazione responsabile, inoltre, dovrebbe

²⁵ Sul punto v. R. CALDERAZZI, *La sostenibilità nell'impresa bancaria*, cit. p. 181, la quale sostiene che «occorre attuare politiche creditizie restrittive verso imprese *brown* ed espansive verso imprese *green*, aumentando il costo dei finanziamenti nei confronti delle attività progettuali *brown*». Sui potenziali pregiudizi che da tale impostazione potrebbero conseguire si rimanda a R. LENER – P. LUCANTONI, *Sostenibilità esg e attività bancaria*, cit., p. 3.

²⁶ Per un approfondimento sul complesso rapporto tra sostenibilità economica e sostenibilità ambientale, v. M. STELLA RICHTER, *Long-termism*, in *Riv. Soc.*, I, 2021, p. 32, il quale sostiene l'esistenza di «dicotomie e conflitti anche tra sostenibilità sociale e sostenibilità ambientale». L'Autore rileva, infatti, come la sostenibilità ambientale e quella economico-finanziaria non siano, per definizione, obiettivi coincidenti, potendo generare tensioni e conflitti nella gestione dell'impresa, in quanto le finalità ambientali e sociali non si allineano necessariamente con quelle di redditività e continuità economica. Cfr. inoltre R. CALDERAZZI, *La sostenibilità nell'impresa bancaria*, cit., p. 171, la quale sostiene che «il fenomeno (n.d.r. ovvero il perseguimento delle logiche ESG e se queste corrispondano all'interesse dell'impresa) diventa ancora più complesso quando si applicano queste esigenze alla disciplina dell'attività bancaria, in considerazione del coordinamento con gli interessi che quella attività intende perseguire: qui la dimensione “sostenibile” si arricchisce di complessità, in considerazione della pluralità di esigenze e interessi che l'attività bancaria deve soddisfare».

²⁷ V. sul punto ancora R. LENER, P. LUCANTONI, *Sostenibilità esg e attività bancaria*, cit.,

tenere conto del percorso di transizione intrapreso dalla società, scandito dalle iniziative già avviate, dai piani di investimento nonché dalla disponibilità a riconvertire il proprio modello di business. La capacità di evolversi in senso sostenibile dovrebbe rappresentare un parametro determinante, ai fini della concessione del credito, al pari dei dati patrimoniali.

Peraltro, sostenibilità ambientale e sostenibilità economica non sono necessariamente consustanziali, in quanto esse spesso confliggono, tanto che la loro difficile coniugazione costituisce, oggi, uno degli snodi più problematici nel percorso di integrazione dei criteri ESG entro la *governance* d'impresa. Come è stato evidenziato²⁸, l'obiettivo – ormai dichiarato tanto dal legislatore quanto dalle Autorità di Vigilanza – di orientare le strategie aziendali secondo una prospettiva di lungo periodo incontra un limite strutturale nella necessità, per l'impresa, di preservare condizioni di equilibrio economico-finanziario idonee a garantire la continuità aziendale. In altri termini, la transizione sostenibile non può prescindere da un modello operativo capace di tollerare i costi, diretti e indiretti, derivanti dall'internalizzazione dei fattori ambientali non più considerati unicamente come esternalità.

La prospettiva del lungo periodo non implica un superamento della logica economica, bensì la sua ricomposizione in una dimensione temporale più ampia, nella quale il perseguimento di benefici ambientali futuri deve risultare compatibile con la necessità di generare valore nel presente. Non si tratta, pertanto, di assumere la sostenibilità come principio etico astratto, bensì essa deve riguardarsi come vincolo operativo da tradurre in parametri misurabili, suscettibili di incidere sulla struttura finanziaria e sull'allocazione delle risorse. In tale quadro, la sostenibilità economica costituisce un presupposto funzionale alla stessa sostenibilità ambientale, giacché solo un'impresa solida e capace di produrre risultati, ovvero profitto, è in grado, nel lungo periodo, di sostenere investimenti in tecnologie, riconversione produttiva e gestione del rischio climatico.

È evidente, peraltro, come l'attuazione di tali obiettivi comporti costi rilevanti, i quali si riflettono sui margini e, talora, sulla competitività. In mancanza di un quadro regolatorio stabile, prevedibile e accompagnato da strumenti di incentivazione adeguati, il rischio è che l'onere della transizione si traduca in una compressione del margine di profitto tale da indebolire l'impresa, con

p. 3, i quali affermano come «restando ai soli fattori ESG, se, ad esempio, la tutela dell'ambiente, di cui è espressione il fattore E, potrebbe legittimare la chiusura di impianti inquinanti, la conseguente contrazione dell'occupazione sul territorio avrebbe un evidente impatto negativo tanto sul fattore sociale, di cui alla lettera S, quanto sul fattore G, se per *governance* si voglia intendere, non solo la corporate governance, ma in senso lato la governance di paesi, territori e regioni».

²⁸ V. ancora M. STELLA RICHTER, *Long-termism*, cit., p. 47, il quale osserva come la sostenibilità economica e quella ambientale debbano ricomporsi in una prospettiva di equilibrio intertemporale, poiché il *long termism* implica che «la continuità aziendale costituisce presupposto del perseguimento di finalità ulteriori» e che l'attenzione alla dimensione ESG non può «risolversi in una politica di principio avulsa dalla fisiologia economica dell'impresa».

ricadute sistemiche. Non può non rilevarsi come la dinamica ESG, anziché costituire una variabile esterna rispetto al funzionamento ordinario dell'impresa, divenga elemento qualificante della stessa gestione del rischio, con la conseguenza che l'insostenibilità economica delle politiche ambientali non costituisce solo un fallimento di mercato, ma si risolve in un possibile fattore di destabilizzazione complessiva.

In questa prospettiva, è di preminente importanza sottolineare la necessità di un equilibrio tra la dimensione finanziaria e quella socio-ambientale, per cui la sostenibilità non può essere ridotta a un obiettivo privo di ostacoli, né può esprimersi attraverso imposizioni formali prive di un'adeguata considerazione dell'impatto economico. L'esigenza della creazione di valore nel lungo periodo, infatti, impone che le politiche ambientali siano costruite secondo criteri di razionalità economica e proporzionalità, evitando che la transizione ecologica, anziché stimolare innovazione e stabilità nel lungo periodo, divenga causa di vulnerabilità finanziaria. In definitiva, lungi dal porsi in antitesi, sostenibilità economica e sostenibilità ambientale devono necessariamente ritenersi categorie complementari, in cui l'una è condizione per la sussistenza dell'altra.

Se così non fosse, il rischio sarebbe che la valutazione ambientale possa assumere un ruolo preponderante, a discapito di una valutazione integrata della solidità economico-finanziaria e della capacità di transizione ecologica della controparte. In assenza di una regolazione proporzionale e differenziata, si rischia di restringere indiscriminatamente l'accesso al credito, con effetti potenzialmente distorsivi sull'economia reale, come il rallentamento della transizione energetica, la contrazione degli investimenti e la perdita occupazionale.

L'integrazione dei fattori ESG nel panorama bancario e finanziario non può essere letta come una mera scelta di politica sociale strumentale al raggiungimento di obiettivi – unicamente – di carattere ambientale e sociale. A parere di chi scrive, pur nella riconosciuta urgenza di completare la transizione ecologica, non possono essere trascurati i fini primari del mercato bancario e finanziario, tra i quali assume rilievo centrale la stabilità sistemica e i pregiudizi connessi al suo venir meno. Rischi climatici, ambientali e sociali e rischi di mercato sono, infatti, strettamente interdipendenti: un contesto economico-finanziario instabile non è in grado di sostenere gli investimenti necessari alla transizione, mentre il mancato conseguimento degli obiettivi ambientali accresce fattori di vulnerabilità idonei a riflettersi negativamente sulla stabilità del sistema. In definitiva, l'equilibrio tra redditività e sostenibilità non è un compromesso retorico, ma un criterio operativo: i fattori ESG possono rafforzare la qualità dell'allocazione del credito e la resilienza del sistema soltanto se integrati con ragionevolezza, in modo coerente con la funzione propria della banca, evitando che la sostenibilità diventi un fattore di esclusione e rendendola, invece, un parametro funzionale al governo dei rischi nel medio-lungo periodo.

Per concludere, il rapporto tra sostenibilità ambientale e attività creditizia deve essere governato secondo criteri di equilibrio e ragionevolezza. Come da alcuni sostenuto, *“la partita va tutta giocata intorno alla «ricerca di un punto di equilibrio tra profitto e sostenibilità»²⁹*.

²⁹ V. P. MONTALENTI, *La società per azioni dallo shareholder value al successo sostenibile. Appunti*, in *Studi di diritto commerciale per Vincenzo di Cataldo*, a cura di C. COSTA – A. MIRONE – R. PENNISI – P.M. SANFILIPPO – R. VIGO, II, Giappichelli, Torino, 2021, p. 686.

Abstract [Ita]

Il contributo analizza l'integrazione dei fattori ESG nel settore bancario europeo, evidenziando come la sostenibilità sia progressivamente divenuta parametro di stabilità finanziaria oltre che obiettivo di politica ambientale. Attraverso l'intervento del legislatore e delle autorità di vigilanza, i rischi climatici e ambientali sono oggi incorporati nei sistemi di governance, nel risk appetite framework e nella valutazione del merito creditizio. Tale evoluzione solleva criticità teoriche e operative: carenze informative, divergenze nei rating ESG, aumento dei costi di compliance e possibili effetti distortivi sull'accesso al credito, specie per PMI, famiglie e imprese "brown". Il lavoro sostiene che la sostenibilità non debba sostituire la finalità lucrativa dell'impresa bancaria, ma integrarsi ad essa come strumento di gestione del rischio e di creazione di valore nel medio-lungo periodo. L'equilibrio tra redditività e sostenibilità rappresenta dunque un criterio operativo essenziale per evitare che la transizione ecologica comprometta la stabilità del sistema finanziario.

Parole chiave: integrazione ESG; vigilanza bancaria; finanza sostenibile; rischio climatico; allocazione del credito.

Abstract [Eng]

The paper analyses the integration of ESG factors within the European banking sector, highlighting how sustainability has progressively become a parameter of financial stability in addition to being an objective of environmental policy. Through the intervention of legislators and supervisory authorities, climate and environmental risks are now incorporated into governance systems, risk appetite frameworks, and creditworthiness assessments. This evolution raises both theoretical and operational concerns, including informational gaps, divergences in ESG ratings, increased compliance costs, and potential distortive effects on access to credit, particularly for SMEs, households, and "brown" companies. The paper argues that sustainability should not replace the profit-oriented purpose of banking institutions, but rather be integrated as a risk management tool and as a driver of long-term value creation. The balance between profitability and sustainability therefore represents an essential operational criterion to ensure that the ecological transition does not undermine the stability of the financial system.

Keywords: ESG integration; banking supervision; sustainable finance; climate risk; credit allocation.

Il ruolo del contratto nello sviluppo dell'agrivoltaico, tra continuità agricola e transizione energetica*

Federico Onnis Cugia

Sommario: 1. I sistemi agrivoltaici nell'attuale contesto di transizione energetica: le ragioni di un'indagine. – 2. L'accesso agli incentivi per la realizzazione di impianti agrivoltaici. – 3. Agrivoltaico e sostenibilità: un equilibrio complesso. – 3.1. La «continuità delle attività di coltivazione agricola e pastorale sul sito di installazione». – 3.2. Consumo del suolo e principio di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili. – 4. La funzione del contratto nello sviluppo degli impianti agrivoltaici. 5. Funzione sociale dell'agricoltura e sviluppo dell'agrivoltaico: alla ricerca di un punto di equilibrio.

1. I sistemi agrivoltaici nell'attuale contesto di transizione energetica: le ragioni di un'indagine

Il tema dell'attività agricola di produzione energetica da fronte rinnovabile, con particolare attenzione alla realizzazione e all'esercizio di sistemi agrivoltaici (o agrovoltaici o agro/i-fotovoltaici)¹ offre, nella prospettiva dello studioso di

* Il presente contributo è il testo, corredato di note, della relazione tenuta al Convegno *La sostenibilità ambientale e climatica dell'approvvigionamento energetico tra finanza, contratto e mercato: prospettive giuridiche ed economiche nell'ordinamento eurounitario*, organizzato nell'ambito del Progetto di ricerca collaborativa tra l'Università degli Studi di Sassari e l'Università degli Studi di Cagliari (d.m. 737/2021), tenutosi ad Alghero (SS) il 20 e 21 giugno 2025.

¹ L'argomento è stato approfondito nell'opera monografica di G. DE LUCA, *L'agrivoltaico. Profili giusagrarietici nel prisma della sostenibilità della transizione ecologica*, Napoli, 2025 (della stessa Autrice, v. *Agrovoltaico, continuità della produzione alimentare e tutela del paesaggio rurale*, in *Riv. dir. alim.*, 2024, 2, pp. 45 ss.). Si segnalano altresì i contributi di G. STRAMBI, *Riflessioni sull'uso del terreno agricolo per la realizzazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili: il caso dell'agrivoltaico*, in *Riv. dir. agr.*, 2021, I, pp. 395 ss.; E. GIARMANÀ, *L'impatto delle fonti rinnovabili in agricoltura: eco-agro-fotovoltaico e consumo di suolo*, in *AmbienteDiritto.it*, 2022, pp. 1 ss.; A. GRIGNANI, *Un nuovo sviluppo degli impianti di energia da fonti rinnovabili: l'agrifotovoltaico*, in *Amb. svil.*, 2022, pp. 411 ss.; V. DI STEFANO-A. COLANTONI, *Produzione di energia rinnovabile e agro-fotovoltaico: considerazioni alla luce del Piano nazionale ripresa e resilienza e del d.l. semplificazioni bis*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 2022, pp. 1 ss.; M. GIOIA, *PNRR, agrivoltaico e uso «ibrido» della terra: alcuni recenti spunti giurisprudenziali*, *ivi*, 2023, pp. 1 ss.; G. MARULLI, *Sulla realizzazione e sulle modalità di esercizio di un impianto agrivoltaico e relativa compatibilità ambientale*, *ibidem*, pp. 1 ss.;

diritto agrario e alimentare, importanti suggestioni, perché incide sull'utilizzo del suolo per scopi non strettamente connessi all'ottenimento di prodotti agricoli. È un argomento, quindi, che non solo si riflette incidentalmente su quello, più generale, della *food security*², ma anche sui rapporti di subalternità dell'imprenditore agricolo – figura strutturalmente vulnerabile³ – alle imprese energetiche.

Perciò, le considerazioni che saranno espone in queste pagine, muoveranno attraverso tre direttrici: *i*) le misure di incentivo allo sviluppo dei sistemi agrivoltaici nell'attuale scenario di transizione verde; *ii*) se tale nuova tipologia impiantistica rappresenti un effettivo strumento di sostenibilità; *iii*) l'importanza che il contratto riveste nello sviluppo di tali sistemi.

Prima di concentrarsi su questi aspetti, appare però opportuno inquadrare il percorso che ha condotto ad appuntare l'attenzione verso tale sistema di produzione di energia che cerca di integrare produzione agricola e generazione fotovoltaica senza impattare sul consumo di suolo.

È appena il caso di fare un cenno, a livello europolitano, al piano “REPowerEU”⁴ sulla politica energetica nei piani per la ripresa e la resilienza dei paesi dell'Unione, adottato come reazione alle conseguenze sull'economia e sulla società del conflitto russo-ucraino, per affrancarsi gradualmente dalla dipendenza dell'UE dalle importazioni di gas, petrolio e carbone russi, tra l'altro accelerando lo sviluppo delle energie rinnovabili e basandosi sulla piena attuazione del pacchetto “FF55” (“Pronti per il 55%”)⁵, che fissa l'obiettivo

E. BOSCOLO, *Agricoltura e produzione di energia: l'agrivoltaico di fronte al Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2023, pp. 2701 ss.; R. PENNAZIO-E. FERRERO, *Sistemi agrivoltaici tra cambiamento climatico e nuove sfide per l'imprenditore agricolo contemporaneo*, in *Alimenta*, 2023, pp. 355 ss. In generale sull'attività di produzione agro-energetica e senza pretesa di completezza, v. N. FERRUCCI, *Produzione di energia da fonti biologiche rinnovabili (il quadro normativo di riferimento)*, in *Riv. dir. agr.*, 2007, I, pp. 246 ss.; P. LATTANZI, *Agricoltura ed energia. L'impresa agricola nella filiera agroenergetica*, Macerata, 2008, *passim*; F. ADORNATO, *Farina o benzina? Il contributo dell'agricoltura ad un nuovo modello di sviluppo*, in *Agr. ist. merc.*, 2008, pp. 5 ss.; L. PAOLONI, *L'attività agricola di produzione energetica*, in L. COSTATO-A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE (diretto da), *Trattato di diritto agrario, II – Il diritto agroambientale*, Torino, 2011, pp. 239 ss.; M. D'ADDEZIO, *Lo scenario giuridico sulle agroenergie: una lettura all'insegna dei canoni di sostenibilità competitività e sicurezza*, in *Riv. dir. agr.*, 2015, I, pp. 470 ss.

² Sui rapporti tra *energy security* e *food security* v. S. BOLOGNINI, *Emergenza energetica ed emergenza alimentare: quale futuro per il diritto delle agro-energie?*, in *Riv. dir. agr.*, 2014, I, pp. 491 ss.

³ Sulle vulnerabilità del mercato agroalimentare, con precipua attenzione a quella strutturale e fisiologica del produttore, sia consentito un rinvio a F. ONNIS CUGIA, *La vulnerabilità specifica del produttore nella filiera agroalimentare e accesso al credito*, in P. CORRIAS-E. PIRAS (a cura di), *I soggetti vulnerabili nell'economia, nel diritto e nelle istituzioni*, II, Napoli, 2021, pp. 121 ss.

⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Piano REPowerEU*, Bruxelles 18 maggio 2022, COM(2022) 230 final,

⁵ Il pacchetto “Pronti per il 55%”: realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica, presentato con la Comunicazione della Com-

di realizzare una riduzione pari almeno al cinquantacinque per cento delle emissioni nette di gas a effetto serra entro il 2030 e la neutralità climatica entro il 2050, in linea con il *Green Deal* europeo⁶.

Il raggiungimento di tali ambiziosi *target* appare però ancora molto lontano: come evidenziato dall'ultimo Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC), pubblicato nel giugno 2024, emerge come «(e)saminando gli scenari in termini di emissioni e di raggiungimento dei target globali e settoriali per il 2030 delineati nel PNIEC del 2019, si nota una distanza nel loro raggiungimento, dovuta sia al fatto che fossero notevolmente sfidanti in relazione alle effettive possibilità di conseguirli in termini di investimenti e tempi realizzativi, sia agli ostacoli che si sono incontrati per la loro realizzazione, legati alle difficoltà autorizzative per i nuovi impianti a fonti rinnovabili, e infine per il rallentamento delle attività nei recenti periodi di crisi. Ciò determina un maggiore sforzo nel traguardare i nuovi obiettivi di riduzione delle emissioni fissati a livello comunitario al 2030, che dovranno essere fissati in modo pragmatico ed effettivamente conseguibile. Il percorso da compiere richiederà dunque uno sforzo estremo, in particolar modo per quanto attiene la riduzione dei consumi e delle emissioni nei settori legati agli impegni dell'Effort Sharing Regulation [...], cioè in settori quali trasporti, civile, agricoltura, rifiuti e piccola-media industria».

Le energie rinnovabili occupano un ruolo di primo piano nella nostra politica energetica. L'Italia intende continuare a promuoverne lo sviluppo, accelerando la transizione dai combustibili tradizionali alle fonti rinnovabili, promuovendo l'abbandono del carbone per la generazione elettrica a favore di un *mix* elettrico basato su una quota crescente di rinnovabili e, per la parte residua, sul gas, e riducendo le importazioni. Si intende raggiungere la quota di quasi il quaranta per cento dei consumi finali lordi di energia al 2030, in linea con il contributo atteso per il conseguimento dell'obiettivo unionale.

In termini di tecnologie, quelle da cui ci si attende il maggior contributo sono il fotovoltaico e l'eolico, per via della loro maggiore competitività e conseguenti minori costi per il sistema.

Una peculiare declinazione del fotovoltaico è quella su cui desideriamo appuntare la nostra attenzione in questa sede, evidenziando come essa risponda alla necessità di stimolare la diffusione di soluzioni innovative che massimiz-

missione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Bruxelles 14 luglio 2021, COM(2021) 550 *final*, riguarda quattro temi fondamentali: energia, trasporti, scambio e riduzione delle emissioni, uso del suolo e silvicoltura.

⁶ Si tratta della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Il Green Deal europeo*, Bruxelles 11 dicembre 2019, COM(2019) 640 *final*. In argomento, v. P. LATTANZI, *La transizione verso un sistema alimentare sostenibile nel Green Deal*, in P. BORGHI-I. CANFORA-A. DI LAURO-L. RUSSO (a cura di), *Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione europea*², Milano, 2024, pp. 29 ss.

zino la sinergia tra energia e ambiente, in particolare nel settore agricolo. Tra tali soluzioni innovative, l'agrivoltaico riveste infatti un ruolo focale.

Il PNRR ha previsto una specifica misura d'investimento per lo sviluppo dell'agrivoltaico – la M2C2, Investimento 1.1 – che prevede: *i*) l'implementazione di sistemi ibridi agricoltura-produzione di energia che non compromettano l'utilizzo dei terreni dedicati all'agricoltura, ma contribuiscano alla sostenibilità ambientale ed economica delle aziende coinvolte; *ii*) il monitoraggio delle realizzazioni e della loro efficacia, con la raccolta dei dati sia sugli impianti fotovoltaici sia su produzione e attività agricola sottostante, al fine di valutare il microclima, il risparmio idrico, il recupero della fertilità del suolo, la resilienza ai cambiamenti climatici e la produttività agricola per i diversi tipi di colture. L'obiettivo dell'investimento è installare a regime una capacità produttiva da impianti agrivoltaici di 1,04 GW, che produrrebbe circa 1.300 GWh annui.

Il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 (di attuazione della c.d. direttiva RED II)⁷ ha previsto un decreto di attuazione per la concessione dei benefici delle misure PNRR e, più in dettaglio, per stabilire i criteri e le modalità per incentivare la realizzazione di impianti agrivoltaici con la concessione di prestiti o contributi a fondo perduto che, attraverso l'implementazione di sistemi ibridi agricoltura-produzione energetica, non compromettano l'utilizzo dei terreni dedicati all'agricoltura.

Tale misura, entrata in vigore il 14 febbraio 2024 con il decreto del Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica 22 dicembre 2023, n. 436, prevede le modalità di attribuzione delle risorse PNRR, nella forma di contributo in conto capitale, in misura massima del quaranta per cento dei costi di investimento, in accoppiamento a uno specifico supporto tariffario sull'energia immessa in rete assegnato mediante procedure competitive di aste e registri.

Per completezza (sebbene non susciti gli stessi *clash* dell'agrivoltaico), appare opportuno fare un succinto cenno, in tema di sinergia tra fotovoltaico e comparto agricolo, anche alla misura PNRR M2C1 2.2 "Parco Agrisolare", la quale si pone come obiettivo quello di sostenere gli investimenti per la realizzazione di impianti di produzione di energia elettrica solare fotovoltaica nel settore agricolo e agroindustriale, escludendo il consumo di suolo. La misura prevede la selezione e il finanziamento di interventi che consistono nell'acquisto e posa in opera di pannelli fotovoltaici sui tetti di fabbricati strumentali all'attività delle imprese beneficiarie.

È bene anche precisare come il PNIEC preveda che per il raggiungimento degli obiettivi rinnovabili al 2030 sarà necessario non solo stimolare nuova produzione, ma anche preservare quella esistente e anzi, laddove possibile, incrementarla promuovendo il *revamping* e *repowering* di impianti potenzialmente ancora competitivi.

⁷ Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

2. L'accesso agli incentivi per la realizzazione di impianti agrivoltaici

Da quanto sinora esposto, l'utilizzo del suolo agricolo per la produzione di energia rinnovabile mira dunque a favorire, in luogo degli impianti fotovoltaici a terra "tradizionali"⁸, le installazioni agrivoltaiche, volte a massimizzare la sinergia tra la produzione di elettricità e l'attività agricola, nel rispetto di determinati requisiti tecnici e ambientali.

L'art. 31, comma 5, d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (c.d. decreto semplificazioni *bis*)⁹ ha a sua volta novellato l'art. 65 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1¹⁰, rubricato «*Impianti fotovoltaici in ambito agricolo*». Quest'ultima norma ha rappresentato un punto di svolta nella disciplina di promozione della diffusione degli impianti fotovoltaici, perché venne introdotta per limitare l'accesso agli incentivi statali per gli impianti con moduli collocati a terra in aree agricole ed evitare così la sottrazione di suolo alla produzione primaria. La novella, con l'introduzione dei commi 1-*quater* e 1-*quinquies* al citato art. 65, ha escluso che il predetto divieto di incentivi statali si applichi agli impianti agrivoltaici «*che adottino soluzioni integrative innovative con montaggio dei moduli elevati da terra, anche prevedendo la rotazione dei moduli stessi, comunque in modo da non compromettere la continuità delle attività di coltivazione agricola e pastorale, anche consentendo l'applicazione di strumenti di agricoltura digitale e di precisione*». L'accesso agli incentivi per tali impianti è inoltre subordinato alla contestuale realizzazione di sistemi di monitoraggio, da attuare sulla base di linee guida adottate dal Consiglio per la ricerca in agricoltura e l'analisi dell'economia agraria (CREA), in collaborazione con il Gestore dei servizi energetici (GSE), che consentano di verificare l'impatto sulle colture, il risparmio idrico, la produttività agricola per le diverse tipologie di colture e la continuità delle attività delle aziende agricole interessate.

Dette Linee Guida sono state introdotte nel giugno 2022 e distinguono il *genus* "impianto fotovoltaico" dalle *species* "agrivoltaico" standard e avanzato.

L'agrivoltaico standard, rispetto al "tradizionale" fotovoltaico a terra, «*adotta soluzioni volte a preservare la continuità delle attività di coltivazione agricola e pastorale sul sito di installazione*».

L'altezza dei moduli non rappresenta un elemento decisivo per distinguere le varie tipologie impiantistiche: infatti, nelle Linee guida nulla si prevede

⁸ Per quanto, come opportunamente pone in evidenza G. DE LUCA, *L'agrivoltaico*, cit., p. 250, in virtù delle numerose eccezioni contemplate dal legislatore alla generale *ratio* di limitare la realizzazione di impianti fotovoltaici a terra in aree agricole (e di cui si darà conto anche nel prosieguo dell'esposizione), questa ben può considerarsi, a tutti gli effetti, un'opzione largamente praticabile.

⁹ Recante *Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure* e convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

¹⁰ Recante *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività* e convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27.

in merito all'altezza dei moduli degli impianti agrivoltaici standard, mentre, per gli impianti agrivoltaici avanzati, si prevedono alcuni valori meramente indicativi (pari a 1,3 metri in caso di attività zootecnica e a 2,1 metri in caso di attività di coltivazione: pertanto, anche gli impianti fotovoltaici a terra sopraelevati sì dal suolo, ma non oltre le altezze da ultimo citate, possono consentire la coltivazione del suolo tra le fila dei moduli o negli spazi lasciati liberi dall'installazione). Nondimeno, è proprio nella mancata considerazione delle altezze minime da terra dei moduli relativi agli impianti agrivoltaici standard che si rinviene un primo, fondamentale elemento di differenziazione fra questi e gli impianti agrivoltaici avanzati. Entrambi gli impianti, infatti, non devono compromettere la continuità agricola, ma, mentre gli impianti agrivoltaici avanzati devono adottare soluzioni integrative innovative lo stesso non è però richiesto agli impianti agrivoltaici standard.

Posto che la rotazione dei moduli e l'impiego di strumenti di agricoltura digitale e di precisione risulta meramente eventuale, è nel significato dell'espressione «*soluzioni integrative innovative*» che deve essere ricercata la specificità dell'agrivoltaico avanzato.

A tale riguardo, le Linee guida, nel fare riferimento alla configurazione spaziale dell'impianto, rilevano l'importanza di stabilire se l'altezza e la disposizione dei moduli consentano o meno di esercitare le attività agricole su tutta l'area dell'installazione, anche al di sotto dei moduli, ovvero solo sulle porzioni di suolo lasciate libere, ad esempio fra le fila dei pannelli.

Da questo punto di vista, la distinzione fra agrivoltaico avanzato e agrivoltaico standard va individuata, allora, nel fatto che, mentre il primo consente la coltivazione del suolo anche al di sotto dei moduli, realizzando un uso ibrido del terreno, il secondo presenta un livello più basso di integrazione fra la componente di produzione energetica e quella agricola, in quanto si viene a configurare un uso combinato (e non ibrido) della porzione di suolo interessata.

In ogni caso, a mente delle Linee guida (ed è questo un aspetto molto importante che distingue l'esperienza italiana da quella di altri paesi), per potersi parlare in generale di sistema agrivoltaico (semplice o avanzato), almeno il settanta per cento della superficie oggetto di intervento deve essere destinata all'attività agricola e, in ogni caso, la superficie complessiva coperta da moduli (LAOR – *Land Area Occupation Ratio*) non deve superare la soglia del quaranta per cento.

Proprio il LAOR è stato preso a modello dalla letteratura internazionale¹¹ quale indicatore per valutare il potenziale di produttività agricola degli impianti. L'Italia è infatti l'unico Stato, che ha adottato un simile indicatore.

Tale dato dovrebbe assumere un rilievo centrale per la distinzione fra gli impianti agrivoltaici standard e gli impianti fotovoltaici a terra, posto che anche questi ultimi, come accennato, possono essere realizzati in modo da consentire

¹¹ Cfr. C. DUPRAZ, *Assesment of the ground coverage ratio of agrivoltaic systems as a proxy for potential crop productivity*, in *Agroforest Syst.*, 2023, pp. 1 ss.

l'esercizio dell'attività agricola negli spazi lasciati liberi dall'installazione o fra le fila dei moduli.

3. Agrivoltaico e sostenibilità: un equilibrio complesso

L'esame della seconda direttrice si accompagna al dilemma se gli impianti agrivoltaici possano davvero configurarsi come un efficace strumento della transizione sostenibile o, piuttosto, una mera espressione retorica della sostenibilità.

Ebbene, i dubbi trovano un certo riscontro in un preoccupante *match* tra base normativa e contenuto dei documenti delle procedure di Valutazione di Impatto Ambientale per impianti agrivoltaici¹².

In primo luogo, il citato decreto MASE 436/2023, che ha definito i criteri oggettivi e soggettivi per l'accesso ai fondi del PNRR, ha destinato tali risorse, nei limiti di un contingente pari a 300 MW, agli imprenditori agricoli, sia in forma individuale sia societaria, per la realizzazione di impianti agrivoltaici avanzati fino a 1 MW. Il decreto prevede inoltre l'erogazione di un contributo a fondo perduto fino al quaranta per cento dei costi ammissibili, abbinato a una tariffa incentivante sulla quota di energia elettrica immessa in rete.

Per contro, per il restante contingente di 740 MW, i destinatari della misura sono stati individuati nelle associazioni temporanee di imprese, nelle quali sia presente almeno un'impresa agricola, senza limiti di potenza per la realizzazione degli impianti.

Da questo punto di vista, appare evidente la scelta di destinare i fondi solo parzialmente alla realizzazione di impianti agrivoltaici di piccola e media dimensione, finalizzati a sostenere l'autonomia energetica e la redditività delle imprese agricole coinvolte. Al contrario, la mancata previsione di limiti di potenza per gli impianti realizzabili da associazioni temporanee di imprese, pur con la partecipazione di almeno un'impresa agricola, conferma come la misura sia orientata principalmente a promuovere il raggiungimento dei *target* energetici, in particolare attraverso la realizzazione di impianti di grande scala¹³. E questo aspetto emerge in tutta la sua criticità dalla verifica delle richiamate procedure per progetti di impianti agrivoltaici, avanzate principalmente da imprese del settore energetico, con un sostanziale scollamento tra l'attività di produzione di energia agrivoltaica e quella agricola svolta sul fondo.

Inoltre, a fronte della politica di incentivazione riservata agli impianti agrivoltaici avanzati, è forte, in generale, il rischio di una corsa all'accaparramento

¹² Questi sono agevolmente consultabili sul sito del MASE. Alla data del Convegno – 20 giugno 2025 – da una ricerca sommaria effettuata nel motore di ricerca del sito istituzionale del Ministero delle procedure per progetti di impianti, risultano 662 occorrenze con la stringa “agrivoltaico”, 165 con quella “agrovoltaico” e 181 con quella “agri/agro-voltaico: un totale di oltre 1000 risultati.

¹³ V. anche G. DE LUCA, *L'agrivoltaico*, cit., pp. 159 s.

di fondi rustici per l'installazione di pannelli solari, soprattutto nel Mezzogiorno, dove il naturale *favor* derivante dalle condizioni climatiche si confronta con le strutturali fragilità dell'economia agraria locale¹⁴.

3.1. *La «continuità delle attività di coltivazione agricola e pastorale sul sito di installazione»*

Per quanto il presupposto della continuità delle attività di coltivazione agricola e pastorale sul sito di installazione sia un tratto comune tanto alla definizione di agrivoltaico standard che avanzato, questo assume una rilevanza particolare nella seconda fattispecie in quanto è prevista la cessazione degli incentivi o la revoca dei benefici ricevuti nel caso in cui, durante il periodo di monitoraggio, tale requisito venga meno.

È opportuno, in questo contesto, tenere presente uno dei tanti interventi normativi posteriori alla riformulazione dell'art. 2135 c.c. ad opera del d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228¹⁵ compiuti nell'ottica di una diversificazione delle attività riconducibili all'agricoltura: ci si riferisce all'art. 1, comma 423, della legge finanziaria 2006 (l. 23 dicembre 2005, n. 266), che ha qualificato attività connesse (nonché produttive di reddito agrario) una serie di tipologie di produzione e cessione di energia, tra cui quelle fotovoltaiche sino a 260.000 kWh/anno. Tale inclusione, per quanto abbia superato il vaglio della Consulta¹⁶ – che ha posto l'accento sull'utilizzazione del fondo, quale «*risorsa primaria dell'impresa agricola*», che, anche quando sia utilizzato per la collocazione degli impianti fotovoltaici, unitamente alle eventuali superfici utili degli edifici addetti al fondo medesimo, deve comunque risultare normalmente impiegata nell'attività agricola – non ha però convinto la dottrina, in quanto la produzione di energia fotovoltaica, provenendo esclusivamente dalla ricezione dei raggi solari, non sfrutta in alcun modo l'attività agricola di coltivazione, allevamento o selvicoltura, negli strumenti propri per lo svolgimento di tali attività. Addirittura, dottrina autorevolissima ha affermato che «*anche qualora la collocazione di pannelli sia sopraelevata – quindi la produzione agricola possa contestualmente proseguire – le due attività (di produzione agricola e di energia) non presentano alcuna relazione funzionale tra loro*»¹⁷.

Con specifico riferimento all'agrivoltaico, queste incongruenze sembrano attenuarsi alla luce del necessario rispetto della continuità agricola, che rappresenta il punto d'equilibrio individuato, d'altra parte, anche dalla Consulta nel

¹⁴ Cfr., ancora, G. DE LUCA, *L'agrivoltaico*, cit., p. 164.

¹⁵ All'esame, articolo per articolo, del d.lgs. 228/2001, è stato dedicato un intero fascicolo della *Rivista di diritto agrario* (2002, I, pp. 211 ss.). Sulla formula novellata dell'art. 2135 c.c., si veda in particolare M. GOLDONI, *Commento all'art. 1, ibidem*, pp. 213 ss.

¹⁶ Corte cost., 25 febbraio 2015, n. 66, in *Riv. dir. agr.*, 2016, II, pp. 236 ss., con nota di I. CANFORA, *Il fondo rustico, i pannelli solari e l'agrarietà per connessione: come non snaturare la vocazione agricola dell'impresa*.

¹⁷ I. CANFORA, *Il fondo rustico, i pannelli solari e l'agrarietà per connessione*, cit., p. 249.

riconoscere, nella multifunzionalità dell'agricoltura, un regime di favore per l'impresa agricola pur in presenza dell'esercizio di attività connesse, sempre che queste ultime non giungano a snaturarne l'identità, contraddicendone la vocazione agricola. Nel caso dell'agrivoltaico, per potersi ravvisare un rapporto di connessione *ex art.* 2135, comma 3, c.c., è ovviamente necessario rispettare i caratteri dell'unisoggettività e dell'uniazionalità: le due attività devono essere svolte dallo stesso soggetto, continuando a utilizzare il fondo come fattore di produzione agricola e producendo energia per mezzo dei pannelli sopraelevati, e l'attività accessoria di produzione di energia deve essere inserita all'interno dell'organizzazione creata per lo svolgimento dell'attività principale, in modo tale che l'attività di produzione di energia non interferisca con lo sfruttamento frugifero del fondo e costituisca un'attività parallela a quella agricola, fornendo a quest'ultima una reale funzione d'ausilio. Viceversa, questa integrazione tra componente agricola e componente agrivoltaica ben potrebbe mancare anche nel caso di unisoggettività, perché l'art. 65, comma 1-*quater*, d.l. 1/2012 si riferisce alla continuità solo in termini di configurazione spaziale dell'impianto e l'attività di produzione e cessione dell'energia prodotta dalle fonti rinnovabili può avvenire indipendentemente da quella primaria di coltivazione e allevamento¹⁸.

La necessità che l'attività agricola non risulti alterata dall'installazione degli impianti appare però adeguatamente considerata dalle Linee guida, nelle quali ai fini della dimostrazione del requisito della continuità agraria assume rilievo centrale il dato relativo al valore della produzione agricola prevista sull'area interessata dall'opera negli anni solari successivi all'entrata in esercizio dell'impianto. Tale valore deve essere confrontato con la media della produzione registrata sull'area destinata al sistema agrivoltaico negli anni precedenti, a parità di indirizzo produttivo.

In assenza di produzione agricola sull'area negli anni solari precedenti, le Linee guida prevedono che si faccia riferimento al valore medio della medesima produzione agricola nella zona geografica interessata dall'intervento. Si pone, tuttavia, il tema delle conseguenze derivanti da una eventuale riduzione, nel corso della vita tecnica dell'impianto, del valore economico della produzione, anche in ragione di fattori esogeni, quali gli effetti del cambiamento climatico. In tale evenienza, occorrerebbe chiarire se e in quale misura una simile diminuzione possa incidere sul mantenimento del requisito della continuità agricola e quale possa essere la soglia di tolleranza entro la quale la riduzione stessa possa ritenersi compatibile con la permanenza di tale criterio.

A nostro giudizio una soluzione si potrebbe ricavare dai meccanismi propri delle assicurazioni parametriche¹⁹, modelli assicurativi che si stanno affer-

¹⁸ Così G. DE LUCA, *L'agrivoltaico*, cit., p. 259,

¹⁹ Su tali figure v. R. SANTAGATA, *Polizze assicurative parametriche (o index based) e principio indennitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, pp. 134 ss.; N. DE LUCA, *Stima accettata, polizza stimata e assicurazione parametrica. Spunti di riflessione*, in *Ass.*, 2023, pp. 446 ss.; F. PETROSINO, *Le*

mando con riferimento alla copertura dei rischi in agricoltura e caratterizzati dalla circostanza che il pagamento dell'indennizzo ivi previsto è direttamente collegato al verificarsi di alcune condizioni o di alcuni indici agevolmente verificabili su basi oggettive ed automatiche²⁰, prescindendo volutamente dall'accertamento della diminuzione patrimoniale collegabile all'evento catastrofale contemplato.

In ogni caso, affinché l'agrivoltaico rappresenti un motore di crescita economica anche per le imprese agricole e non solo per gli investitori del settore energetico, mutuando un efficace concetto affermato dalla dottrina, appare centrale inquadrare precisamente l'aspetto della continuità agricola, poiché consente di «evitare che gli agricoltori a vario titolo coinvolti nei progetti, più che produttori di beni primari e custodi del territorio, diventino, invece, custodi di pannelli fotovoltaici a terra»²¹.

3.2. Consumo del suolo e principio di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili

Non minori perplessità desta l'impostazione della giurisprudenza amministrativa nel contenzioso sorto in relazione alle procedure autorizzative per l'installazione di impianti agrivoltaici. In dottrina²² è stato dato ampio risalto ad alcune sentenze (oltretutto, rese da due differenti sezioni della medesima Sede), che hanno espresso indirizzi ermeneutici divergenti. Per quanto riguarda il primo, una volta accertato, in sede istruttoria, che un determinato progetto – localizzato in un'area non classificata come non idonea e priva di specifici vincoli – prevede soluzioni idonee a garantire la continuità dell'attività agricola sui terreni sottostanti ai pannelli, non potrebbe essere assimilato a un impianto fotovoltaico a terra tradizionale. Ne conseguirebbe che l'applicazione delle disposizioni degli strumenti di governo del territorio riferite ai fotovoltaici a terra risulterebbe impropria, poiché tali norme non considerano la peculiarità degli impianti agrivoltaici, capaci di coniugare la tutela dell'agricoltura con la produzione di energia da fonti rinnovabili²³.

polizze parametriche tra disciplina del contratto e organizzazione dell'impresa, in *Contr. impr.*, 2023, pp. 933 ss.; P. CORRIAS, *Assicurazione e responsabilità civile*, in *Enc. dir. – I tematici*, C. SCOGNAMIGLIO (diretto da), *Responsabilità civile*, VII, Milano, 2024, pp. 35 s.; D. CERINI, *Sostenibilità e assicurazioni: gestione dei rischi e investimenti. Tra regole e prassi*, Milano, 2025, pp. 221 ss.

²⁰ Il sistema di misurazione – denominato “oracolo” – è tendenzialmente gestito da un soggetto terzo rispetto alle parti contrattuali.

²¹ Così G. DE LUCA, *L'agrivoltaico*, cit., p. 166.

²² G. DE LUCA, *L'agrivoltaico*, cit., pp. 234 ss.; M. GIOIA, *PNRR, agrivoltaico e uso «ibrido» della terra: alcuni recenti spunti giurisprudenziali*, cit., pp. 1 ss.; G. MARULLI, *Sulla realizzazione e sulle modalità di esercizio di un impianto agrivoltaico e relativa compatibilità ambientale*, cit., pp. 1 ss.

²³ Ci si riferisce alle sentenze del Tar Puglia – Lecce, sez. II, 12 febbraio 2022, n. 248; 11 aprile 2022, n. 586; 12 ottobre 2022, nn. 1584, 1585, 1586 e 1587; 4 novembre 2022, n. 1750.

Secondo un diverso orientamento, tuttavia, il fatto che l'impianto agrivoltaico costituisca una forma evolutiva del fotovoltaico a terra non può, di per sé, giustificare l'esclusione dall'applicazione delle norme che disciplinano gli impianti alimentati da fonti rinnovabili situati in aree a vocazione agricola²⁴.

Il Consiglio di Stato²⁵ ha risolto tale contrasto ritenendo impropria la valutazione di un progetto agrivoltaico alla stregua dei criteri previsti per gli impianti fotovoltaici, a fronte del differente impatto che tali impianti hanno sul suolo agricolo, evidenziando, in ogni caso, la necessità di appurare, volta per volta, le «peculiarità tecnologiche ed impiantistiche finalizzate ad evitare – o comunque a ridurre fortemente – il consumo di suolo che limita l'utilizzo per fini agricoli e che rappresenta una delle principali finalità di tutela ambientale e paesaggistica». Un simile orientamento si ispira e si pone chiaramente in continuità con l'indirizzo della Corte costituzionale sul principio di massima diffusione delle fonti energetiche rinnovabili sancito dalla normativa europea, nonché con l'esigenza di conseguire i relativi obiettivi, nell'ottica del bilanciamento tra la necessità di potenziare le fonti rinnovabili e quella di tutelare il territorio nella dimensione paesaggistica, storico-culturale e della biodiversità²⁶, con una tendenza a privilegiare la promozione delle rinnovabili rispetto alle ragioni di tutela dell'agricoltura e del paesaggio rurale²⁷.

Un simile orientamento si riscontra anche in seno al Tar Sardegna²⁸: il Giudice amministrativo sardo ha escluso che la presenza di beni del patrimonio culturale-archeologico rilevi aprioristicamente nella valutazione di compatibilità ambientale per gli impianti di produzione di energia da fonte rinnovabile.

4. La funzione del contratto nello sviluppo degli impianti agrivoltaici

Nello sviluppo dei sistemi in analisi, il contratto assume notevole rilevanza già nell'individuazione dei soggetti beneficiari delle misure di sostegno previste dal PNRR: come accennato (*supra*, al § 3), l'art. 4 d.m. 436/2023 affianca agli operatori del settore agricolo le associazioni temporanee di imprese, purché almeno uno dei componenti sia un imprenditore agricolo e uno rispetti la definizione di soggetto produttore (ossia l'intestatario dell'of-

²⁴ Tar Puglia – Lecce, sez. III, 1° settembre 2022, n. 1376; 9 febbraio 2023, n. 200; 10 marzo 2023, n. 322.

²⁵ Cons. Stato, 11 settembre 2023, n. 8260.

²⁶ Cfr., tra le tante, Corte cost., 11 marzo 2025, n. 28; Corte cost., 27 ottobre 2022, n. 221; Corte cost., 13 maggio 2022, n. 121; Corte cost., 23 maggio 2021, n. 46.

²⁷ Così G. DE LUCA, *L'agrivoltaico*, cit., p. 240.

²⁸ Tar Sardegna 29 maggio 2024, n. 414, che ha rigettato il ricorso del Comune di Barumini avverso gli atti del procedimento autorizzativo del MASE per la realizzazione di un impianto agrivoltaico da installarsi in una località ricadente nel Comune di Tuili, ma confinante proprio col Comune di Barumini, ove è sito il complesso nuragico “Su Nuraxi”, dichiarato Patrimonio Mondiale dell'Umanità dall'UNESCO nel 1997.

ficina elettrica di produzione o del codice ditta dell'impianto, nonché delle autorizzazioni alla costruzione e all'esercizio dell'impianto agrivoltaico; il produttore è anche firmatario del regolamento di esercizio dell'impianto). Secondo un autorevole insegnamento, tale figura ricalca lo schema del mandato collettivo *in rem propriam*²⁹. Più precisamente, il soggetto a cui gli altri partecipanti conferiscono l'incarico, assume la rappresentanza esclusiva di questi nei confronti del GSE, conclude con esso il contratto di incentivazione e si impegna alle attività di rendicontazione delle spese sostenute per la realizzazione del progetto nonché al monitoraggio dei suoi avanzamenti. In questo caso, come pocanzi osservato, il mandatario sarà dunque individuato quale soggetto produttore.

Ancora, l'art. 11, comma 1-*bis*, d.l. 1° marzo 2022, n. 17³⁰ stabilisce che gli impianti fotovoltaici (tra cui anche gli agrivoltaici ubicati in aree agricole, se posti al di fuori di aree protette o appartenenti a Rete Natura 2000, previa definizione delle aree idonee di cui all'art. 20, comma 1, d.lgs. 199/2021 e nei limiti consentiti dalle eventuali prescrizioni ove posti in aree soggette a vincoli paesaggistici diretti o indiretti), sono considerati manufatti strumentali all'attività agricola e sono liberamente installabili se sono realizzati direttamente da imprenditori agricoli o da società a partecipazione congiunta con i produttori di energia elettrica alle quali è conferita l'azienda o il ramo di azienda da parte degli stessi imprenditori agricoli ai quali è riservata l'attività di gestione imprenditoriale salvo che per gli aspetti tecnici di funzionamento dell'impianto e di cessione dell'energia. Devono però ricorrere, congiuntamente, le seguenti condizioni: *i*) i pannelli solari sono posti sopra le piantagioni ad altezza pari o superiore a due metri dal suolo, senza fondazioni in cemento o difficilmente amovibili; *ii*) le modalità realizzative prevedono una loro effettiva compatibilità e integrazione con le attività agricole quale supporto per le piante ovvero per sistemi di irrigazione parcellizzata e di protezione o ombreggiatura parziale o mobile delle coltivazioni sottostanti ai fini della contestuale realizzazione di sistemi di monitoraggio, da attuare sulla base di linee guida. L'installazione è però, in ogni caso, subordinata al previo assenso del proprietario e del conduttore, a qualsiasi titolo purché oneroso, del fondo.

Emerge chiaramente come anche nell'ottica del legislatore, dunque, con l'agrivoltaico non solo vi deve essere coesistenza tra attività agricola e di produzione di energia elettrica, ma anche tra soggetti a cui, da un lato, è riservata la prosecuzione dell'attività di impresa agricola (che è condizione necessaria per l'accesso agli incentivi) e quella tecnica di funzionamento dell'impianto e

²⁹ P. CORRIAS, *Cooperazione tra imprese appaltatrici e responsabilità verso terzi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 740.

³⁰ Recante *Misure urgenti per il contenimento dei costi dell'energia elettrica e del gas naturale, per lo sviluppo delle energie rinnovabili e per il rilancio delle politiche industriali*, convertito con modificazioni dalla l. 27 aprile 2022, n. 34.

di cessione dell'energia. Premesso che, ai fini dell'indagine condotta in questa sede, desideriamo concentrarci solo sulle ipotesi in cui ci sia un effettivo svolgimento dell'attività agricola sul fondo in cui vengono installati gli impianti destinati alla produzione di energia, tralasciando quelle ipotesi più complesse in cui il proprietario del fondo non sia un imprenditore agricolo (dovendosi in questo caso prevedere il coinvolgimento di un terzo che invece eserciti tale attività)³¹, gli Autori che si sono concentrati sulla regolazione dei rapporti negoziali per consentire tale coabitazione evocano come migliore soluzione il ricorso al contratto di concessione del diritto di superficie³².

È questa una soluzione che trova anche un referente normativo nell'art. 5, comma 2-bis, del c.d. d.l. Agricoltura³³, il quale stabilisce una durata minima inderogabile «dei contratti, anche preliminari, di concessione del diritto di superficie su terreni [...] per l'installazione e l'esercizio di impianti da fonti rinnovabili» di sei anni. Va peraltro rilevato che la legge prevede la rinnovazione tacita del contratto, per un uguale periodo. Alla seconda scadenza del contratto, salva diversa pattuizione delle parti, ciascuna di esse ha diritto di attivare la procedura per il rinnovo a nuove condizioni o per la rinuncia al rinnovo del contratto, comunicando la propria intenzione con lettera raccomandata da inviare all'altra parte almeno sei mesi prima della scadenza e alla quale dovrà esser dato riscontro entro sessanta giorni dalla data di ricezione. In mancanza di risposta o di accordo, il contratto si intende scaduto alla data di cessazione, mentre in assenza della comunicazione, il contratto è rinnovato tacitamente alle medesime condizioni.

Tali disposizioni si applicano anche ai contratti non ancora scaduti, salvo non sia stato esercitato il recesso nei sessanta giorni successivi all'entrata in vigore della legge.

Invero, le concessioni *ad aedificandum*, tradizionalmente, pongono alcuni problemi di qualificazione giuridica della fattispecie. Nella prassi applicativa non è sempre agevole distinguere tra la fattispecie di un godimento dell'opera su di un bene altrui a titolo reale o obbligatorio. La Suprema Corte, con una

³¹ Difatti, come lucidamente posto in risalto da G. DE LUCA, *L'agrivoltaico*, cit. pp. 261 ss., «considerati gli elevati costi dell'agrivoltaico, nondimeno è probabile che, nella pratica, si manifesti con maggiore frequenza l'ipotesi nella quale l'installazione dell'impianto avvenga da parte di soggetti diversi dal proprietario del fondo rustico, che potrebbero non svolgere alcuna attività di impresa agricola, operando, ad esempio, nel settore energetico e delle costruzioni». Si rimanda alle pagine dell'Autrice per una accurata disamina delle problematiche connesse alla compravendita del fondo rustico per la realizzazione di impianti agrivoltaici e all'operatività di istituti settoriali, primo fra tutti la prelazione agraria.

³² V. F. TEDIOLI, *Il diritto di superficie nel modello agrivoltaico avanzato: compatibilità civilistica, soluzioni contrattuali e disciplina fiscale*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, 2025, pp. 1 ss.; R. PENNAZIO(-E. FERRERO), *Sistemi agrivoltaici tra cambiamento climatico e nuove sfide per l'imprenditore agricolo contemporaneo*, cit., pp. 376 ss.

³³ D.l. 15 maggio 2024, n. 63, recante *Disposizioni urgenti per le imprese agricole, della pesca e dell'acquacoltura, nonché per le imprese di interesse strategico nazionale*, convertito con modificazioni dalla l. 12 luglio 2024, n. 101.

pronuncia risalente³⁴, aveva puntualmente evidenziato come «*la concessione ad aedificandum, da cui deriva il diritto di fare e mantenere determinate costruzioni al di sopra del suolo altrui, può, in taluni casi, pure attribuendo il godimento esclusivo dell'opera in conrelazione e per la durata del diritto di godimento del terreno, avere un contenuto diverso dal diritto reale, e può, in particolare, assumere le caratteristiche di un diritto personale di natura obbligatoria; è quindi giuridicamente configurabile un negozio ad effetti obbligatori, qualificabile eventualmente come contratto atipico o come un tipo anomalo di contratto di locazione*». La rilevanza di tale distinzione attiene tanto ai rigori di forma e di pubblicità a cui è soggetta la concessione *ad aedificandum* ad effetto reale e non quella ad effetto obbligatorio, quanto alla disciplina delle costruzioni o addizioni al momento dell'estinzione del rapporto, poiché in caso di superficie si applicherà l'art. 954 c.c., mentre nel caso del negozio ad effetti obbligatori si dovrà richiamare la disciplina locatizia in tema di miglioramenti e addizioni³⁵. Oltre che dai differenti effetti in ordine alla operatività del principio di accessione, la scelta di un contratto ad effetti obbligatori in luogo di uno ad effetti reali può essere dettata da una maggiore convenienza di natura fiscale³⁶.

Nondimeno, deve evidenziarsi come anche il contratto costitutivo del diritto di superficie sia idoneo a soddisfare tante delle esigenze “operative” dell'agrivoltaico, potendo contenere clausole, limitazioni e condizioni a carico del superficiario circa i modi di realizzazione dell'impianto, così come per il suo utilizzo. La centralità del titolo nel disciplinare il rapporto superficiario può essere qui massimizzata³⁷.

Altro contratto di concessione ad effetti reali utilizzato nella prassi è il c.d. comodato agrario funzionale, contratto gratuito con cui il proprietario concede all'operatore l'uso parziale del fondo per l'impianto, riservandosi la conduzione agricola. Questa soluzione, però, mal si concilia con operazioni in cui siano previsti importanti investimenti per la realizzazione degli impianti, in considerazione della precarietà che caratterizza il modello contrattuale in discorso³⁸,

³⁴ Cass., 30 novembre 1967, n. 2851, in *Rass. Avv. Stato*, 1968, pp. 99 ss., con nota redazionale.

³⁵ V. A. GUARNERI, *La superficie* (Artt. 952-956), in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2007, pp. 95 ss., spec. p. 99.

³⁶ Si veda, su entrambi gli aspetti, A. BUSANI, *Impianto fotovoltaico costruito su fondo condotto in locazione e principio di accessione*, in *Not.*, 2012, pp. 315 ss. e, con precipuo riguardo ai profili fiscali, p. 322, nt. 30.

³⁷ Cfr. F. TEDIOLI, *Il diritto di superficie nel modello agrivoltaico avanzato*, cit., pp. 4 ss., spec. p. 8 ove evidenzia il ricorso, nella prassi, a fattispecie miste che combinano un diritto di superficie parziale con clausole obbligatorie accessorie, quali la collaborazione agronomica, il monitoraggio, la conduzione agricola: «(s)i tratta di una soluzione flessibile, idonea a gestire in un unico contenitore giuridico le esigenze del progetto e a favorire una corretta allocazione dei rischi, una più chiara distribuzione delle responsabilità e un più agevole accesso agli incentivi pubblici».

³⁸ In argomento v. F. TEDIOLI, *Il diritto di superficie nel modello agrivoltaico avanzato*, cit., p. 8.

nonché per la complessa regolamentazione della sorte degli impianti allo scioglimento del rapporto, dal momento che l'art. 1808 c.c. esclude la possibilità che possa spettare un qualche rimborso (neppure nella forma dell'indennità o dell'indennizzo) per esborsi che, ancorché abbiano determinato un miglioramento, non siano risultati necessari per far fronte ad improcrastinabili esigenze di conservazione della cosa³⁹. Inoltre, il ricorso ad una simile soluzione contrattuale andrebbe escluso *in nuce*, poiché – come anticipato – l'art. 11, comma 1-*bis*, d.l. 17/2022, all'ultimo periodo, non ammette fattispecie negoziali a titolo gratuito.

Le variabili nel valutare su quale sia il migliore contratto di concessione *ad aedificandum*, tra uno ad effetto reale o ad effetto obbligatorio, sono tante e tutte di enorme rilevanza: l'entità dell'iniziativa, le sue prospettive temporali, i soggetti coinvolti, le tecnologie adottate e l'attività agricola svolta. Ma, soprattutto, se l'attività di produzione agricola e quella di energia viaggiano su binari paralleli o si riescono ad amalgamare, generando benefici al settore che mette in gioco il suo più importante fattore di produzione: il suolo.

Inoltre, di fronte alla tematica in discorso, l'esigenza di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e stabilire equi rapporti sociali che sta alla base della l. 3 maggio 1982, n. 203 trova una enorme cassa di risonanza, specie se si vuole guardare all'agrivoltaico come ad un nuovo impegno del territorio agricolo e ad una moderna forma di declinazione dell'attività agricola. Per cui – sebbene con un approccio critico – ben potrebbe trovare rinnovata linfa l'istituto dell'affitto di fondo rustico.

Anche qui, però, bisogna porre grande attenzione nel verificare quelle che sono le finalità sottese alla disponibilità del fondo: il suo utilizzo per la sola attività di produzione energetica non sarà sufficiente, ma dovrà sempre ricorrere, necessariamente, anche l'esercizio dell'attività agricola⁴⁰. Quantunque l'attività svolta dall'imprenditore contraente rivesta un rilievo solo marginale, assume comunque notevole importanza la funzione economica del terreno oggetto del rapporto: il carattere rustico del fondo deve infatti essere riconosciuto in ragione della sua rilevanza giuridica, connessa alla funzione economico-sociale che esso svolge attraverso la coltivazione e l'allevamento di vegetali e animali⁴¹. Effettivamente, non può essere trascurata la solidità delle autorevoli critiche mosse a tale soluzione negoziale, poiché, essendo l'affitto di fondo rustico funzionalmente finalizzato alla realizzazione di un'impresa agricola, anche nel caso in cui l'energia elettrica prodotta tramite il godimento del fondo sia destinata ad un mero autoconsumo deve comunque essere posta al centro la capacità del fondo di essere effettivamente utilizzato nello svolgimento di

³⁹ Cfr., per tutti, Cass., 30 giugno 2015, n. 13339, in *Imm. propr.*, 2015, pp. 594 s. (s.m.), con nota redazionale di A. TRIOLA.

⁴⁰ In caso contrario si dovrà ricorrere al contratto di locazione: così, lucidamente, G. DE LUCA, *L'agrivoltaico*, cit., p. 273.

⁴¹ F. SALARIS, *La nozione giuridica di fondo*, in *Riv. dir. agr.*, 1980, I, p. 345.

un'attività agricola⁴². Vieppiù, la disciplina dettata per l'affitto di fondo rustico presuppone che il terreno sia destinato a uno sfruttamento produttivo, realizzato mediante la coltivazione o l'utilizzazione dei suoi prodotti spontanei e non configurato come una mera superficie⁴³. Il terreno, pur con delle installazioni, se adeguatamente impiegato a fini produttivi (e, quindi, sfrutta le capacità del suolo come *res frugifera*), ben può essere qualificato come fondo rustico⁴⁴.

Assai problematico, però, sarebbe l'inquadramento della realizzazione degli impianti nella disciplina in materia di opere di miglioria, di addizioni e di trasformazioni, specie nel caso in cui non vi sia il consenso della controparte, con il conseguente ricorso alla procedura di legittimazione nanti l'Ispettorato provinciale agrario per valutare le proposte delle parti e a decidere sull'ammissibilità degli interventi⁴⁵. Per quanto la realizzazione di un impianto agrivoltaico possa astrattamente rientrare quantomeno nei concetti di opera di miglioria (da intendersi quali opere volte ad accrescere il valore o la produttività del fondo)⁴⁶ ovvero di trasformazione dell'ordinamento produttivo e dei fabbricati rurali (ammesse purché non comportino la modifica della destinazione agricola

⁴² V. S. BOLOGNINI, *Il difficile contemperamento delle esigenze energetiche con quelle alimentari e l'ampliamento dell'agrarità "virtuale"*, in M. D'ADDEZIO (a cura di), *Agricoltura e contemperamento delle esigenze energetiche e alimentari*, Milano, 2012, p. 149.

⁴³ Così, precisamente, A. JANNARELLI, *Affitto di fondo rustico e allevamento di cavalli da corsa*, in *Dir. giur. agr. amb.*, 1994, p. 349.

⁴⁴ V., con riferimento all'affitto di fondi con strutture serricole, S. ROSSINI, *Serre fisse e affitto di fondi rustici*, in *Riv. dir. agr.*, 1998, II, p. 50.

⁴⁵ È appena il caso di ricordare che, in caso di migliorie, addizioni o trasformazioni realizzate dall'affittuario con il consenso della controparte ovvero con l'autorizzazione dell'Ispettorato, ai sensi dell'art. 17, comma 2, l. 302/1983 questi ha diritto ad una indennità corrispondente all'aumento del valore di mercato conseguito dal fondo a seguito dei miglioramenti da lui effettuati e quale risultante al momento della cessazione del rapporto, con riferimento al valore attuale di mercato del fondo non trasformato. In ogni caso, le parti possono convenire la corresponsione di tale indennità anche prima della cessazione del rapporto. Per un puntuale approfondimento delle varie problematiche sottese a tali aspetti si rinvia, ancora una volta, a G. DE LUCA, *L'agrovoltaico*, cit., pp. 273 ss. Inoltre, al termine del contratto l'affittuario costruttore ha diritto a ritenere l'opera fino a che il locatore non abbia provveduto al pagamento dell'indennizzo, sicché l'affittuario costruttore diventa titolare di una proprietà superficaria, che può durare anche dopo l'estinzione del contratto di affitto: così L. SALIS, *Proprietà superficaria e proprietà separata*, in *Riv. giur. edil.*, 1993, p. 1028. Non va nemmeno trascurata l'ipotesi della vendita del fondo in cui siano già state apportate migliorie da parte dell'affittuario, specie nel caso in cui il venditore abbia omesso di dichiarare, nell'atto di vendita, l'esistenza dell'obbligo di indennizzare l'affittuario, non liberandosi così dell'obbligazione stessa, ma rimanendo obbligato in solido con l'acquirente.

⁴⁶ Cfr. Cass., 16 gennaio 2002, n. 405, in *One Legale*. D'altra parte, vi sono studi agronomici che hanno dimostrato come l'ombreggiatura dei pannelli possa contribuire alla protezione dei terreni dai fenomeni climatici avversi oppure difenderli dall'eccessivo surriscaldamento, con conseguenze positive in termini di risparmio idrico. Inoltre, si è già messo in luce, nel testo, come gli impianti agrivoltaici che adottano soluzioni integrative innovative possano prevedere l'integrazione di strumenti di agricoltura digitale e di precisione, che permettono di produrre con un'efficienza sempre maggiore e con impatti ambientali sempre minori. Sul tema, v. P. LAT-TANZI, *L'agricoltura di precisione: fisionomia, quadro strategico di riferimento e implicazioni giuridiche*, in *Riv. dir. alim.*, 2024, 2, pp. 19 ss.

del fondo: carattere garantito dal rispetto della continuità agraria), così consentendo di valutare la miglìoria in una prospettiva evolutiva e multifunzionale, vero è che potrebbe scontrarsi col limite previsto per tali interventi dall'art. 16 l. 203/1982, il quale – come è noto – richiede che esse siano eseguite nel rispetto dei programmi regionali di sviluppo ovvero delle vocazioni colturali delle zone in cui è ubicato il fondo⁴⁷.

Viceversa, le opere realizzate in assenza di consenso con la controparte o di autorizzazione possono costituire grave inadempimento e determinare la risoluzione del contratto⁴⁸.

Si pensi, ancora, al differente caso in cui ad essere affittato è il fondo ove sono stati già realizzati dal proprietario del fondo gli impianti agrivoltaici. Ai fini di sussumere la fattispecie alla corretta disciplina di riferimento, appare fondamentale verificare se trattasi di fondo attrezzato ovvero di azienda agricola. Infatti, la destinazione delle cose accessorie dà luogo ad una diversa situazione giuridica a seconda della qualifica del destinante: se questi è il proprietario del fondo, dovrà ritenersi sussistere unità giuridica tra il bene principale e le cose accessorie, per cui saranno assoggettate alle stesse regole di circolazione e l'oggetto del contratto sarà il fondo con le sue pertinenze (queste ultime *ex art. 817 c.c.* poste al servizio o all'ornamento del primo). Se il destinante è l'imprenditore agricolo, il complesso tra terra e beni assume la differente configurazione di azienda, in quanto «*complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*» (art. 2555 c.c.). Qualora, invece, il destinante è sia proprietario che imprenditore, le cose si qualificano al contempo pertinenze ed elementi dell'azienda, con la conseguente necessità di identificare l'operazione sulla scorta non solo dell'oggetto del contratto, ma anche del soggetto e del programma della gestione tanto nell'originaria intenzione del locatore quanto in quella dell'affittuario⁴⁹. Perciò, si ricadrà nell'ipotesi dell'affitto di azienda solo nel caso in cui la destinazione a servizio dell'attività di impresa sia stata attribuita dal precedente proprietario ed assume concreta rilevanza nell'operazione economica se tale indirizzo «è atto ad escludere la scelta di un altro tipo di impresa da parte del nuovo titolare, il quale, infatti, è "interessato" proprio al genere di azienda già organizzata»⁵⁰. Viceversa, se il programma preesistente è irrilevante ai fini della destinazio-

⁴⁷ A tal proposito, G. DE LUCA, *L'agrivoltaico*, cit., p. 279, sottolinea come «*le condizioni di ombreggiatura derivanti dalla realizzazione dell'opera potrebbero comunque pregiudicare la coltivazione di diverse tipologie di piante, si che sarà compito degli Ispettori valutare, caso per caso, se i progetti presentati siano o meno compatibili con gli eventuali programmi regionali di sviluppo o con le vocazioni colturali della zona*».

⁴⁸ Per tutti, Cass., 14 dicembre 2006, n. 26843, in *One Legale*.

⁴⁹ Cfr. A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Il contratto di affitto. Gli aspetti generali*, in L. COSTATO-A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE (diretto da), *Trattato di diritto agrario, I – Il diritto agrario: circolazione e tutela dei diritti*, Torino, 2011, pp. 20 ss., i quali evidenziano altresì (a pp. 23 s.) come in nessun caso rilevi il maggior valore dell'installazione rispetto a quello del terreno per fuoriuscire dalla fattispecie pertinenziale.

⁵⁰ A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Il contratto di affitto*, cit., p. 24.

ne che intende darvi l'affittuario, l'operazione dovrà essere qualificata come affitto di fondo rustico attrezzato, come tale regolata dalla l. 203/1982⁵¹.

5. *Funzione sociale dell'agricoltura e sviluppo dell'agrivoltaico: alla ricerca di un punto di equilibrio*

Alla luce di quanto sinora esposto – che evoca numerose suggestioni sulle quali è forte l'auspicio di poter svolgere ulteriori futuri approfondimenti – appare evidente come nell'attuale scenario risulti giustificato il timore di sfruttamenti opportunistici delle normative agevolative ed incentivanti per lo sviluppo dell'agrivoltaico. Questo perché il legislatore considera l'integrazione tra attività agricola e produzione energetica solo in una logica spaziale e non di effettiva connessione della seconda a utilità della attività agricola. Per poter parlare di "impresa agrivoltaica" devono ricorrere al contempo i requisiti soggettivi e oggettivi dell'unisoggettività e dell'uniazionalità. Detto diversamente, dovrebbe essere la medesima impresa ad esercitare sia l'attività agricola che l'attività di produzione di energia elettrica, continuando a utilizzare il fondo come fattore di produzione agricola, ma sfruttando al contempo i pannelli fotovoltaici sopraelevati, con l'attività collaterale che va ad inserirsi all'interno dell'organizzazione creata per lo svolgimento dell'attività principale, «onde si abbia unità dell'organizzazione aziendale delle cui attrezzature l'imprenditore agricolo si avvale per l'esercizio dell'attività collaterale»: la conseguenza dell'integrazione e dell'inserimento dell'attività collaterale nel processo produttivo organizzato dall'imprenditore fa sì che si abbia un'unica impresa⁵².

Anche con una simile concezione rigorosa dell'impresa agrivoltaica, non verrebbero meno i numerosi dubbi sull'effettiva sostenibilità (non solo nella sua dimensione ambientale, ma anche in quelle economica e sociale) di tali sistemi, da un lato sì strumento di integrazione reddituale dell'imprenditore agricolo e di abbattimento dei costi energetici, ma che dall'altro incidono negativamente sulla produzione, perché l'armonizzazione di tali impianti con la produzione agricola può avere un impatto negativo sulla produzione stessa, stante il rischio di alterazioni del microclima (ad esempio, surriscaldamento del terreno, aumento della velocità del vento per la canalizzazione tra i pannelli, variazioni di umidità), del comfort termico e della qualità dell'aria, ma anche fenomeni di degrado degli *habitat* e danni alla flora e alla fauna selvatica, contaminazione visuale e forme di inquinamento di varia natura, specie per le incertezze in ordine alle modalità di ripristino dello stato dei luoghi a seguito della dismissione dell'impianto⁵³.

⁵¹ Ancora, A. GERMANÒ-E. ROOK BASILE, *Il contratto di affitto*, cit., p. 24.

⁵² Così la nota definizione di "uniazionalità" fornita da A. GERMANÒ, *Manuale di diritto agrario*⁹, Torino, 2022, pp. 91 ss., spec. p. 93.

⁵³ Sui possibili impatti ambientali, paesaggistici, sociali ed economici degli impianti agrivoltaici cfr. G. DE LUCA, *L'agrivoltaico*, cit., pp. 99 ss.

Certamente, il campanello d'allarme di una insostenibilità economica e sociale dell'agrivoltaico suona ancor più forte nel caso, maggiormente diffuso nella prassi, di dissociazione nello svolgimento dell'attività in cui l'imprenditore agricolo continua la produzione sfruttando il suolo e l'imprenditore energetico produce dagli impianti sopraelevati energia e la cede, con l'affiancamento di un'attività commerciale a quella agricola e il rischio che dilagino fenomeni speculativi e sottrazione del suolo ad uso agricolo, soprattutto in contesti rurali con problemi di sviluppo.

La coesistenza delle due forme di sfruttamento economico del terreno presenta serie difficoltà di compatibilità, in cui lo strumento contrattuale può assumere un ruolo centrale, di fatto e di diritto, per cogliere tutte le potenzialità scaturenti dall'agrivoltaico, sia in funzione della transizione energetica sia nella prospettiva di una più elevata redditività dell'impresa agricola ed evitare che, con la corsa all'agrivoltaico, le aree agricole diventino territorio di conquista da parte di imprese produttrici di energia elettrica che trascurino l'aspetto della continuità agricola, dal momento che questi impianti sono costruzioni che in un certo qual modo impegnano il territorio agricolo, snaturandolo⁵⁴.

Infatti, nella prospettiva che si addivenga ad un quadro normativo organico e coerente, in cui il legislatore contempra l'agrivoltaico non solo nella sua dimensione energetica, ma anche – e soprattutto – nella sua valenza agricola, considerando «*le implicazioni che la realizzazione di tali opere può avere sul piano dei rapporti sociali*»⁵⁵, la funzionalizzazione del contratto consentirebbe, anche in un settore come l'agricoltura che garantisce servizi essenziali per il soddisfacimento di bisogni primari, di pervenire alla definizione di un modello che, “correggendo” l'autonomia privata⁵⁶, è funzionale al perseguimento dell'equilibrio tra libertà economica e finalità sociali⁵⁷. D'altra parte, questa

⁵⁴ Tutto ciò, infatti, non esclude che l'agrivoltaico possa rappresentare un volano per l'attività agricola di nuova generazione, un po' come sono state le serre negli anni '80, delle quali, altrettanto, si metteva in dubbio l'agrarietà. Così come abbiamo imparato ad accettare e integrare le serre tradizionali nel paesaggio agricolo, dovremo abituarci a queste “nuove” serre. In considerazione dell'esautività nell'analizzare le principali questioni in ordine all'agrarietà dell'attività di coltivazione in serra (seppure con riferimento alla nozione di imprenditore agricolo *ante* riforma del 2001), cfr., per tutti, A. MASSART, *Serricoltura (problemi giuridici)*, in A. CARROZZA (a cura di), *Diritto agrario*, nei *Dizionari del diritto privato*, a cura di N. IRTI, 4, Milano, 1983, pp. 755 ss., ove ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁵⁵ G. DE LUCA, *L'agrivoltaico*, cit., p. 281. D'altra parte, la funzione sociale della terra è sancita dalla nostra Costituzione, laddove, all'art. 44, si pone l'obiettivo del «razionale sfruttamento del suolo» e dello «stabilire equi rapporti sociali»: per un approfondimento sul tema v. R. BRIGANTI, *La funzione sociale della terra nell'art. 44 della Costituzione, una nuova lettura. Il fenomeno del Land grabbing vs diritti fondamentali*, in *DirittiFondamentali.it*, 2019, pp. 1 ss.

⁵⁶ A. ZOPPINI, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto privato regolatorio*, in *Ars interpretandi*, 2021, p. 39.

⁵⁷ A. JANNARELLI, *Il diritto agrario del nuovo millennio tra food safety, food security e sustainable agriculture*, in *Riv. dir. agr.*, 2018, I, p. 525, nell'evidenziare come l'attività agricola di base sia da sempre funzionale al perseguimento di molteplici obiettivi, osserva che «*la politica non solo deve assicurare che la redditività dell'attività agricola sia in grado di favorire e conservare un'antropizzazione dei territori rurali adeguata alle esigenze della produzione e del*

è sempre stata, sul piano del diritto privato, la risposta ai “conflitti” riguardanti la disciplina delle situazioni di appartenenza della terra, la cui rilevanza sociale – come evidenziato da illustre dottrina – trascende le posizioni delle parti negoziali, estendendosi agli interessi collettivi legati alla *food security* e a un’agricoltura sostenibile⁵⁸.

In ogni caso, il modello dell’agricoltura multifunzionale implica che l’impresa agricola svolga funzioni che non si limitano alla produzione di materie prime destinate all’alimentazione, ma a molteplici attività capaci sia di assicurare fonti di reddito aggiuntive agli imprenditori agricoli, che di produrre esternalità positive per l’intera collettività, tra cui possono indubbiamente rientrare quelle connesse alla massima diffusione delle fonti di energia rinnovabile. Però, come si è tentato di mettere in evidenza in queste pagine, pur nella sua capacità di creare un valore condiviso, la causa energetica è anche fonte di nuovi “conflitti” in cui è necessario trovare una composizione tra gli interessi e le situazioni giuridiche in gioco, pur contenendo «*le preoccupazioni per il rischio di subordinazione dell’agricoltura alla causa energetica e, più in generale, a quella ambientale*» attraverso il riconoscimento del primario rilievo delle funzioni, sociali e fondamentali, tradizionalmente assegnate all’agricoltura⁵⁹. Con specifico rilievo al fenomeno dell’agrivoltaico, si ripete, la funzionalizzazione degli strumenti contrattuali di accesso all’utilizzo della terra per l’attività di produzione energetica alle esigenze proprie dell’attività di produzione agricola appare il miglior mezzo per indirizzare lo sviluppo di tali sistemi verso il perseguimento di queste.

“mantenimento” del territorio rurale, ma anche di promuovere la valorizzazione della funzione sociale svolta dai ceti rurali». Cfr., nella più ampia prospettiva dei mercati in senso lato, anche A. DAVOLA, *Eteronomia e contratti nel mercato finanziario. I poteri di condizionamento delle autorità di vigilanza*, Bari, 2025, pp. 19 ss., 65 ss.; in dottrina è stato evidenziato come gli interventi previsti a valle del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – tra cui, come visto, rientrano anche le misure di incentivazione alla diffusione dell’agrivoltaico – impongono una valutazione in ordine al rapporto tra autonomia privata e regolazione del mercato: v. E. TEDESCO, *Autonomia privata e regolazione del mercato: tra nuovi spunti e vecchie questioni*, in *Jus civile*, 2023, pp. 1074 ss.

⁵⁸ A. JANNARELLI, *Il diritto agrario del nuovo millennio*, cit., pp. 511 ss., spec. p. 527.

⁵⁹ Così, precisamente, M. D’ADDEZIO, *Mobilità, flessibilità, lettura sistemica dei principi rilevanti: il file rouge per riflettere intorno al rapporto tra agricoltura e costituzione*, in *Riv. dir. agr.*, 2020, I, p. 574.

Abstract [Ita]

Nell'attuale scenario di transizione energetica, il presente saggio analizza lo sviluppo dei sistemi agrivoltaici lungo tre direttrici principali: *i*) le misure di incentivo alla loro diffusione; *ii*) la verifica della loro effettiva sostenibilità ambientale ed economica; *iii*) l'importanza che il contratto riveste quale strumento per la promozione dello sviluppo di tali impianti.

Parole chiave: agrivoltaico; sostenibilità; transizione energetica; consumo del suolo; contratto.

Abstract [Eng]

In the current context of the energy transition, this paper examines the development of agrivoltaic systems along three main lines: *i*) the incentive measures supporting their diffusion; *ii*) the assessment of their actual environmental and economic sustainability; *iii*) the role of contracts as instruments for promoting the development of such installations.

Keywords: agrivoltaics; sustainability; energy transition; land use; contract.

Catastrofi naturali e polizze assicurative: evoluzione normativa e prime criticità

Federica Pes

Sommario: 1. Le assicurazioni contro le catastrofi naturali nel *Green Deal* europeo. – 2. L'introduzione di un (apparente) obbligo assicurativo nella Legge di bilancio 2024. – 3. L'evoluzione normativa successiva. – 4. La controversa ipotesi della polizza catastrofale stipulata dall'imprenditore per conto del proprietario.

1. *Le assicurazioni contro le catastrofi naturali nel Green Deal europeo*

La recente introduzione sul piano ordinamentale di un (apparente) obbligo assicurativo contro i rischi catastrofali naturali, avvenuta ad opera della Legge di bilancio 2024¹, assegna allo strumento assicurativo un ruolo cruciale nelle sfide legate al contrasto al cambiamento climatico in linea con gli obiettivi del *Green Deal* europeo, inquadrandosi a pieno titolo nelle misure atte a garantire uno sviluppo sostenibile².

¹ Art. 1, comma 101 e ss., della l. 30 dicembre 2023, n. 213.

² Sul punto, v. S. CAVALIERE, *Sostenibilità e assicurazione danni catastrofali*, in *Assicurazioni*, 2025, p. 77 ss. Come oramai ampiamente noto, lo sviluppo sostenibile è stato definito, per la prima volta, nel Rapporto Brundtland "Our Common future" del 1987 come quello "sviluppo che è in grado di soddisfare i bisogni delle generazioni attuali senza compromettere la capacità di quelle future di rispondere ai loro". Il concetto è stato successivamente ripreso in importanti consessi e documenti internazionali, tra i quali, fra gli altri, spicca l'Agenda ONU 2030 per lo sviluppo sostenibile del 2015, che prevede un "Programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità" e che contempla ben 17 obiettivi per lo sviluppo sostenibile (*Sustainable Development Goals*). Il richiamo allo sviluppo sostenibile è progressivamente comparso nei Trattati europei e nelle Convenzioni internazionali: oggi, lo stesso è riconosciuto agli artt. 3, par. 3 e 5, e 21, par. 2, lett. d), del TUE e all'art. 11 del TFUE, nonché all'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali UE. Ancora, lo stesso è posto alla base di molteplici politiche normative europee e, nella specie, del *Green Deal* europeo, ossia il piano della UE per il contrasto al cambiamento climatico ed il raggiungimento della neutralità climatica entro il 2050. Nella vasta letteratura sull'argomento, v., per tutti, ad A. D'ALOIA, *Generazioni future (dir. cost.)*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, p. 331 ss.; P. PERLINGIERI, *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. PENNASILICO (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Atti del Convegno di Bari, 22-23 ottobre 2015, Napoli, 2016, p. 322 s.; E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018; M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile, legalità costituzionale e analisi "ecologica" del contratto*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 14 ss.; R. FADDA, *La sostenibilità tra disciplina del contratto e tutela del consumatore*, Napoli, 2024, p. 7 ss.

È evidente, infatti, che la predetta copertura – di seguito, *breviter*, anche assicurazione *cat nat*³ – risponde ad un'esigenza molto avvertita nel nostro Paese, il quale, stando a recenti studi, detiene purtroppo il primato europeo nell'esposizione alle calamità naturali⁴, caratterizzandosi per una conformazione territoriale particolarmente vulnerabile al pericolo di dissesto idrogeologico, con il frequente verificarsi di frane e inondazioni, oltre che per un elevato rischio sismico, in un quadro di per sé aggravato dall'impatto dell'emergenza climatica globale⁵.

Ciononostante, paradossalmente, l'Italia registra anche uno dei più alti livelli di sottoassicurazione rispetto ai rischi catastrofali ambientali, specie per quanto concerne la copertura di eventi quali terremoti e alluvioni⁶, a causa, tra l'altro, tanto della limitata percezione e della scarsa consapevolezza del problema da parte della popolazione, quanto della significativa carenza di un'offerta assicurativa appetibile ed a prezzi accessibili⁷.

Di qui, la suddetta novità normativa è senz'altro da accogliere con favore in quanto mira a colmare, in una logica tendenzialmente coattiva, i *gap* assicurativi del settore⁸ ed a favorire la resilienza e la ripresa del sistema

³ Allo stato, il tema della copertura assicurativa dei danni catastrofali ambientali costituisce oggetto di grande attenzione da parte della dottrina. Si rinvia, tra gli altri, oltre agli scritti richiamati diffusamente nel seguito, ai contributi confluiti in P. CORRIAS, M. FRIGESSI DI RATTALMA e S. LANDINI (a cura di), *Copertura dei danni catastrofali e trasparenza delle polizze: le attuali sfide del mercato assicurativo*, Napoli, 2024, *passim*; nonché P. CORRIAS, *La risposta assicurativa ai danni catastrofali*, in *Resp. civ. prev.*, 2024, p. 1440 ss.; S. LANDINI, *Assicurabilità e indennizzabilità dei rischi catastrofali ambientali*, in *Assicurazioni*, 2024, p. 22 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *Le polizze assicurative contro gli eventi catastrofali alla luce del D.M. 30 gennaio 2025, n. 18*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, 2025, p. 575 ss.; S. CAVALIERE, *L'attuazione dell'obbligo di assicurazione catastrofale e le sue criticità*, in *Dir. merc. ass. fin.*, 2024, p. 419 ss.; L. RODIO NICO, *Il nuovo obbligo assicurativo per le catastrofi naturali*, *ivi*, p. 259 ss.; e, prima dell'introduzione della Legge di bilancio 2024, C. PETTA, *Il ruolo dell'assicurazione nella dinamica gestionale del rischio ambientale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 18*, febbraio 2023, p. 2040 ss.; D. CERINI, *Assicurazioni contro rischi di catastrofi naturali: profilature italiane dopo il Green Paper Ue*, in *Dir. fisc. ass.*, 2013, p. 460 ss.; A. COVIELLO, *Le coperture assicurative contro il rischio calamità naturali*, in *Assicurazioni*, 2014, p. 221 ss.

⁴ Cfr. lo studio *Vulnerability to Disasters in Europe*, condotto dal Disaster Risk Management Knowledge Centre (DRMKC) e dal Joint Research Centre (JRC) della Commissione europea, di ottobre 2022; nonché, più recentemente, Germanwatch e. V., *Climate Risk Index 2025*, consultabile sul sito www.germanwatch.org.

⁵ Si consideri, per tutti, IVASS, *Rischi da catastrofi naturali e gap di protezione assicurativa*, 19 giugno 2024, in www.ivass.it; ANIA, *allontAniamo i rischi rimAniamo protetti*, edizione 2023, in www.ania.it, p. 6.

⁶ EIOPA, *Dashboard on insurance protection gap for natural catastrophes in a nutshell*, EIOPA-24/473, 22 novembre 2024, consultabile sul sito ufficiale dell'Autorità; IVASS, *Rischi da catastrofi naturali e gap di protezione assicurativa*, cit.

⁷ V., tra gli altri, EIOPA, *Measures to address demand side aspects of the natcat protection gap*, EioPa Staff paper, EIOPA-BoS-24/022, 29 February 2024, in www.eiopa.it.

⁸ Trattasi di un obiettivo fortemente perseguito dalle Istituzioni europee. Oltre al riferimento contenuto nella nota immediatamente sopra, cfr. BCE-EIOPA, *Towards a European system for natural catastrophe risk management. The possible role of European solutions in reducing the impact of natural catastrophes stemming from climate change*, December 2024, in www.eiopa.europa.eu; IAIS, *A call to action: the role of insurance supervisors in addressing*

economico-finanziario a seguito dei disastri ambientali⁹, peraltro mediante un'apprezzabile valorizzazione della funzione sociale del contratto assicurativo di fronte ai nuovi rischi dell'età moderna¹⁰.

Stante, pertanto, l'estrema attualità dell'argomento, lo scritto intende esaminare le principali previsioni sulle polizze assicurative *cat nat* contenute nella Legge di bilancio 2024, per poi ripercorrere le tappe cruciali dell'evoluzione normativa, con l'intento di porre in luce alcune delle criticità più salienti.

2. L'introduzione di un (apparente) obbligo assicurativo nella Legge di bilancio 2024

Muovendo dall'analisi del sistema "obbligatorio" di assicurazione delineato dalla legge di Bilancio 2024, emerge che, ai sensi del comma 101, dell'art. 1, i destinatari della misura sono le sole imprese commerciali con sede legale in Italia, ovvero aventi sede legale all'estero con una stabile organizzazione in Italia, mentre restano escluse, in forza del comma 111, le imprese agricole, le quali continuano a beneficiare della copertura offerta dal c.d. Fondo AgriCAT¹¹.

Per converso, sempre stando al comma 101, l'ambito oggettivo delle polizze *cat nat* è individuato nei danni ai beni di cui all'art. 2424, comma 1, sezione Attivo, voce B-II, numeri 1), 2) e 3), c.c., ossia ai terreni e ai fabbricati, agli impianti e ai macchinari ed alle attrezzature industriali e commerciali, qualora tali danni siano conseguenza di eventi calamitosi e catastrofali individuati in sismi, alluvioni, frane, inondazioni ed esondazioni.

Tuttavia, non è passata inosservata l'assenza, dal novero dei beni appena elencati, del c.d. attivo circolante¹² in cui rientrano, ad esempio, le rimanenze del magazzino¹³, nonché dei veicoli strumentali all'esercizio dell'attività d'im-

natural catastrophe protection gaps, 2023, in www.iais.org; G7 Italia, *High-Level Framework for Public-Private Insurance Programmes against Natural Hazards*, G7 Finance Track, Stresa, May 2024, in www.g7italy.it.

⁹ V. specialmente BCE-EIOPA, *Towards a European system for natural catastrophe risk management. The possible role of European*, cit.

¹⁰ Nel Rapporto 2025, *Rischi da catastrofi naturali e di sostenibilità: monitoraggio annuale*, Roma, giugno 2025, consultabile su www.ivass.it, l'Autorità di vigilanza del mercato assicurativo chiarisce, infatti, che la nuova disciplina introdotta dalla Legge di bilancio 2024 "mira a ridurre la sottoassicurazione e a rafforzare il ruolo sociale del settore assicurativo" (p. 6). Sulla funzione sociale dell'assicurazione, anche in tempi moderni, v., per tutti, G. COTTINO e M. IRRERA, *L'assicurazione tra passato e presente*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, 2025, p. 207 ss.

¹¹ Ossia dal Fondo mutualistico nazionale per la copertura dei danni catastrofali meteorologici alle produzioni agricole causati da alluvione, gelo o brina e siccità, istituito dall'art. 1, commi 515-518, della l. 30 dicembre 2021, n. 234. Sull'argomento, v. S. BOLOGNINI, *La gestione del rischio nella Politica Agricola Comunitaria (PAC): in particolare, gli strumenti per far fronte agli eventi catastrofali*, in *Assicurazioni*, 2023, p. 664 ss.

¹² Cfr. art. 2424, comma 1, sezione Attivo, voce C, c.c.

¹³ S. DE POLIS, *L'assicurazione obbligatoria delle imprese per danni da catastrofi naturali*, Relazione al Convegno di studi "L'assicurazione dei rischi catastrofali", La Sapienza Università di Roma, 12 febbraio 2025, in www.ivass.it, p. 3.

presa iscritti nel Pubblico Registro Automobilistico (PRA)¹⁴, tutti beni che si rivelano particolarmente utili a seconda del tipo di attività imprenditoriale svolta e che, pertanto, sarebbero stati meritevoli di protezione assicurativa¹⁵. Similmente, è stato notato come il legislatore abbia ommesso di considerare, tra le voci di danno indennizzabile, la componente del lucro cessante – seppure essa sia estremamente rilevante –, non prevedendo la copertura assicurativa del mancato guadagno dell'imprenditore derivante dall'interruzione della sua attività conseguente all'evento dannoso¹⁶. La scelta, a dire il vero, appare discutibile se si considera l'obiettivo della misura in esame di garantire la tenuta e il recupero del sistema economico-finanziario nazionale a seguito del verificarsi di eventi climatici estremi, il quale rischia, in tal guisa, di essere solo parzialmente perseguito.

Giungendo ad un differente profilo, occorre poi chiarire – *apertis verbis* – che, in conformità a quanto efficacemente rilevato in dottrina¹⁷, la predetta legge non prevede tecnicamente un *obbligo* a contrarre la polizza a carico delle imprese commerciali, quanto, piuttosto, un *onere*. Infatti, la normativa non sancisce alcuna sanzione per l'imprenditore commerciale che opti per non assicurarsi, potendosi tenere conto della mancata stipula del contratto assicurativo solamente in sede di “assegnazione di contributi, sovvenzioni o agevolazioni di carattere finanziario a valere su risorse pubbliche, anche con riferimento a quelle previste in occasioni di eventi calamitosi e catastrofali” (comma 102)¹⁸. Viceversa, grava sulle imprese assicurative un vero e proprio obbligo a contrarre la polizza *cat nat*, il quale è punito, in caso di violazione, con un'apposita sanzione amministrativa di carattere pecuniario (comma 107)¹⁹.

Proprio in relazione a quest'ultimo aspetto, sembra particolarmente centrata la scelta del legislatore di valorizzare, con una disposizione *ad hoc*, la possibilità per la singola impresa assicurativa di non assumere esclusivamente

¹⁴ Di ciò si rinviene conferma anche nei chiarimenti forniti in *Polizze catastrofali - Risposte alle domande frequenti (FAQ)*, consultabili sul sito ufficiale del Ministero delle imprese e del *made in Italy*.

¹⁵ Sottolinea come, in tal caso, la stipula della polizza catastrofale abbia, per gli imprenditori, una scarsa incidenza sul piano dei vantaggi attesi G. BERTI DE MARINIS, *Le polizze assicurative contro gli eventi catastrofali*, cit., p. 583.

¹⁶ Come osserva P. CORRIAS, *La risposta assicurativa ai danni catastrofali*, cit., p. 1446.

¹⁷ Il richiamo è a P. CORRIAS, *op. loc. ult. cit.* In senso adesivo, G. BERTI DE MARINIS, *Le polizze assicurative contro gli eventi catastrofali*, cit., p. 590 s.

¹⁸ A tal proposito, si segnala che, ad esempio, il Decreto del Ministero delle imprese e del *made in Italy* del 18 giugno 2025 ha già individuato una serie di incentivi dei quali non potranno beneficiare gli imprenditori che non abbiano stipulato la polizza catastrofale. Ad ogni modo, l'elenco degli incentivi ivi contenuto è da intendersi non tassativo, come puntualizzato con Avviso del 5 agosto 2025 [*Polizze catastrofali: chiarimenti in merito al processo di adeguamento della disciplina degli incentivi all'obbligo assicurativo (decreto 18 giugno 2025)*] pubblicato sul sito del predetto Ministero. Inoltre, anche lo schema di decreto legge contenente il Codice degli incentivi del 15 settembre 2025, n. 294, prevede, all'art. 9, la mancata stipula della copertura catastrofale tra i motivi di esclusione dalle agevolazioni.

¹⁹ Erogata dall'IVASS e dell'importo da Euro 100.000 a Euro 500.000.

su di sé l'intero rischio, ma di ricorrere a tecniche di ripartizione del medesimo con altre imprese²⁰, quale la coassicurazione²¹ – ossia a strumenti di cui da tempo si sollecita l'impiego per la gestione dei rischi catastrofali²² –, ovvero di avvalersi, sempre insieme ad altri assicuratori, di altre forme di cooperazione tra imprese e, segnatamente, di modelli consortili, soggetti a registrazione e approvazione da parte dell'IVASS (comma 103).

Infine, di particolare rilievo appare il ruolo di supporto rispetto alle imprese assicurative e riassicurative attribuito alla SACE s.p.a., la quale è autorizzata a concedere una copertura fino al 50% degli indennizzi dovuti dalle medesime, seppure secondo determinate modalità ed entro un certo importo (comma 108)²³, e per le cui obbligazioni è prevista la garanzia a prima richiesta e senza regresso dello Stato (cfr. comma 109). Trattasi, questa, di una forma di *partnership* tra pubblico e privato degna di nota, auspicata in settori tanto delicati della vita economica e sociale come quello in esame²⁴, che consente peraltro di apprezzare una manifestazione concreta del nuovo impegno assunto dalla SACE s.p.a. nella promozione della transizione ecologica²⁵.

²⁰ Termine con cui si allude alla coassicurazione ed alla riassicurazione, nonché, seppur in senso improprio, all'assicurazione plurima. Sul punto, cfr., di recente, P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione e gli altri contratti aleatori*, in *Tratt. dir. priv.* Mazzamuto, V, t. 4, *I singoli contratti*, Torino, 2024, p. 82 ss.; E. PIRAS, *Le origini delle operazioni di ripartizione del rischio fra imprese di assicurazione*, in *Riv. dir. banc.*, 2022, p. 773 ss. Sull'istituto della riassicurazione v., da ultimo, EAD., *La riassicurazione nell'impresa e nel contratto*, Napoli, 2023, p. 33 ss.

²¹ Seppure l'art. 1, comma 103, della Legge di bilancio 2024 contempra espressamente la coassicurazione e non anche la riassicurazione, la possibilità di utilizzare quest'ultima deve ritenersi senza dubbio ammessa (così P. CORRIAS, *La risposta assicurativa ai danni catastrofali*, cit., p. 1446).

²² Rileva G. BERTI DE MARINIS, *Le polizze assicurative contro gli eventi catastrofali*, cit., p. 575 s., come lo stesso art. 1912 c.c., nel subordinare la copertura degli eventi catastrofali ad un apposito patto tra le parti del contratto assicurativo, testimoni l'estrema difficoltà dell'impresa di gestire rischi di simile natura. V. EIOPA e ECB, *Discussion Paper, Policy options to reduce the climate insurance protection gap*, discussion paper, aprile 2023, in www.ecb.europa.eu, ove l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali e la Banca Centrale Europea pongono in luce il ruolo della riassicurazione per la copertura dei grandi rischi.

²³ Precisamente, si legge che “la società SACE S.p.A. è autorizzata a concedere a condizioni di mercato, in favore degli assicuratori e riassicuratori del mercato privato, mediante apposita convenzione approvata con il decreto di cui al comma 105, una copertura fino al 50 per cento degli indennizzi a cui i medesimi sono tenuti a fronte del verificarsi degli eventi di danno dedotti in contratto e comunque non superiore a 5.000 milioni di euro per l'anno 2024 e, per ciascuno degli anni 2025 e 2026, non superiore all'importo maggiore tra 5.000 milioni di euro e le risorse libere, al 31 dicembre dell'anno immediatamente precedente, non impiegate per il pagamento degli indennizzi nell'anno di riferimento e disponibili sulla contabilità della sezione speciale del Fondo di cui al comma 110”.

²⁴ V., tra gli altri, Insurance High-Level Conference, *Disaster risk financing: the role of insurance for new public-private partnerships*, Roma, 20 Settembre 2024, Discorso di benvenuto Maria Bianca Farina Presidente ANIA, in www.ania.it; *Disaster risk financing: the role of insurance in new public-private partnerships*, Speech by Luigi Federico Signorini President of Ivass, ANIA Insurance High Level Conference Rome, 20 September 2024, in www.ivass.it; G7 Italia, *High-Level Framework for Public-Private Insurance Programmes against Natural Hazards*, cit.

²⁵ Riscontrabile plasticamente specie nell'art. 64 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito

3. *L'evoluzione normativa successiva*

Sul suddetto quadro normativo, fin qui delineato nei suoi tratti essenziali, ha successivamente inciso, in prima istanza, l'art. 22 della Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023²⁶, con un innesto in materia di trasparenza assicurativa.

La disposizione ha previsto l'inserimento del nuovo comma 105 *bis* all'interno dell'art. 1 della Legge di bilancio 2024, attribuendo all'IVASS il compito di gestire una piattaforma informatica finalizzata a consentire alla clientela la comparazione delle diverse offerte predisposte dalle imprese assicurative relativamente alle polizze catastrofali. L'iniziativa, la cui attuazione è stata demandata ad un successivo decreto del Ministro delle imprese e del *made in Italy*, si profila analoga a quella già adottata nel campo dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile automobilistica²⁷, perseguendo il dichiarato scopo di promuovere scelte consapevoli e informate da parte dei potenziali assicurati²⁸ e inserendosi, del resto, anche nel più ampio solco del processo di digitalizzazione del mercato e della contrattazione²⁹.

A seguire, un altro importante tassello è stato aggiunto con l'adozione del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro delle imprese e del *made in Italy* del 30 gennaio 2025, n.18, adottato in attuazione dell'art. 1, comma 105, della già menzionata Legge di bilancio. Il provvedimento *de quo* ha regolato, tra l'altro, i criteri volti all'individuazione degli eventi calamitosi e catastrofali ed alla determinazione dei premi, nonché i limiti alla capacità delle imprese assicurative nell'assunzione dei rischi³⁰. Esso, inoltre, ha rafforzato il profilo della trasparenza, sottolineando l'obbligo degli assicuratori di pubblicare sul proprio sito *online* la documentazione informativa precontrat-

con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120. Sull'argomento, cfr., di recente, A. POLISENO, *La resilienza e lo sviluppo: SACE s.p.a., garanzie pubbliche, imprese*, in *Dir. merc. ass. fn.*, 2024, p. 315 ss.; CORTE DEI CONTI, *Determinazione e relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria della SACE s.p.a. servizi assicurativi del commercio estero*, 2023, Determinazione del 13 maggio 2025, n. 55, in *corteconti.it*.

²⁶ L. 16 dicembre 2024, n. 193.

²⁷ Si allude al c.d. Preventivass, disciplinato all'art. 132.1 cod. ass., realizzato congiuntamente dall'IVASS e dal Ministero delle imprese e del *made in Italy*, concepito con il precipuo intento di consentire ai consumatori di confrontare agevolmente, tramite un portale *online*, imparziale e ad accesso gratuito, i contratti base r.c. auto offerti dalle imprese assicurative operanti in Italia e i relativi premi assicurativi applicabili (cfr. www.ivass.it/consumatori/preventivatore/). Per approfondimenti, v. A. CAMPUS, *Sub art. 132.1 cod. ass.*, in G. ALPA e V. MARICONDA (a cura di), *Codice dei contratti commentato*, Milano, 2025, p. 2851 ss.

²⁸ Sull'estrema importanza di un'informativa chiara e trasparente nel contesto delle polizze catastrofali, cfr. EIOPA, *Natural catastrophes, is your home covered? Findings from a sample-based analysis on the clarity of NatCat coverage in Household Insurance Product Information Documents*, EIOPA-BoS-25/192, 19 May 2025, in www.eiopa.europa.eu.

²⁹ Il fenomeno è oramai ampiamente noto e investe l'intero sistema. Si veda, per tutti, con specifica attenzione ai mercati regolamentati, F. CAPRIGLIONE, *Industria finanziaria, innovazione tecnologica, mercato*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2019, p. 372 ss.

³⁰ V. art. 3 ss. del d.m. n. 18 del 2025.

tuale di cui all'art. 185 cod. ass. e le condizioni delle polizze *cat nat* offerte, in conformità alla già esistente regolamentazione dell'IVASS in materia³¹. Non è mancata, infine, l'attenzione, oltre che all'operatività della SACE s.p.a.³², alla questione concernente i limiti dell'indennizzo assicurativo pattuiti in polizza, nell'apprezzabile intento di evitare un'eccessiva compressione del rischio concretamente assunto dall'assicuratore e così vanificare l'effettiva copertura. Secondo una logica più o meno condivisibile, però, i predetti limiti sono graduati in base alle dimensioni dell'impresa commerciale stipulante³³ e, segnatamente, maggiormente rimessi alla determinazione delle parti con l'aumentare delle dimensioni di quest'ultima³⁴.

Ebbene, senza entrare nel merito dell'intero impianto regolatorio, è opportuno quantomeno porre in luce, da un lato, il contributo chiarificatore fornito dal d.m. n. 18 del 2025 in ordine alla precisa definizione dei sinistri rilevanti nelle coperture *de quibus*³⁵ ed alla netta esclusione dei beni gravati da abusi edilizi e carenti delle necessarie autorizzazioni dalla protezione assicurativa³⁶; dall'altro, il merito di aver definito una delle principali questioni interpretative emerse immediatamente dopo l'emanazione della Legge di bilancio 2024. Mediante, infatti, l'art. 1, comma 1, lett. b), è stato precisato che i beni aziendali oggetto di copertura sono quelli “*a qualsiasi titolo* impiegati per l'esercizio dell'attività d'impresa”, con la conseguenza che – sebbene in precedenza vi fossero dubbi in tal senso – è oggi pacifico che chiunque, anche a diverso titolo rispetto alla proprietà, utilizzi i suddetti beni per lo svolgimento di attività imprenditoriale è tenuto alla stipula della polizza catastrofale³⁷.

L'ultimo significativo intervento in tema di polizze *cat nat* si è concretizzato, infine, con il d.l. 31 marzo 2025 n. 39 convertito, con modificazioni, in l. 27 maggio 2025, n. 78.

Limitandosi, anche in questo caso, ai punti cruciali, si evidenzia, anzitutto, l'attenzione al dato temporale. Il termine entro cui le imprese commerciali avrebbero dovuto allinearsi alla nuova normativa è risultato, infatti, troppo ristretto, essendo inizialmente previsto, dalla Legge di bilancio 2024, per il 31

³¹ Si consideri, in particolare, l'art. 27 del Regolamento IVASS del 2 agosto 2018, n. 41.

³² Art. 9 del d.m. n. 18 del 2025.

³³ V. l'art. 6, sull'entità del danno indennizzabile, e l'art. 7, in materia di massimali o limiti di indennizzo.

³⁴ Cfr. in tal senso le considerazioni critiche di G. BERTI DE MARINIS, *Le polizze assicurative contro gli eventi catastrofali*, cit., p. 586 ss., il quale mostra perplessità circa l'eccessiva libertà accordata alle grandi imprese nella quantificazione del rischio da assicurare ed in ordine alla loro capacità di valutare correttamente lo stesso.

³⁵ Per un'accurata disamina sul punto, v., ancora, G. BERTI DE MARINIS, *Le polizze assicurative contro gli eventi catastrofali*, cit., p. 581 ss.

³⁶ V. art. 1, comma 2, del d.m. n. 18 del 2025, ai sensi del quale “sono esclusi dalla copertura assicurativa i beni immobili che risultino gravati da abuso edilizio o costruiti in carenza delle autorizzazioni previste ovvero gravati da abuso successivamente alla data di costruzione”.

³⁷ In questa direzione, si pone la norma di interpretazione autentica di cui all'art. 1-bis comma 2 del d.l. 19 ottobre 2024, n. 155, convertito con modificazioni dalla l. 9 dicembre 2024, n. 189, nonché *Polizze catastrofali - Risposte alle domande frequenti (FAQ)*, cit.

dicembre 2024 e, successivamente, prorogato al 31 marzo 2025³⁸. Pertanto, alla luce del d.l. n. 39 del 2025, il termine entro cui stipulare la polizza *cat nat* è rimasto fissato per il 31 marzo 2025 solo per le grandi imprese³⁹, mentre è stato prorogato, per le imprese di medie dimensioni, al 1° ottobre 2025 e, per le piccole e micro imprese, al 31 dicembre 2025⁴⁰. Va, tuttavia, segnalato che, da ultimo, con il d.l. 31 dicembre 2025, n. 200 (c.d. decreto Milleproroghe 2026), convertito in legge con modificazioni dalla l. 27 febbraio 2026, n. 26, il termine è stato ulteriormente prorogato al 31 marzo 2026 per alcune categorie di piccole e microimprese, ossia per quelle operanti nella somministrazione di alimenti e bevande e turistico ricettive (art. 16, comma 2), nonché per le imprese della pesca e dell'acquacoltura (art. 15, comma 2).

Ad ogni modo, al di là della questione temporale, la regolamentazione contenuta nel d.l. n. 39 del 2025, a seguito delle modifiche apportate dalla legge di conversione, ha introdotto altre novità rilevanti che vale la pena richiamare.

Tra queste, l'art. 1, comma 3 *bis*, mediante un'aggiunta all'art. 1, comma 101, della Legge di bilancio 2024, ha individuato i criteri per la determinazione del valore dei beni da assicurare statuendo nel dettaglio che: in caso di bene immobile, si considera il valore di ricostruzione a nuovo, nell'ipotesi di bene mobile, il costo di rimpiazzo ed, infine, qualora siano assicurati i terreni, il prezzo di ripristino delle condizioni. Rimane quindi confermata – e, con essa, le perplessità già espresse – l'esclusione dalla copertura assicurativa di danni ulteriori (come il mancato guadagno dell'imprenditore per interruzione dell'esercizio della sua attività), i quali potranno solo eventualmente, in virtù di un'apposita scelta del contraente, costituire oggetto di copertura assicurativa ulteriore.

Ancora, la normativa *de qua* non ha ommesso di considerare il delicato e sentito problema dell'importo dei premi assicurativi contemplati nelle polizze catastrofali, problema che – come si è ricordato sopra – ha sempre costituito uno dei principali motivi che hanno ostato alla diffusione della copertura in questione nel mercato italiano. Nello specifico, l'art. 1, comma 3 *quater*, integrando l'art. 1, comma 105 *bis*, della Legge di bilancio 2024, ha sancito che il Garante per la sorveglianza dei prezzi, in collaborazione con l'IVASS, debba svolgere una funzione di controllo e di verifica per prevenire e limitare operazioni di speculazione sui premi assicurativi, anche su segnalazione delle imprese assicurative stesse. Si tratta di una previsione che appare interessante poiché esalta esplicitamente il ruolo dell'Autorità di vigilanza rispetto

³⁸ Ex art. 13, comma 1, del d.l. 27 dicembre 2024, n. 202, convertito con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2025, n. 15, che ha così determinato la modifica dell'art. 1, comma 101, della Legge di bilancio 2024.

³⁹ Come definite dalla direttiva delegata UE 2023/2775. È stato, ad ogni modo, previsto un periodo transitorio sino al 30 giugno 2025 per consentire alle imprese di conformarsi al dettato normativo, senza che, in pendenza, potessero operare penalizzazioni (cfr. art. 1, comma 3, del d.l. n. 39 del 2025).

⁴⁰ Si rimanda alla definizione di imprese di medie dimensioni, piccole e microimprese contenuta nella Raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003.

al versante più marcatamente economico dei contratti assicurativi⁴¹ e che ha recentemente trovato seguito in una Lettera di mercato dell'IVASS diretta alle imprese assicurative e inerente alla rilevazione sull'andamento dei prezzi delle coperture catastrofali⁴².

Infine, particolare attenzione merita l'art. 1, comma 3 *sexies*, del d.l. n. 39 del 2025⁴³, il quale regola l'obbligo di stipula della polizza catastrofale nell'ipotesi in cui l'imprenditore non sia anche il proprietario del bene impiegato nell'esercizio dell'attività d'impresa, ma utilizzi lo stesso ad altro titolo, ad esempio in forza di un contratto di locazione di comodato ovvero di *leasing*. A riguardo, il precetto normativo prevede che, ogniqualvolta non sia già stata stipulata un'assicurazione *cat nat* sul bene e l'imprenditore, in adempimento dell'art. 1, commi 101 ss., della Legge di bilancio 2024, stipuli la relativa copertura assicurativa, dandone comunicazione al proprietario, sarà quest'ultimo a percepire l'indennizzo assicurativo in caso di evento catastrofale. Il proprietario dovrà destinare il predetto indennizzo al ripristino dei beni danneggiati o distrutti, ovvero, qualora non destini le somme assicurate a tal fine, l'imprenditore avrà diritto ad una somma corrispondente al lucro cessante per il periodo di interruzione dell'attività, nel limite del 40% dell'indennizzo percepito dal proprietario.

Ebbene, la fattispecie appena evocata rappresenta un serio *punctum dolens* dell'apparato messo a punto. Sulla stessa, pertanto, si concentreranno alcune riflessioni conclusive.

4. La controversa ipotesi della polizza catastrofale stipulata dall'imprenditore per conto del proprietario

Volendo rilevare una prima ambiguità interpretativa del dettato normativo appena evocato, occorre preliminarmente rammentare come, della mancata stipula della polizza *cat nat*, se ne debba tenere conto in sede di assegnazioni, contributi, sovvenzioni o agevolazioni di carattere finanziario, anche qualora previste in occasione di eventi climatici estremi. Ebbene, pare che tali benefici potrebbero essere astrattamente destinati, oltre che naturalmente

⁴¹ In generale, sull'incidenza della regolamentazione apprestata dalle Autorità amministrative indipendenti sui contratti e sul mercato, si rinvia, *ex plurimis*, ad A. ZOPPINI, *Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio*, in *Ars Interpretandi*, 2021, p. 37 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *Contratti dei mercati regolamentati: norme imperative e conformazione*, Napoli, 2019, *passim*; M. ANGELONE e M. ZARRO (a cura di), *Diritto civile della regolazione. Conformazione degli atti di autonomia e disciplina dei mercati*, Napoli, 2022, *passim*; M. ZARRO, *Poteri indipendenti e rapporti civili. Italia, Germania e diritto europeo*, Napoli, 2015, p. 93 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, p. 96 ss.

⁴² Lettera al mercato del 6 agosto 2025 con la quale l'IVASS avvia la «Rilevazione sull'andamento dei prezzi delle coperture catastrofali», consultabile sul sito istituzionale dell'Autorità.

⁴³ Il quale ha integrato l'art. 1 *bis*, comma 2, del d.l. 19 ottobre 2024, n. 155, convertito con modificazioni dalla l. 9 dicembre 2024 n. 189.

all'imprenditore, il quale sarebbe il primo destinatario, come del resto sta già avvenendo⁴⁴, anche al proprietario dei beni aziendali, ove si tratti di un soggetto differente, a seconda di quanto concretamente prevederanno le future normative in materia.

Dando per buona questa supposizione, ci si potrebbe, pertanto, domandare cosa accada qualora l'imprenditore ometta di stipulare la polizza ed il proprietario si veda così eventualmente privato, per via della condotta dell'imprenditore, della possibilità di godere dei benefici a lui destinati. L'attuale formulazione della disposizione lascia effettivamente margini sul punto ed, in assenza di un vero e proprio obbligo assicurativo di stipula della copertura catastrofale, è discutibile se vi siano i presupposti affinché il proprietario possa in qualche modo far valere nei confronti dell'imprenditore i pregiudizi subiti.

Ancora, le future normative potrebbero essere formulate in termini generici, prevedendo che i contributi, le sovvenzioni e le agevolazioni siano destinati a colui che abbia subito un danno a seguito del verificarsi della calamità naturale. Anche in questa ipotesi, sarebbe rimesso all'interprete il compito di individuare il principale soggetto leso tra proprietario e imprenditore e, dunque, ammesso a godere dei benefici.

Si scorge poi una distonia sistematica, allorquando, in una normativa – come quella in esame – che sulla copertura assicurativa del danno emergente ha fondato il proprio impianto, compare un'allusione alla riparazione del lucro cessante. Si è ricordato, infatti, che, qualora il proprietario, in caso di evento catastrofale, non destini l'indennizzo al ripristino dei beni aziendali, l'imprenditore ha diritto di ricevere una somma corrispondente al lucro cessante nel limite del 40% dell'indennizzo percepito dal proprietario. Il dato desta stupore poiché, come si è ampiamente rilevato, il legislatore non ha contemplato il mancato guadagno dell'imprenditore quale oggetto di copertura nelle polizze *cat nat*; paradossalmente, però, tale voce viene ora presa in considerazione in questa peculiare tipologia di polizza stipulata dall'imprenditore sui beni del proprietario. A ciò, si aggiunga, nel quadro di per sé contraddittorio prefigurato, che non è garantita la riparazione del lucro cessante per l'intero importo, bensì nella sola misura del 40% della prestazione assicurativa, per la cui individuazione non si comprende il criterio logico utilizzato.

Ebbene, si ritiene che le problematiche appena poste in luce siano il riflesso dell'inadeguatezza, a monte, dello schema contrattuale proposto dall'art. 1, comma 3 *sexies*, del d.l. n. 39 del 2025.

La perplessità più rilevante riguarda, infatti, il fatto che il legislatore sembra aver voluto ricondurre siffatta copertura catastrofale al modello dell'assicurazione per conto altrui di cui all'art. 1891 c.c., mediante un espresso richiamo finale effettuato proprio a quest'ultimo disposto normativo.

Prima facie, questo accostamento potrebbe pure apparire convincente. È noto, infatti, che, nell'assicurazione per conto altrui, il soggetto contraente,

⁴⁴ Si considerino i benefici contemplati nei provvedimenti richiamati *supra* nella nota 18.

che corrisponde il premio assicurativo, è differente dal soggetto assicurato, sul quale grava il rischio del verificarsi del danno e avente poi diritto all'indennizzo⁴⁵, al pari di quanto avviene nella polizza catastrofale in esame, ove l'imprenditore è chiamato a contrarre la polizza mentre il proprietario è colui che viene assicurato.

Tuttavia, generalmente, nell'ambito dell'assicurazione di cui all'art. 1891 c.c., sussiste un interesse del contraente a stipulare per conto di un altro soggetto⁴⁶: si pensi al genitore che stipula la polizza per conto del figlio oppure al datore di lavoro che stipula la stessa per conto dei lavoratori per esonerarsi da eventuali profili di responsabilità in caso di danni, ovvero, ancora, alla classica ipotesi del vettore che stipula la copertura assicurativa a favore del proprietario delle merci trasportate, per evitare di dover risarcire a quest'ultimo i danni eventualmente subiti dalle predette merci⁴⁷.

Per converso, nell'ipotesi della polizza catastrofale stipulata dall'imprenditore per conto del proprietario per i danni derivanti da catastrofi naturali, si potrebbe dubitare che sussista un interesse del primo a stipulare per conto del secondo, anche considerato che, almeno in una buona parte dei casi, l'imprenditore non correrebbe il rischio di esporsi a profili di responsabilità a seguito del verificarsi dell'evento catastrofale ed, in tal senso, non avrebbe neppure interesse a stipulare una copertura per garantirsi contro una simile responsabilità nei confronti del proprietario⁴⁸. Pertanto, tale figura contrattuale

⁴⁵ L'assicurazione per conto altrui si distingue dall'assicurazione per conto di chi spetta, in quanto, nel primo caso, diversamente dal secondo, la persona dell'assicurato è individuata sin dal momento della conclusione del contratto. Su tale istituto, v., tra gli altri, gli studi monografici di D. PIRILLI, *Il contratto di assicurazione per conto*, Napoli, 2013; D. PURCARO, *L'assicurazione per conto altrui*, Milano, 1996; A. VENDITTI, *L'assicurazione di interessi altrui*, Napoli, 1961.

⁴⁶ Va detto che, allo stato, la giurisprudenza tende a ritenere che un interesse dello stipulante debba necessariamente ricorrere ai fini della validità del contratto per conto *ex art.* 1891 c.c. Segnatamente, da un lato, è richiesta la sussistenza dell'interesse dell'assicurato, da apprezzarsi ai sensi dell'art. 1904 c.c., ossia tenendo conto della relazione economica tra quest'ultimo ed il bene assicurato, dall'altro, dell'interesse dello stipulante, il quale può anche non avere il carattere di giuridicità, ma essere meramente fattuale, in ragione di una tendenziale assimilazione di tale schema al modello del contratto a favore di terzo di cui all'art. 1411 c.c. Si veda, in questa direzione, Cass., 17 gennaio 2022, n. 1166, par. 4.5, in *One legale*; Cass., 5 giugno 2007, n. 13058, *ivi*, con nota di V. CUOCCI, *Il tormentato inquadramento dell'assicurazione per conto altrui nel contratto a favore del terzo*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 479 ss.; nonché, nella giurisprudenza di merito, oltre alla pronuncia di cui alla nota 48, Trib. Roma, 7 dicembre 2023, n. 18009, in *Banca Dati di Merito*. Il punto non è tuttavia pacifico: per una posizione di segno opposto, v., da ultimo, M. MAZZOLA, *L'interesse nel contratto di assicurazione. Teoria e problemi del tipo*, Napoli, 2025, p. 184 ss., spec. p. 187; in giurisprudenza, cfr. Cass. 17 giugno 2025, n. 16212, p.to 8.3.2, in *One legale*.

⁴⁷ In argomento, si veda, tra tutti, D. PIRILLI, *Il contratto di assicurazione per conto altrui tra posizione del contraente e posizione dell'assicurato*, in *Judicium*, 2013, p. 1 ss., spec. p. 6 ss.

⁴⁸ Si consideri, in questa direzione, Trib. Mantova, 31 gennaio 2017, n. 98, in *Banca Dati di Merito*, la quale si è occupata proprio della sorte dell'indennizzo assicurativo derivante da una polizza contro i danni (anche catastrofali), stipulata da un'impresa conduttrice in relazione all'immobile oggetto di locazione, a seguito di danni causati al medesimo da un terremoto. Stando al proprietario e all'usufruttuaria, locatori del bene assicurato, la polizza sarebbe stata

non pare *tout court* riconducibile allo schema tradizionale dell'assicurazione per conto altrui, al quale pur sembra alludere il legislatore con il richiamo anzidetto all'art. 1891 c.c.

Piuttosto, in questa ipotesi, sembrerebbero coesistere due interessi, propri e distinti, facenti capo a soggetti differenti: da un lato, l'interesse del proprietario, volto a tutelare il suo diritto di proprietà (art. 42 cost.); dall'altro, quello dell'imprenditore, diretto alla salvaguardia di un suo diritto di godimento, correlato peraltro all'esercizio di un'attività d'impresa (art. 41 cost.).

Si tratterebbe, dunque, di due interessi compresenti e disomogenei, entrambi, a ben vedere, *direttamente inerenti al bene oggetto di copertura*. Ciò, del resto, non deve sorprendere se si rammenta l'insegnamento di autorevole dottrina stando al quale, nell'assicurazione contro i danni, l'interesse ad assicurare la cosa può ricondursi tanto al titolare del diritto di proprietà quanto al titolare di altro diritto di godimento – reale ovvero personale – sulla medesima, essendo financo ammessa la coesistenza di ambedue le coperture⁴⁹.

Lo stesso legislatore – all'art. 1, comma 3 *sexies*, in parola – pare, d'altronde, ben conscio di un tale binomio di interessi, allorché, nella disciplina predisposta in ordine alla sorte dell'indennizzo in caso di evento catastrofale, propone una via mediana, cercando di soddisfare, almeno parzialmente, tanto il proprietario quanto l'imprenditore, con un esito che, tuttavia, non può dirsi affatto appagante.

Insomma, pare che la polizza catastrofale stipulata dall'imprenditore su un bene di proprietà di terzi rappresenti una figura quantomeno *sui generis* di assicurazione per conto altrui, peraltro singolare, nella sistematica assicurativa, anche in quanto connotata da un carattere di obbligatorietà⁵⁰.

riconducibile alla fattispecie dell'assicurazione per conto *ex art.* 1891 c.c. stipulata a loro favore dalla società conduttrice, con conseguente diritto esclusivo di questi ultimi di percepire l'indennizzo. Il Tribunale, invece, ha affermato esplicitamente come non vi fosse “nel caso in esame, lo specifico requisito dell'interesse indefettibile per la configurabilità della fattispecie dell'assicurazione per conto altrui o per conto di chi spetta. Ed invero lo stesso, nell'assicurazione *ex art.* 1891 c.c. risulta di duplice natura e di diverso contenuto, dovendo essere valutato, ai fini della validità del contratto, oltre che con riferimento alla posizione dell'assicurato-terzo (quindi i proprietari, nella prospettazione di parte attrice) ai sensi dell'art. 1904 c.c. [...] altresì con riguardo alla posizione dello stipulante”. A questo proposito, il Giudice ha rilevato il difetto di un interesse proprio del conduttore alla stipula di una polizza a copertura anche dei rischi catastrofali *a vantaggio dei proprietari* “[...] essendo del tutto evidente che, in caso di verifica di detto rischio (ovvero di danneggiamento dell'immobile a seguito di terremoto), nessuna responsabilità sarebbe sorta in capo alla conduttrice verso i locatori, né in forza di legge (in particolare *ex art.* 1588 c.c.), né in forza di specifiche previsioni del contratto di locazione [...]”.

⁴⁹ Il richiamo è a G. VOLPE PUTZOLU-A. DONATI, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, 4 ed., Milano, 1995, p. 136. In giurisprudenza, si consideri Cass. 17 giugno 2025, n. 16212, cit., p.to 7.1., per la quale “[...] il medesimo rischio in astratto (cioè, la possibilità d'un evento avverso) può nuocere a più interessi convergenti sul medesimo bene. Tutti questi interessi possono formare oggetto d'una assicurazione contro i danni” pur con l'essenziale precisazione che “[...] ciò non vuol dire che, assicurato un interesse, la polizza automaticamente copra per ciò solo tutti gli altri”.

⁵⁰ Seppure nei termini precisati *supra* nel par. 2, allorché si è puntualizzato come, tecnicamente, ricorra un onere, e non già un obbligo, alla stipula della polizza in questione. Sulle

A parere di chi scrive, avuto riguardo alla logica della recente normativa sulle polizze catastrofali destinata agli imprenditori commerciali, sarebbe stato forse più coerente se anche questo schema assicurativo fosse stato imperniato sul solo interesse dell'imprenditore. Precisamente, si sarebbe potuto individuare nella figura dell'imprenditore tanto il soggetto contraente quanto il soggetto assicurato, riconoscendo allo stesso il diritto di percepire l'indennizzo assicurativo, a titolo di riparazione della lesione del suo diritto di godimento, anche tenendo conto dell'eventuale componente del lucro cessante; in aggiunta, si sarebbe potuto coerentemente prevedere – pure in tutte le altre ipotesi di polizze catastrofali in cui la figura dell'imprenditore coincide con quella del proprietario – l'estensione della copertura, oltre che al danno emergente, anche al mancato guadagno per l'interruzione dell'attività esercitata.

Ciò non toglie che la volontà di apprestare altresì una tutela al proprietario dei beni danneggiati da calamità naturali, emergente dalle maglie della normativa *de qua*, purché diversamente realizzata, meriti oggi di essere attentamente considerata. In particolare, la stessa potrebbe essere valorizzata per altra via, mediante un intervento normativo *ad hoc*, volto a favorire una più vasta diffusione dell'assicurazione catastrofale e ad estendere il novero dei soggetti tenuti alla sua stipula⁵¹, anche vagliando, in questa direzione, le esperienze maturate in altri Paesi⁵².

diverse tipologie di assicurazioni obbligatorie presenti nell'ordinamento, v., tra gli altri, A. LA TORRE (a cura di), *Le assicurazioni. L'assicurazione nei codici. Le assicurazioni obbligatorie e la distribuzione assicurativa*, Milano, 2019, p. 955 ss.; P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione e gli altri contratti aleatori*, cit., p. 59 ss.

⁵¹ Cfr., a riguardo, le riflessioni di G. BERTI DE MARINIS, *Le polizze assicurative contro gli eventi catastrofali*, cit., p. 586, per il quale la soluzione adottata dall'art. 1, comma 3 *sexies*, del d.m. n. 39 del 2025 “lascia trasparire come ancora rimanga centrale nelle riflessioni del regolatore il peso che assume la protezione del diritto di proprietà”, non dovendosi escludere che “le disposizioni in parola siano una sorta di normativa pilota che ponga le basi per la futura estensione di obblighi assicurativi anche ad altri soggetti”. V. altresì D. FOCARELLI, Direttore Generale di ANIA, in A. MESSIA, *Sfida alle catastrofi naturali*, in *Milano finanza*, 10 febbraio 2024, p. 34, per il quale “il passo successivo sarà probabilmente quello di polizze obbligatorie anche per le abitazioni”; M. FRIGESSI DI RATTALMA, *L'assicurazione contro i danni da catastrofi naturali nel contesto delle politiche sul cambiamento climatico*, in *Fundamental rights*, 2024, p. 82.

⁵² Tra i modelli da tenere in considerazione, spicca, ad esempio, quello semi-obbligatorio francese. In Francia, infatti, ove si registra una più alta propensione assicurativa, l'assicurazione volontaria contro i danni agli immobili include *ex lege* anche quelli derivanti da eventi catastrofali; peraltro, pure in tal caso, si assiste ad un coinvolgimento dello Stato nel ruolo di riassicuratore di ultima istanza. Modelli analoghi sussistono anche in Spagna ed in Belgio. Tuttavia, stando a M. FRIGESSI DI RATTALMA, *L'assicurazione contro i danni da catastrofi naturali*, cit., p. 67, un simile schema non sarebbe trapiantabile con successo nella realtà italiana, ove le polizze contro i danni agli immobili risultano, di base, assai meno diffuse rispetto a quanto avviene nel mercato francese, ed in cui, dunque, occorrerebbe direttamente passare all'introduzione di un sistema obbligatorio. Sul punto, nonché per un confronto con le soluzioni adottate anche in altri Stati, su cui non è possibile soffermarsi in questa sede, si rinvia altresì a D. CERINI, *Sostenibilità e assicurazione: gestione dei rischi e investimenti*, Milano, 2025, p. 216 ss.; L. RODIO NICO, *Il nuovo obbligo assicurativo*, cit., p. 261 s.

Abstract [Ita]

L'assicurazione contro i rischi catastrofali naturali rappresenta uno strumento cruciale nelle sfide legate al contrasto al cambiamento climatico. Muovendo dalla recente introduzione di un (apparente) obbligo assicurativo contro tali rischi, avvenuta ad opera della Legge di bilancio 2024, lo scritto ripercorre le principali tappe dell'evoluzione normativa in materia, evidenziandone i tratti più discutibili, specie con riguardo all'ipotesi della polizza catastrofale stipulata dall'imprenditore per conto del proprietario.

Parole chiave: cambiamento climatico; assicurazione; assicurazione obbligatoria; rischi di catastrofi naturali; imprenditori commerciali.

Abstract [Eng]

Insurance against natural disaster risks is a crucial instrument in addressing the challenges of climate change. Starting from the recent introduction of an (apparent) insurance obligation against such risks, enacted by the 2024 Budget Law, the paper traces the main stages of regulatory developments in this field, highlighting its most controversial aspects, particularly with regard to the possibility of a catastrophe policy stipulated by the entrepreneur on behalf of the property owner.

Keywords: climate change; insurance; compulsory insurance; natural catastrophic risks; commercial entrepreneurs.

Coassicurazione e riassicurazione tra sostenibilità e regole della concorrenza

Elisabetta Piras

Sommario: 1. Premessa: le ragioni che spingono le imprese di assicurazioni a condividere i rischi fra una pluralità di assicuratori. – 2. La veste ambigua della coassicurazione e della riassicurazione nella disciplina dettata a tutela della concorrenza. – 3. L'ambito europeo: il ruolo della Commissione europea. – 4. L'ambito nazionale: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

1. Premessa: le ragioni che spingono le imprese di assicurazioni a condividere i rischi fra una pluralità di assicuratori

Posto che la natura di taluni rischi – quali quelli ambientali come le catastrofi naturali, alluvioni, grandine o terremoti, rende gravoso e, conseguentemente, poco prudente e conveniente per le imprese di assicurazione l'assunzione degli stessi da parte di un solo assicuratore, si rende opportuno che tali rischi vengano ripartiti fra più imprese di assicurazione¹. Detto in altri termini, la tecnica assicurativa, per consentire di calcolare e, successivamente, gestire correttamente rischi di particolare natura ed entità, esige un elevato grado di cooperazione fra imprese affinché si possa far fronte agli impegni nei confronti degli assicurati in taluni ambiti nei quali è indispensabile l'offerta di coperture che altrimenti non sarebbero tecnicamente sostenibili². Non è un caso che, per far fronte ai rischi ambientali connessi alla aumentata frequenza di calamità naturali, il legislatore italiano, con la legge n. 213 del 30 dicembre 2023 (legge di bilancio 2024), abbia imposto alle imprese di stipulare polizze contro i danni catastrofali derivanti da eventi quali sismi, alluvioni, inondazioni

¹ A. M. AMBROSELLI, *La coassicurazione comunitaria*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni*, a cura di S. AMOROSINO e L. DESIDERIO, Milano, 2006, p. 305; M. BELLOTTI, *Coassicurazione comunitaria*, in *Commentario al codice delle assicurazioni*, a cura di M. BIN, Padova, 2006, 462. Sul punto sia consentito di rinviare a E. PIRAS, *La riassicurazione nell'impresa e nel contratto*, Napoli, 2023, p. 15 ss.

² D. BONACCORSI DI PATTI, *L'applicazione della disciplina antitrust nel mercato assicurativo: spunti per una ricostruzione*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, p. 658.

ed esondazioni³. Dell'inadempimento dell'obbligo di assicurazione da parte delle imprese si deve tener conto nell'assegnazione di contributi, sovvenzioni o agevolazioni di carattere finanziario a valere su risorse pubbliche, anche con riferimento a quelle previste in occasione di eventi calamitosi e catastrofali. Il legislatore consente alle imprese di assicurazione di assumere i rischi derivanti da eventi catastrofali sia assumendo direttamente l'intero rischio, sia in coassicurazione, sia in forma consortile mediante una pluralità di imprese⁴.

A tal fine, le compagnie possono avvalersi di specifici strumenti che consentono di garantire gli impegni assunti nei confronti degli assicurati. Tra essi rientrano la riassicurazione⁵ e la coassicurazione con le quali le compagnie di assicurazione realizzano la ripartizione di un medesimo rischio.

Accanto a questi strumenti tradizionali di ripartizione dei rischi fra più imprese di assicurazione, vi sono alcune tecniche di gestione dei rischi che vengono definite *alternative risk transfer*.⁶

Tra le tecniche alternative di copertura del rischio assicurativo rientra il c.d. *alternative risk transfer* (ART), espressione con la quale si indicano un complesso di strumenti, diversi dal contratto di assicurazione o dalla riassicurazione, finalizzati alla copertura e al trasferimento del rischio assicurativo anche attraverso il ricorso ai prodotti del mercato finanziario⁷.

³ Nello specifico, tale obbligo, che è stato introdotto dall'art. 1, commi da 101 a 111, della L. n. 213/2023, grava su tutte le imprese aventi la sede legale in Italia e su quelle con sede legale all'estero ma con stabile organizzazione in Italia, tenute all'iscrizione in Camera di Commercio. Il successivo decreto del Ministro dell'Economia e delle finanze e del Ministro delle Imprese e del made in Italy del 30 gennaio 2025, n. 18 ha definito le modalità attuative degli schemi di assicurazione dei rischi catastrofali e altri aspetti rilevanti per l'operatività della disposizione.

⁴ In tale ultimo caso il legislatore stabilisce che il consorzio deve essere registrato e approvato dall'IVASS che ne valuta la stabilità (comma 103). Sulle imprese di assicurazione, inoltre, grava un obbligo a contrarre (commi 106 e 107), dal quale le stesse vanno esenti nel caso in cui i beni immobili dell'assicurato risultino gravati da abuso edilizio o costruiti in carenza delle autorizzazioni previste, ovvero gravati da abuso sorto successivamente alla data di costruzione.

⁵ Sul ruolo essenziale della riassicurazione si rinvia al contributo di D. CERINI, *I soggetti coinvolti nella Product Oversight Governance and Governance (POG): produttori (imprese di assicurazione), produttori di fatto (intermediari)... e produttori "silenziosi" (Riassicuratori)*, in *Dir. bancario*, 2021, fasc. IV, p. 723 ss., spec. pp. 737-745.

⁶ Per una sintetica descrizione di tali strumenti sia consentito rinviare ancora a E. PIRAS, *La riassicurazione nell'impresa e nel contratto*, cit., p. 15 e ss.

⁷ L. SELLERI, *La rilevanza della resilienza nel processo evolutivo del Risk Management: sfide ed opportunità per le imprese di assicurazione*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, fasc. 4, p. 1419 e ss., spec. p. 1438 ss., il quale evidenzia che le forme alternative di trasferimento dei rischi vanno oltre le coperture assicurative tradizionali e sono mirate a mettere a punto soluzioni di trasferimento del rischio che risultino d'interesse per le imprese e i clienti sia sotto il profilo strategico che sotto il profilo economico; più recentemente, con riferimento al tema dei *Risk Alternative Transfer*, si rinvia al contributo di: M. POMPELLA e C. BOIDO, *Il trasferimento alternativo dei rischi e la finanza strutturata di parte assicurativa*, Milano, 2014; F. SANTOBONI, *La gestione dei rischi tecnici e dei rischi finanziari dell'impresa di assicurazione*, in F. SANTOBONI (a cura di), *Manuale di gestione assicurativa*, Padova, 2019, p. 102 ss.; più recentemente, A. DREASSI, M. PEDOL e F. SANTOBONI, *La gestione dei rischi tecnici*, in F. SANTOBONI (a cura di), *Manuale di gestione assicurativa*, Padova, 2022, p. 199; A. SIBINDI, *The art of alternative risk transfer*:

Le imprese di assicurazione ricorrono alla suindicata modalità nelle ipotesi in cui la probabilità del verificarsi del sinistro sia molto limitata, ma ove in concreto tale sinistro si verifichi, i danni da esso prodotti siano sensibilmente rilevanti e difficilmente indennizzabili. Ci si riferisce, nello specifico, a tipologie di sinistri di eccezionale portata, quali quelli catastrofali derivanti, a titolo esemplificativo, dai disastri ambientali connessi anche ai cambiamenti climatici oppure ai danni derivanti dagli eventi terroristici.⁸

Va, inoltre, evidenziato che talune tipologie di rischi, quali quelli connessi alle nuove tecnologie o a nuovi processi produttivi, sono di recente emersione e i relativi danni, derivanti dai sinistri, difficilmente sono identificabili e calcolabili dalle imprese di assicurazione⁹.

Pertanto, se i tradizionali modelli garantiscono solamente la copertura dei rischi assicurativi, tuttavia, le risorse di cui dispongono assicuratori, riassicuratori e coassicuratori nei casi sopraindicati, quali i rischi catastrofali, possono rivelarsi non sufficienti, con conseguente necessità di individuare modalità di copertura dei rischi anche in ambito extra-assicurativo¹⁰.

methods of insurance, in *Risk governance e control: financial markets e institutions*, Vol. 5, 2015, p. 222 e ss.

⁸ Sui rischi catastrofali e le problematiche ad essi connesse sotto il profilo della copertura si rinvia a: M. POMPELLA e C. BOIDO, *ult. op. cit.*, p. 80, ove si evidenzia che nell'ultimo ventennio l'incidenza dei rischi catastrofali è aumentata sia per quelli naturali che per quelli causati da comportamenti dell'uomo a causa del forte sviluppo demografico che ha favorito la concentrazione di immobili e popolazione in spazi limitati moltiplicando gli effetti fatali di un terremoto o di un atto terroristico. A tal fine, si menzionano gli oltre 19 miliardi di dollari che le compagnie assicurative hanno dovuto risarcire in conseguenza dell'attacco terroristico delle Torri Gemelle a New York nel 2001 o ai danni, di maggiore consistenza (125 miliardi di dollari) causati nel 2005 dall'uragano Katrina. In questi anni le imprese di assicurazione hanno elaborato modelli di misurazione che non si sono dimostrati particolarmente affidabili in relazione alle peculiarità dei rischi catastrofali e non consentono un'adeguata quantificazione al pari degli altri rischi catastrofali. Più recentemente, si richiamano i contributi di P. CORRIAS, *La risposta assicurativa ai danni catastrofali*, in *Resp. civ. prev.*, 2024, p. 1440 e ss.; P. CORRIAS, M. FRIGESSI DI RATTALMA, S. LANDINI (a cura di), *Copertura dei danni catastrofali e trasparenza delle polizze: le attuali sfide del mercato assicurativo*, Napoli, 2024; C. CAVALIERE, *Calamità naturali e assicurazione obbligatoria*, in *Giust. Civ.com.*, 2024; L. RODIO NICO, *Il nuovo obbligo assicurativo per le catastrofi naturali*, in *Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, 2024, p. 259.

⁹ Sul punto si rinvia alle osservazioni di M. POMPELLA e C. BOIDO, *Il trasferimento alternativo dei rischi e la finanza strutturata di parte assicurativa*, cit., p. 9 e ss, spec. p. 11.

¹⁰ N. DE LUCA e F. DI FONZO, *L'assicurazione dei grandi rischi*, in *Dir. econ. ass.*, 2004, p. 399, in cui si evidenzia efficacemente che "nonostante i grandi progressi compiuti nel settore assicurativo, residuano ancora categorie di rischi quasi o del tutto inassicurabili. In questo senso, [...], il limite dell'assicurabilità può individuarsi nella possibilità di neutralizzazione del rischio attraverso il meccanismo della riassicurazione e retrocessione: tali strumenti, che rendono assicurabili rischi che appaiono soggettivamente inassicurabili, d'altro canto costituiscono la più avanzata possibilità di assorbimento del rischio da parte del mercato assicurativo, le cui risorse finanziarie sono certamente ingenti, ma non infinite. Naturalmente, i limiti di assorbimento da parte del mercato si manifestano essenzialmente in caso di sinistri di eccezionale portata: in altre parole, anche in questo caso torna in rilievo la più volte menzionata catastroficità. Tuttavia, l'esigenza di neutralizzare anche rischi *prima facie* impossibili da gestire ha fatto e continua a far sì che se ne cerchi un'adeguata modalità di copertura anche in ambito extra-assicurativo".

2. *La veste ambigua della coassicurazione e della riassicurazione nella disciplina dettata a tutela della concorrenza*

Ritornando alla coassicurazione alla riassicurazione, tali strumenti sono fondamentali nell'assunzione dei rischi nel mercato assicurativo: tale rilevanza è riconosciuta non solo dal legislatore nazionale ma anche in ambito europeo, nello specifico, dalla Commissione europea. In tale prospettiva si è evidenziato che i due istituti possono talvolta assurgere a strumenti elusivi della disciplina normativa europea e nazionale dettata a tutela della concorrenza. Infatti, se gli accordi di coassicurazione e riassicurazione dando vita a rapporti di collaborazione orizzontale e verticale tra imprese assicurative favoriscono una gestione razionale ed equilibrata dei rischi, un rafforzamento della solidità patrimoniale delle imprese e l'offerta di coperture assicurative a beneficio del mercato, tuttavia, allo stesso tempo, un loro utilizzo "distorto" è idoneo a compromettere la libertà di concorrenza che, come è noto, costituisce un principio cardine dell'ordinamento. Occorre, quindi, valutare se gli accordi di coassicurazione e riassicurazione possano, nella sostanza, concretizzarsi in una intesa fra imprese avente l'effetto di impedire, restringere o falsare il mercato della concorrenza, assumendo, quindi, la veste non solo di strumenti a favore della sostenibilità ambientale, ma anche strumenti elusivi della disciplina della concorrenza e quindi recanti pregiudizio alla sostenibilità e all'efficienza del mercato.

Non è, quindi, superfluo evidenziare che l'accertamento del rispetto delle norme a tutela della concorrenza deve tenere conto della specificità del mercato assicurativo all'interno del quale la riassicurazione e la coassicurazione rivestono un ruolo cruciale quali strumenti di copertura dei sopraindicati rischi¹¹.

Inoltre, è appena il caso di rilevare, seppure per sommi capi, che non è infrequente che la coassicurazione e la riassicurazione possano intrecciarsi con fenomeni come la *joint venture* e i consorzi, dando vita a dinamiche di collaborazione che trascendono i confini del semplice comparto assicurativo. Nello specifico, il rapporto tra coassicurazione e *joint venture* è un esempio emblematico di come la convergenza tra più imprese di assicurazione possa estendersi a contesti di *progetti strategici* di più ampio respiro. Con la coassicurazione, due o più assicuratori possono decidere di ripartire fra loro un rischio, ma possono, altresì, dare vita a una vera e propria iniziativa imprenditoriale

¹¹ Sul ruolo delle imprese di assicurazione nella copertura dei rischi derivanti dalle calamità naturali si richiama lo studio condotto in seno all'IVASS: R. CESARI e L. D'AUZIO, *Calamità naturali e coperture assicurative: valutazione dei rischi e policy options per il caso italiano*, Quaderno n. 13, 2019 e, più recentemente, *Indagine sulle polizze a copertura dei rischi catastrofali*, a cura di: A. DAMIANI, A. BELLIZZI, M. C. GIUSTINIANI e R. GRECO, 2024. In dottrina si richiamano ancora una volta i contributi di P. CORRIAS, *La risposta assicurativa ai danni catastrofali*, cit., p. 1440 e ss.; P. CORRIAS, M. FRIGESSI DI RATTALMA, S. LANDINI (a cura di), *Copertura dei danni catastrofali e trasparenza delle polizze: le attuali sfide del mercato assicurativo*, cit.; C. CAVALIERE, *Calamità naturali e assicurazione obbligatoria*, cit.; L. RODIO NICO, *Il nuovo obbligo assicurativo per le catastrofi naturali*, cit., p. 259.

che richiede una collaborazione ben più articolata. Questo può accadere, ad esempio, quando il rischio assicurativo è di una complessità tale da richiedere il supporto non solo da un punto di vista assicurativo, ma anche operativo e strategico. In tale prospettiva, la *joint venture*, quale forma di cooperazione economica industriale tra imprese, non rappresenta solo un meccanismo di condivisione dei rischi, ma diventa uno strumento per lo sviluppo congiunto di soluzioni che si estendono ben oltre l'ambito assicurativo¹².

Anche i consorzi possono rappresentare un terreno fertile per la coassicurazione e la riassicurazione che possono assurgere ad anello di congiunzione tra le imprese del consorzio, condividendo il rischio e offrendo una protezione economica che consente alle imprese di concentrarsi sugli aspetti operativi senza dover temere un eccessivo impatto da eventi imprevedibili¹³.

Ciò premesso, occorre dare conto delle incertezze sorte sia in ambito nazionale che europeo in ordine all'applicabilità della disciplina *antitrust* alle intese tra le imprese di assicurazione¹⁴.

3. L'ambito europeo: il ruolo della Commissione europea

Va, sin d'ora, evidenziato che la disciplina normativa europea relativa alla concorrenza conferisce un ruolo di primaria importanza alla Commissione Europea. Questa istituzione è dotata di competenze tecniche specifiche ed è caratterizzata da un'indipendenza sostanziale rispetto ai governi degli Stati membri. Essa ha la responsabilità di accertare le infrazioni alle normative sulla concorrenza, svolgendo un'attività di indagine e analisi approfondita. Una volta individuate le violazioni, la Commissione ha il potere di sanzionare i trasgressori attraverso decisioni che possono avere un impatto significativo sul mercato.

¹² Sui rapporti tra coassicurazione e *joint venture* si rinvia alla monografia di A. ASTOLFI, *Il contratto di joint venture. La disciplina giuridica dei raggruppamenti temporanei di imprese*, Milano, 1981, p. 204 e ss., il quale evidenzia che tra le due fattispecie sono riscontrabili significativi profili di analogia. In tal senso anche D. DE' COCCI, *Considerazioni sugli enti consortili nel settore assicurativo*, in *Ass.*, 1994, p. 149, nt. 8. Per una disamina generale sulle "coalizioni di imprese di assicurazione" si rinvia a A. DONATI, *Trattato di diritto delle assicurazioni private*, I, Milano, 1952, p. 471 e ss.

¹³ Con riguardo ai consorzi, tali forme di cooperazione, pur senza assumere la fisionomia di vere e proprie forme di monopolio, trasformano uno stato di competitività in una situazione di relativa interdipendenza. In tal senso: L. MOLINARO, *Consorzi e pools in regime di libero mercato delle assicurazioni contro i danni*, in *Diritto e pratica nell'assicurazione*, 1971, p. 25. Sui profili di criticità dei consorzi nell'ambito della disciplina della concorrenza si rinvia a L. PERSANO, *L'attività dei consorzi di assicurazione e riassicurazione: intesa restrittiva della concorrenza o abuso di posizione dominante?*, in *Giur. it.*, 1996, pt. 1, p. 7.

¹⁴ Per una disamina dei profili della concorrenza nel mercato assicurativo si rinvia a: A. ANTONUCCI, *Imprese di assicurazione e disciplina della concorrenza*, in *Le assicurazioni. L'impresa e il contratto*, XVI, nel *Trattato di diritto privato diretto da M. BESSONE*, Torino, 1998; M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), *La disciplina della concorrenza in ambito assicurativo*, Torino, 2014.

In questo contesto, si è sviluppato un modello di amministrazione condivisa che si è concretizzata nella creazione di una sinergia tra la Commissione e le Autorità *antitrust* nazionali degli Stati membri, nota come European Competition Network (ECN)¹⁵. Questa rete, che coinvolge attivamente le autorità nazionali nel processo decisionale, è stata progettata con l'obiettivo di assicurare un'applicazione uniforme e coerente delle norme *antitrust* all'interno del mercato unico europeo.

La realizzazione dell'ECN risponde, inoltre, ad una necessità fondamentale: quella di affrontare e gestire le pratiche commerciali anticoncorrenziali in un contesto contrassegnato da una crescente interconnessione economica e giuridica tra gli Stati membri. Infatti, in un mercato unico così vasto e complesso, è essenziale che le diverse autorità nazionali collaborino e si coordinino per garantire un ambiente di concorrenza leale e favorevole, prevenendo comportamenti che potrebbero danneggiare il mercato e i consumatori. Questo approccio collaborativo non solo facilita una risposta più efficace alle questioni di concorrenza, ma contribuisce anche a creare un clima di fiducia e cooperazione tra le diverse giurisdizioni europee.

La Commissione europea, in un primo momento, era propensa ad applicare le norme a tutela della concorrenza anche al mercato assicurativo; in via eccezionale accordò alcune esenzioni proprio con riferimento a rischi di natura ambientale o di particolare entità tali da richiedere la condivisione degli stessi da parte di più imprese di assicurazione secondo molteplici forme di cooperazione¹⁶.

¹⁵ Sul punto: E. CARDI, *Mercati e istituzioni in Europa. Unione europea e United Kingdom: economia e diritto*, Torino, 2024, p. 30.

¹⁶ Nella Decisione del 14 gennaio 1992, relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 85 del trattato CEE (IV/33.100 – Assurpol) pubblicata in G.U.C.E. 14 febbraio 1992, L. 37/13, la Commissione, sul presupposto che i rischi ambientali possano variare in base a fattori endogeni ed esogeni e che può accadere che tra il fatto generatore, il verificarsi del danno e la richiesta di risarcimento, unitamente alla mancanza di dati statistici, rendono tali rischi difficilmente assicurabili, rilevò la sostanziale difficoltà a reperire nel mercato la copertura di siffatti rischi e la conseguente necessità di ripartire gli stessi mediante forme di cooperazione tra una pluralità di imprese di assicurazione rappresentate da *pools* o da accordi di riassicurazione. Analoga presa di posizione da parte della Commissione è rinvenibile nella Decisione del 20 dicembre 1989 relativa ad una procedura ai sensi dell'articolo 85 del trattato CEE (IV/32.408 – TEKO) pubblicata in G.U.C.E., 17 gennaio 1990, L. 13/34. Anche relativamente a tale vicenda, la Commissione si era pronunciata sulla potenziale violazione delle norme sulla concorrenza ad opera di una società – Technisches Kontor für Maschinen-B-U-Versicherung (TEKO) – con sede a Dusseldorf che, oltre a raggruppare, in qualità di soci, sei società di assicurazione, intratteneva ulteriori rapporti di collaborazione con altre società. La TEKO era stata costituita nel 1954 per la comune e reciproca riassicurazione di polizze contro i danni dovuti all'interruzione del funzionamento di macchinari, e per assistere e consigliare le società partecipanti all'accordo nella stipulazione e gestione delle suddette polizze. In un secondo momento, la società in parola estese il suo ambito di operatività anche all'assicurazione dei rischi spaziali. Pur rappresentando tale modalità di organizzazione una potenziale violazione delle norme sulla concorrenza, la Commissione riconobbe che la stessa fosse funzionale ad una essenziale razionalizzazione ed economia di costi. Infatti, l'assenza della siffatta modalità organizzativa e di collaborazione

Successivamente, furono emanati una serie di regolamenti con i quali la Commissione europea accordò esenzioni generali in ragione delle peculiarità del mercato assicurativo (i c.d. *Insurance Block Exemption Regulation – IBER*)¹⁷. Nello specifico, con il Regolamento 3932 del 21 dicembre 1992, la Commissione esentò le intese aventi ad oggetto la cooperazione per la fissazione in comune di tariffe di premi di rischio basate su statistiche collettive o sul numero di sinistri; la fissazione di condizioni tipo di assicurazione; la copertura in comune di certi tipi di rischi e, infine, la fissazione in comune di norme relative alla valutazione e al riconoscimento di apparecchiature di sicurezza. La Commissione giustificò le esenzioni sulla base della considerazione che i consorzi di coassicurazione e riassicurazione avessero un impatto favorevole nel mercato assicurativo, dal momento che avrebbero consentito alle imprese di assicurazione aderenti di accrescere la capacità di assumere rischi rari, o di particolare dimensione o di nuova emersione¹⁸.

Il sopraindicato regolamento è rimasto in vigore sino al 31 marzo 2003 e ad esso è subentrato il Regolamento 358/2003/CE del 20 febbraio 2003 con efficacia sino al 31 marzo 2010. Anche in tale regolamento la Commissione prese atto della rilevanza dei consorzi di coassicurazione o di coriassicurazione ai fini della copertura di rischi che, altrimenti, in assenza di tali modalità organizzative tra le imprese di assicurazione, non sarebbe stato possibile assumere. I consorzi di coassicurazione e riassicurazione furono ritenuti utili anche nella prospettiva di consentire alle imprese di assicurazione di “acquisire l’esperienza di rischi con i quali al momento non avevano ancora acquisito familiarità”. La Commissione, tuttavia, consapevole che siffatte modalità di collaborazione fossero idonee a costituire restrizioni della concorrenza, quali “la standardizzazione delle condizioni di assicurazione e persino dell’ammontare della copertura e dei premi”, escluse che le esenzioni potessero spiegare una efficacia generale e, conseguentemente, individuò i casi di esenzione. Nello specifico, l’art. 7 del Regolamento consentiva una esenzione totale per i consorzi di coassicurazione e coriassicurazione costituiti dopo la sua entrata in vigore per coprire esclusivamente nuovi rischi, con validità limitata nel tempo (tre anni a decorrere dalla data di costituzione del consorzio, a prescindere dalla quota di mercato del consorzio). La suddetta norma esentò anche i consorzi di coassicurazione o di coriassicurazione esistenti da oltre tre anni o che non erano stati

avrebbe comportato per le società interessate spese e costi estremamente alti per l’assicurazione dei suddetti rischi.

¹⁷ È appena il caso di precisare che con il Regolamento (CEE) n. 1534/91 del Consiglio del 31 maggio 1991 relativo all’applicazione dell’articolo 85, paragrafo 3 del trattato a talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni (c.d. il regolamento di abilitazione), il Consiglio ha abilitato la Commissione ad adottare regolamenti relativi all’applicazione dell’articolo 101, paragrafo 3, del TFUE a talune categorie di accordi tra imprese, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni.

¹⁸ Cfr., in particolare, il Considerando n. 10.

costituiti per coprire un nuovo rischio a condizione che i prodotti assicurativi sottoscritti nell'ambito dell'accordo di consorzio dalle imprese partecipanti o per loro conto non rappresentassero in nessuno dei mercati interessati: a) nel caso dei consorzi di coassicurazione, più del 20% del mercato rilevante; b) nel caso dei consorzi di coriassicurazione, più del 25% del mercato rilevante.

Fu il successivo art. 8 ad individuare nel dettaglio le condizioni in presenza delle quali erano ammesse le esenzioni¹⁹.

Il Regolamento 358/2003/CE del 20 febbraio 2003 è rimasto in vigore fino al 31 marzo 2010; ad esso è subentrato il Regolamento n. 267 del 24 marzo 2010 vigente sino al 31 marzo 2017²⁰ (regolamento di esenzione per categoria relativo alle assicurazioni, c.d. IBER – *Insurance Block Exemption Regulation*)²¹. Con tale provvedimento, la Commissione europea ha adottato, rispetto al Regolamento del 2003, un approccio più restrittivo nell'individuazione delle esenzioni, nell'ottica di una tutela più incisiva della concorrenza all'interno del mercato unico europeo. L'approccio adottato riflette una maggiore attenzione nel preservare la concorrenza leale, prevenendo possibili distorsioni del mercato e promuovendo una regolamentazione che favorisca l'efficienza e la sana competizione tra gli operatori economici del mercato assicurativo²². Tuttavia,

¹⁹ Nello specifico, le esenzioni operavano a condizione che a) ciascuna impresa partecipante avesse il diritto di recedere dal consorzio con preavviso non superiore ad un anno senza subire sanzioni; b) le regole del consorzio non obbligassero qualsiasi partecipante ad assicurare o riassicurare attraverso il consorzio, totalmente o in parte, qualsiasi rischio del tipo coperto dal consorzio; c) le regole del consorzio non limitassero l'attività del consorzio o dei suoi partecipanti all'assicurazione o alla riassicurazione di rischi situati in una determinata zona geografica dell'Unione europea; d) l'accordo non limiti la produzione o le vendite; e) l'accordo non ripartisca i mercati o i clienti; f) i partecipanti ad un consorzio di coriassicurazione non concordassero i premi commerciali praticati per l'assicurazione diretta; e g) nessun partecipante al consorzio, e nessuna impresa che eserciti un'influenza determinante sulla politica commerciale del consorzio, fosse anche membro di, o esercitasse un'influenza determinante sulla politica commerciale di, un altro consorzio che opera nello stesso mercato rilevante.

²⁰ Per un commento del Regolamento n. 267 del 2010 si rinvia a A. FRIGNANI e V. PIGNATA, *Le nuove norme comunitarie sulla concorrenza nel settore assicurativo (reg. 267/2010)*, in *Dir. econ. ass.*, 2011, p. 181 e ss.

²¹ Sul punto: D. BONACCORSI DI PATTI, *Concorrenza e cooperazione fra imprese nelle assicurazioni*, Libreria forense Editrice, 2013, p. 96.

²² Il regolamento n. 267 del 2010, rispetto a quello precedente, ha ristretto il numero di accordi consentiti, sul presupposto che talune tipologie di accordi ossia quelli aventi ad oggetto a) l'elaborazione e la diffusione in comune dei dati necessari al calcolo del costo medio della copertura di un determinato rischio in passato; l'elaborazione di tavole di mortalità e tavole di frequenza delle malattie, degli infortuni e delle invalidità ai fini delle assicurazioni che comportano un elemento di capitalizzazione (in appresso «tavole»); b) la realizzazione di studi in comune sull'impatto probabile di circostanze generali esterne alle imprese interessate che possono influenzare la frequenza e l'entità dei sinistri futuri per un determinato rischio o una determinata categoria di rischi o la redditività di diversi tipi di investimenti (in appresso «studi») e la diffusione dei risultati di tali studi – non sono esclusivamente riconducibili al solo assicurativo e, come emerso dall'analisi, potrebbero costituire un ostacolo per un corretto e leale svolgimento della concorrenza. Conseguentemente, risulta più opportuno che siano sottoposte a un processo di autovalutazione. Sul punto si rinvia al Considerando n. 3 del Regolamento citato.

va precisato che l'approccio restrittivo non ha coinvolto i *pools*²³ per la coassicurazione o la coriassicurazione di specifiche categorie di rischi che, quindi, hanno continuato a beneficiare delle esenzioni.

Il Regolamento distingue i *pools* costituiti per la coassicurazione o la coriassicurazione a copertura di rischi nuovi dai consorzi costituiti per la copertura di rischi già esistenti.

Relativamente ai primi, l'esenzione si applica per un periodo di tre anni a decorrere dalla data di costituzione del *pool*, a prescindere dalla quota di mercato detenuta dal medesimo *pool*; per i secondi, l'esenzione permane per l'intero periodo di vigenza del regolamento (ossia fino al 31 marzo 2017) a condizione che la quota di mercato detenuta dalle imprese partecipanti non superi determinate soglie: il 25% del mercato rilevante per i consorzi di riassicurazione e il 20% per i consorzi di coassicurazione. Sono poi contemplate ulteriori condizioni per l'operatività delle esenzioni, ossia che a) ciascuna impresa partecipante abbia il diritto di recedere dal *pool*, con preavviso ragionevole, senza subire sanzioni; b) le regole del *pool* non obblighino le imprese partecipanti al *pool* ad assicurare o riassicurare attraverso il *pool* e non impediscano alle imprese partecipanti al *pool* di assicurare o di riassicurare fuori dal *pool*, in tutto o in parte, i rischi del tipo coperto dal *pool*; c) le regole del *pool* non limitino l'attività del *pool* o delle imprese partecipanti all'assicurazione o alla riassicurazione di rischi situati in una determinata zona geografica dell'Unione; d) l'accordo non limiti la produzione o le vendite; e) l'accordo non ripartisca i mercati o i clienti; e f) le imprese partecipanti ad un *pool* di coriassicurazione non concordino i premi commerciali praticati per l'assicurazione diretta.

Nel periodo imminente alla scadenza del regolamento, ossia tra il 2015 e il 2017, è sorto il dibattito sulla possibilità di rinnovare la sua vigenza²⁴: le

²³ Sulla definizione di *pools* assicurativi si rinvia a M. RICOLFI, *La coassicurazione*, cit. p. 71. Secondo l'A., il *pool* assicurativo si sostanzia in un gruppo di assicuratori che si impegna ad apportare ad una organizzazione centrale i propri affari assicurativi e questa ripartisce in capo agli aderenti una quota della massa dei rischi, cosicché, in termini economici, ciascun assicuratore partecipa frazionariamente a ciascun rischio. Tale modalità organizzativa è riscontrabile sia nell'ambito della coassicurazione sia nel contesto della riassicurazione. Per un riferimento al fenomeno si rinvia anche a M. PROSPERETTI e E. A. APICELLA, *La riassicurazione*, Milano, 1994, p. 94 e ss.; R. CAPOTOSTI, *La riassicurazione. Il contratto e l'impresa*, Torino, 1991, p. 119; M. IRRERA, *L'assicurazione: l'impresa e il contratto*, Padova 2011, p. 237.

²⁴ Di tale dibattito dà conto la Commissione nella Relazione al Parlamento europeo e al Consiglio sul funzionamento del regolamento (UE) n. 267/2010 relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni del 17 marzo 2016. Relativamente alla copertura in comune di certi tipi di rischi (*pool*) la Commissione riferisce che le parti interessate che hanno partecipato alla consultazione pubblica (perlopiù imprese di assicurazione e le loro associazioni) hanno generalmente sostenuto che un'eventuale scadenza dell'esenzione per i *pools* comporterebbe una diminuzione della certezza del diritto per quanto riguarda l'ammissibilità della collaborazione sotto forma di *pools*. A sua volta, tale minore certezza aumenterebbe i costi per l'adeguamento alla normativa a carico degli assicuratori e

imprese di assicurazione e le associazioni di categoria erano a favore di tale opzione sul presupposto che il venir meno dell'esenzione concessa ai *pool* fino a quel momento avrebbe generato incertezze riguardo ai requisiti in presenza dei quali fossero ammesse le singole forme di collaborazione tra le imprese di assicurazione. Tali incertezze avrebbero potuto indurre gli assicuratori a imporre premi più elevati o, in taluni casi, a porre fine ai *poools* preesistenti costituiti al fine di assumere i rischi di particolare natura o entità quali quelli catastrofali (nucleari, ambientali o legati al terrorismo) con conseguente pregiudizio per i consumatori. La Commissione europea, contrariamente a quanto rilevato dalle imprese di assicurazione favorevoli all'esenzione, ha ritenuto che l'esenzione generalizzata dei *poools* non fosse più in grado di recare ai consumatori significativi benefici, anche alla luce della circostanza che tali forme di collaborazione restrittive della concorrenza non fossero più indispensabili per l'assunzione di rischi di particolare natura e che, al contrario, potessero essere attuate nuove modalità organizzative compatibili con la disciplina *antitrust*. La Commissione, pertanto, ha deciso di non prorogare la validità del regolamento, determinando la sua scadenza alla data originariamente stabilita, ovvero marzo 2017²⁵.

4. *L'ambito nazionale: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*

In ambito nazionale, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato si è occupata della questione relativa alla compatibilità della coassicurazione con la disciplina a tutela della concorrenza pervenendo a soluzioni tutt'altro che uniformi. In taluni casi, nel valutare i rapporti di collaborazione esistenti tra talune compagnie assicurative, l'*Antitrust* ha ritenuto che la coassicurazione di per sé non fosse lesiva della concorrenza, limitandosi a considerare intesa restrittiva della concorrenza il solo accordo tra le imprese coassicuratrici di "non quotare meno della delegataria" in occasione del rinnovo del contratto di assicurazione²⁶, ossia di non pattuire con l'assicurato, al rinnovo del contratto, un premio di entità inferiore rispetto a quello proposto dalla compagnia delegataria; impegno che, per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, si sostanziava in un patto di non concorrenza tra le compagnie e che, conse-

determinerebbe una cautela ingiustificata nella conclusione di determinati accordi di *pooling*. Le parti interessate sostengono che tale situazione potrebbe indurre gli assicuratori a imporre premi più elevati e, in alcuni casi, potrebbe persino causare lo scioglimento dei *poools* esistenti, in particolare nel segmento dei rischi aggravati e catastrofali, con possibile sospensione di determinati prodotti di coassicurazione, a danno dei consumatori.

²⁵ Sulla decisione della Commissione europea di non prorogare le esenzioni agli accordi di coassicurazione si rinvia a D. PORRINI, *Wich consequences in the insurance market for the end of the block exemption?*, in *Riv. ita di Antitrust*, 2016, 2, p. 160.

²⁶ Provvedimento n. 2014 nel Bollettino n. 3 del 27 giugno 1994, p. 5.

guentemente, integrava una intesa restrittiva della concorrenza vietata dall'art. 2, comma 2, della legge n. 287 del 10 ottobre 1990.

Anche in un'altra circostanza, con il provvedimento *Assicurazioni rischi agricoli* del 26 ottobre 1994, l'Autorità Garante ha reputato che la coassicurazione non integrasse una intesa lesiva della concorrenza, ma ha ravvisato come fattispecie restrittiva della stessa la costituzione e le concrete modalità operative di un consorzio facoltativo istituito per la copertura del rischio grandine²⁷.

In una delibera più recente, l'Autorità cambiò prospettiva identificando, come intese restrittive della concorrenza, gli accordi di coassicurazione occasionali conclusi da più imprese di assicurazione con il fine di partecipare ad una gara indetta dal Comune di Milano per l'aggiudicazione di un appalto relativo alla copertura assicurativa dei rischi del medesimo Comune²⁸.

Nello specifico, in tale occasione, l'Autorità evidenziò che le imprese coassicuratrici, ricorrendo alla coassicurazione, avessero "risolto in modo cooperativo la gara e sostituito alla competizione la collaborazione, così precludendo all'amministrazione appaltante la possibilità di acquisire offerte concorrenti e di selezionare tra queste quella più conveniente". Va, altresì, sottolineato che il provvedimento adottato dall'*Antitrust* venne successivamente impugnato dalle imprese di assicurazione coinvolte nella vicenda, e che il TAR Lazio, pronunciandosi sul ricorso, annullò tale decisione. Il Tribunale rilevò, infatti, che la valutazione dell'accordo di coassicurazione oggetto della controversia dovesse essere circoscritta al caso concreto al solo fine di valutare se il singolo accordo fosse lesivo della disciplina *antitrust*, escludendo che il giudizio formulato potesse riferirsi alla coassicurazione²⁹, istituto che non poteva essere considerato di per sé lesivo della disciplina della concorrenza. Il Consiglio di Stato³⁰, chiamato a pronunciarsi sulla impugnazione della sentenza del TAR

²⁷ Trattasi del Provvedimento n. 2401 "Assicurazioni rischi agricoli" pubblicato nel Bollettino n. 43 del 1994, p. 5 nel quale l'Autorità ha valutato se le concrete modalità operative del Consorzio Italiano Assicuratori Grandine – CIAG violassero in concreto la disciplina della concorrenza. Nello specifico, il regolamento del suddetto Consorzio prevedeva che i rischi assicurati dalle singole imprese fossero ceduti al consorzio, per poi essere "ripartiti" in coassicurazione tra le imprese consorziate secondo quote concordate dall'assemblea del consorzio (punti 14-16). L'*Antitrust* ha ritenuto che il meccanismo di controllo del CIAG abbia in sostanza "dissuasivo" una delle compagnie consorziate dal proporre polizze predisposte per coprire i danni cosiddetti indiretti provocati dalla grandine, ossia i danni di qualità del prodotto (la polizza grandine predisposta dal CIAG copriva invece solo i danni di quantità).

²⁸ La delibera è pubblicata nel Bollettino, 13 ottobre 1997, n. 39, p. 5 (Provvedimento n. 5333).

²⁹ TAR Lazio 10 febbraio – 6 luglio 1999, n. 1523. In senso conforme: Tar Lazio, 6 luglio 1999, n. 1520, in *Diritto e fiscalità dell'assicurazione*, 2000, p. 205 con nota di P.P. PAPALE, *Gli accordi di coassicurazione e il diritto antitrust. La prova dell'intesa restrittiva della concorrenza*. Tar Lazio, 6 luglio 1999, n. 1522, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, p. 287.

³⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1188, in *Diritto e fiscalità dell'assicurazione*, 2001, p. 473 ss., con nota di D. BONACCORSI DI PATTI, *La compatibilità della coassicurazione occasionale con la disciplina antitrust supera il vaglio del Consiglio di Stato*. In senso conforme: Consiglio di Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1191; Consiglio di Stato, sez. VI, 9 aprile 2001, n.

promossa dall'*Antitrust*, ha confermato la pronuncia del Tribunale rilevando che gli accordi di coassicurazione non potessero essere valutati in astratto come comportamenti lesivi della concorrenza ma, al contrario, si dovesse indagare in concreto se lo specifico accordo di coassicurazione integrasse una “collusione illecita” lesiva della concorrenza³¹. Per completezza, va, infine, rilevato che l'*Antitrust* e IVASS non sempre hanno valutato in modo convergente le modalità di collaborazione fra le imprese di assicurazione: mentre l'IVASS ha ritenuto di dover ricollegare la cooperazione tra le imprese a necessità tecniche, proprie dell'attività assicurativa, e non a collusioni illecite, lesive della concorrenza, viceversa, l'AGCM ha disatteso i pareri dell'Istituto, ritenendo la cooperazione accertata incompatibile con le regole della concorrenza. La divergenza di vedute è emersa in modo particolarmente evidente nella già citata vicenda che ha coinvolto il Comune di Milano³². Tuttavia, recentemente, l'IVASS parrebbe essersi allineato alle valutazioni dell'AGCM espresse nel Provvedimento n. 22838 “Gare assicurative ASL e Aziende ospedaliere campane”³³. Nel suddetto provvedimento con il quale l'*Antitrust* ha sanzionato le intese tra talune imprese di assicurazione e agenzie assicurative partecipanti ad una gara indetta da aziende ospedaliere campane per l'aggiudicazione di un appalto relativo alla copertura assicurativa dei rischi Responsabilità Civile Terzi (RCT) e Responsabilità Civile Operatori (RCO), l'ISVAP, pur riconoscendo che «la particolare rischiosità di simili coperture rende frequente il ricorso da parte delle imprese del settore a strumenti di ripartizione dei rischi, quali la coassicurazione e la riassicurazione, i quali, riducendo l'aleatorietà e l'onerosità, possono contribuire a perseguire obiettivi di sana e prudente gestione delle imprese e di un adeguato ampliamento dell'offerta assicurativa», tuttavia, sottolinea che non può in alcun modo essere consentito il ricorso alla coassicurazione quando tale accordo è volto esclusivamente a ledere interessi meritevoli di tutela quali l'autonomia imprenditoriale e la libertà e competitività del mercato³⁴.

2132. Si rinvia anche alla pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032. Le suddette pronunce sono consultabili nella banca dati *onelegale*.

³¹ Per un'analisi analitica delle indagini condotte dall'*Antitrust* si rinvia alla monografia di D. BONACCORSI DI PATTI, *Concorrenza e cooperazione fra imprese nelle assicurazioni*, cit., p. 116 e s. e più recentemente dello stesso A., *L'applicazione della disciplina antitrust nel mercato assicurativo: spunti per una ricostruzione*, cit., p. 657., spec. p. 712.

³² Sul punto si rinvia ancora a B. BONACCORSI DI PATTI, *L'applicazione della disciplina antitrust nel mercato assicurativo: spunti per una ricostruzione*, cit., p. 712 e ss.

³³ Provvedimento pubblicato nel Bollettino n. 39 del 17 ottobre 2011.

³⁴ Nel caso posto all'attenzione dell'AGCM e sul quale l'ISVAP ha avuto modo di esprimere il suo parere, si era rilevato che “i sistematici contatti tra le imprese per l'attuazione di forme di coassicurazione, tanto nelle fasi preliminari all'aggiudicazione, quanto in quelle ad essa successive, eccedevano la fisiologia dei contatti di routine necessari alla ripartizione dei rischi in coassicurazione e costituivano indici rivelatori di uno strutturale e continuativo coordinamento tra le imprese in questione teso ad influire sull'autonomia delle decisioni assunte da ciascuna di esse in merito alla partecipazione alle singole gare e, per tale via, a consentirne la spartizione senza il ricorso alla competizione” [...]. Sulla vicenda in esame ha avuto modo di occuparsi anche

Non è superfluo evidenziare che l'IVASS, in linea con quanto stabilito dalla citata l. n. 262 del 2005 e dal codice delle assicurazioni, deve necessariamente coordinarsi con l'*Antitrust* al fine di disciplinare in modo efficace i loro reciproci ambiti di intervento e le eventuali sovrapposizioni di competenza. A tal fine, le due Autorità hanno dato vita a una serie di protocolli d'intesa, strumenti concreti destinati a regolamentare i loro rapporti nelle aree di comune interesse, garantendo così un'azione sinergica e armoniosa nell'ambito della vigilanza del settore assicurativo e della concorrenza. In altri termini, l'obiettivo di tali accordi è quello di evitare sovrapposizioni di competenza che potrebbero generare incertezze, assicurando al contempo una risoluzione armoniosa delle questioni che coinvolgono entrambe le Autorità³⁵.

il Consiglio di Stato, sez. VI, 13 giugno 2014, n. 3032 la cui pronuncia, consultabile nella banca dati *onelegale*, ha fatto proprie le osservazioni dell'*Antitrust* rilevando che, nel caso concreto, le imprese di assicurazione avessero fatto ricorso alla coassicurazione per eludere la disciplina della concorrenza.

³⁵ Nel novembre 2024, le due Autorità di vigilanza hanno siglato un protocollo di intesa – consultabile anche nel sito dell'IVASS <https://www.ivass.it/normativa/nazionale/convenzioni-nazionali/documenti/protocolli> – che ha sostituito i Protocolli del 2 agosto 2013 e del 7 ottobre 2014.

Abstract [Ita]

Il contributo esamina le ragioni alla base della condivisione dei rischi tra le imprese di assicurazione, con particolare riferimento agli eventi catastrofici come alluvioni e terremoti. Viene sottolineato il ruolo cruciale della cooperazione tra compagnie per gestire rischi di grande entità, supportato dalla legislazione italiana. Si analizzano strumenti tradizionali come la riassicurazione e la coassicurazione, insieme a tecniche di *Alternative Risk Transfer* (ART). Inoltre, si mette in luce l'ambiguità di tali strumenti in relazione alla normativa *antitrust*, descrivendo alcuni casi in cui si è rilevata una difformità di interpretazione tra l'AGCM e l'IVASS.

Parole chiave: eventi catastrofici; condivisione del rischio; riassicurazione; coassicurazione; *antitrust*.

Abstract [Eng]

The paper examines the reasons behind risk sharing among insurance companies, with particular reference to catastrophic events such as floods and earthquakes. It highlights the crucial role of cooperation between insurance companies in managing large-scale risks, supported by Italian legislation. Traditional instruments such as reinsurance and co-insurance are analyzed, together with Alternative Risk Transfer (ART) techniques. Furthermore, it highlights the ambiguity of these instruments in relation to antitrust legislation, describing some cases in which there has been a difference in interpretation between the AGCM and IVASS.

Keywords: catastrophic events; risk sharing; reinsurance; co-insurance; antitrust.

Modelli costitutivi per le comunità energetiche rinnovabili

Giuseppe Werther Romagno

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il divieto di realizzare profitti finanziari. – 3. La soggettività giuridica. – 4. Il principio della partecipazione aperta. – 5. Aspetti contenutistici. – 6. Alcune conclusioni.

1. Premessa

Il presente lavoro si propone, in prima battuta, di analizzare, fra i vari strumenti giuridici messi a disposizione dell'autonomia privata, quelli concretamente utilizzabili per la costituzione di una comunità energetica rinnovabile e, in seconda battuta, di evidenziare le peculiarità e le caratteristiche di ciascun modello in relazione al programma e agli obiettivi energetici che si prefiggono di raggiungere i partecipanti alla comunità¹.

Il punto di partenza dell'indagine è costituito dal dato normativo, sostanzialmente racchiuso nell'art. 31 del d.lgs. n. 199/2021, il quale, a volte in modo fedele, a volte in modo approssimativo, ricalca le indicazioni e le prescrizioni impartite a livello sovranazionale dalla direttiva dell'Unione Europea n. 2018/2001/UE².

¹ Per gli aspetti giuridici si vedano in particolare: L. BALESTRA, *Proprietà e soggettività delle comunità energetiche: profili privatistici*, in *Giur. it.*, 2023, p. 2772 ss.; M. RENNA, *Le comunità energetiche e l'autoconsumo collettivo di energia. Tutela della concorrenza e regolazione del mercato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, p. 161 ss.; L. DI CERBO, *Il nomos delle comunità energetiche: tra Stato, mercato e comune*, in *Giur. it.*, 2023, p. 2749 ss.; M. MELI, *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di Energy Sharing*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 630 ss.; V. CAPPELLI, *Appunti per un inquadramento privatistico dell'autoconsumo di energia rinnovabile nel mercato elettrico: il caso delle comunità energetiche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, p. 381 ss.; S. MONTICELLI – L. RUGGERI, *La via italiana alle comunità energetiche*, Napoli, 2022; L. CUOCOLO – P.P. GIAMPELLEGRINI – O. GRANATO (a cura di), *Le comunità energetiche rinnovabili. Modelli, regole, profili applicativi*, Milano, 2023.

² Sul tema relativo alle comunità energetiche nella disciplina comunitaria, cfr. F. COTANA – M. GAZZINO – P. LISI – P.M. PUTTI (a cura di), *Le comunità energetiche rinnovabili. Opportunità di sviluppo per i territori e strumento per la transizione energetica*, Milano, 2025, p. 15 ss.

La norma interna non indica la veste giuridica che le comunità energetiche possono assumere, ma si limita a disciplinare analiticamente i tratti caratteristici della fattispecie. Pertanto, in linea di principio, ai soggetti interessati è riconosciuta un'ampia libertà di scelta circa l'individuazione dello strumento tecnico più appropriato per dare vita a una comunità energetica³. Tuttavia, tale libertà di scelta non è assoluta, perché il modello prescelto deve essere sottoposto al vaglio di compatibilità con i requisiti formali e sostanziali fissati dalla legislazione di settore.

Preliminarmente occorre fare una precisazione di carattere soggettivo. Il citato art. 31 del d.lgs. n. 199/2021 riconosce il diritto di organizzazione in comunità energetiche rinnovabili ai «*clienti finali, ivi inclusi i clienti domestici*». Si tratta di una locuzione verbale che ha una duplice valenza. Da un lato, segna l'ampia portata della disposizione, che consente la creazione e la partecipazione a comunità energetiche tanto a persone fisiche quanto a persone giuridiche⁴, sia private sia pubbliche⁵, anche in modo promiscuo e su un vasto ambito territoriale⁶, fatte salve, per le persone giuridiche, le eventuali limitazioni previste dalla legge in ragione della loro natura o della disciplina specifica cui sono sottoposte. Dall'altro lato, restringe la possibilità di costituire una comunità energetica o di farvi parte per coloro che non rivestono la qualifica di cliente finale, il quale, ai sensi della definizione data dall'art. 2, comma 1, lett. n), del d.lgs. n. 199/2021, è unicamente l'«*autoconsumatore di energia rinnovabile*», cioè stando alla definizione contenuta nell'art. 2, punto 14, della Direttiva UE n. 2018/2001, «*un cliente finale che, operando in propri siti situati entro confini definiti o, se consentito da uno Stato membro, in altri siti, produce energia elettrica rinnovabile per il proprio consumo e può immagazzinare o vendere energia elettrica rinnovabile autoprodotta purché, per un autoconsumatore di energia rinnovabile diverso dai nuclei familiari, tali attività non costituiscano l'attività commerciale o professionale principale*».

³ Oltreché attraverso la costituzione *ex novo*, è possibile realizzare una comunità energetica rinnovabile attraverso la trasformazione di un organismo giuridico già esistente, ai sensi degli artt. 42 bis c.c. e 2498 c.c. e ss. Così E. CUSA, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, Studio n. 38-2024/I del Consiglio Nazionale del Notariato, reperibile sul sito www.notariato.it, p. 5.

⁴ I. BRESCIANI – N. ZERBONI, *Comunità energetiche rinnovabili tra innovazioni e sostenibilità*, Milano, 2024, p. 3 ss.

⁵ La partecipazione da parte di una pubblica amministrazione ad una comunità energetica trova espresso riscontro nell'art. 4, comma 7, del d.lgs n. 175/2016. In tal caso, l'atto costitutivo è sottoposto al controllo della Corte dei Conti, ai sensi dell'art. 5, comma 3, del d.lgs n. 175/2016, la quale è chiamata a verificarne la *conformità al disposto dai commi 1 e 2 del medesimo articolo*. Più diffusamente sul tema si vedano S. DI CUNZOLO – B. GILBERTI, *CER a partecipazione pubblica: tematiche e modelli giuridici*, in L. MARTINIELLO – B. GILBERTI – A. PRESCIUTTI (a cura di), *Partenariato pubblico privato e comunità energetiche a trazione pubblica. Aspetti tecnici, giuridici ed economici*, Milano, 2025.

⁶ F. COTANA – M. GAZZINO – P. LISI – P.M. PUTTI (a cura di), *Le comunità energetiche rinnovabili*, cit., p. 58.

2. Il divieto di realizzare profitti finanziari

L'art. 31, comma 1, del d.lgs. n. 199/2021, alla lettera a), dispone che l'«*obiettivo principale*» della comunità energetica «è quello di fornire benefici ambientali, economici o sociali» ai suoi membri o alle aree locali in cui opera e non può essere «quello di realizzare profitti finanziari».

Il profitto finanziario è un concetto economico, che si riferisce all'utile realizzato da un soggetto nel compimento di un'operazione o di una serie di operazioni economiche, dopo aver dedotto dalle entrate totali gli importi relativi alle spese e ai costi sostenuti, nonché gli importi derivanti dall'imposizione fiscale. Si tratta di una valutazione della *performance* finanziaria diretta a stabilire se un'attività economica produce entrate sufficienti per coprire le uscite e, quindi, genera rendimenti.

Stando all'interpretazione più rigorosa⁷, il divieto sancito dall'art. 31, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 199/2021 – che riflette la prescrizione dell'art. 2, punto 16, lett. c), della Direttiva UE n. 2018/2001 – è incompatibile con lo scopo lucrativo (soggettivo) voluto in termini generali dall'art. 2247 c.c. per il contratto di società. L'accoglimento di tale assunto determina, come logico corollario, l'impossibilità costituire una comunità energetica attraverso il ricorso ad uno dei tipi societari contemplati dal Titolo V del Libro V del codice civile.

In prima battuta si può notare che tale conclusione appare eccessiva, perché la finalità lucrativa, cui si riferisce la norma codicistica, costituisce un fenomeno economico-giuridico assai più vasto e complesso rispetto alla mera realizzazione di profitti finanziari⁸.

A prescindere dalla fondatezza dell'assunto da cui muove l'orientamento restrittivo, non dovrebbero sussistere ragioni preclusive per le società che assumono la veste di impresa sociale⁹, ai sensi del d.lgs. n. 112/2017 (contenente

⁷ F. COTANA – M. GAZZINO – P. LISI – P.M. PUTTI (a cura di), *Le comunità energetiche rinnovabili*, cit., p. 70; L. BALESTRA, *Proprietà e soggettività delle comunità energetiche: profili privatistici*, cit., 2779; M. MELI, *Le comunità di energia rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, in *Giur. it.*, 2023, p. 2768; E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, p. 111; V. CAPPELLI, *Appunti per un inquadramento privatistico dell'autoconsumo di energia rinnovabile nel mercato elettrico: il caso delle comunità energetiche*, cit., p. 390.

⁸ Non escludono la compatibilità della disposizione in esame dello scopo lucrativo tipico degli enti societari, purché questo non abbia carattere prevalente: G. PASSARELLI – G. PROIETTO, *Le Comunità Energetiche Rinnovabili tra modelli e strumenti di finanziamento: vantaggi, criticità e implicazioni sistematiche*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2023, pp. 157-158, nonché F. DEALESSI – A. LANCIANI – L. NOCERA, *Comunità energetiche rinnovabili. Alcuni profili problematici: nozione di P.M.I., rapporto di mandato e natura imprenditoriale*, in *Giureta*, 2024, p. 284; P. NOVARO, *Le comunità energetiche nuova declinazione del paradigma sussidiario*, in *Nuove autonomie*, 2022, p. 1075.

⁹ E. CUSA, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, cit., p. 6; A. BERNARDONI – C. BORZAGA – J. SFORZI, *Comunità energetiche rinnovabili. Una sfida per le imprese sociali e di comunità*, in *Rivista Impresa Sociale*, 2, 2022; F. COTANA – M. GAZZINO – P. LISI – P.M. PUTTI (a cura di), *Le comunità energetiche rinnovabili*, cit., p. 89.

la revisione della disciplina in materia di impresa sociale). Infatti, per un verso, l'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 112/2017 esclude per le imprese sociali la presenza dello scopo di lucro e, per altro verso, l'art. 3 dello stesso testo di legge prevede il divieto della distribuzione degli utili, anche in modo indiretto, «*a fondatori, soci o associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali*». Questa conclusione trova esplicita conferma nella modifica apportata dall'art. 3 *septies* della legge n. 95/2023 (di conversione del d.l. n. 57/2023) all'art. 2, comma 1, lett. e), del d.lgs n. 112/2017. In forza di tale modifica, la norma da ultimo citata reca l'esplicito riferimento, nel novero delle attività d'impresa aventi interesse generale, agli interventi e ai servizi finalizzati «*alla produzione, all'accumulo e alla condivisione di energia da fonti rinnovabili a fini di autoconsumo, ai sensi del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199*».

Una riflessione più accurata è necessaria per le società c.d. benefit¹⁰. Si tratta di una figura societaria introdotta dalla legge n. 208/2015 che, «*oltre allo scopo di dividerne gli utili*», persegue «*una o più finalità di beneficio comune*» e opera «*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 di interesse*». In questo modo, il tradizionale scopo economico della società lucrativa risulta fortemente attenuato, perché è destinato a coesistere e a contemperarsi con il perseguimento delle finalità di beneficio comune e con gli interessi riconducibili alle categorie indicate dalla legge. Questa peculiarità apre la strada alla possibilità di ricorrere a tale tipologia societaria per la costituzione di una comunità energetica¹¹, perlomeno quando i benefici ambientali, economici o sociali apportati coincidono col beneficio comune dei soci.

¹⁰ Sul tema, di recente, si vedano A. MARRONE, *Le società benefit: un fenomeno nuovo dalle origini antiche*, Milano, 2024; D. BOFFA, *Le società benefit italiane. Analisi del modello e delle determinanti di creazione di valore*, Torino, 2023; D. SICLARI, *Profili giuridici della società benefit*, Milano 2023.

¹¹ G. PASSARELLI – G. PROIETTO, *Le Comunità Energetiche Rinnovabili tra modelli e strumenti di finanziamento: vantaggi, criticità e implicazioni sistematiche*, cit., p. 162. La dottrina prevalente (E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit., p. 112; F. COTANA – M. GAZZINO – P. LISI – P.M. PUTTI [a cura di], *Le comunità energetiche rinnovabili*, cit., p. 70; L. BALESTRA, *Proprietà e soggettività delle comunità energetiche: profili privatistici*, cit., 2779) è di diverso avviso, sulla base della constatazione secondo la quale la disciplina delle società benefit non deroga all'art. 2247 c.c., con la conseguenza che anche questa tipologia societaria deve avere come obiettivo almeno principale la distribuzione degli utili tra i soci. Si vedano M.A. PROSPERONI – G. DELL'ERBA, *Comunità Energetiche Rinnovabili, la dimensione legale, societaria e contrattuale*, in AA. VV., *Comunità energetiche rinnovabili. Le "dimensioni" di un nuovo mercato dell'energia*, Roma, 2023, p. 46. M. MELI, *Le comunità di energia rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, cit., pp. 2767-2768; E. CUSA, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, cit., pp. 5-6; C. FAVILLI, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, p. 398.

In termini più generali, si può osservare che le società in possesso della qualifica di impresa sociale e le società c.d. benefit costituiscono espressione della tendenza dell'ordinamento giuridico di convertire, con i dovuti adattamenti, i modelli societari per il perseguimento di finalità diverse rispetto al tradizionale scopo egoistico di natura economica¹². In particolare, mentre nelle società costituite ai sensi del d.lgs. n. 112/2017 lo scopo lucrativo, sia oggettivo sia soggettivo, è del tutto assente (art. 1, comma 1), nelle società costituite ai sensi della legge n. 208/2015, invece, lo scopo lucrativo coesiste con il beneficio comune (art. 1, comma 376). Questa constatazione consente di esprimere una opinione favorevole al ricorso alla configurazione societaria per la realizzazione di programmi di autoconsumo energetico¹³, sia pure con l'introduzione di specifici accorgimenti tecnici diretti a conformare l'assetto organizzativo dell'ente alle norme di legge e, segnatamente, alle prescrizioni del d. lgs. n. 199/2001.

Diversamente, non si riscontrano ostacoli per la costituzione della comunità energetica in forma di società cooperativa, a mutualità prevalente (art. 2512 c.c. e seguenti) o, secondo un atteggiamento interpretativo più permissivo, anche a mutualità non prevalente.

Questa conclusione si giustifica sulla base della constatazione secondo cui, indipendentemente dalle modalità con le quali viene realizzato lo scopo mutualistico, in tutte le società cooperative (e, quindi, anche in quelle a mutualità non prevalente) la finalità immediata non è quella di generare un profitto economico, ma è quella di ottenere una utilità, sotto forma di risparmio di spesa o di ottenimento di beni o servizi a condizioni più vantaggiose rispetto a quelle normali, che perviene ai soci attraverso l'instaurazione di un ulteriore rapporto fra la società e il socio. Pertanto, lo scopo mutualistico, a prescindere dal livello di mutualità (prevalente o non prevalente), appare pienamente compatibile con il divieto di conseguire profitti finanziari stabilito per le comunità energetiche.

In senso contrario si osserva che il rispetto del divieto in esame dovrebbe implicare, per le società cooperative a mutualità non prevalente, una modifica della struttura societaria, mediante l'introduzione nello statuto sociale di clausole conformi alla previsione dell'art. 2514, comma 1, c.c.¹⁴

¹² Per le implicazioni di carattere sistematico derivanti dall'introduzione delle società benefit, cfr. A. ZOPPINI, *Un raffronto tra società benefit ed enti non profit: implicazioni sistematiche e profili critici*, *Orizz. dir. comm.*, 2017, 2, 1 ss. Per la verità si tratta di un fenomeno giuridico risalente. Al riguardo si veda G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 151 ss. e soprattutto G. MARASÀ, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984.

¹³ G. PASSARELLI – G. PROIETTO, *Le Comunità Energetiche Rinnovabili tra modelli e strumenti di finanziamento: vantaggi, criticità e implicazioni sistematiche*, cit., p. 166.

¹⁴ E. CUSA, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, cit., p. 6, secondo la quale non sarebbe garantito il rispetto della disciplina delle CER da parte della cooperativa a mutualità non prevalente che si limitasse a osservare l'art. 2545-*quinquies* c.c. Sul punto si veda anche S. SITTA ZANUSSI, *Profili civilistici delle Comunità Energetiche Rinnovabili*, in *Etica per le professioni*, 2023, p. 116.

Limitatamente al profilo dello scopo, anche la forma societaria consortile presenta caratteristiche non inconciliabili con il divieto di realizzare profitti finanziari, previsto dall'art. 31, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 199/2021. Infatti, secondo la ricostruzione dogmatica ricorrente, la disciplina codicistica, pur non fornendo all'interprete la nozione di scopo consortile, contiene elementi sufficienti per poter affermare che, in questo contesto dell'attività di impresa, il beneficio economico perviene ai soci attraverso un sistema di scambio, che si avvicina al modello cooperativo. Per questa ragione, lo scopo consortile viene solitamente considerato come una *species* del *genus* scopo mutualistico¹⁵, con la conseguenza che, limitatamente al profilo in esame relativo al divieto di realizzazione di profitti finanziari, la soluzione positiva raggiunta per le società cooperative è estensibile anche alle società consortili.

3. La soggettività giuridica

L'art. 31, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 199/2021, in conformità al punto 16) dell'art. 2 della direttiva 2018/2001/UE, dispone che le comunità energetiche rinnovabili devono assumere la natura di soggetto giuridico autonomo rispetto ai loro partecipanti¹⁶.

Soggetto giuridico autonomo significa concretamente che la comunità energetica rinnovabile deve assurgere a centro di imputazione di situazioni giuridiche soggettive distinto rispetto ai suoi partecipanti¹⁷, pur senza dover conseguire necessariamente la personalità giuridica, la quale, come è noto¹⁸, costituisce un *quid pluris*, rilevante soprattutto sotto l'aspetto della responsabilità patrimoniale¹⁹.

¹⁵ G. OPPO, *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, in *Scritti giuridici*, II, Padova 1992, p. 541 ss. Si veda anche la motivazione di Cass., sez. un., 14 giugno 2016, n. 12190, in banca dati *De jure*.

¹⁶ Il requisito in esame è ritenuto una componente del processo di democratizzazione del sistema energetico e costituisce un dato emblematico del nuovo modello di sviluppo del settore. Così M. MELI, *Le comunità di energia rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, cit., p. 2763.

¹⁷ Per una definizione di soggetto giuridico si limitano le citazioni delle sole voci enciclopediche: P. GALLO, voce *Soggetto di diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 577 ss.; G. PELLIZZI, voce *Soggettività giuridica*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, p. 1 ss., nonché A. FALZEA, voce *Capacità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, p. 8 ss.

¹⁸ Si veda l'esauriente esposizione di A. BARBA, *Soggettività metaindividuale e riconoscimento della personalità giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 647 ss.

¹⁹ Nella ricostruzione della nozione di soggettività occorre tenere conto delle evoluzioni dottrinali sul tema che, nel tentativo di valorizzare le organizzazioni intermedie nelle quali l'individuo riesce a svolgere la sua personalità, perviene al superamento della dicotomia imperniata sulla drastica contrapposizione fra persona fisica e persona giuridica. In particolare, si possono cogliere numerosi spunti in P. RESCIGNO, *Ascesa e declino della società pluralista*, in *Persona e comunità*, vol. I, Padova, 1987, p. 3 ss.; ID., *Le due «versioni» del pluralismo*, in *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, p. 373 ss.

Tale requisito costituisce un tratto peculiare della figura in esame, che è idoneo a distinguerla da altre forme di autoconsumo collettivo²⁰, come, per esempio, quella contemplata dall'art. 30, comma 2, del d.lgs. n. 199/2021, la quale consente ai consumatori che si trovano nello stesso edificio o condominio di condividere l'energia autoprodotta, senza la necessità di costituire un soggetto da loro differente per ricevere i contributi dal GSE.

L'indefettibile ricorrenza della soggettività giuridica consente di escludere il ricorso ad alcuni strumenti tecnici per la costituzione della comunità energetica.

Innanzitutto, non costituiscono contratti idonei né l'associazione temporanea di imprese²¹, né il raggruppamento temporaneo di imprese²², siccome entrambe le figure sono generalmente ricondotte allo schema del mandato²³ e, quindi, non determinano la nascita di un nuovo soggetto giuridico distinto e separato rispetto alle singole imprese associate.

Inoltre, la stessa ragione, cioè l'assenza di soggettività giuridica, impedisce la costituzione della comunità energetica sia sotto forma di contratto di rete (ex art. 3, comma 4-ter ss., del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5)²⁴, sia sotto forma di consorzio senza attività esterna²⁵, poiché l'organizzazione comune allestita dagli imprenditori consorziati, finalizzata alla disciplina e allo svolgimento di determinate fasi delle rispettive attività d'impresa, non assurge ad autonomo soggetto di diritto.

Infine, non dovrebbe essere ammissibile neanche il ricorso al partenariato²⁶, il quale, secondo la conformazione data dal d.lgs. n. 36/2023 (art. 174 e ss.), non costituisce un vero e proprio tipo contrattuale, ma designa una figura dai contorni non esattamente definiti, potendo comprendere tutte le varie modalità di collaborazione fra enti pubblici e soggetti privati, volte a finanziare e a gestire servizi o infrastrutture di interesse collettivo che non potrebbero essere realizzati con investimenti esclusivamente pubblici. Tuttavia, sul punto si registra la differente opinione dell'Autorità di Regolazione dell'Energia, Reti e Ambiente – A.R.E.R.A. (nella delibera del 4 agosto 2020, 318/2020/R/eel) e del Gestore dei Servizi Energetici – G.S.E. (nelle Regole tecniche per l'accesso al servizio di valorizzazione e incentivazione dell'energia elettrica condivisa, datate 4 aprile 2022, 26), per i quali una comunità energetica potrebbe essere costituita in forma di partenariato.

²⁰ E. CUSA, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, cit., p. 4

²¹ E. CUSA, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, cit., p. 5.

²² E. CUSA, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, cit., p. 5.

²³ Cass., 3 marzo 2020, n. 5751, in banca dati *De jure*; Cass. 2 settembre 2016, n. 17521, *ivi*.

²⁴ E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit., p. 111.

²⁵ E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit., p. 111.

²⁶ E. CUSA, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, cit., p. 5. *Contra* V. CAPPELLI, *Appunti per un inquadramento privatistico dell'autoconsumo di energia rinnovabile nel mercato elettrico: il caso delle comunità energetiche*, cit., p. 390.

Al contrario, il requisito della soggettività è soddisfatto sia dagli enti disciplinati nel Libro I del codice civile, sia dalle società contemplate nel Libro V del codice civile. Di conseguenza, fatte salve le precisazioni e le limitazioni derivanti da altre disposizioni dello stesso testo di legge, in linea di principio le comunità energetiche possono essere create sotto forma di associazioni (riconosciute e non riconosciute), fondazioni, anche di partecipazione²⁷, e comitati oppure di società di persone, società di capitali, società cooperative e società consortili.

Inoltre, anche il consorzio con attività esterna, pur non essendo dotato di personalità giuridica, costituisce un centro di interessi autonomo rispetto alle imprese consorziate²⁸. A questo proposito si segnala il punto 3.2, lettera a), dell'allegato A della deliberazione A.R.E.R.A. n. 318/2020, che, sia pure a titolo esemplificativo, annovera genericamente il consorzio come modello di riferimento per la comunità energetica, in quando dotato di soggettività giuridica.

4. *Il principio della partecipazione aperta*

Ai sensi dell'art. 31, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 199/2021, la partecipazione alle comunità energetiche rinnovabili deve essere «*aperta e volontaria*». In questo punto la norma è stata oggetto di un recente intervento normativo ad opera dall'art. 1 *bis*, comma 1, lett. b), d.l. 28 febbraio 2025, n. 19, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2025, n. 60, che ha modificato la precedente formulazione letterale, secondo cui la partecipazione alla comunità energetica era «*aperta a tutti i consumatori, compresi quelli appartenenti a famiglie a basso reddito o vulnerabili*»²⁹.

Con ogni probabilità, la modifica è da ricollegare all'art. 22 della dir. UE/2018/2011, che impone agli Stati membri di assicurare che «*i clienti finali, in particolare i clienti domestici, abbiano il diritto di partecipare a co-*

²⁷ S. SITTA ZANUSSI, *Profili civilistici delle Comunità Energetiche Rinnovabili*, cit., p. 114; M.A. PROSPERONI – G. DELL'ERBA, *Comunità Energetiche Rinnovabili, la dimensione legale, societaria e contrattuale*, cit., p. 45; F. COTANA – M. GAZZINO – P. LISI – P.M. PUTTI (a cura di), *Le comunità energetiche rinnovabili*, cit., p. 87; E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit., p. 113.

²⁸ Cass. 9 dicembre 1996, n. 10956; Cass. 4 giugno 2007, n. 12958.

²⁹ Il codice civile contempla numerose disposizioni variamente riconducibili al principio della c.d. porta aperta, come per esempio, in materia di associazioni, l'art. 16 c.c., il quale dispone che l'atto costitutivo e lo statuto debbano contenere l'indicazione delle condizioni per la ammissione degli associati, e soprattutto, in materia di cooperative, gli artt. 2521, comma 3, n. 6, 2527 e 2528 c.c. In particolare, mentre l'art. 2521, comma 3, n. 6, c.c. si limita a richiedere che l'atto costitutivo stabilisca i requisiti e le condizioni di ammissione dei soci, l'art. 2527, comma 1, c.c., invece, specifica ulteriormente che i requisiti per l'ammissione dei nuovi soci devono rispondere a criteri non discriminatori e devono essere coerenti con lo scopo mutualistico e con l'attività della società. Infine, in materia di consorzi, l'art. 2603, comma 2, n. 5, c.c., prevede che il contratto costitutivo del consorzio debba contemplare le condizioni di ammissione di nuovi consorziati.

comunità di energia rinnovabile, mantenendo al contempo i loro diritti o doveri in qualità di clienti finali e senza essere soggetti a condizioni o procedure ingiustificate o discriminatorie che ne impedirebbero la partecipazione a una comunità di energia rinnovabile».

Alla luce della norma comunitaria si chiarisce meglio anche la portata della norma interna. Quest'ultima appare diretta a garantire a tutti i clienti finali l'effettiva possibilità di partecipare ad una comunità energetica rinnovabile, ma non nel senso che il diritto del singolo a far parte della comunità energetica è esercitabile *ad libitum* e, quindi, l'ingresso deve essere sempre consentito, ma nel senso che, per un verso, l'esercizio del diritto non può essere subordinato a procedure ingiustificate, cioè a regole che non risultano funzionali al perseguimento di uno specifico interesse dell'ente o dei suoi membri, e, per altro verso, che il riconoscimento del diritto di partecipare alla comunità energetica non sopporta regole discriminatorie³⁰, cioè dirette a trattare in modo diseguale situazioni identiche o, all'opposto, dirette a trattare in modo identico situazioni diverse. A tal fine è necessario che i criteri selettivi di accesso alla comunità energetica siano stabiliti, nell'atto costitutivo o in apposito regolamento interno, in maniera trasparente e la loro ricorrenza sia accertabile oggettivamente, con esclusione di qualsiasi potere discrezionale da parte degli organi dell'ente. In ogni caso, la formulazione e l'interpretazione delle regole sulla partecipazione alla comunità energetica devono essere improntate al rispetto dei principi generali di ragionevolezza e di proporzionalità, poiché ogni disposizione deve essere modulata e applicata in funzione dell'interesse protetto e nei limiti in cui è rispondente all'effettiva protezione di tale interesse.

Sulla scorta delle considerazioni svolte in precedenza, è da ritenere, analogamente alla previsione dell'art. 2527, comma 1, c.c., che l'accesso alla comunità energetica possa anche essere assoggettato a restrizioni, purché siano coerenti con le finalità della comunità o a soddisfare effettive esigenze dell'ente (si pensi, per esempio ad una regola che circoscriva la partecipazione solamente a soggetti operanti in una determinata area geografica o in una determinata porzione del territorio, in ragione delle modalità operative di produzione dell'energia). Del pari, è da ritenere ammissibile l'assoggettamento a specifiche regole procedurali o addirittura a sanzioni, come l'esclusione, purché tali regole siano dirette a preservare la sostenibilità tecnica ed economica del progetto energetico oppure la coesione e la solidarietà interna al gruppo dei consociati³¹.

³⁰ P. NOVARO, *Le comunità energetiche nuova declinazione del paradigma sussidiario*, cit., p. 1084.

³¹ Per quanto concerne le modalità procedurali con cui realizzare l'adesione viene in considerazione l'art. 1332 c.c., il quale pone una regola sussidiaria, destinata a trovare applicazione solamente in assenza di una regolamentazione da parte dell'autonomia privata. Sul punto cfr. E. CESARO, *Contratto aperto e adesione del terzo*, Napoli, 1979, p. 43 ss.; G. GABRIELLI, *Sui contratti necessariamente aperti*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 557 ss.; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*,

In ogni caso, il principio della c.d. porta aperta induce a manifestare qualche perplessità circa l'impiego di taluni modelli societari.

Segnatamente, è dubbia la possibilità di costituire una comunità energetica sotto forma di società consortile³², poiché in questa tipologia societaria tutti i membri devono rivestire la qualità di imprenditori o di professionisti, a seguito dell'innovazione introdotta dall'art. 12, comma 3, della legge 22 maggio 2017, n. 81, e, quindi, la partecipazione è impedita *a priori* ai soggetti sprovvisti di tale qualificazione soggettiva.

Del pari, è dubbia la possibilità di far ricorso ad una società di persone per due ordini di ragioni.

Innanzitutto, perché a questo tipo di società non possono partecipare le pubbliche amministrazioni e, quindi, proprio gran parte dei soggetti specificatamente menzionati nell'art. 31, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 199/2021. Infatti, l'art. 3 d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, contenente il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, reca una puntuale limitazione, in forza della quale «*Le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa*».

Inoltre, perché, nelle società di persone, il rapporto sociale è fondato sull'*intuitus personae*, siccome le qualità personali dei soci sono fondamentali per la costituzione della società e per lo svolgimento in comune dell'attività d'impresa.

Per superare l'ostacolo, si potrebbe ipotizzare l'introduzione nell'atto costitutivo di regole dirette ad assicurare la partecipazione volontaria e l'ingresso di nuovi soci attraverso un sistema ispirato al principio della c.d. porta aperta. Tuttavia, siffatte clausole statutarie finiscono inesorabilmente per alterare significativamente il tipo sociale utilizzato, così oltrepassando lo spazio di manovra riconosciuto all'autonomia negoziale in questo settore del diritto privato³³.

Al contrario, sono particolarmente congegnali al soddisfacimento del requisito in esame sia le società cooperative, sia gli enti associativi. Fra questi ultimi rientrano a pieno titolo anche le c.d. fondazioni di partecipazione³⁴, le quali costituiscono un tipo negoziale (originariamente elaborato dall'autonomia privata³⁵, che ha trovato esplicito riconoscimento a livello normativo nell'art. 23, comma 4, del d.lgs. n. 117/2017)³⁶, ove la struttura patrimoniale tipica della

Torino, 2002, p. 150 ss.; M. MAGGIOLO, *Clausole di apertura e «porta aperta» nei procedimenti di adesione a contratti plurilaterali*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 784 ss.; A. GNANI, *L'adesione del terzo al contratto*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2014, p. 3 ss.

³² E. CUSA, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, cit., p. 111.

³³ Sul tema cfr. A. MORELLO, *Le società atipiche*, Milano, 1983.

³⁴ M.A. PROSPERONI – G. DELL'ERBA, *Comunità Energetiche Rinnovabili, la dimensione legale, societaria e contrattuale*, cit., p. 45

³⁵ Sulla figura, si vedano specialmente E. BELLEZZA – F. FLORIAN, *Fondazioni di partecipazione*, Piacenza, 2006.

³⁶ M. TAMPONI, *Persone giuridiche*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2018, p. 308.

fondazione viene contaminata da alcuni elementi personali caratterizzanti il fenomeno associativo. In altri termini, le fondazioni di partecipazione danno vita ad una realtà giuridica ibrida, nella quale gli aspetti patrimoniali tipici della fondazione coesistono con gli aspetti personali propri delle associazioni, a cominciare dal sistema di gestione collettivo e da quello di partecipazione all'ente, sia in ingresso sia in uscita.

5. Aspetti contenutistici

La disciplina contenuta nel Titolo IV del d.lgs. n. 199/2021, oltre a circoscrivere il novero degli strumenti giuridici concretamente utilizzabili dai clienti finali per la costituzione di una comunità energetica rinnovabile, stabilisce la ricorrenza di specifici requisiti sostanziali, che si traducono, a seconda dei casi, nella necessità oppure nell'opportunità di introdurre puntuali previsioni regolamentari nello statuto organizzativo dell'ente.

Dalla lettura dell'art. 31 d.lgs. n. 199/2021 emerge la necessità di far risultare alcune peculiarità.

In primo luogo, occorre evidenziare che la partecipazione alla comunità di energia è riservata unicamente ai soggetti (persone fisiche o giuridiche) che rivestono la qualifica di "cliente finale". Siffatto requisito comporta l'introduzione nel rapporto associativo di una specifica causa di esclusione per gli aderenti che in seguito all'ammissione hanno perso tale qualifica.

In secondo luogo, appare necessaria l'introduzione nello statuto della limitazione relativa all'amministrazione della comunità energetica³⁷, già contenuta nell'art. 31, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 199/2021, a mente del quale «*l'esercizio dei poteri di controllo fa capo esclusivamente a persone fisiche, PMI, associazioni con personalità giuridica di diritto privato, enti territoriali e autorità locali, ivi incluse le amministrazioni comunali, gli enti di ricerca e formazione, gli enti religiosi, quelli del terzo settore e di protezione ambientale nonché le amministrazioni locali contenute nell'elenco delle amministrazioni pubbliche divulgato dall'Istituto Nazionale di Statistica (di seguito: ISTAT) secondo quanto previsto all'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, che sono situate nel territorio degli stessi Comuni in cui sono ubicati gli impianti per la condivisione di cui al comma 2, lettera a)*» e che ora, a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 1 bis, comma 1, lett. b), d.l. 28 febbraio 2025, n. 19, convertito con modificazioni dalla l. 24 aprile 2025, n. 60, si trova sostanzialmente trasfusa nell'art. 31, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 199/2021, secondo cui «*l'esercizio dei poteri di controllo fa capo ai soggetti di cui alla lettera b) che sono situati nel territorio in cui sono ubicati gli impianti per la condivisione di cui al comma 2, lettera a)*».

³⁷ S. SITTA ZANUSSI, *Profili civilistici delle Comunità Energetiche Rinnovabili*, cit., p. 116.

In terzo luogo, coerentemente con quanto si è esposto in precedenza a proposito del requisito della c.d. porta aperta³⁸, appare se non proprio necessaria, quantomeno opportuna, anche la regolamentazione delle condizioni e delle modalità di accesso alla comunità energetica per i clienti finali che aspirano a farne parte³⁹, nonché di cessazione del rapporto associativo limitatamente al singolo partecipante.

Altre modifiche si ricavano dall'art. 32 d.lgs. n. 199/2021.

Mentre appare solamente opportuno l'inserimento della precisazione prevista dall'art. 32, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 199/2021, a mente del quale i partecipanti alla comunità energetica mantengono i diritti loro spettanti come clienti finali, ivi incluso il diritto di scegliere il proprio venditore, appare invece necessaria non solo la conferma del diritto di recesso per il partecipante alla comunità energetica, in conformità al disposto dell'art. 32, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 199/2021, secondo cui i clienti finali organizzati in comunità energetica «*possono recedere in ogni momento dalla configurazione di autoconsumo, fermi restando eventuali corrispettivi concordati in caso di recesso anticipato per la compartecipazione agli investimenti sostenuti, che devono comunque risultare equi e proporzionati*», ma anche i presupposti e le modalità di esercizio del diritto, secondo quanto si è già illustrato⁴⁰.

Le norme organizzative interne potrebbero anche provvedere direttamente alla nomina del soggetto responsabile del riparto dell'energia condivisa, ai sensi dell'art. 32, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 199/2021⁴¹, con l'eventuale affidamento del mandato a gestire le partite di pagamento e di incasso verso i venditori e il Gestore dei Servizi Energetici.

6. Alcune conclusioni

Le considerazioni che precedono consentono di delineare alcune conclusioni riguardo ai modelli giuridici che possono essere utilizzati per la costituzione di una comunità energetica.

Il divieto di realizzare profitti finanziari induce la dottrina prevalente ad escludere i tradizionali modelli societari, come le società di persone e quelle di capitali, stante l'essenziale finalità di conseguire un lucro dallo svolgimento dell'attività di impresa, ai sensi dell'art. 2247 c.c.⁴² Tuttavia, tale preclusione

³⁸ Si veda *retro sub* § 4.

³⁹ F. COTANA – M. GAZZINO – P. LISI – P.M. PUTTI (a cura di), *Le comunità energetiche rinnovabili*, cit., p. 94 ss.

⁴⁰ Si veda *retro sub* § 4.

⁴¹ Tale scelta deve essere coerente con la natura e con le finalità della comunità energetica rinnovabile. Sul punto V. CAPPELLI, *Appunti per un inquadramento privatistico dell'autoconsumo di energia rinnovabile nel mercato elettrico: il caso delle comunità energetiche*, cit., p. 391.

⁴² E. CUSA, *Le incentivate comunità energetiche rinnovabili e il loro atto costitutivo*, cit., pp. 5-6; C. FAVILLI, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La*

mentre per le società di persone e, sia pure con minore intensità, per le società consortili risulta pressoché assoluta, alla luce dell'indefettibile regola secondo cui l'accesso deve essere aperto a tutti i consumatori⁴³, per le società di capitali, invece, appare fortemente attenuata, qualora la struttura societaria sia conformata alle prescrizioni previste dalla normativa degli enti appartenenti al terzo settore oppure, sebbene con qualche riserva, a quelle previste dalla normativa in materia di società c.d. *benefit*⁴⁴.

In termini più generali, il divieto di realizzazione di prodotti di natura finanziaria, nella misura in cui stempera lo scopo lucrativo, induce a ricondurre le comunità energetiche, indipendentemente dalla veste giuridica concretamente assunta, alle formazioni sociali intermedie ove l'individuo riesce a svolgere la sua personalità⁴⁵.

L'assenza di soggettività giuridica impedisce di costituire una comunità energetica sotto forma di associazione temporanea di imprese o di raggruppamento temporaneo di imprese, tanto più che queste forme associative ricorrono fra soggetti muniti di requisiti specifici, dovendo essere esercenti attività di impresa, con conseguente preclusione alla partecipazione per i soggetti sprovvisti di tale qualifica. Analoga conclusione dovrebbe valere pure per altre forme associative, come il consorzio senza attività esterna, l'associazione in partecipazione o la cointeressenza, nonché il partenariato. Tuttavia, riguardo al partenariato, si registra la diversa opinione dell'Autorità di Regolazione dell'Energia, Reti e Ambiente (A.R.E.R.A.) e del Gestore dei Servizi Energetici (G.S.E.).

L'imposizione di una struttura aperta a nuove adesioni appare diretta non solo a consentire a qualsiasi soggetto interessato di partecipare al perseguimento dei molteplici scopi della comunità, ma soprattutto ad evitare, proprio per salvaguardare tali finalità meritorie, qualsiasi fenomeno di immobilizzazione negli assetti organizzativi interni, impedendo la creazione di forme oligarchiche nella gestione dell'ente. Da questo punto di vista, la regola della c.d. porta aperta si presenta come diretta espressione del principio di democraticità, la cui effettiva applicazione potrebbe suggerire l'inserimento pattizio di ulteriori presidi o guarentigie, come, per esempio, la turnazione delle cariche amministrative, la previsione di maggioranze ragionevoli in relazione alla natura delle decisioni da adattare, l'introduzione di specifiche modalità di controllo e di coinvolgimento nelle attività della comunità da parte di tutti i partecipanti.

questione della forma giuridica delle comunità energetiche, cit., p. 398; F. COTANA – M. GAZZINO – P. LISI – P.M. PUTTI (a cura di), *Le comunità energetiche rinnovabili*, cit., p. 70.

⁴³ M.A. PROSPERONI – G. DELL'ERBA, *Comunità Energetiche Rinnovabili, la dimensione legale, societaria e contrattuale*, cit., p. 44.

⁴⁴ Si veda *retro sub* § 2.

⁴⁵ Sebbene riferite ad un fenomeno sociale differente, è possibile cogliere qualche spunto di riflessione in P. RESCIGNO, *Le «non profit organizations» come formazioni sociali*, in *Persona e comunità*, II, Padova, 1999, p. 421 ss.

I requisiti caratterizzanti le comunità energetiche rendono particolarmente idonei alla loro costituzione sia gli enti associativi, ivi comprese le fondazioni di partecipazione, indipendentemente dal riconoscimento come persona giuridica, sia le società cooperative⁴⁶, a mutualità prevalente o, secondo l'interpretazione più permissiva, anche a mutualità non prevalente e, quindi, senza necessità di apportare allo statuto modifiche conformi alla prescrizione dell'art. 2514, comma 1, c.c.

Ciononostante, i modelli organizzativi messi a disposizione dell'ordinamento giuridico non sono esattamente equipollenti, nel senso che, nella scelta concreta, i soggetti interessati dovrebbero tenere conto delle peculiarità del singolo programma di comunità energetica che intendono perseguire.

Il modello societario appare maggiormente adatto per la realizzazione di progetti energetici complessi, in quanto determina la creazione di una struttura organizzativa dotata di sufficiente stabilità e di un assetto interno funzionale allo svolgimento di un'attività economica. Tuttavia, a fronte di tali vantaggi, il modello societario sconta alcuni svantaggi, consistenti essenzialmente in un maggior formalismo, che si traduce in costi di costituzione e di gestione elevati. Infatti, le disposizioni codicistiche impongono la forma dell'atto pubblico per il negozio costitutivo della società (artt. 2328, comma 2, 2463, comma 2, 2521, comma 1), fissano, perlomeno per le società di capitali, l'ammontare minimo del capitale sociale (artt. 2327 e 2463, comma 2, n. 4, e comma 4), prevedono regole puntuali per la tenuta e la redazione delle scritture contabili (artt. 2421, 2423 e ss., nonché 2478 e ss.), oltre all'introduzione di specifici sistemi di controllo della gestione societaria.

Con specifico riferimento alle società cooperative, si può osservare che, almeno in parte, i limiti sopra evidenziati risultano fortemente ridimensionati, sia per i minori costi di costituzione, sia per l'assenza di un capitale sociale minimo, sia per i benefici previsti dalla normativa fiscale, soprattutto per le società cooperative a mutualità prevalente e per quelle che appartengono al c.d. terzo settore.

Il modello associativo presenta il vantaggio di poter operare con una struttura organizzativa flessibile, di avere costi di costituzione e di gestione assai contenuti, soprattutto se l'ente non ambisce a conseguire il riconoscimento della personalità giuridica, e di godere di un trattamento fiscale di favore⁴⁷.

⁴⁶ Secondo l'Istituto europeo per la ricerca sull'impresa cooperativa (Eurisce, *Le comunità energetiche rinnovabili in Italia. Dalla teoria alle pratiche*, Research Report n. 32/2023) la forma più idonea per la costituzione di una comunità energetica rinnovabile è costituita proprio dalla società cooperativa. In dottrina condividono sostanzialmente tale valutazione: M. MELI, *Le comunità di energia rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, cit., p. 2769; A. BERNARDONI – C. BORZAGA – J. SFORZI, *Comunità energetiche rinnovabili. Una sfida per le imprese sociali e di comunità*, cit.; S. SITTA ZANUSSI, *Profili civilistici delle Comunità Energetiche Rinnovabili*, cit., p. 115; F. COTANA – M. GAZZINO – P. LISI – P.M. PUTTI (a cura di), *Le comunità energetiche rinnovabili*, cit., p. 80 ss.

⁴⁷ In seguito alle modifiche apportate alla disciplina dell'impresa sociale (d.lgs. n. 112/2017) e degli Enti del Terzo settore (d.lgs. n. 117/2017), ad opera della legge 26 luglio 2023, n. 95, le

Peraltro, il modello associativo si presta all'attuazione di programmi energetici basici o, comunque, semplificati⁴⁸, perché la sua struttura non è esattamente conformata per l'esercizio di attività economica o, meglio, di impresa⁴⁹.

comunità energetiche rinnovabili rientrano a pieno titolo nel novero delle imprese virtuose non speculative o del terzo settore e, quindi, possono essere costituite in forma di associazione o fondazione di partecipazione operante con la qualifica di ente del Terzo settore, agli effetti del d.lgs. n. 117/2017, oppure in forma di società cooperativa, operante con la qualifica di impresa sociale, agli effetti del d.lgs. n. 112/2017. Al riguardo, cfr. M. MELI, *Le comunità di energia rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, cit., pp. 2770-2771.

⁴⁸ M. MELI, *Le comunità di energia rinnovabile: i diversi modelli organizzativi*, cit., p. 2770.

⁴⁹ G. PASSARELLI e G. PROIETTO, *Le Comunità Energetiche Rinnovabili tra modelli e strumenti di finanziamento: vantaggi, criticità e implicazioni sistematiche*, cit., p. 161; A. BERNARDONI – C. BORZAGA – J. SFORZI, *Comunità energetiche rinnovabili. Una sfida per le imprese sociali e di comunità*, cit. Alcuni spunti si possono cogliere anche in P. NOVARO, *Le comunità energetiche nuova declinazione del paradigma sussidiario*, cit., p. 1083.

Abstract [Ita]

Il saggio si propone, in prima battuta, di analizzare, fra i vari strumenti giuridici messi a disposizione dell'autonomia privata, quelli concretamente utilizzabili per la costituzione di una comunità energetica rinnovabile e, in seconda battuta, di evidenziare le peculiarità e le caratteristiche di ciascun modello in relazione al programma e agli obiettivi energetici che si prefiggono di raggiungere i partecipanti alla comunità.

Parole chiave: comunità energetiche rinnovabili; atto costitutivo; modelli costitutivi; clausole statutarie; soggettività giuridica.

Abstract [Eng]

The essay aims to analyse the various legal instruments made available to private autonomy and determine which can be used in practice to establish a renewable energy community. It also aims to highlight the peculiarities and characteristics of each model in relation to the programme and energy objectives that the community's participants aim to achieve.

Keywords: renewable energy communities; memorandum of association; constitutive models; statutory clauses; legal personality.

Domini collettivi e sostenibilità ambientale: verso una rilettura della proprietà in chiave ecologica Profili comparativi tra Italia e Regno Unito

Annamaria Abbruzzese

Sommario: 1. Premesse introduttive e finalità dello studio. – 2. Dalla proprietà scomposta alla proprietà esclusiva. La funzione sociale della Costituzione a tutela dei domini collettivi. – 3. I domini collettivi, la proprietà individuale e il codice civile. L'opinione dei giuristi. – 4. La proprietà nell'esperienza giuridica inglese: il feudo, le situazioni di appartenenza e la nascita della *law of property*. – 5. *Common land* anglosassone e proprietà collettive italiane a confronto: le diverse funzioni della proprietà. – 6. Domini collettivi e sostenibilità ambientale: dalla legge n. 1766 del 1929 alla legge n. 168 del 2017. – 7. Il rapporto uomo-terra-ambiente. Verso la funzionalizzazione ambientale dei domini collettivi. – 8. Principio di sussidiarietà e potere di autonormazione: la valorizzazione delle diversità per il buon governo del territorio. – 9. Riflessioni *de iure condendo*.

1. *Premesse introduttive e finalità dello studio*

Il concetto di 'sviluppo sostenibile' è stato introdotto per la prima volta nel rapporto *Brundtland*¹ del 1987. In quell'anno la Commissione mondiale

¹ Il nome gli venne assegnato dalla coordinatrice Gro Harlem Brundtland, già Primo Ministro del Governo norvegese, che in quell'anno era presidente del WCED e aveva commissionato il rapporto. Lo studio fissava i punti critici e le maggiori problematiche dell'ambiente, dovuti essenzialmente a due fattori: la grande povertà del sud del mondo, e i modelli produttivi non sostenibili del nord. Secondo il rapporto di *Brundtland*, «lo sviluppo sostenibile, lungi dall'essere una definitiva condizione di armonia, è piuttosto processo di cambiamento tale per cui lo sfruttamento delle risorse, la direzione degli investimenti, l'orientamento dello sviluppo tecnologico e i cambiamenti istituzionali siano resi coerenti con i bisogni futuri oltre che con gli attuali».

Un aspetto del rapporto di *Brundtland*, che merita di essere sottolineato, è la centralità della partecipazione di tutti: «il soddisfacimento di bisogni essenziali (*basic needs*) esige non solo una nuova era di crescita economica per Nazioni in cui la maggioranza degli abitanti siano poveri, ma anche la garanzia che tali poveri abbiano la loro giusta parte delle risorse necessarie a sostenere tale crescita. Una siffatta equità dovrebbe essere coadiuvata sia da sistemi politici che assicurino l'effettiva partecipazione dei cittadini nel processo decisionale, sia da una maggior democrazia a livello delle scelte internazionali».

sull'ambiente e lo sviluppo (WCED) pubblicò *Our Common Future*, il primo documento che introdusse il concetto di *'sustainable development'* definendolo quale sviluppo «che soddisfa i bisogni del presente, senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri».

Veniva dunque a delinarsi la necessità di attuare una nuova strategia, che potesse armonizzare le esigenze dello sviluppo socio-economico con quelle ambientali da porre come basi per tutte le politiche, in particolare per le iniziative dell'Unione europea² tese a risolvere il problema delle risorse energetiche non rinnovabili, le criticità legate all'inquinamento, il problema dell'alimentazione, *etc.*...

Tutto ciò rappresentò la presa di coscienza, maturata già sul finire degli anni '70 del secolo precedente, che le risorse del pianeta non erano infinite e, in quanto tali, dovessero essere preservate ma, soprattutto, che ambiente e sviluppo non fossero realtà separate, presentando, al contrario, una stretta connessione per cui non può esservi sviluppo se le risorse ambientali sono in via di deterioramento e l'ambiente non può essere protetto se la crescita non considera l'importanza anche economica del fattore ambientale. Si tratta, in breve, di problemi reciprocamente legati in un complesso sistema di 'causa-effetto' che non possono essere affrontati separatamente, né da singole istituzioni, né tanto meno attraverso politiche frammentarie.

Le raccomandazioni del Rapporto *Brundtland* hanno spinto la comunità internazionale verso importanti traguardi come la Conferenza ONU sull'Ambiente e sullo Sviluppo di Rio del 1992, momento precursore sia dell'Agenda del Millennio, sia dell'Agenda 2030, tant'è che oggi, il concetto di "sviluppo sostenibile", è diventato il nuovo paradigma, soprattutto nell'ambito del diritto dell'Unione europea, ove la tutela ambientale, la transizione ecologica e le politiche di sostenibilità sono tra gli assi portanti, stimolando azioni e strategie funzionali al contrasto del degrado ambientale³. In questa cornice si inserisce il *'Next generation Eu'* e il conseguente *'Piano Nazionale di Ripresa e Resi-*

Il rapporto è diviso in tre Sezioni che disegnano le sfide a cui è chiamata l'umanità: la Prima Sezione riguarda le preoccupazioni comuni, la Seconda le sfide collettive e la terza gli sforzi comuni.

² Lo sviluppo sostenibile è diventato formalmente uno degli obiettivi a lungo termine dell'Unione europea in virtù dell'articolo 3, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione europea.

³ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione – Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'UE per lo sviluppo sostenibile*, 15-05-2001, COM(2001) 264; ID., *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo – Progetto di dichiarazione sui principi guida dello sviluppo sostenibile*, 15-12-2005, COM(2005) 218; ID., *Comunicazione della commissione europea 2020 – una strategia per la crescita intelligente, inclusiva e sostenibile*, 3-03-2010, COM(2010) 2020; più di recente v. ID., *Comunicazione della Commissione – Il Green Deal europeo*, 11-12-2019, COM(2019) 640. Nell'ambito della *road map* prevista dal *Green Deal* si veda la recente emanazione del Regolamento EU n. 2021/1119 del 30-06-2021, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il Regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999.

lienza' (PNRR), attraverso i quali, anche l'Italia, ha pianificato gli obiettivi, le riforme e gli investimenti che intende realizzare grazie all'utilizzo dei fondi europei in ambito ambientale⁴.

Tutto ciò rappresenta un'importante occasione per tornare a riflettere sul ruolo dei domini collettivi (comunque denominati: proprietà collettive, diritti di uso civico⁵, demanio civico universale) nella conservazione collettiva dell'ambiente e nell'uso rispettoso e sostenibile dei servizi eco-sistemici che la natura ci dona, al fine di cogliere il *fil rouge* che lega la triangolazione uomo-terra-comunità; ed infatti, se è vero che l'uso civico, storicamente, ha espresso la sua dimensione di strumento utile alla gestione, alla conservazione e allo sviluppo culturale, economico, sociale, ambientale e delle comunità locali, e se è altrettanto vero che la Missione 2 del PNRR (M2) tende a favorire la transizione economica verso modelli economici con una più accentuata sostenibilità ambientale e sociale, allora è questa l'occasione per ripensare ai domini collettivi quale possibile anello di congiunzione per un futuro più 'sostenibile'⁶.

I diritti di uso civico sono una realtà giuridica dalle origini antichissime; non è un legislatore che li ha creati, né ci sono leggi degli Stati a fondamento della loro costituzione; al contrario, i legislatori susseguitisi dall'età moderna in poi si sono mossi unicamente con l'intento di sopprimerli o di alterarne la struttura in corrispondenza del modello unico di appropriazione creato da

⁴ Sul punto cfr. P. PIRAS, *Gli usi civici e la nuova dimensione paesaggistico ambientale. Piccolo sogno a occhi aperti?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 4/2023, p. 965.

⁵ L'espressione uso civico è riassuntiva di una serie di fenomeni profondamente complessi e diversificata, che per comodità definitoria viene utilizzata in senso generale ed ampiamente comprensivo: in questo senso F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, (già diretto da) A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI, (continuato da) P. SCHLESINGER, Milano: Giuffrè, p. 3. Sul punto si veda anche U. PETRONIO, (s.v.) *Usi civici*, in *Enciclopedia del diritto*, XLV, Milano: Giuffrè, 1992, p. 931, il quale definisce gli usi civici come: «i diritti spettanti ad una collettività (espressione di un comune o di una frazione) consistente nel trarre utilità elementari dal demanio di un determinato territorio, composto non solo dalle terre, ma anche dai pascoli, dai boschi e delle acque. Il loro contenuto è il godimento di detti beni a favore di un comune o di una frazione, godimento che viene esercitato *uti singuli* dai componenti di quella collettività, proprio in virtù della loro originaria appartenenza ad essa». Anche G. FARONE, *Presentazione del disegno di legge quadro in materia di usi civici*, in *Gli usi civici. Realtà attuali e prospettive*, Atti del Convegno di Roma, 1-2 giugno 1989, O. FANELLI (a cura di), Milano: Giuffrè, 1991, rileva: «“Usi civici” è un'espressione globale e di comodo, che va riferita ad una vasta e complessa realtà giuridica, economica, sociale e politica, implicando l'esigenza concreta della salvaguardia, corretta gestione, e proficua utilizzazione, nell'interesse generale, di relevantissimi beni pubblici, alla cui conservazione e tutela le collettività, effettive titolari di quei beni, sono particolarmente sensibili, nonostante le trasformazioni e le evoluzioni sociali sopravvenute che hanno, nella sostanza, e nella quasi generalità, sottratto i beni stessi ai primari ed originari fini, di soddisfacimento di insopprimibili esigenze di vita delle popolazioni, nella cui titolarità però i beni stessi sono rimasti e nel cui interesse debbono essere rimessi in circolo, in rispondenza alle moderne suscettività e pubbliche finalità, escludendo dispersioni e sottrazioni speculative». Sul punto si veda anche V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova: Cedam, 1983, p. 212.

⁶ Così P. PIRAS, *Gli usi civici e la nuova dimensione paesaggistico ambientale*, cit., p. 965.

quell'innovativa ideologia della quale la società borghese rappresenta il veicolo, poi formalmente recepita dai codici civili⁷. L'unica fonte è da individuarsi nell'uso, ossia nell'utilizzo costante e reiterato nel tempo di tali beni, necessari a soddisfare i bisogni di vita di ciascun membro della comunità e secondo regole consuetudinarie che si tramandano da generazioni: una fonte che viene dal basso e che esprime le esigenze, gli interessi ed i valori circolanti all'interno della comunità locale di riferimento⁸.

Testimonianza di una storia pre-moderna, che individua nella pluralità di persone fisiche, componenti di una collettività locale, un ruolo di utilità e di valorizzazione per la gestione civica del territorio⁹, è con la legge n. 168 del 20 novembre 2017¹⁰, recante disposizioni normative in materia di domini collettivi, che è stata riconosciuta piena dignità ai domini collettivi, ridando vita ad un pezzo di storia del nostro Bel Paese.

Si tratta di una legge fondamentale per la tutela del territorio e del paesaggio, che ha un'impostazione del territorio sia conservativa – come bene da tramandare alle generazioni future – e sia dinamica – in quanto idonea a promuovere una sensibilizzazione dell'attuale fase di sviluppo delle aree rurali con strategie conformate al modello dello 'sviluppo sostenibile'; un ritorno al passato, ma che ora, assiologicamente, si carica di un'importante azione per il futuro, finalizzata a tutelare e valorizzare il territorio, salvaguardando l'ambiente.

Nel presente scritto, dopo una breve disamina del concetto di sostenibilità, verranno analizzate le novità legislative introdotte attraverso la legge n. 168 del 2017 rispetto alla legge n. 1766 del 1927, con particolare riferimento ai

⁷ Sul punto, cfr., autorevolmente P. GROSSI, *Aspetti storico-giuridici degli usi civici*, in *Quaderni dell'Accademia dei Georgofili*, 2005, pp. 21 ss.

⁸ In questi termini P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, cit. Sul punto si veda anche ID., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Quaderni fiorentini*, 1988; ID., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano: Giuffrè, 1992, ID., *Proprietà e contratto*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, (a cura di) M. FIORAVANTI, Roma-Bari: Laterza, 2002; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna: il Mulino, 1981, R. BONNINI, *La proprietà, il "terribile diritto". Eguaglianza degli uomini e distribuzione dei beni nel Settecento illuministico*, Padova: Cedam, 1994; V. DONATO-G. ROMANO (a cura di), *Contributi allo studio delle proprietà collettive. La giurisprudenza del Commissariato per gli usi civici della Calabria*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, *passim*.

⁹ Afferma che «Questi non sono abusi, non sono privilegi, non sono usurpazioni; è un altro modo di possedere, un'altra legislazione, un altro ordine sociale, che, inosservato, discese da remotissimi secoli a noi»: C. CATTANEO, *Su bonificazione del Piano di Magadino a nome della Società Promotrice. Primo rapporto*, in *Scritti economici* (a cura di) A. BERTOLINO, Firenze: Le Monnier, 1956; P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano: Giuffrè, 2017, pp. 399 ss.

¹⁰ La consacrazione definitiva della funzione ambientale della proprietà collettiva è avvenuta per effetto congiunto dei due articoli costituzionali recentemente modificati dalla riforma della Legge costituzionale dell'11 febbraio 2022, n. 1, che ha modificato gli artt. 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente.

domini collettivi, alla tutela dell'ambiente e del territorio, quali beni comuni da salvaguardare e conservare per le generazioni future.

A tal fine si renderà indispensabile un, seppure sintetico, *excursus* sul concetto di proprietà – da scomposto e disomogeneo dell'età medievale, a monolitico e assoluto dell'età moderna, sino ad arrivare ad una proprietà limitata e conformata ai principi costituzionali – senza trascurare l'istituto feudale e la sua incidenza sullo sviluppo dei diritti di uso civico e l'affermarsi della teoria del dominio diviso.

A ben vedere, la tutela dei diritti di uso civico non è un fenomeno che ha interessato solo l'Italia (meridionale e più in generale i Paesi di *civil law*), ma ha riguardato anche gli ordinamenti di *common law*, in particolare il Regno Unito, ove, dal 1215, con l'emanazione della *Magna Carta Libertarum*, è stata ufficialmente riconosciuta l'esistenza delle terre comuni e dei diritti collettivi esercitati dai cosiddetti *commoners*, nonché il diritto di accesso all'uomo comune (*every free men*) contro le pretese dei nobili e del clero, almeno sino al 1660, allorché il Parlamento inglese adottava il *Tenures Abolition Act*, procedendo alla recinzioni delle terre (*enclosures movement*), limitandone utilizzo e accesso¹¹.

Successivamente, nel 1925, venne adottato il *Law Property Act*; quest'ultimo, oltre a costituire la base della disciplina moderna della proprietà in Inghilterra, rappresenta il tentativo di codificare la *Law of Property*. In detto testo viene a consolidarsi il paradigma della proprietà divisa (di origine feudale), in cui l'oggetto del diritto dominicale più che un bene materiale era un *estate*, ossia una concessione, sul quale potevano insistere più *estates* contemporaneamente; la possibile insistenza di più *estates* sul medesimo bene e la frammentazione della proprietà indotta dai rapporti fondiari e da istituti come il *trust* – caratterizzato dalla scissione del dominio dalla sua gestione – hanno determinato nel ragionamento teorico l'idea di una proprietà divisa; tale struttura è a tutt'oggi rimasta inalterata¹².

Sarà dunque un discorso che si svilupperà sotto un profilo metodologico sia storico che comparatistico, nel tentativo di offrire valide indicazioni sistematiche di diritto positivo, utili al giurista contemporaneo per trarre significativi spunti di riflessione, atti a valutare la possibilità di ascrivere l'istituto dell'uso civico tra le misure tese a tutelare e valorizzare l'ambiente e il territorio in un'ottica di gestione sostenibile, in una prospettiva *de iure condendo*.

¹¹ In argomento v., per tutti, A. QUARTA, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

¹² Sul punto cfr. E. BENEVENTO, *I beni comuni. Una parabola tra prospettive comparatistiche e stratificazioni normative*, Pozzuoli: Dike Giuridica, 2024; si veda anche M. LUPOI, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Giuffrè: Milano, 1971; A. GALLARATI, *Il trust come organizzazione complessa*, Milano: Giuffrè, 2010; F. H. LAWSON, B. RUDDEN, *The law of property*, Oxford, 1982.

2. Dalla proprietà scomposta alla proprietà esclusiva. La funzione sociale della Costituzione a tutela dei domini collettivi

Se un profilo storico è sempre utile e significativo per comprendere a pieno qualsiasi istituto giuridico, per i domini collettivi diventa imprescindibile¹³. Solo l'approccio storico consente infatti di cogliere nella sua pienezza e complessità quella multiforme realtà e quel patrimonio di valori fondato su un elemento che racchiude emblematicamente tutta l'esistenza dell'uomo: la terra¹⁴. Ciò spiega il perché un discorso sui domini collettivi non può non essere anche un discorso sull'evoluzione della proprietà e sul moderno concetto di appartenenza individuale, che, nato con il *code civil*¹⁵, perviene al suo definitivo perfezionamento in senso borghese con la pandettistica tedesca, trasfusa poi, tra Ottocento e Novecento, nella dottrina italiana ufficiale¹⁶.

Si tratta di un'operazione giuridica e culturale dalla quale il giurista moderno non riesce ad estraniarsi, in quanto, per quest'ultimo, la proprietà individuale rappresenta un punto di arrivo, una grande e faticosa conquista tesa a superare definitivamente la proprietà scomposta medievale, identificata come il principale ostacolo per lo sviluppo economico e sociale¹⁷. La proprietà è solo quella piena, individuale e assoluta, tant'è che nell'attuale codice civile non vi

¹³ Afferma che «il problema dei domini collettivi vada impostato storicamente è principio ormai entrato nel vasto patrimonio dei luoghi comuni del giurista»: cfr. E. CORTESE, (s.v.) *Domini collettivi*, in *Enciclopedia dir.*, XIII, Milano: Giuffrè, 1964, p. 914.

¹⁴ Sul punto cfr. F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 2. Nel senso che «L'uomo per vivere non ha altro patrimonio che la terra, questa terra su cui cammina, su cui poggia le sue case e le sue tombe, su cui poggia si può dire la sua storia»: G. CAPOGRASSI, *Agricoltura, diritto, proprietà*, in *Riv. dir. agr.*, 1957, I, p. 1; G.B. FERRI, *Natura, ambiente, agricoltura*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1997, p. 211, il quale, riprendendo H. Harrison, rileva come sia proprio la sepoltura dei morti «a legare gli uomini alla lettera e a consentire al logos di trasformare in *oikos* questa testimonianza insondabile e terrificante della nostra finitezza». Sull'opera di G. CAPOGRASSI si veda anche G. CAZZETTA, *Natura delle cose e superbia del legislatore. Giuseppe Capograssi e il diritto agrario italiano di metà novecento*, in *Ordo Iuris, Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano: Giuffrè, 2003, p. 287.

¹⁵ Nel *Code civil* francese l'art. 544 rappresenta la prima importante definizione della proprietà in senso individuale e moderno.

¹⁶ Così F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., pp. 1 ss. Al riguardo si veda anche F. FILOMUSI GUELFU, *Enciclopedia giuridica*, 7° ed., Napoli, 1917, p. 212, ove l'Autore, nel collegare in una visione assai influenzata dalla pandettistica tedesca la libertà e la proprietà, afferma: «La proprietà adunque è l'assoggettamento della cosa alla signoria del volere per farla servire agli scopi umani, e costituisce l'esterna sfera, dentro la quale l'uomo, come libero volere, opera, e trova le condizioni materiali per la sua vita e pel suo fisico svolgimento. Senza di questo lo stesso svolgimento morale è impossibile. Se la libertà è ciò che dà all'uomo di carattere di persona, l'uomo, assoggettando le cose, connettendole con un vincolo fisico ed etico alla sua persona, impronta su di esse la propria personalità. Tutto ciò che si fonda sull'umana natura debba essere garantito, ed a *garantia* del mio o del tuo è il diritto di proprietà. L'incementamento della cosa alla mia persona, per cui essa diventa mia, è l'effetto d'un atto del mio volere: la cosa mia è assoggettata completamente alla mia signoria. Questo è il logico e reale processo della proprietà».

¹⁷ In questo senso F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 16.

è alcun riferimento alla proprietà collettiva¹⁸. Sennonché è proprio da questa concezione individuale della proprietà che occorre prendere le distanze se si vuole comprendere in profondità il fenomeno dei diritti di uso civico.

Durante il medioevo¹⁹, o meglio, durante il periodo storico che va dalle invasioni longobarde²⁰ alla rivoluzione francese, la proprietà era intesa come un'entità complessa e composita, tanto da apparire persino indebito l'uso singolare per riferirsi ad essa, trattandosi di poteri autonomi e immediati su una *res* posta al servizio dell'uomo, dove non contava la sussistenza o la validità del titolo di proprietà, ma solo la concreta possibilità di utilizzare il bene²¹.

Proprio da questi profili – in cui la materialità del bene e la sua utilizzazione prevalevano rispetto all'astratta titolarità, dove la comunità attiva e partecipe era il punto di mediazione nel rapporto tra soggetto e territorio²² – nascono e si sviluppano gli usi e i demani civici, espressione della relazione sussistente tra un determinato territorio e la sua utilizzazione, che con l'introduzione dell'istituto feudale²³ si sviluppano ancor di più, ponendosi in maggior risal-

¹⁸ Al riguardo si veda diffusamente P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1970, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit.; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. Civ. Comm.*, (a cura di) F. CICO-F. MESSINEO, (continuato da) L. Mengoni, VIII, 2, Milano: Giuffrè, 1995.

¹⁹ Si rileva che il diritto romano non ha lasciato tracce significative di una proprietà configurabile come fenomeno collettivo: la stessa comunione, intesa come contemporaneo esercizio del diritto di proprietà sullo stesso bene e comunque costruita come eccezione, rafforza l'idea della proprietà individuale e assoluta come regola, dove il proprietario esercita la sua signoria: F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 10; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano – La proprietà*, II, Roma, 1928; R.V. JHERING, *Geist der römische Rechts*, II, 2, 5 Aufl. Leipzig, 1898; G. WEESSEMBERG – G. WESENER, *Storia del diritto privato in Europa*, (a cura di) P. CAPPELLINI-M.C. DALBOSCO, Padova, Cedam, 1999.

²⁰ Da questo momento la concezione romanista della proprietà si confronta con le influenze dei popoli barbari: insieme al potere centrale e all'economia organizzata, si scompone e frantuma anche la concezione romanistica della proprietà: così F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 16; sull'esperienza giuridica medievale si veda F. CALASSO, *Medio evo del diritto*, Milano: Giuffrè, 1954; J. LE GOFF, *Il medioevo. Alle origini dell'identità europea*, Roma-Bari: Laterza, 5° ed., 2001.

²¹ In questo senso F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 16; P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, cit., in particolare pp. 417 ss.

²² In una economia arretrata, senza punti di riferimento, senza mercati, senza ordine, quello che conta non è l'astratta validità del titolo di proprietà, quanto la concreta possibilità di utilizzare, di coltivare, di pascolare. Il baricentro del diritto si sposta dal soggetto titolare del diritto al bene, e il punto di riferimento non è più l'appartenenza astratta ma il godimento e l'esercizio concreto: sul punto cfr. F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 17; P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, cit., p. 359; ID., *L'ordine giuridico medievale*, 7° ed., Roma-Bari: Laterza, 2006.

²³ Nel feudo i due aspetti del diritto privato e pubblico si fondono in un'unica realtà complessa, il potere politico ed economico si fondono, il feudatario esercita come se fosse il proprietario delle terre e dei loro frutti, un'anomalia particolarissima, che sebbene superata con l'illuminismo giuridico e la nascita della teoria del diritto soggettivo, si è mantenuta in vita proprio attraverso l'evoluzione storica e giuridica degli usi e dei demani civici: così F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 22.

to²⁴. È con il feudo infatti, che ha origine il concetto del dominio diviso²⁵, ossia la distinzione tra dominio diretto e dominio utile, là dove il primo fa riferimento all'investitura feudale e dunque al diritto spettante a ciascun feudatario sulle terre dategli in concessione, mentre il secondo fa riferimento al rapporto tra il *cives* e la terra e dunque alle *utilitas* ricavabili dal fondo e spettanti alla popolazione che vive nell'ambito territoriale feudale²⁶; gli usi civici²⁷.

Proprio questi diritti, spettante ai *cives* e gravanti sul terreno, le leggi eversive della feudalità – sulla scorta dei moti rivoluzionari francesi, simbolo della lotta all'*Ancien Regime* – volevano eliminare per rendere libera la proprietà da ogni gravame che impediva, ad avviso di una cultura liberale e individualista, il decollo dell'economia capitalistica, condannandoli ad una progressiva liquidazione; ed infatti, gli usi civici rappresentavano un convinto atto di fiducia nella dimensione collettiva²⁸, incompatibile con gli ordinamenti ottocenteschi

²⁴ In questi termini F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., pp. 19 ss. Una interessante ricostruzione del feudo e dei suoi rapporti con i demani civici si trova in A. FORTI – N. DE RENZIS, *Il codice dei demani comunali delle provincie Napoletane e Siciliane, preceduto da Nozioni di diritto demaniale feudale per Donato A. Tommasi*, tip. Mentella, 1906; F. LAURIA, *Demani e Feudi nell'Italia meridionale*, Napoli: Tipografia degli Artigianelli, 1923; R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle Province Napoletane*, Milano: Editrice Libreria, 1909.

²⁵ In relazione al dominio diviso si veda V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., p. 269, n. 17, il quale sottolinea nella dottrina demaniale napoletana la «convizione centrale che il regime fondiario feudale, pur nella complessità delle varie esperienze, e nella diversità dei vari ordinamenti, fosse sempre il risultato di rapporti dominicali divisi. Nei quali il diritto del *dominus* – signore feudale sulle terre pur di spettanza propria del feudo (delle quali egli aveva sia l'utile che il diretto dominio) sempre conviveva con diritti aventi ad oggetto particolari *utilitates* del fondo, diritti di natura reale spettanti alla popolazione che viveva nell'ambito territoriale del feudo».

In merito al dominio diviso si veda anche P. GROSSI, *La categoria del dominio utile e gli homines novi del quadrivio cinquecentesco*, in *Quaderni Fiorentini*, XIX, 1990, p. 209, ove l'Autore afferma che «il dominio utile così chiamato perché assimilabile a quelle situazioni cui i romani collegavano la *rei vindication utilis*, è divenuto nel Medioevo la “centralissima categoria ordinante” delle situazioni possessorie».

Sul dominio diviso si veda anche P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà private e interesse pubblico*, Roma: Donzini editori, 2014, pp. 50 ss.

²⁶ Così F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., pp. 17 ss.

²⁷ Come acutamente osservato da Paolo Grossi gli usi civici sono «espressione di una realtà frammentatissima, particolaristica, di matrice consuetudinaria, frutto di una mentalità, di una cultura giuridica e di un modo di tradurre sul piano del diritto l'eterno rapporto tra uomo e terra, essi non nascono da brillanti ipotesi scientifiche o da interventi legislativi, bensì nascono direttamente dalla comunità per il miglior utilizzo della terra e per la stessa sopravvivenza della comunità, infatti nascono diversi, perché diverso è lo sfruttamento di ogni terreno»: P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, cit., in particolare p. 418; ID., *Aspetti storico-giuridici degli usi civici*, in *Quaderni dell'Accademia dei Georgofili*, 2005, pp. 23 ss.

²⁸ Così P. GROSSI, *Aspetti storico-giuridici degli usi civici*, in *Quaderni dell'Accademia dei Georgofili*, 2005, p. 26.

fondati sui codici d'ispirazione francese²⁹ nei quali il principio individualistico fu il principio ispiratore e direttivo del codice civile³⁰.

Anche in Italia il codice civile post-unitario, risentendo degli influssi derivanti dalla codificazione di matrice napoleonica, offriva una nozione di diritto dominicale spiccatamente liberale, privilegiando un'accezione del diritto di proprietà rivolta al soddisfacimento delle istanze provenienti dalla classe borghese, la quale rivendicava un diritto assoluto e quindi tendenzialmente privo di limiti.

Con l'ingresso della Costituzione, tuttavia, suddetta impostazione di concetto venne a modificarsi, decretando una frattura irreversibile con il *code civil* attraverso il riferimento alla 'funzione sociale' della proprietà³¹, che ha introdotto limiti (negativi ed esterni) al predetto diritto³².

D'ora in avanti non si parlerà più di un diritto privato assoluto e illimitato, bensì di un diritto dominicale che assolve ad un fine socialmente utile³³, teso a tutelare, nell'ambito di un'interpretazione sistematica, l'interesse generale e non solo la piena estrinsecazione dell'individuo che ne è titolare, nella cui formula il legislatore ha già stabilito i limiti e gli obblighi, di guisa che l'inadempienza di questi obblighi così come la violazione di questi limiti, non sono fattispecie estranee all'esistenza del diritto.

In relazione a siffatte limitazioni, occorre precisare che, sebbene le astratte e rigide certezze della proprietà quale dominio quiritario privo di limiti³⁴, era-

²⁹ In questo senso G. TARELLO, *Le idee della codificazione*, in *Il diritto private nella società moderna*, (a cura di) S. Rodotà, Bologna: Il Mulino, 1971.

³⁰ Sul punto cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE – G. FERRI, *Le proprietà collettive e gli usi civici. Considerazioni storico-giuridiche tra Francia e Italia (secoli XIX e XX)*, in *Le proprietà. Dodicesime giornate di studio Roma Tre-Poitiers dedicate alla memoria di Jean Bouchard*, Roma 13-14 giugno 2014, L. VACCA (a cura di), Napoli, Jovene, 2015, p. 39; G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato* (1911), Torino 1959, p. 171.

³¹ In tal modo si abbandona il concetto di godimento *pro sé*, in favore di un concetto di carattere sociale: così A. C. JEMOLO, *Intervento*, in *Atti del III Congresso nazionale di diritto agrario*, Milano, 1954, p. 230; R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, p. 18.

³² Sul punto v., in particolare, R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., p. 17.

³³ La funzione sociale è l'armonia che si compie "tra il concreto interesse privato costituente l'oggetto della protezione, e quindi il contenuto del diritto, e l'interesse pubblico che sta alla base della protezione stessa", che contribuisce ad individuare "l'interno limite natural o razionale che definisce il diritto di proprietà": S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse private nel diritto di proprietà* (già in *Atti del primo Congresso nazionale di Diritto Agrario Italiano*, Firenze, 1935, ora in *ID.*, *Scritti giuridici*, III, Milano, 2008, pp. 843 ss.; R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., p. 19.

³⁴ Sul punto cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., p. 18.

no già state messe in discussione da qualche ‘solitario innovatore’³⁵ nel primo ventennio del secolo scorso, in realtà è solo con la costituzionalizzazione della funzione sociale che quest’ultima diviene un tratto specificativo e qualificativo della struttura del dritto di proprietà³⁶: d’ora in poi ‘la funzione sociale’, non sarà più un semplice limite o una generica formula di stile, ma un ‘valore conformatore autonomamente operante’ che penetra il *quid essentiae* del diritto di proprietà³⁷, sì che essa si svolgerà indipendentemente dall’esistenza di limiti ed obblighi normativamente previsti e preesistenti, perché anche là dove mancasse il dato normativo, interverrà la funzione sociale, divenendo immediatamente operante e rendendo applicabili i principi e i valori sui quali si fonda l’intero ordinamento giuridico che si concretano nella predicata formula³⁸.

Attraverso la Costituzione la funzione sociale diviene al contempo “fondamento giustificativo dell’attribuzione del diritto di proprietà” e “criterio determinativo del suo contenuto”³⁹ e potrà esprimersi, non solo attraverso la ‘mancata attribuzione di determinate facoltà’⁴⁰, ma anche ‘imponendo l’obbligo di esercitarle’⁴¹, alla stregua di un apprezzamento condotto alla luce ed in armonia dei valori e principi fondanti l’ordinamento giuridico⁴². In siffatta maniera l’autonomia del proprietario e dunque, la formale pienezza dei suoi poteri, verrà conformata, nel suo concreto esercizio, «alla ragione per la quale il diritto di proprietà è stato garantito e riconosciuto»⁴³.

Il passaggio dalla proprietà individuale alla proprietà conformata è di fondamentale momento in quanto rileva un mutato approccio politico-culturale⁴⁴:

³⁵ Così piace individuare Enrico Finzi a P. GROSSI, *Enrico Finzi: un innovatore solitario*, nella *Introduzione* al volume che raccoglie gli scritti di E. FINZI, “*L’officina delle cose*”, *Scritti minori*, Milano, 2013, p. V ss.; E. FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, (già in *Arch. giur.*, 1923, ora) in ID., “*L’officina delle cose*”, cit., p. 21.

³⁶ In questo senso R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., pp. 21 ss.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Così R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., pp. 21 ss.; E. FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, cit., p. 23.

³⁹ P. PERLINGIERI, «*Funzione sociale*» della proprietà e sua attualità, in Salvatore Pugliatti, nella collana “*I maestri del diritto civile*”, (a cura di) S. CICCARELLO, A. GORASSINI, R. TOMMASINI, Napoli, 2016, p. 195, in adesione a S. RODOTÀ, *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*, cit., pp. 233 ss.

⁴⁰ S. RODOTÀ, *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*, cit., pp. 239 ss.; ID., *Il sistema costituzionale della proprietà*, cit., p. 420; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 896.; ID., *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, cit., pp. 69 ss.

⁴¹ Incidendo in tal modo sull’asserita piena libertà di azione che si accorda tradizionalmente al proprietario.

⁴² Sul punto cfr. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., pp. 32 ss.

⁴³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 895.

⁴⁴ Così R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., p. 22.

d'ora in avanti la proprietà non sarà più considerata unitaria e incondizionata – alla stregua della precedente impostazione che la postulava come unitaria e indivisibile limitandosi a ricordare, in termini di titolarità, il soggetto all'oggetto del diritto – bensì sarà considerata un 'centro di imputazione di interessi diversi', ove si confrontano gli interessi privati e pubblici, gli interessi del titolare con quelli della collettività⁴⁵; con la conformazione, la proprietà rompe definitivamente con il monismo per aprirsi alla pluralità dei modelli⁴⁶, non si parlerà più di 'un'unica proprietà', bensì 'delle proprietà', come anticipato premonitoriamente da Salvatore Pugliatti, secondo il quale «*la parola proprietà non ha [...] un significato univoco. Anzi troppe cose essa designa perché possa essere adoperata con la pretesa di essere facilmente intesa. In ogni caso, l'uso di essa, con le cautele e i chiarimenti necessari [...], non può ormai mantenere l'illusione che all'unicità del termine corrisponda la reale unità di un saldo e compatto istituto*»⁴⁷.

Da quanto detto, si può dunque osservare come nonostante gli innumerevoli sforzi, la liquidazione degli usi civici non arrivò mai a compiersi definitivamente, a dimostrazione del fatto che essi erano (e sono) assai radicati nella cultura sociale pertanto, mai avrebbero potuto essere eliminati da una mera inversione di tendenza, sia pure di carattere normativo; al contrario, la funzione sociale e il principio di solidarietà di cui alla Costituzione, unitamente al vincolo ambientale contenuto nelle successive disposizioni normative, hanno sempre di più assegnato alle proprietà collettive un ruolo protetto e garantito; ed infatti, come attentamente osservato dal Marinelli «*è proprio in questa funzione sociale [...] che può trovarsi un riferimento autorevole cui affidare fiduciosi il futuro delle proprietà collettive*»⁴⁸.

⁴⁵ In questo senso S. RODOTÀ, *Il sistema costituzionale della proprietà*, cit., p. 420; V. SCALISI, *Il nuovo volto della proprietà da "potere" a "titolo" di godimento*, cit., pp. 488 ss. Il reale valore innovativo della funzione sociale si concretizza nel «diverso atteggiarsi dell'interesse della collettività in ordine alla utilizzazione di ciascuna categoria di beni», anticipando così anche la nuova (attuale) frontiera (non soltanto) della civilistica, individuata nella tematica dei beni comuni che impone una feconda ri-concettualizzazione del diritto di proprietà e una convergenza conformatoria di interessi altri nella sua ridefinizione giuridico-assiologica, ove la funzione prevale sulla titolarità: C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, Artt. 832-833, in *Cod. civ. Comm.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994, p. 88; R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., p. 22.

⁴⁶ In argomento v. R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., p. 20.

⁴⁷ S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 309; F. RINALDI, *Proprietà privata, beni pubblici e «beni comuni»*, cit., pp. 11 ss.

⁴⁸ F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 32.

3. I domini collettivi, la proprietà individuale e il codice civile. L'opinione dei giuristi

Sebbene ad una prima e superficiale lettura della letteratura giuridica ed economica del tempo potrebbe sembrare che, con l'arrivo del codice civile e la sua interpretazione chiusa ed univoca del diritto di proprietà, soprattutto in seguito agli approdi pandettistici, il discorso sui demani civici si fosse definitivamente concluso, avendo la proprietà individuale sconfitto ogni residua forma di appartenenza collettiva, in realtà ad una più attenta e approfondita disamina si nota come nella seconda metà dell'Ottocento la proprietà collettiva si trova ancora (o nuovamente) al centro di un ricco e intenso dibattito giuridico ed economico, che si dipana in tutta Europa⁴⁹.

Avversario della concezione individualista della proprietà, nella piena consapevolezza dell'esistenza di un modo diverso di essere proprietari, fu soprattutto Salvatore Pugliatti⁵⁰. Quest'ultimo, sulla scia delle riflessioni sviluppate da Enrico Finzi⁵¹ e Filippo Vassalli⁵², al fine di delineare la complessità e disomogeneità dell'istituto, si opponeva al concetto di proprietà individuale e soprattutto agli approdi pandettistici trasfusi nella dottrina italiana⁵³.

Già Enrico Finzi aveva infatti avvertito della necessità di «estrarre la proprietà da quel cielo di stelle fisse dove il giusnaturalismo e le carte dei diritti l'avevano proiettata, per immergerla nella storia quotidiana, dove il soggetto proprietario incrociava l'esistenza con quella degli altri, dove si facevano i conti con le cose, con la loro natura strutturale e con la loro funzione economica»⁵⁴. A suo avviso occorre collocare l'istituto della proprietà nella storia, studiarne le caratteristiche strutturali da un punto di vista che «muove dal basso verso

⁴⁹ Sul punto cfr. F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 38; P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, cit. passim.

⁵⁰ Sulla vita e le opere dell'A. si veda A. FEDERICO-F. MACARIO, *Pugliatti Salvatore*, in *Dizionario Biografico dei giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, (diretto da) I. BIROCCHI – E. CORTESE – A. MATTONE – M.N. MILETTI, Bologna: il Mulino, 2013, II, pp. 1633 ss.; V. SCALISI, *I professori del genere civilistico istituzionale a Messina*, in ID., *Fonti, teoria, metodo: alla ricerca della regola giuridica nell'epoca della postmodernità*, Milano: Cedam, 2012, pp. 139 ss.

⁵¹ Sulla vita e le opere di Enrico Finzi si veda: P. GROSSI, *Finzi Enrico*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, cit., I, pp. 870 ss.

⁵² Su la vita e l'opera di Filippo Vassalli si veda: G.B. FERRI, *Vassalli Filippo*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, cit., II, pp. 2022 ss.

⁵³ In argomento cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE-G. FERRI, *Le proprietà collettive e gli usi civici. Considerazioni storico-giuridiche tra Francia e Italia (secoli XIX e XX)*, cit., pp. 40 ss.

⁵⁴ E. FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in *Archivio Giuridico*, Modena: Società tipografica modenese, 1923, pp. 52 ss.; sul punto si veda anche: P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano: Giuffrè, 2008, p. 357; ID., *Enrico Finzi: un innovatore solitario*, in E. Finzi, *L'officina delle cose. Scritti minori*, Milano: Giuffrè, 2013; E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del Primo Convegno Nazionale di Diritto Agrario*, Firenze 1936, p. 161; P. ALVAZZI DEL FRATE – G. FERRI, *Le proprietà collettive e gli usi civici. Considerazioni storico-giuridiche tra Francia e Italia (secoli XIX e XX)*, cit., p. 41.

l'alto e non viceversa»⁵⁵. Enrico Finzi non era contrario al diritto di proprietà individuale, ma al modo in cui detto diritto era stato «mummificato e immobilizzato, nella statica rarefatta di uno stato primordiale di natura, dove galleggiavano figure di soggetti proprietari più simili a delle statue artefatte, che a dei personaggi concreti immerse nella loro esistenza quotidiana e chiamati a popolare strade, case, fondachi, mercati, boschi e terre coltivate»⁵⁶.

Anche il Vassalli conveniva con la medesima esigenza, ossia di passare da un approccio dogmatico ad un approccio storicistico⁵⁷, che «guarda allo svilupparsi ed articolarsi degli istituti giuridici nella sottostante realtà sociale, politica ed economica»⁵⁸. Il Maestro riteneva che «non c'è interpretazione senza storia e la storia del diritto è la storia del pensiero, sicché il civilista, se non si mortifichi a volgare chiosatore, è certo un filosofo»⁵⁹. Non solo, ma a suo avviso, anche la storia del pensiero fa parte della comparazione: «aspetti d'altri diritti che influiscono e son mutuamente influenzati per rapporto più o meno profondi, i quali spiegano il presente e promuovono l'innovazione»⁶⁰.

Ebbene, sulla scia di Finzi e Vassalli, anche secondo Salvatore Pugliatti occorreva riposizionare struttura e funzioni proprietarie verso la concretezza delle risultanze storiche e dunque, verso l'autenticità dei rapporti sociali, ma a differenza loro, intravedeva nell'interesse l'unica dimensione originaria e dunque, costitutiva della proprietà.

Con Pugliatti, in sostanza, si assiste ad un ulteriore sviluppo: egli infatti, ben consapevole della fragilità del modello individualistico, calandosi nella costruzione teorica del diritto di proprietà, individuava nell'interesse l'elemento costitutivo del collegamento funzionale della proprietà al bene, restituendo così centralità di posizione ai soggetti protagonisti della vicenda proprietaria in funzione dei diversi e vari ordini e piani di interessi in gioco, elevati a criterio di commisurazione tanto dei poteri, quanto delle limitazioni del proprietario⁶¹.

L'istituto della proprietà per il Pugliatti, analizzato in termini di interessi e di esigenze reali di vita, per come attentamente osservato da Vincenzo Scali-

⁵⁵ E. FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, cit., pp. 52 ss.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Favorevole ad un'impostazione in chiave storica della proprietà è anche S. RODOTÀ, *Intorno alla proprietà. Ricerche, ipotesi, problemi dal dopoguerra ad oggi*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova: Cedam, 1991, p. 460, nel quale con riferimento alla proprietà parla della "storicizzazione della categoria proprietaria come indicazione metodologicamente corretta".

⁵⁸ F. VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, in *Rivista di diritto civile*, 23, 1931, pp. 89 ss.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, (con riguardo particolare alla proprietà terrier), in *Atti del Terzo Congresso nazionale di Diritto Agrario*, Palermo, 19-23 ottobre 1952, Milano: Giuffrè, 1954, pp. 302 ss. Sul punto cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE – G. FERRI, *Le proprietà collettive e gli usi civici. Considerazioni storico-giuridiche tra Francia e Italia (secoli XIX e XX)*, cit., p. 42 nota n. 31.

si, rivela una struttura complessa e si presenta sotto una pluralità più o meno ricca di atteggiamenti, determinata dalla combinazione (sullo stesso piedistallo dell'interesse fondamentale oggetto della tutela) di vari interessi, anche di vari ordini (interessi pubblici e privati) e di diversa rilevanza (principali e accessori), tutti oggetto di apposita tutela. In questo singolare e complesso intreccio di relazioni assiologiche, diversi fili reggono la trama: quello soggettivo, quello oggettivo, quello statico e quello dinamico⁶². Ad avviso di Pugliatti, «[...] la parola proprietà non ha oggi, se mai ha avuto, un significato univoco. Anzi troppe cose essa designa perché possa essere adoperata con la pretesa di essere facilmente intesi. In ogni caso, l'uso di essa, [...] non può ormai mantenere l'illusione che all'unicità del termine corrisponda la reale unità di un saldo e compatto istituto»⁶³.

Ciò spiega anche il perché il Pugliatti, già nel 1935, sulla base della nuova fisionomia del diritto di proprietà, multiforme e aderente alle esigenze concrete dell'individuo e della collettività, nella focalizzazione dell'interesse come punto cardine della struttura e dei suoi effetti giuridici, delineava il rapporto tra interesse pubblico e interesse privato in una nuova prospettiva: l'intensità dell'interesse pubblico avrebbe espresso quanto necessario per il soddisfacimento dei diversi bisogni collettivi, la cui realizzazione poteva spingersi fino a ridurre ai minimi termini nel diritto positivo, l'enucleazione di un interesse privato meritevole di tutela⁶⁴.

4. *La proprietà nell'esperienza giuridica inglese: il feudo, le situazioni di appartenenza e la nascita della law of property*

Quando si decide di confrontare l'istituto del diritto di proprietà della tradizione continentale con l'istituto anglosassone del *right of property*, occorre necessariamente partire dalla considerazione preliminare che il termine *pro-*

⁶² V. SCALISI, *Salvatore Pugliatti*, in *Contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto*, Ottava appendice dell'Enciclopedia Treccani, (a cura di) P. CAPPELLINI-P. COSTA-B. SORDI-M. FIORAVANTI, Roma 2012, pp. 712 ss. Sul punto cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE – G. FERRI, *Le proprietà collettive e gli usi civici. Considerazioni storico-giuridiche tra Francia e Italia (secoli XIX e XX)*, cit., p. 42.

⁶³ Con queste parole Salvatore Pugliatti conclude il suo saggio: S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 309; come affermato anche da Paolo Grossi: “una proprietà che non si riduce mai ad una pura forma e ad un puro concetto, ma è sempre un assetto sostanziale, un nodo di convinzioni, sentimenti, certezze speculative, interessi grezzi”: P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in ID., *Il dominio e le cose*, cit., p. 387. Sul punto cfr. P. ALVAZZI DEL FRATE – G. FERRI, *Le proprietà collettive e gli usi civici. Considerazioni storico-giuridiche tra Francia e Italia (secoli XIX e XX)*, cit., p. 43.

⁶⁴ Così S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e private nel diritto di proprietà*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., p. 49. Sul punto v. P. ALVAZZI DEL FRATE – G. FERRI, *Le proprietà collettive e gli usi civici. Considerazioni storico-giuridiche tra Francia e Italia (secoli XIX e XX)*, cit., p. 43.

perty non può essere tradotto *sic et simpliciter* con quello di ‘proprietà’⁶⁵. Ed infatti, nonostante la radice etimologica del termine ‘*property*’ sembri essere uguale a quella utilizzata nelle lingue neolatine, in realtà nel linguaggio giuridico anglosassone esso non contiene il concetto di ‘appartenenza esclusiva’, inteso come ‘bene appartenente in via esclusiva a qualcuno, quale diritto pieno ed esclusivo su un qualcosa e dal quale deriva il diritto di disporne in maniera piena ed esclusiva’⁶⁶. Esso, come categoria giuridica, è inteso, piuttosto, come ‘titolarità di una situazione giuridica avente ad oggetto degli interessi astratti sul bene’, che può coesistere anche con la presenza di più interessi distinti e afferenti a diversi soggetti, vista la non sussistenza di dominio assoluto sul bene a favore di un solo soggetto⁶⁷.

Suddetta distinzione affonda le sue radici nell’origine storica di questo ordinamento e più precisamente, nella sua particolare attitudine a conformare i propri istituti non per mezzo del loro inquadramento teorico-sistematico, ma attraverso i rimedi giurisprudenziali – i *writs* – concessi ai titolari delle situazioni lese. Così, alla tradizionale e molto risalente distinzione, che ricorre nel diritto anglosassone tra *real property* e *personal property*, corrispondono rispettivamente le situazioni di appartenenza di natura feudale, che originariamente erano tutelate con rimedi recuperatori la prima, e rimedi risarcitori la seconda⁶⁸.

Ad ogni buon conto, resta il fatto che, mentre nell’Europa continentale è stata accolta la concezione romanistica della situazione di natura reale, che intende la proprietà come signoria (esclusiva) sulla cosa corporale, nel Regno Unito invece, si avverte ancora oggi l’eco della concezione germanistica della proprietà⁶⁹.

⁶⁵ In questo senso A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property – Propriété – Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, in *Quaderni di diritti comparato* (raccolti da) G. ALPA E M. BESSONE, Padova: Cedam, 2002, pp. 11 ss. Sui problemi relativi alla traduzione si veda R. SACCO, *Introduzioni al diritto privato comparato*, 4° ed. Torino: Giappichelli, 1989, p. 27. Un’ampia indagine sul significato di *property rifgt* nella tradizione di ricerca economica in rapporto alla tradizione di diritto privato si trova in U. MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria – Contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano: Giuffrè, 1987, pp. 15 ss. Si tratta dell’unica indagine esistente in materia svolta con consapevolezza storica e comparativa.

⁶⁶ Sul concetto di *property* si veda U. MATTEI, (s.v.) *Proprietà in diritto comparato*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, XV, pp. 503 ss.; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., pp. 352 ss.

⁶⁷ La *law of propriety* non comprende neppure, come elemento strutturale della sistematica giuridica, quelle materie che costituiscono parte integrante del diritto di proprietà nei sistemi romanistici, come le azioni a tutela della proprietà: sul punto si veda F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., pp. 352 ss.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ In epoca medievale si sviluppò in Germania un sistema di proprietà frazionata così come in Inghilterra che aveva ad oggetto delle utilità economiche. Appare dunque logico, che nell’ambiente tedesco, l’idea di uno sfruttamento collettivo della terra da parte delle comunità locali fosse più semplice da accettare rispetto ai paesi di tradizione romanistica. Tuttavia, le influenze del diritto romano si fecero strada nell’ambiente tedesco trasformando le forme di proprietà collettiva in situazioni di comproprietà e le situazioni di possesso collettivo vennero classificate

Per meglio comprendere la *law of property* dell'ordinamento di *common law* è necessario risalire alle origini storiche dell'istituto, che trova le sue fondamenta nell'epoca medievale a partire dall'XI secolo⁷⁰.

Sebbene nei sistemi di *common law* non sia possibile identificare il momento esatto di nascita del concetto – a differenza di quanto è accaduto nei sistemi giuridici di *civil law*, ove le codificazioni ottocentesche hanno rappresentato il momento di nascita del moderno concetto di proprietà – è comunque possibile far risalire alla conquista dell'Inghilterra da parte dei Normanni nell'XI secolo il momento in cui è sorta la necessità di riorganizzare il concetto di proprietà in virtù del mutare delle condizioni socio-economiche e delle modalità di distribuzione della ricchezza⁷¹.

È proprio in questo periodo storico, che in Inghilterra prendeva forma – a partire dai rapporti feudali che affondano le loro radici nelle situazioni di appartenenza – la *law of property*, branca del sistema di *common law* caratterizzata da una profonda originalità rispetto ai sistemi romanisti; ed infatti, a differenza di questi ultimi, nel modello inglese tutte le terre appartenevano al sovrano, che poteva trasferirne il godimento ai baroni attraverso un atto concessorio, detto *tenure*, i quali, a loro volta, potevano subconcedere detta terra ad altri, in una articolata serie di infeudazioni dette *lords-tenants*⁷².

La *tenure* era un rapporto organizzato, segnato da diritti e doveri definiti *incidents of tenure*, che accompagnavano il trasferimento della terra; essi avevano diversa natura e perlopiù erano prestazioni a carico del *tenant*. La concessione della terra, detta *free tenure*, aveva durata diversa a seconda che la terra potesse essere trasmessa dal concessionario ai suoi eredi (*fee estate*), oppure a soggetti specificamente individuati (*fee tail*), o che valesse per la sola vita del *tenant* (*life estate*)⁷³.

quali comunioni per quote ideali uguali: F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 351; A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property – Propriété – Eigentum*, cit., p. 273.

⁷⁰ Sul punto v. E. BENEVENTO, *I beni comuni*, cit., pp. 23 ss.; A. CANDIAN, A. GAMBARO, B. POZZO, *Property – Propriété – Eigentum*, cit., p. 13; G. CRISCUOLO, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, in *Revue internationale de droit comparé*, 53, n. 3, 2001, passim.

⁷¹ In questo senso E. BENEVENTO, *I beni comuni*, cit., pp. 24 ss.; U. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile* (a cura di) R. SACCO, Torino: Utet, 2015, p. 24.

⁷² In argomento v. A. QUARTA, *Non proprietà*, cit., p. 24; E. BENEVENTO, *I beni comuni*, cit., pp. 24 ss.; U. MATTEI, *Basic principles law. A comparative legal and economic introduction*, 2000, p.3.

La concezione di proprietà in tale periodo, come acutamente osservato da Paolo Grossi, può essere inquadrata come “non un edificio piramidale, monolitico, che trova la sua punta sostanziale e formale in quell modello di validità che è il dominium, ma un coacervo alluvionale di situazioni emergenti, non filtrate e non modellate attraverso alcun setaccio ufficiale, pluralistico, in cui ciò che conta più della titolarità proprietaria sono i mille esercizi effettivi ormai definitivamente realizzati nella comune coscienza e diventati socialmente ed economicamente i protagonisti dell'esperienza”: P. GROSSI, *La proprietà (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXXVII, Giuffrè: Milano, 1988.

⁷³ Così A. QUARTA, *Non proprietà*, cit., pp. 24 ss. Anche se non è una sub-concessione da un punto di vista formale, la si può inquadrare come tale dal punto di vista sostanziale e,

Il concetto di *estate* invece, indicava la misura dell'interesse del *tenant* al godimento del fondo; più *estates* potevano interessare il medesimo fondo, così come le subconcessioni potevano assumere forme e contenuto diverso⁷⁴. Il concetto di *estate* era dunque inteso quale bene immateriale che conferiva al titolare il diritto di trarre delle utilità dalla cosa e che poteva coesistere con la simultanea presenza di altri *estates* in capo a più soggetti.

La concessione della terra avveniva generalmente con la previsione di uno specifico corrispettivo, consistente, il più delle volte, in un ausilio militare a favore del *lord*; ed era proprio la tipologia di corrispettivo a qualificare la *tenure* che si instaurava fra i due soggetti: ad esempio nel caso dell'ausilio militare si parlava di *military tenure*⁷⁵. Poteva instaurarsi anche un'ulteriore tipologia di rapporto tra *lord* e abitanti del Villaggio, denominata *unfree tenure*, in questo caso la terra veniva concessa senza sub-concessione agli abitanti del Villaggio, affinché questi potessero coltivarne metà per i propri interessi e l'altra metà per il *lord*⁷⁶.

In ogni caso, il punto nodale di detto sistema, è che il Re non si spogliava mai dei diritti sulla terra, continuando a conservare una forma di proprietà accentrata nelle sue mani; addirittura fino al 1540 non era ammessa neppure la trasmissione *mortis causa* delle terre, cosicché alla morte del *tenant*, la terra tornava sempre nelle mani del Re o del signore locale⁷⁷.

La posizione giuridica del *lord*, sempre collegata al concetto di *propriety*, veniva denominata *reversione* e corrispondeva ad un *estate* che aveva ad oggetto l'interesse a che il godimento ritornasse al concedente nel momento in cui si verificava un determinato evento; tale posizione era strettamente collegata a quella del *tenant*, inquadrata come *remainder*, in quanto il contenuto era uguale e contrario a quella del *lord*⁷⁸.

Dunque sia il *lord* che il *tenant* erano titolari di un *estate*, tuttavia l'*estate* del *tenant* veniva denominata *vested in possession* e corrispondeva all'interesse di possedere il bene, mentre quella del *lord* era denominata *vested in interest* e corrispondeva all'interesse di un'aspettativa futura alla restituzione del bene⁷⁹.

dunque, anch'essa caratterizzata da incidents of tenure: in questi termini E. BENEVENTO, *I beni comuni*, cit., p. 25.

⁷⁴ *Ibidem*; U. MATTEI, *La proprietà*, cit., p. 24.

⁷⁵ Sul punto v. E. BENEVENTO, *I beni comuni*, cit., pp. 25 ss. Al fine di comprendere la complessità dei rapporti che si poteva instaurare tra *lord* e *tenant* nel caso della *military tenure*, si veda: D.A. THOMAS, *Anglo-american land law: diverging developments from a shared history. Part. 1: the shared history*, 34 *Real Property, Probate and Truys Journal*, Spring 1999, p.171, che elenca gli "Incidents or Characteristics of Tenure".

⁷⁶ In argomento cfr. A. QUARTA, *Non-proprietà*, cit., p. 24; E. BENEVENTO, *I beni comuni*, cit., p. 25.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Così E. BENEVENTO, *I beni comuni*, cit., pp. 26 ss.

⁷⁹ Va evidenziato che il 'possesso' dell'*estate* del *tenant* non deve essere confuso con il concetto di 'possesso' di origine romana (quest'ultimo inteso come disponibilità del bene), coincidendo piuttosto con il concetto di *seisin*, ossia con il 'diritto di godimento di una situazione

Sebbene l'*estate* poteva essere oggetto sia di negozi costitutivi che di trasferimenti come la sub-concessione che riguardava il trasferimento di un *estate* più limitata rispetto a quella di cui esso era titolare, in ogni caso, questi riguardavano sempre e solo l'interesse sul bene⁸⁰.

È proprio in tale ottica che nel 1290 venne promulgata la legge *Quia Emp-tores*, la quale stabiliva che qualora fosse stato venduto un oggetto di *free tenute*, l'acquirente subentrava all'alienante, divenendo così *tenant* non del concedente, ma direttamente del *lord*; in siffatto modo, anziché una successione, si attuava una semplice sostituzione nello *status* di *tenant*⁸¹.

Altro documento interessante dell'Inghilterra medievale è la *Magna Carta Libertarum* concessa nel 1215 da Re Giovanni; quest'ultima, paragonabile al testo del moderno costituzionalismo, è frutto di una mediazione politica tra il sovrano e il baronato e prevedeva, oltre ad una serie di tutele per gli interessi della Chiesa, per l'aristocrazia feudale e per i mercanti, anche il riconoscimento delle terre comuni e dei diritti collettivi esercitati dai cosiddetti *commoners*⁸².

Tale riconoscimento emerge in maniera ancora più chiara nella *Charter of the Forest*⁸³; in quest'ultimo documento infatti, oltre all'accesso libero alle foreste sottoposte alla giurisdizione reale dalla stessa Magna Carta (artt. 47 e 48), veniva regolamentato anche l'esercizio dei diritti collettivi al loro interno⁸⁴. Sul punto è opportuno osservare che, al tempo, le foreste costituivano una risorsa fondamentale per la sopravvivenza, soprattutto dei più poveri, fornendo cibo, piante medicinali, legna, campi aperti in cui pascolare animali *etc.*..., per questo era importante garantire l'accesso all'uomo comune (*every free men*), anche contro le pretese dei nobili e del clero⁸⁵.

Alla fine del XIV secolo, con il cambiamento dell'assetto sociale determinato dall'ascesa del nuovo ceto della borghesia, il sistema feudale entra in crisi e

giuridica derivante da concessione feudale attraverso la quale il soggetto interessato trae utilità dal bene': E. BENEVENTO, *I beni comuni*, cit., p. 26.

⁸⁰ Sul punto cfr. E. BENEVENTO, *I beni comuni*, cit., pp. 26 ss.

⁸¹ Ivi, p. 27.

⁸² Sul punto cfr. A. QUARTA, *Non-proprietà*, cit., p. 24.

⁸³ Per un approfondimento su questo tema si veda P. LINEBAUGH, *The Magna Carta Manifesto: Liberties and Commons for All*, Berkley, 2008.

⁸⁴ Questo testo, che colloca i *commons* e i diritti dei *commoners* sullo stesso piano della proprietà privata, sarà poi di fatto superata dalla fase delle *enclosures*: A. QUARTA, *Non-proprietà*, cit., pp. 24 ss.; J.M. NEESON, *Commoners: Common Right, Enclosure and Social Change in England, 1700-1820*, New York, 1993; U. MATTEI, *Beni comuni. Un Manifesto*, Roma-Bari, 2011, p. 33; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., pp. 352 ss.

⁸⁵ Così A. QUARTA, *Non-proprietà*, cit., pp. 24 ss. Tale impostazione di pensiero è in linea con quello espresso dai giuristi della scuola giuridica napoletana contro la prepotenza baronale, i quali hanno affermato che i diritti di uso civico continuavano ad insistere anche sulle terre concesse ai feudatari, che invece, contrariamente ad ogni statuizione di legge sovrana, ne limitavano accesso e utilizzo, pretendendo finanche il pagamento di una somma per poter usufruire di un diritto inviolabile, spettante a tutti gli uomini oltre che per legge anche per natura. A tal riguardo si veda D. WINSPEARE, *Storia degli abusi feudali*, Napoli, 1811.

si assiste via via alla scomparsa delle strutture che hanno caratterizzato la *law of property*, ossia i rapporti di vassallaggio e le *tenures*. Anche il rapporto giuridico tra il *tenant* e il *lord* diviene sempre più attenuato, sino ad arrivare nel 1660 alla formale abolizione degli *incidents of tenure* con il *Tenures Abolition Act*⁸⁶.

Il graduale abbandono del sistema feudale ha portato all'introduzione di nuovi istituti (che hanno ulteriormente contribuito all'erosione del sistema feudale basato sul vassallaggio), come ad esempio quello dello *use*, consistente nella possibilità di riservare rendite di un fondo a proprio favore o di un terzo, grazie al trasferimento della *seisin* sul bene a favore del soggetto denominato *feoffee to use* – quest'ultimo vincolato al rispetto dello *use* – il bene feudale veniva sottratto ai vincoli feudali; tuttavia la diffusione di questo nuovo sistema di *uses* aveva fatto nascere la necessità di tutelare il *cestui que use*, nei casi in cui i *feoffees to use* si comportavano in modo infedele nei confronti del disponente del bene, non rispettando il vincolo fiduciario che li legava⁸⁷. Tale esigenza di tutela non poteva essere soddisfatta dalle corti tradizionali di *common law* per una pluralità di ragioni, prima fra tutte per la rigidità del sistema giuridico di riferimento che, come conseguenza, comporta l'incapacità di adattamento nei casi di nuovi istituti, come ad esempio per gli *uses* dove la semplice regola astratta non era sufficiente a tutelare le parti coinvolte. Accordare una tutela giuridica al *cestui que use* per i comportamenti infedeli del *feoffee to use*, era impossibile, in quanto per il *common law* il *feoffee to use* era l'effettivo titolare dell'*estate* sulla cosa trasferita e quindi poteva disporre liberamente del bene⁸⁸.

In tale ottica, di fondamentale importanza è stata la nascita della Corte di *Equity* a partire dal XV secolo. Essa inizialmente faceva riferimento al *Kings Council*, detto anche Consiglio del Re, e traeva le proprie origini dall'istituto della grazia del Re, cioè quell'istituto attraverso il quale il sovrano interveniva direttamente per la risoluzione delle ingiustizie derivanti dalla rigida applicazione della norma astratta del sistema di *common law*⁸⁹.

Figura di spicco che affiancava il Re era quella del Cancelliere; quest'ultimo, oltre ad essere un organo tecnico, era anche un organo religioso in quanto Rettore della cappella del Re; da ciò si desume la sua forte influenza sul Re e la sua vicinanza ai valori morali derivanti dalla religione e che sono stati i principi ispiratori della Corte. Al Cancelliere era demandato il compito di risolvere l'antinomia riguardante gli *uses*; ebbene quest'ultimo, pur non distaccandosi da quanto sostenuto dal sistema di *common law*, cioè che il *feoffee to use* era il vero proprietario del bene, ha riconosciuta una tutela al *cestui qui use* attraverso

⁸⁶ Sul punto cfr. A. QUARTA, *Non-proprietà*, cit., pp. 44 ss. Da questo momento in poi in tutto il Paese andavano diffondendosi nuovi metodi di coltivazione per vaste estensioni di terra, che incoraggiavano le recinzioni delle terre, la nascita dei latifondi e il ricorso a concessioni di lease di lungo periodo. A tal riguardo si veda: M. LUPOI, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, cit., pp. 47 ss.

⁸⁷ In questi termini E. BENEVENTO, *I beni comuni*, cit., pp. 28 ss.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

l'esortazione nei confronti del *feoffe to use* a utilizzare il bene ricevuto secondo l'impegno assunto nel rispetto dei valori morali e di coscienza⁹⁰.

Tuttavia, nonostante l'abolizione del sistema feudale, la *law of property* ha continuato a rimanere negli schemi elaborati durante l'epoca feudale; non vi è stato nessuno stravolgimento, tant'è che ancora oggi, la *law of property* continua ad essere inquadrata nella *doctrine of estates*, ove l'oggetto continua a coincidere con 'l'utilità'⁹¹.

Tutto ciò emerge dal *Law of Property Act* del 1925, che oltre a costituire la base della disciplina moderna della proprietà in Inghilterra, rappresenta anche il tentativo di codificare la *Law of Property*, in particolare la *Property Land*, ossia la proprietà sui beni immobili⁹².

In definitiva, nel provare a tirare le fila di quanto sin qui argomentato, è possibile disporre alcune prime riflessioni. In *primis*, il declino del sistema feudale e dei rapporti di vassallaggio non ha fatto venir meno la concezione della *law of property* individuata nel sistema di *common law*, continuando l'oggetto della proprietà a fare riferimento ai diritti immateriali che possono riferirsi ad una pluralità di soggetti. In secondo luogo, nonostante l'introduzione di nuovi istituti, il sistema giuridico inglese non ha esitato ad inquadrarli nell'ambito della *law of property*, e tutto ciò grazie alla mancanza del possesso sul bene secondo l'accezione tipica dei sistemi romanisti, a favore della presenza di un diritto immateriale riferito ad una pluralità di soggetti, i quali hanno il solo 'interesse' a vedere tutelato 'il proprio interesse sul bene'⁹³.

Tutto ciò consente di affermare che nel modello di *common law*, la proprietà, non è (oggi come in passato) mai stata concepita come un diritto compatto, non coincidendo essa nel rapporto tra soggetto e oggetto così come nel modello di *civil law*; piuttosto, essa è stata e continua ad essere intesa, come un fascio di diritti⁹⁴, vale a dire, per come attentamente osservato da Hohfeld, come "un complesso aggregato di diritti, privilegi, poteri e immunità" ove l'oggetto passa in secondo piano, in quanto ciò che più conta sono le prerogative e gli obblighi di cui i proprietari sono titolari di fronte ai soggetti non proprietari⁹⁵.

⁹⁰ Ivi, p. 29.

⁹¹ Sul punto, cfr. E. BENEVENTO, *I beni comuni*, cit., pp. 27 ss.; M.P. THOMPSON, *Modern land law*, Oxford University Press, 2012, p. 77.

⁹² Sul punto, cfr. E. BENEVENTO, *I beni comuni*, cit., p. 30. La *law of Property Act* si pone come obiettivo la rottura rispetto all'originaria impostazione della *Law of property*, limitando il numero di *legal estate* sui beni immobili, infatti la *Section n.1*, prevede che siano riconosciuti solo due *legale estates*: il *fee simple absolute in possession* e il *term of years absolute*.

⁹³ E. BENEVENTO, *I beni comuni*, cit., p. 29.

⁹⁴ Con riferimento all'opinione dei giuristi circa la proprietà monolitica si veda anche P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, cit.; ID., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, cit.; S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, cit.

⁹⁵ In questi termini A. QUARTA, *Non-proprietà*, cit., p. 69; W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in Yale L.J., 1917, p. 718; Hohfeld in

5. Common land *anglosassone* e proprietà collettive italiane a confronto: le diverse funzioni della proprietà

Quanto sin qui detto mette in rilievo come le problematiche riguardanti l'accesso e la titolarità del bene in capo ad un solo soggetto, che negli ultimi anni stanno particolarmente animando il dibattito giuridico, economico e sociale europeo, non interessano affatto gli ordinamenti di *common law*, ove continua a permanere 'la titolarità di una situazione giuridica avente ad oggetto l'interesse astratto sul bene, che può coesistere anche con la presenza di altri e distinti interessi facenti capo ad altri e diversi soggetti', esattamente come in epoca feudale⁹⁶. La proprietà, considerata come un dominio diviso, è rimasta a tutt'oggi inalterata nella sua struttura originaria, consentendo così la naturale conservazione dei diritti di uso civico, sino ai giorni nostri; diversamente dall'ordinamento giuridico nazionale, e più in generale negli ordinamenti di *civil law*, ove il concetto di proprietà monolitica ha invece reso necessario l'intervento del legislatore, oltre che dei giuristi più attrezzati, per far sì che i domini collettivi riuscissero a 'sopravvivere' sino ai nostri giorni.

Partendo dal presupposto che nel diritto anglosassone, contrariamente agli ordinamenti di *civil law*, non esiste una netta separazione tra diritto pubblico e diritto privato, si potrebbe arrivare a pensare che nel Regno Unito anche i domini collettivi, così come l'istituto della proprietà, siano da concepire in modo diverso rispetto alla prospettiva continentale, non essendo i due istituti, almeno *ictu oculi*, immediatamente sovrapponibili e dunque, comparabili⁹⁷.

Ma le cose non stanno proprio così; ed infatti, quando si affronta un istituto da un punto di vista comparatistico, quelle che a prima vista possono apparire come distanze incolmabili, sono in realtà solo diverse prospettive da cui affrontare i medesimi problemi⁹⁸; per cui sarà necessario volgere lo sguardo oltre la mera struttura giuridica dell'istituto e guardare alla sua funzione.

relazione alla proprietà, in netto contrasto con il modello compatto proposto dalla pandettistica tedesca, la definiva come un complesso aggregato di diritti, privilegi, poteri e immunità, dove l'oggetto passa in secondo piano perché ciò che conta sono le prerogative e gli obblighi di cui i proprietari sono titolari di fronte a soggetti non proprietari. A suo avviso, la proprietà non è un monolite, ma un fascio di situazioni soggettive positive che tendono a disaggregarsi, ed è proprio lavorando sulla tendenza alla disaggregazione delle utilità prodotte dai beni e degli *entitlements* ad essi inerenti che possiamo ragionare in termini giuridici di beni comuni, a partire da una decostruzione del diritto di proprietà nella sua centralità, compattezza ed intangibilità.

⁹⁶ Così E. BENEVENTO, *I beni comuni*, cit., pp. 31 ss. UGO MATTEI, *La proprietà*, cit., p. 29, con riferimento alla concezione della proprietà propria dei sistemi di *common law*, scrive: "La proprietà, scomposta in un mazzo di poteri, doveri, facoltà, responsabilità etc..., consente la riorganizzazione del discorso giuridico in modo da poter cogliere le varie e diverse caratteristiche che la natura di ciascun bene economico dovrebbe riflettere sulla disciplina (possibilmente razionale) del rapporto fra consociati".

⁹⁷ Ivi, p. 32; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., pp. 352 ss.

⁹⁸ *Ibidem*.

Ed infatti, nonostante la ‘proprietà’ abbia assunto nel corso del tempo una struttura giuridica completamente diversa nei due ordinamenti, analizzando attentamente i domini collettivi è invece possibile osservare come questi, uguali sotto il profilo strutturale, hanno continuato a svolgere anche la medesima funzione giuridica, economica e sociale, rappresentando, oggi come allora, in entrambi gli ordinamenti giuridici, uno strumento utile alla gestione delle terre e allo sviluppo economico, sociale e ambientale delle comunità locali.

Nate durante il periodo feudale, non era consentito a nessuno, neppure al feudatario, limitare l’accesso e il godimento agli abitanti del Villaggio: i diritti di uso civico continuavano a permanere in capo a questi ultimi anche sulle terre date in concessione ai feudatari; si trattava di un diritto inviolabile, necessario alla sopravvivenza dell’uomo stesso, oltre che alla cura e alla gestione del terreno, che nessuna legge dell’uomo avrebbe mai potuto limitare, né tanto meno eliminare⁹⁹.

Solo dopo, con l’arrivo della proprietà individuale i domini collettivi hanno avuto uno sviluppo diverso nei due ordinamenti. Ed infatti, mentre nei sistemi giuridici di *civil law* la proprietà moderna ha radicalmente modificato l’accesso e il godimento¹⁰⁰ – introducendo delle nuove problematiche sulle quali, soprattutto nell’ultimo ventennio, si è aperto un ampio dibattito giuridico, economico e sociale, grazie al quale solo recentemente si è tornati a riconoscere e valorizzare i domini collettivi – nel sistema anglosassone invece, nonostante

⁹⁹ Sul punto si veda diffusamente R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle Province Napoletane*, cit.

¹⁰⁰ Sul punto la bibliografia è vasta e il dibattito è composto da diverse voci, tra i molti si veda in particolare: V. CERULLI IRELLI – L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, 1/2014, pp. 3 ss.; A. QUARTA, *Non-proprietà*, cit., passim; Per un *excursus* storico circa la categoria giuridica dei beni comuni si veda diffusamente A. DANI, *Il concetto giuridico di “beni comuni” tra passato e presente*, in *Historia et ius*, 6/14. Per la definizione di beni comuni si vedano i lavori svolti dalla Commissione Rodotà, istituita con Decreto del Ministero della Giustizia il 21 giugno del 2007, i cui lavori si sono conclusi nel febbraio del 2008; questa definisce i beni comuni come l’insieme delle cose espressive di utilità funzionali all’esercizio dei diritti fondamentali e al libero sviluppo della persona; in questo modo nella formalizzazione della categoria si è cristallizzato il criterio cardinale dello scrutinio che deve essere compiuto per valutare quali beni vadano ritenuti comuni nell’interesse alla cui realizzazione il diritto sul bene in questione è preordinato: M. GRANDI, “«Les choses communes» e l’art. 714 «code Napolèon»”, in *Rivista critica del diritto privato*, XXXI, 2013, pp. 217 ss. I risultati raggiunti dalla Commissione non hanno avuto, tuttavia, alcun esito legislativo: pertanto, a tutt’oggi vengono considerate beni giuridici solamente le entità che possono costituire oggetto di diritti, senza alcun riguardo alla loro funzione economica-sociale: al riguardo si veda U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., p. 52. Si veda anche A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., p. 1; P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanista e nella Costituzione repubblicana*, in *federalismi.it*, 5/2011, passim.; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit.; M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona: Ombre corte, 2012; A. NERVI, *Beni comuni, ambiente e funzione del contratto*, in *Rassegna di diritto civile*, 2/2016, pp. 418 ss.; M. PENNALISICO, “Proprietà ambientale” e “contratto ecologico”: un altro modo di soddisfare i bisogni, in *Rassegna di diritto civile*, 4/2018, pp. 1216 ss.; ID., *Il bene “terra” e la “proprietà ambientale”*, in ID. (cur.), *Manuale di diritto civile dell’ambiente*, Napoli, 2014, pp. 95 ss.

il declino del sistema feudale e il fenomeno dell'*enclosures*, la *Common land* e i diritti dei *commoners* hanno continuato ad esistere e ad essere tutelati, evolvendosi al punto che oggi è stato riconosciuto il 'diritto di accesso alla natura', ossia il diritto di accesso collettivo a un determinato fondo in favore di tutta quella comunità che vive in quei luoghi, così da assicurare un uso del suolo più attento alla tutela dell'ambiente e al benessere psico-fisico delle persone¹⁰¹.

Si tratta del *right to roam*, ossia del 'diritto di girovagare per la natura', espressamente riconosciuto nell'ordinamento giuridico inglese, dove la lunga battaglia contro la recinzione dei fondi (*enclosures*) volta a rivendicare il diritto di tutti di accedere alla natura e godere della campagna inglese per scopi ricreativi, ha visto il susseguirsi di una serie di interventi legislativi, che hanno portato oggi al riconoscimento di un vero e proprio diritto pubblico di 'accesso alla natura' anche sui fondi privati¹⁰².

Il principale riferimento normativo è dato dal *Countryside and Rights of Ways Act 2000*, che stabilisce il diritto di chiunque a svolgere attività di svago e ricreative nelle *open country*, iscritte in un apposito registro. Non solo, ma l'accesso alla natura è altresì disciplinato dalla complessa legislazione che regola i *town and village greens*, ossia zone aperte (anche urbane) che sono state adibite ad attività ricreative o di sport (*common land*), anche queste iscritte in un apposito registro; detta legislazione è stata recentemente modificata dal *Common Land Act 2006*¹⁰³.

L'individuazione di *town e village green* può avvenire sia attraverso un atto del Parlamento, che destina il luogo a scopi ricreativi, oppure sulla base di un uso della zona per attività di svago da parte della comunità locale protratto per almeno 20 anni¹⁰⁴.

In materia di *town and village greens* è utile richiamare una decisione resa dalla Corte Suprema del Regno Unito nel 2021, ove viene evidenziata la necessità di un'interpretazione che concili le diverse funzioni della proprietà¹⁰⁵.

Il caso riguardava il proprietario di un porto privato che si opponeva alla registrazione di un'area antistante la banchina come 'verde pubblico' (*town e village green*) in favore della comunità locale. Gli abitanti del luogo avevano infatti evidenziato alla Corte che da almeno 20 anni vi accedevano per fare passeggiate e svolgere attività sportiva. Ciò nonostante, il proprietario aveva

¹⁰¹ In questi termini L. VAGNI, *Proprietà privata sostenibile: esperienze giuridiche europee di tutela privatistica dell'ambiente e del benessere della comunità*, in *Rivista di studi e documentazione sull'integrazione europea*, 1/22, pp. 51 ss.; F. VALGUARNERA, *Accesso alla natura tra ideologia e diritto*, Torino: Utet, 2010, ristampa del 2013;

¹⁰² Sul punto cfr. L. VAGNI, *Proprietà privata sostenibile*, cit., p. 52.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Va tuttavia precisato, che i *town e village greens* non sono aperti al pubblico indifferenziato, ma sono accessibili solamente alla comunità locale. Esattamente come per le nostre proprietà collettive, aperte solo alla comunità di riferimento.

¹⁰⁵ Sul punto v. L. VAGNI, *Proprietà privata sostenibile*, cit., p. 54; *TW Logistics Ltd (Appellant) v. Essex County Council and another (Respondents)*, [2021] UKSC 4.

recintato la zona, interrompendo l'utilizzo della proprietà per uso pubblico, adducendo quale motivo della chiusura il fatto che il piazzale antistante la banchina era da sempre destinato all'esercizio di un'attività commerciale, con frequente passaggio di mezzi di trasporto; pertanto, l'eventuale riconoscimento di un *town e village green* avrebbe avuto come esito che il proseguimento dell'attività commerciale da parte del proprietario avrebbe violato il diritto collettivo, con conseguente obbligo al risarcimento del danno¹⁰⁶.

Esaminato il caso, la Corte ha concluso che la disciplina legislativa in materia di 'verde pubblico' si basa sul principio "*give and take*", secondo il quale, l'attività ricreativa della comunità locale co-esiste con il diritto del proprietario di usare il bene conformemente a quanto avveniva precedentemente al riconoscimento del diritto di libero accesso a favore della comunità locale, nella misura in cui quest'ultimo sia compatibile con il diritto del proprietario¹⁰⁷.

Il principio si basa su una regola di *common law* relativa alle servitù di uso pubblico, introdotta con la decisione del caso *Fitch*¹⁰⁸ di fine Settecento, mediante la quale era stato statuito il principio che il diritto degli abitanti del luogo di accedere ad un fondo privato per scopi ricreativi e il diritto del proprietario del fondo, possono coesistere; più precisamente, la comunità, può sì esercitare le attività di svago secondo un principio di giustizia e ragionevolezza, ma deve anche rispettare il diritto del proprietario all'utilizzo del bene, improntato anch'esso a ragionevolezza¹⁰⁹.

Di talché, la Corte Suprema, sulla scorta della precedente decisione, è giunta ad affermare nel 2021 che la conciliazione dei diversi utilizzi del bene deve tener conto degli usi precedenti e reiterati nel tempo dello stesso, sia da parte della comunità che da parte del proprietario. Il riconoscimento del diritto collettivo, senza che ciò si traduca in una privazione del possesso rilevante ai sensi dell'art. 1 del Primo Protocollo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, passa quindi attraverso una conciliazione dei diversi usi della terra, alla luce delle consuetudini del luogo e delle circostanze del caso concreto¹¹⁰.

¹⁰⁶ Sul punto L. VAGNI, *Proprietà privata sostenibile*, cit., p. 55. *Il Commons Act 1876*, sec. 29, prevede che la recinzione di uno spazio dedicato al verde pubblico (*town and village greens*) o l'esercizio su di esso di attività che compromettano o disturbino il suo godimento e uso a scopo ricreativo da parte del pubblico costituiscono un reato (*public nuisance*), che può dar luogo anche ad un illecito civile (*tort*) con conseguente obbligo dell'autore dell'atto a risarcire il danno. L'espressione *public nuisance* si riferisce ad un reato previsto dalle regole di *common law*, per la traduzione si veda la voce *nuisance* in F. DE FRANCHIS, in *Dizionario giuridico*, 1, Milano, 1984, p. 1064.

¹⁰⁷ La decisione è esaminata da L. VAGNI, *Proprietà privata sostenibile*, cit., p. 55; *TW Logistics Ltd (Appellant) v. Essex County Council and another (Respondents)*, cit., p. 13, para. 33: "the principle of 'give and take' recognised in *Lewis* has the effect that the landowner can continue to use its land in the way that it did before registration, where that use is compatible with recreational use".

¹⁰⁸ *Fitch v. Fitch*, (1797) 2 Esp 543, para. 46.

¹⁰⁹ Così L. VAGNI, *Proprietà privata sostenibile*, cit., p. 55

¹¹⁰ *TW Logistics Ltd (Appellant) v. Essex County Council and another (Respondents)*, cit., p. 25, para. 68.

Da questa decisione emerge dunque, in modo evidente, come secondo la Corte britannica l'idea di proprietà, basata sul carattere dell'esclusività, ceda il passo all'esigenza di conciliare le attività sul terreno secondo lo spirito del compromesso a salvaguardia dell'ambiente e del territorio, esattamente come è avvenuto nell'ordinamento italiano attraverso il riferimento alla 'funzione sociale' della proprietà, che ha introdotto limiti (negativi ed esterni) al diritto di proprietà esclusiva¹¹¹.

Ed infatti, nell'ordinamento nazionale, benché non sia (ancora) riconosciuto un diritto generale di accesso alla natura al pari del *right to roam* anglosassone, grazie all'importante e incessante lavoro svolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza – soprattutto successivamente all'arrivo della Costituzione – nel tentativo di superare un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 832 del codice civile, secondo il quale il proprietario dispone del bene "in modo pieno ed esclusivo", si è giunti ad affermare che l'esclusività non è da intendersi in senso assoluto, in quanto al proprietario sono attribuiti una serie di obblighi sociali che influenzano l'esercizio dei suoi poteri dominicali, limitati e conformati al benessere collettivo, per cui anche le ipotesi di accesso al fondo altrui disciplinate dal codice, non sono delle norme eccezionali, ma norme suscettibili di interpretazione analogica¹¹².

A ben vedere dunque, si tratta di un'impostazione che valorizza il concetto di proprietà come relazione tra il proprietario e i terzi, idea che, rimasta sotto traccia in alcuni momenti storici, riemerge oggi con maggior evidenza alla luce delle istanze che impongono una rilettura del rapporto dell'uomo con la terra in chiave ecologia e sostenibile¹¹³. In tal modo è possibile far coesistere tali

In ogni caso è bene precisare come il riconoscimento e la trascrizione di un *town and village green* non informa il successivo acquirente sul preciso contenuto del titolo che acquista, ma costituisce piuttosto una sorta di 'allerta', che richiede all'acquirente di indagare quali siano gli usi del bene da parte del precedente proprietario accettati e compatibili con il reiterato utilizzo del bene da parte della comunità locale: L. VAGNI, *Proprietà privata sostenibile*, cit., p. 55.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 25, para. 67: "It is to be hoped and expected that the local inhabitants and the landowner will adjust their activities on the Land in the same spirit of give and take and compromise as has been the pattern for decades".

In tal modo si abbandona il concetto di godimento *pro sé*, in favore di un concetto di carattere sociale: così A. C. JEMOLO, *Intervento*, in *Atti del III Congresso nazionale di diritto agrario*, Milano, 1954, p. 230; R. FRANCO, *La rinuncia alla proprietà (immobiliare): ripensamenti sistematici di (antiche e recenti) certezze. Spunti per una comparazione giuridica*, cit., p. 18.

¹¹² Sul punto si veda quanto più dettagliatamente detto al paragrafo 3 del presente scritto, nonché P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 1971, p. 60; U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Giuffrè: Milano, 1976, p. 140: "[...] una caratteristica del tutto irrilevante, che non serve a mettere in evidenza alcun aspetto essenziale del diritto di proprietà e può anzi indurre in errore". Per una disamina del tema, anche nella prospettiva della comparazione con il diritto inglese, si veda M. FERRARI, *Proprietà e diritto ad essere inclusi*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4/2016, p. 525 ss.

¹¹³ La proprietà connotata dall'assolutezza e dalla illimitatezza dei poteri del proprietario, consacrata dalle codificazioni ottocentesche, si poneva in contrasto con le forme di appartenenza dell'*ancien régime*, caratterizzate invece da una pluralità di regimi e di elementi obbligatori limitativi dei poteri del proprietario. Se la proprietà assoluta era una forma dominante per tutto

(nuove) esigenze, con la nozione tradizionalmente accolta di proprietà come diritto individuale esclusivo, così da comprendere la correlazione tra approcci che appaiono opposti, riguardo all'uso e alla gestione della proprietà¹¹⁴.

6. *Domini collettivi e sostenibilità ambientale: dalla legge n. 1766 del 1929 alla legge n. 168 del 2017*

A circa novant'anni dalla legge n. 1766 del 1927¹¹⁵, impropriamente qualificata "liquidatoria"¹¹⁶, ponendosi al contrario a salvaguardia delle molteplici forme di gestione degli usi civici e stabilendo alcune linee direttive utilizzate anche nei successivi provvedimenti normativi e ancora oggi attuali, il legislatore, dopo un lungo e tortuoso percorso – arriva a riconoscere formalmente, attraverso la legge del 20 novembre 2017 n. 168, piena dignità e vita ad una storia vivente del nostro ordinamento, offrendogli finanche una tutela a livello costituzionale¹¹⁷.

Quest'ultima legge riconosce infatti i "domini collettivi"¹¹⁸ e, dunque, gli usi civici, come ordinamento giuridico¹¹⁹ primario delle comunità originarie,

il XIX secolo, già nelle prime decadi del XX secolo essa si infrangeva dietro la ri-emersione di forme di disarticolazione dei poteri rispetto al bene e di limiti dei poteri del proprietario. A tal riguardo si veda L. MOCCIA, *Forme della proprietà nella tradizione giuridica europea*, p. 138, in ID., *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto*, Padova, 2016; ID., *Riflessioni sull'idea di proprietà*, pp. 143 ss., in particolare p. 161; è evidente come il tema degli usi civici costituisca un esempio emblematico di questa dinamica, P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit., pp. 114 ss.

¹¹⁴ Sul punto cfr. L. VAGNI, *Proprietà privata sostenibile*, cit., p. 54; P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, cit., p. 60; U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano: Giuffrè, 1976, p. 140: "[...] una caratteristica del tutto irrilevante, che non serve a mettere in evidenza alcun aspetto essenziale del diritto di proprietà e può anzi indurre in errore". Per una disamina del tema, anche nella prospettiva della comparazione con il diritto inglese, si veda M. FERRARI, *Proprietà e diritto ad essere inclusi*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4/2016, pp. 525 ss.

¹¹⁵ Sulla legge n. 1766 del 1927 cfr., in particolare, C. CALISSE, *Pel riordinamento degli usi civici*, Roma 1927; U. PETRONIO, *Usi civici*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., 930-952; ID., *Rileggendo la legge usi civici*, cit., pp. 615 ss.; G. PALERMO, *I beni civici, la loro natura e la loro disciplina*, in *Usi civici ieri e oggi*, cit., pp. 45 ss.; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., pp. 1 ss.

¹¹⁶ M. COSULICH, *La legge 20 novembre 2017, n. 168, "Norme in materia di domini collettivi"*. Osservazioni a prima lettura, in *Riv. Dir. Agrario*, Napoli, 4/17, p. 705.

¹¹⁷ Così P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit., pp. 417 ss. Recentemente, attraverso l'art. 63 bis del Decreto Legge 31.5.2021 n. 77, convertito in Legge n. 108/21, sono state apportate modifiche all'art. 3 della Legge n. 168 del 2017, riguardante "la governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure".

¹¹⁸ Per una critica sull'uso della terminologia si veda G. DI GENIO, *Gli usi civici nella legge n. 168 del 2017 sui domini collettivi: sintonie e distonie attraverso la giurisprudenza costituzionale e il dibattito in sede Costituente*, cit., in particolare p. 3 note 4, 5, 6, 7.

¹¹⁹ La nuova legge con la qualificazione in termini di ordinamento, riconosce alle proprietà collettive quale realtà giuridica composita e complessa, fondata sull'organizzazione sociale og-

nonché il diritto a godere di tutte quelle utilità che dal fondo possono trarre i cittadini del Comune di riferimento, precisandone le coordinate di tutela alla luce dei principi costituzionali.

Sebbene il suddetto dettato normativo non sia propriamente innovativo rispetto ai principi che la dottrina e la giurisprudenza avevano già elaborato nei secoli addietro, limitandosi infatti a recepirli (anche) positivamente¹²⁰, come testimonia l'art. 2 in relazione alla conservazione e alla valorizzazione del patrimonio naturale costituito dagli "assetti fondiari collettivi" ed alla loro inalienabilità, indivisibilità e inusucapibilità¹²¹, esso assume comunque importanza in quanto costituisce un espresso riconoscimento legislativo per la conservazione dei caratteri identitari del territorio e la valorizzazione degli ambienti naturali antropizzati che si sviluppano e si attuano attraverso la creazione del modello dell'autonormazione preminentemente teso a garantire, che tutti i provvedimenti assunti in merito agli assetti collettivi dalle Autorità preposte, non possano disconoscere l'idea ed i valori sottesi alla proprietà collettiva.

Secondo il testo della nuova legge, la tutela e la valorizzazione di tali beni di godimento collettivo si rende necessaria, costituendo essi stessi elementi fondamentali per la vita e lo sviluppo delle collettività locali, strumenti primari per la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale italiano, componenti fissi del sistema ambientale, basi territoriali di istituzioni storiche che salvaguardano il patrimonio culturale e naturale, strutture eco-paesistiche del paesaggio agro-silvo-pastorale nazionale, nonché fonti di risorse rinnovabili da promuovere ed utilizzare a beneficio delle collettività locali¹²².

getto di originaria autonormazione, suscettibile di aver definito un modello giuridico, oltre che economico e sociale. Ciò, in conformità all'insegnamento di Santi Romano per cui gli ordinamenti, nella loro pluralità, sono in primo luogo organizzazione delle società e disciplina dei rapporti che in essa si creano: S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, II ed., 27. Sul punto v. W. GIULIETTI, *Norme in materia di domini collettivi ed assetti organizzativi*, 3/18, p. 1045.

In merito all'utilizzo del termine ordinamento giuridico vi era stato un lungo dibattito in sede costituente per il quale si rinvia a: W. GIULIETTI, *Norme in materia di domini collettivi ed assetti organizzativi*, cit., p. 1043 nota n. 12.

¹²⁰ In tal senso si veda G. DI GENIO, *Gli usi civici nella legge n. 168 del 2017 sui domini collettivi:intonie e distonie attraverso la giurisprudenza costituzionale e il dibattito in sede Costituente*, cit.

¹²¹ Principi già enunciati nella legge del 1927 e nel R.D. di attuazione del 1928. Sul Regio Decreto di attuazione si veda G. CURIS, *Commento teorico-pratico del R.D. Legge 22 Maggio 1924, n. 751 sul Riordinamento degli Usi civici con la Raccolta completa della legislazione*, Roma, 1924.

¹²² Si veda sul punto la sentenza n. 113/18, nella quale la Corte Costituzionale sottolinea che la nuova legge ha ribadito enfatizzando, i capisaldi della tutela dei beni civici fondati sui principi di indisponibilità, imprescrittibilità e inusucapibilità. Stabilisce infatti l'art. 3, comma 3, che «il regime giuridico dei beni collettivi resta quello della inalienabilità, dell'indivisibilità, dell'inusucapibilità e della perpetua destinazione agro-silvo-pastorale»; inoltre il successivo comma 6 ribadisce che il vincolo paesaggistico gravante ex lege sui beni civici, ai sensi dell'art. 142, comma 1, lettera h), del d.lgs. n. 42 del 2004, «garantisce l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici per contribuire alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio».

In detta legge vengono messi in rilievo:

- il rapporto uomo-terra;
- la disciplina consuetudinaria della gestione delle terre da parte delle collettività titolari (*id est*: del godimento, non della proprietà formale), con il fine della protezione della natura e della salvaguardia dell'ambiente;
- le moderne attività progettate ed esercitate dalle collettività sui beni di riferimento alla stregua del modello dello sviluppo sostenibile.

Si tratta di tre passaggi che sintetizzano in modo significativo, anche in termini assiologici, come vengano riconosciute “strutture eco-paesistiche del paesaggio agro-silvo-pastorale nazionale”, che sono individuate come “fonte di risorse rinnovabili da valorizzare ed utilizzare a beneficio delle collettività locali degli aventi diritti”¹²³.

La legge, infine, si chiude, all'art. 3, con un importante comma: “Con l'imposizione del vincolo paesaggistico sulle zone gravate da usi civici di cui all'art. 142, comma 1, lettera h) del codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004 n. 42, l'ordinamento giuridico garantisce l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici per contribuire alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio e tale vincolo viene mantenuto su dette terre anche in caso di liquidazione degli usi civici”. La disciplina degli usi civici, in sostanza, prevede che il vincolo ambientale possa essere superato solo attraverso una complessa procedura di sdemanializzazione che coinvolga i Comuni (laddove esistano le amministrazioni separate)¹²⁴ e le Regioni – ed in caso di conflitti la devoluzione delle questioni a speciali Commissari per gli usi civici. Qualora questi enti si dovessero opporre ad effettuare dei mutamenti di destinazione in esito a preliminari operazioni di “sclassificazione” l'opera a realizzarsi non potrà essere eseguita, in quanto il vincolo di natura ambientale prevarrà sugli interessi difformi e non potrà essere superato mediante provvedimenti amministrativi che non abbiano superato

¹²³ F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della salute della specie umana*, Napoli, 2010; ID., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, A. ASTONE, F. MANGANO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA (a cura di), Atti del Convegno di Copanello, 3-4 luglio 2009, Catanzaro, 2010, 21-31. L'Autore osserva, in particolare, che il principio della sostenibilità, superando l'ambito ambientale in cui si è affermato, ma in cui rischia di «rimanere imbrigliato», è suscettibile di essere elevato a canone supremo in grado di condizionare le scelte pubbliche strategiche. In questa prospettiva, analogamente al fenomeno della trasformazione «del diritto dell'ambiente in diritto dello sviluppo sostenibile, si assisterebbe al passaggio dal concetto di sviluppo sostenibile al paradigma dei doveri verso le generazioni future, pur sempre in un quadro di responsabilità e di solidarietà che conferma quanto sia illusoria l'idea del diritto soggettivo»

¹²⁴ Sul punto si veda: APRODUC – Associazione per la tutela delle proprietà collettive e dei diritti di uso civico, *La legge n. 168 del 20 novembre 2017 sui domini collettivi: primi problemi di applicazione della legge*, in www.demaniocivico.it; M. COSULICH, *La legge 20 novembre 2017, n. 168, “Norme in materia di domini collettivi”. Osservazioni a prima lettura*, in *Riv. Dir. Agrario*, Napoli, 4/17, p. 705; G. DI GENIO, *Gli usi civici nella legge n. 168 del 2017 sui domini collettivi:intonie e distonie attraverso la giurisprudenza costituzionale e il dibattito in sede Costituente*, cit., p. 3; P. Grossi, *Un altro modo di possedere*, cit., p. 422.

l'esito favorevole delle predette procedure¹²⁵. In tal modo, conformemente alla giurisprudenza costituzionale – il cui orientamento ormai consolidato è quello di ricondurre i domini collettivi alla competenza esclusiva statale della tutela dell'ambiente ex *lettera s*) del 2° comma dell'art. 117 Cost. – il ruolo delle Regioni sembra fuoriuscirne ridimensionato dal quadro normativo¹²⁶.

Il vincolo ambientale e l'attenta valutazione ecologica nei suoi molteplici nessi con l'ambiente, sui cui aveva già fortemente insistito Guido Cervati¹²⁷, rappresentano dunque un importante criterio guida dell'odierno legislatore che pone così rimedio ad una lacuna dell'antecedente legge del 27', espressione (ormai superata) di una disattenzione imputabile all'intento originario della stessa legge, tesa – sebbene solo formalmente – a “liquidare” piuttosto che a tutelare gli usi civici o, forse, più semplicemente, ascrivibile alla scarsa sensibilità, in quel tempo (1927), verso le problematiche ambientali.

7. Il rapporto uomo-terra-ambiente. Verso la funzionalizzazione ambientale dei domini collettivi

Nell'osservare i domini collettivi si scorge immediatamente una dimensione giuridica diversa e parallela alla civiltà borghese, in cui al criterio dell'“appartenenza” si come declinato nel modello del diritto di proprietà, come potere dell'individuo sulla cosa, si sostituisce quello di un individuo non pensabile

¹²⁵ Importanti spunti di riflessione in relazione al ruolo delle Regioni sulla possibilità di cambiare la destinazione d'uso dei territori in cui insistono gli usi civici, possono essere ricavati dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 71 del 2020, pubblicata in G.U. il 29.04.2020.

¹²⁶ Nella sentenza Corte Cost. n. 113 del 2018 cit., la Corte ha recentemente riconosciuto che il regime dominicale degli usi civici attiene alla materia «ordinamento civile» di competenza esclusiva dello Stato – e, sotto diverso profilo, alla tutela dell'ambiente, osservando al riguardo che «nell'intero arco temporale di vigenza del Tito – lo V, Parte II, della Costituzione – sia nella versione antecedente alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), sia in quella successiva – e, quindi, neppure a seguito dei D.P.R. n. 11 del 1972 e n. 616 del 1977 precedentemente richiamati, il regime civilistico dei beni civici non è mai passato nella sfera di competenza delle Regioni. Infatti, la materia “agricoltura e foreste” di cui al previgente art. 117 Cost., che giustificava il trasferimento delle funzioni alle Regioni e l'inserimento degli usi civici nei relativi statuti, mai avrebbe potuto comprendere la disciplina della titolarità e dell'esercizio di diritti dominicali sulle terre civiche.

L'art. 3 della legge n. 168/2017 aveva attribuito alle Regioni il compito, entro il 12 dicembre 2018, di attuare quanto previsto dalla legge n. 97/94 (“Nuove disposizioni per le zone montane”), vale a dire la determinazione di alcuni contenuti degli Statuti. A differenza della legge del 1994, che faceva dipendere dalla legge regionale non solo la predisposizione del procedimento al termine del quale la Regione avrebbe conferito alle comunità collettive la personalità giuridica di diritto privato, ma anche la disciplina delle comunità collettive nei suoi profili statutari fondamentali, oggi, per la nuova legge, gli enti esponenziali dei domini collettivi sono già soggetti di diritto privato e, in difetto di legislazione regionale, potranno utilizzare il loro potere di autonormazione per determinare il contenuto dei propri statuti.

¹²⁷ Sul punto si veda diffusamente P. GROSSI, *Gli assetti collettivi nella riflessione di Guido Cervati*, in *Archivio Scialoja Bolla – Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2005.

fuori dalla comunità territoriale: ciò che emerge è giustappunto la comunità nel suo indissolubile legame con la terra, impegnata a valorizzarla per trasmetterla intatta alle generazioni future¹²⁸. La terra qui non è intesa come oggetto di dominio e di sfruttamento, ma come bene da governare, da valorizzare e conservare in modo funzionale all'attivazione della tanto evocata tutela ambientale: ciò che prevale in questa rinnovata impostazione è il buon governo del territorio in luogo dello sfruttamento economico ai fini del mercato. L'uomo e la terra formano una combinazione interagente (*rectius* ambiente), il cui scopo principale è l'armonizzazione fra la comunità utilizzatrice e la *res frugifera*. Vi è in buona sostanza, una visione comunitaria-antropologica molto più complessa, secondo la quale al fenomeno vitale non partecipa solo l'uomo ma anche la terra, che assume un ruolo protagonista, alla quale è legata la sopravvivenza umana. Qui la terra è rispettata come si rispetta una creatura vivente, perché qui terra e uomo formano quella combinazione inter-agente chiamata ambiente¹²⁹.

Tutto ciò nella nuova legge è ben evidenziato, infatti l'art. 2 comma 1, nel definire la competenza dello Stato in materia di domini collettivi, attribuisce alla Repubblica il compito di tutelare e valorizzare i beni di collettivo godimento perché questi ultimi sono elementi fondamentali per la vita e lo sviluppo delle comunità locali, dotati – in quanto componenti ecologiche del sistema – di una importante funzione di conservazione e salvaguardia del patrimonio naturale e culturale, fonte di risorse rinnovabili da utilizzare a beneficio delle comunità territoriali. Non solo, ma al comma 2 del medesimo articolo, quasi ad accordare riconoscimento a quanti hanno sostenuto e sostengono che la vulgata modernizzatrice abbia distrutto antiche prassi ecologiche che consentivano alle popolazioni di trarre sostentamento dalla terra per il soddisfacimento dei bisogni familiari e comunitari, statuisce che la Repubblica riconosce e tutela i diritti di uso e gestione dei beni collettivi preesistenti allo Stato unitario, affermando con chiarezza, al successivo articolo 3 comma 6, che «l'ordinamento giuridico garantisce l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici per contribuire alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio», riservando addirittura un'attenzione particolare anche ai giovani, tanto da prevedere al comma 8 dell'art. 3 la possibilità di assegnare le terre collettive con priorità ai giovani agricoltori.

In tal modo è possibile riassegnare a queste risorse il loro significato più antico e originario, in quanto è ben chiaro che attorno a queste risorse ruotano interessi che coinvolgono non solo aspetti economici, ma la necessità di una loro preservazione per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, che sono sì condizioni altre rispetto alle necessità di procurar-

¹²⁸ In argomento cfr. P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit., in particolare pp. 409 ss.

¹²⁹ Così P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit., in particolare pp. 409 ss. Sul punto si veda anche diffusamente V. DONATO-G. ROMANO (a cura di), *Contributi allo studio delle proprietà collettive. La giurisprudenza del Commissariato per gli usi civici della Calabria*, cit.

si i beni materiali di sussistenza, ma pur sempre condizioni irrinunciabili di vita¹³⁰.

Questo spiega anche le preoccupazioni e le proteste di fronte ai tentativi di privatizzazione con cui vengono piegati interessi vitali delle popolazioni alle esigenze economiche poste dai vari governi: svendere il patrimonio pubblico e abbandonare all'incuria i beni civici significa ignorare le istanze che provengono dal basso, non tener conto delle esigenze di un nuovo modello di agricoltura connesso al bisogno di una sovranità alimentare che ponga il tema del controllo della produzione e del controllo delle risorse, finalizzate a tutelare l'ambiente: in pratica, occorre produrre tenendo conto delle caratteristiche del terreno e dei bisogni sociali del territorio di riferimento¹³¹.

In tutto ciò un ruolo importante potrebbe essere svolto anche dagli enti locali (a partire dai Comuni), i quali per scongiurare ogni rischio di concentrazione fondiaria, potrebbero avviare delle politiche per favorire l'accesso alla terra sulla base di progetti improntati all'agro-ecologia e alla multifunzionalità, preservando la destinazione dei beni per le generazioni a venire, stimolando la creazione di nuovi *commons* al fine di produrre nuova ricchezza. Il loro ruolo potrebbe essere importante per riqualificare il legame fra i cittadini del Comune e i beni, un legame fondato non su una modalità classica di "appropriazione", ma di "uso", ossia un rapporto tra soggetti che agiscono per rendere effettivo un certo numero di diritti, non delle cose, ma del loro uso¹³².

Se effettivamente esistono delle terre inutilizzate, se l'agricoltura, in specie quella contadina, è da considerarsi come il più importante "datore di lavoro" e si presenta oggi come un modo, se non addirittura l'unico, per contrastare la disoccupazione, allora probabilmente una politica per l'accesso alla terra potrebbe contribuire a favorire uno sviluppo rurale cooperativo e a creare nuove occasioni di impiego: insomma un *common* a tutela di altri *commons*¹³³.

Le terre che verrebbero assegnate, visto che erano state precedentemente abbandonate, non sottrarrebbero alcuna utilità alla collettività, atteso che su di esse non si esercitava più, almeno presumibilmente, alcun uso civico. Al contrario, motivare politiche pubbliche per l'accesso alla terra che prevedano forme d'uso gratuito vincolate all'agricoltura ecologica e multifunzionale, po-

¹³⁰ Sul punto v. P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit., in particolare pp. 414 ss.

¹³¹ In questa direzione si collocano infatti il decreto sul federalismo demaniale, il «decreto liberalizzazioni», il decreto Terrevive e l'istituzione della Banca Nazionale delle Terre Agricole. Tutti provvedimenti che sembrano configurare un nuovo processo di *enclosures* per effetto del quale i terreni oggetto degli stessi potrebbero finire nelle mani di grandi imprese orientate al mercato anziché alle relazioni sociali, ai legami anche di natura affettiva ed economica, agli scambi di saperi e di risorse, caratteristici del modo contadino di fare agricoltura.

¹³² Così P. DARDOT – C. LAVAL, *Del Comune, o della Rivoluzione nel XXI secolo*, Roma, 2015, p. 413.

¹³³ In questo senso J. D. VAN DER PLOEG, *I nuovi contadini. Le campagne e le risposte alla globalizzazione*, Roma, 2015; M. GRECO, *Le statistiche sulle Common Land nell'Unione europea e in Italia*, in *Agriregionieuropa*, 36/14; O. GRECO, *Lo sviluppo senza gioia. Eventi storici e mutamenti sociali nella Calabria contemporanea*, Soveria Mannelli, 2012.

trebbe avere il particolare vantaggio di restituire alla collettività (titolare dei domini collettivi) nuove utilità sotto forma di nuove economie solidali, di occasioni di inclusione sociale, di produzione di nuovi beni comuni: biodiversità, suoli fertili e puliti, paesaggi agrari, prodotti alimentari salubri e di qualità, nuovi *nested markets*.

In tal modo dunque, nel rinnovato interesse verso la programmazione del territorio e la gestione ambientale, sembra risorgere e affermarsi la consapevolezza dell'esistenza di un modo diverso di essere proprietari, rispetto a quello monolitico di derivazione pandettistica¹³⁴.

8. Principio di sussidiarietà e potere di autonormazione: la valorizzazione delle diversità per il buon governo del territorio

Al pluralismo giuridico imperante in epoca medievale e sino alla fine dell'antico regime, è seguito un rigido assolutismo giuridico durante l'età del liberismo economico; la volontà di spazzare via il vecchio regime feudale ha probabilmente impedito di avvertire quanto coartante ed innaturale fosse il processo di legificazione e di codificazione ottocentesca intrapreso¹³⁵.

La società civile è divenuta depositaria della produzione giuridica soltanto indirettamente attraverso una democrazia parlamentare: il diritto è stato infatti sradicato dalla complessa ricchezza del sociale per legarsi ad una sola cultura, quella borghese uscita vittoriosa dalla rivoluzione francese, cosicché, identificandosi nel potere della sua classe detentrica ha finito per impoverirsi, rimanendo intrappolato in un rigido monismo, impedendogli di avere una visione pluriordinamentale e dunque, pluriculturale¹³⁶.

In uno stato borghese, socialmente e politicamente fondato su un unico soggetto proprietario, con una concezione individualistica della proprietà privata, teso alla libertà economica e alla libera circolazione dei beni, il tema delle proprietà collettive diventa uno dei più illuminanti banchi di prova, che lo Stato, monopolizzatore della produzione giuridica, aveva cercato di rimuovere.

Questo accentramento, inteso anche in termine di continua tensione all'uniformità giuridica, emerge dalla stessa legge n. 1766 del 1927; più precisamente, essa ebbe la pretesa di essere unitaria, nazionale, realizzando quella che

¹³⁴ Così P. ALVAZZI DEL FRATE – G. FERRI, *Le proprietà collettive e gli usi civici. Considerazioni storico-giuridiche tra Francia e Italia (secoli XIX e XX)*, cit., p. 40; P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà private e interesse pubblico*, cit., passim.

¹³⁵ In questi termini P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettiva*, in *Quaderni Fiorentini*, 19, Milano: Giuffrè, 1990; ID., *Assolutismo giuridico e diritto private*, in *Quaderni Fiorentini*, 52, Milano: Giuffrè, 1998; L. FIORONI, *La consuetudine: agli antipodi del progresso nella concezione mainiana*, in *Demanii collettivi e autonomia*, (a cura di) P. NERVI, Padova: Cedam, 2000, pp. 161 ss.

¹³⁶ Così P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettiva*, cit., pp. 3 ss.

potremmo definire un'artificiosa uniformità, senza tener conto delle diversità locali, al punto di ricondurre nella sfera del diritto pubblico tutti i diritti promiscui e tutte le proprietà comuni dell'Italia centrosettentrionale¹³⁷.

L'attuale disposizione normativa invece, con magistrale controtendenza, contrasta quell'accentramento legislativo tendente ad imporre leggi uniche a situazioni diverse, a negare forme storiche di autonomia locale e di gruppi, che attraverso il lavoro e l'esperienza di secoli, hanno acquistato il diritto di regolare da sé i propri interessi, mediante istituti che sono fondamentali per la vita sociale e l'economia di importanti regioni, sottolineando che solo attribuendo a queste realtà un potere di autonormazione è possibile garantire la conservazione delle caratteristiche e dei valori della proprietà collettiva¹³⁸.

La sovranità popolare, sancita solennemente nell'art. 1 della nostra carta costituzionale, non è da vedersi come un'affermazione declamatoria e retorica priva di precisi contenuti, ma come l'asserzione della preminenza sostanziale della società e dell'ordine sociale rispetto ad ogni potere politico, che in qualche modo pretendesse di rendersi prevalente o dominante rispetto alla società stessa; vale a dire la riconduzione alla società della funzione normativa e di conseguenza, la non identificazione fra ordine giuridico e Stato; una società sorpresa dall'art. 2 Cost. in tutta la ricchezza delle varie formazioni sociali; una società vocata secondo l'indicazione dell'art. 3 Cost. e idonea a garantire l'eguaglianza fra cittadini con la rimozione di tutti quegli ostacoli che possano impedire il pieno sviluppo della persona: ebbene, questi tre articoli valgono anche per gli assetti proprietari collettivi, trattandosi di manifestazioni vivaci della sovranità popolare, nel suo vario esprimersi, che concorrono con un proprio patrimonio inconfondibile e con un atteggiamento di orgogliosa autonomia a quella realtà complessa, ma non compatta, che è il diritto italiano, cioè il diritto avente proiezione geografica nel territorio della repubblica italiana con formazioni sociali che si pongono custodi di costumi e organizzazioni socio-economico-giuridica squisitamente idonei, in presenza di certe condizioni strutturali, alla promozione sociale ed economica dei singoli membri¹³⁹.

Sussidiarietà, come attentamente osservato da Paolo Grossi, significa valorizzazione delle diversità attraverso lo strumento dell'autonormazione sca-

¹³⁷ Così F. MARINELLI, *Dagli usi civici ai domini collettivi. I principi fondamentali in materia e la commissione feudale napoletana*, in *Atti del convegno di Napoli 13 febbraio 2018, "Assetti fondiari alternative. Un altro modo di possedere?"*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2018, p. 37.

¹³⁸ Così P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, pp. 414 ss.

¹³⁹ A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., (paragrafo 6-7); ID., *La democrazia dei beni comuni. Nuove frontiere del diritto pubblico*, Roma-Bari: Laterza, 2013, pp. 15 ss., ove l'Autore afferma che: «lo Stato sociale, formalmente previsto in Costituzione, è stato lasciato a sé stesso, ed è nostro compito indefettibile affermare un concetto di diritto pubblico che assuma tra i suoi compiti quello di gestire la *res publicae*, in funzione del perseguimento di interessi generali e di soddisfacimento delle nuove e drammatiche esigenze sociali». Si veda anche C. MORTATI, *Principi fondamentali (artt. 1-12)*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di) G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, p. 26.

turente dal basso, frutto di un lungo collaudo storico; solo così, il principio di sussidiarietà, anziché ledere l'unità dello Stato, lo ravvicina alla società evitando scollamenti fra apparato statale e complessità sociale¹⁴⁰.

9. *Riflessioni de iure condendo*

A questo punto si proverà a delineare le conclusioni, esprimendo alcune considerazioni *de iure condendo*.

Si è visto nelle pagine precedenti che le peculiari caratteristiche dei domini collettivi sono il risultato di una lunga evoluzione storica che può farsi risalire al medioevo e all'introduzione dell'istituto feudale, dal quale ha avuto origine il concetto di dominio diviso e che ha consentito alla popolazione di estrarre le *utilitas* dai terreni e soddisfare i fabbisogni personali¹⁴¹.

Nel corso del tempo, il feudo e tutti i suoi vincoli vennero aboliti sia in Italia che nel Regno Unito e, nonostante l'insorgere di un concetto di proprietà diametralmente opposto nei due ordinamenti giuridici, non solo non si arrivò mai ad una definitiva liquidazione dei diritti di uso civico, ma vennero altresì elaborati i principi giuridici che hanno costituito il substrato di tutte le riforme intervenute nei secoli successivi in materia di domini collettivi¹⁴².

È infatti a quel periodo che in Italia risalgono i principi che hanno ispirato la legge del 1927¹⁴³, influenzando tutta la successiva giurisprudenza, dando luogo ad un lungo dibattito giuridico, economico e sociale, a tutt'oggi in corso, come dimostra tra l'altro l'ultimo intervento normativo con la legge n. 168/2017 sui domini collettivi¹⁴⁴.

¹⁴⁰ P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit., p. 423.

¹⁴¹ Così F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 22.

¹⁴² F. MARINELLI, *Usi civici e beni comuni*, in *Rassegna di diritto civile*, 2/13, p. 410.

¹⁴³ Tali tentativi, comunque, ottennero quanto meno il risultato di mantenere viva la riflessione sulla materia, una riflessione che sarebbe poi confluita all'interno del dibattito che nella prima metà del Novecento si sviluppò sull'opportunità di costituire il diritto agrario in materia autonoma rispetto al diritto civile: G. VENEZIAN, *Reliquie della proprietà collettiva in Italia*, testo della prolusione tenuta nell'Università di Camerino il 20 novembre 1887, pubblicata come opuscolo l'anno successivo, poi in *Opere giuridiche di Giacomo Venezian, II, Studi sui diritti reali*, Roma, 1920, ed ora in *Le prolusioni dei civilisti, I, (1873-1899)*, Napoli, 2012. Sull'opportunità di costituire il diritto agrario come materia autonoma si vedano P. GROSSI, *Il momento storico giuridico nella elaborazione dottrinale dell'autonomia del diritto agrario*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, p. 35; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 73.

¹⁴⁴ Tra tutti cfr. M. COSULICH, *La legge 20 novembre 2017 n.168, Norme in materia di domini collettivi. Osservazioni a prima lettura*, in *Riv. dir. agrario*, 4, 2017, p. 671; F. POLITI, *Riflessioni sulle novità della legge n. 168 del 2017 nella prospettiva del diritto costituzionale. Cosa resta delle competenze regionali?* in F. MARINELLI, F. POLITI (a cura di), *Domini collettivi ed usi civici. Riflessioni sulla legge n. 168 del 2017*, Pacini: Pisa, 2019, pp. 23 ss. Per una riflessione storico giuridica tesa a mettere in evidenza la complessità del rapporto singolo, terra, comunità si legga U. AGNATI, *La terra e il diritto. La legge 168/2017 sui domini collettivi e l'indagine storico-giuridica*, in *Tesserae Iuris I*, 1, 2020, pp. 93 ss.

In detta legge, non solo sono state recepite positivamente le linee direttive della legge del '27, unitamente ai principi elaborati dalla giurisprudenza, ma il vincolo ambientale e l'attenta valutazione ecologica nei suoi molteplici nessi con l'ambiente, ne rappresentano il criterio guida, riservando un'attenzione particolare alla programmazione e alla gestione del territorio, nonché alla tutela dell'ambiente, quale bene comune da salvaguardare anche per le generazioni future, attraverso la partecipazione collettiva e lo sviluppo eco-sostenibile¹⁴⁵.

In siffatto modo, come attentamente osservato dal Professore Paolo Grossi, «l'uso civico è stato tolto dalle anticaglie giuridiche, per essere rivitalizzato grazie alla nuova dimensione ambientale»¹⁴⁶, maturando la funzione di strumento d'elezione per la tutela dell'ambiente e del paesaggio (art. 2), esaltando il ruolo del cittadino attivo, dinamico e collaborativo (art. 2, comma 4), *homo civicus*, e non più di un mero antagonista nel rapporto con l'amministrazione¹⁴⁷.

La funzione ambientale nell'interesse della collettività in generale alla salvaguardia dell'ambiente, è stata peraltro ribadita sia dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 113 del 31 maggio 2018, che dalla legge n. 10854 del 29 luglio 2021¹⁴⁸ che ha novellato la legge 168 del 2017, nei quali è stato precisato che

¹⁴⁵ Sul punto si veda diffusamente P. GROSSI, *Gli assetti collettivi nella riflessione di Guido Cervati*, in *Archivio Scialoja Bolla – Annali di studi sulla proprietà collettiva*, 2005.

¹⁴⁶ Cfr. P. GROSSI, *Un altro modo di possedere, (riflessioni storico-giuridiche sugli assetti fondiari collettivi in Italia)*, in *Rivista Agroalimentare*, 3, 2020, pp. 513 ss.

¹⁴⁷ In questi termini P. PIRAS, *Gli usi civici e la nuova dimensione paesaggistico ambientale*, cit., p. 978.

¹⁴⁸ Con l'entrata in vigore della legge 29 luglio 2021 n. 108, di conversione del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, sono state apportate importanti, se pure parziali, novità in tema di usi civici. Nell'iter di conversione parlamentare del d.l., infatti, è stato introdotto l'art. 63-bis, che interviene in materia di trasferimenti di diritti di uso civico e permuta aventi a oggetto terreni a uso civico. In particolare, grazie all'introduzione di tre nuovi commi (8-bis, 8-ter e 8-quater) all'art. 3 della legge 20 novembre 2017, n. 168, si prevede che le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano (in caso di terreni appartenenti al demanio civico in situazione di accertata e irreversibile trasformazione) possano consentire ai Comuni i trasferimenti di diritti di uso civico e le permuta in altre aree appartenenti al patrimonio disponibile degli Enti territoriali e locali, esclusivamente per terreni di superficie e valore equivalente. Ciò è possibile a condizione che i terreni abbiano perso irreversibilmente la conformazione fisica o la destinazione funzionale di terreni agrari, boschivi o pascolativi per oggettiva trasformazione prima della data di entrata in vigore della legge 8 agosto 1985, n. 431, e le eventuali opere realizzate siano state autorizzate dall'amministrazione comunale; siano stati utilizzati in conformità ai vigenti strumenti di pianificazione urbanistica; non siano stati trasformati in assenza dell'autorizzazione paesaggistica o in difformità da essa. I trasferimenti di diritti di uso civico e le permuta devono avere ad oggetto terreni di superficie e valore ambientale equivalenti, ascrivibili al patrimonio disponibile degli enti. Questi terreni vengono di conseguenza demanializzati, mentre quelli dai quali sono trasferiti i diritti di uso civico sdemanializzati e su di essi è mantenuto il vincolo paesaggistico. La nuova disciplina ha l'obiettivo di superare la criticità conseguente dalla precedente impossibilità, per i Comuni, di rilasciare l'attestazione relativa alla proprietà delle opere realizzate su terreni a uso civico in conformità agli strumenti di pianificazione urbanistica, inibendo ai proprietari l'accesso a misure di agevolazione (come, ad esempio, il bonus facciate o il 110% per le ristrutturazioni edilizie.)

i domini collettivi divengono strumento di “riscoperta” dei *commons*¹⁴⁹, oltre che un istituto attraverso il quale mettere un punto fermo sulla transizione da una concezione della proprietà collettiva quale sostegno per un’economia agricola di sussistenza a istituto centrale, funzionale alla tutela dinamica e non meramente conservativa del paesaggio, dell’ecosistema e dell’ambiente, in un’ottica di sviluppo sostenibile¹⁵⁰.

Nel Regno Unito invece, è stato lo stesso sistema di *common law* a consentire la conservazione e lo sviluppo delle *Common land* e dei *commons*, riuscendo nel tempo persino a rafforzare il diritto di accesso collettivo alla natura e a promuoverne lo sviluppo sostenibile.

I *commons*, che non erano beni comuni attribuiti ai cittadini – come erroneamente potrebbe indurre a pensare il termine – ma diritti di uso civico perché il terreno apparteneva al re, trovarono il loro sviluppo nella complessa vicenda delle *enclosures*, ovvero nell’incorporazione di tali diritti all’interno della proprietà fondiaria; vicenda che ha permeato di sé, sia il profilo sociologico dei rapporti tra signori e contadini, sia il profilo giuridico di una proprietà non unitaria, che deve fare i conti con i diversi *status* dei proprietari, i quali ne configuravano i limiti non solo con riferimento ai singoli soggetti, ma anche in relazione alle diverse entità organizzative sociali¹⁵¹.

Tutto ciò ha fatto sì che oggi, dopo numerose battaglie, venisse riconosciuto il *right to roam*, ossia un diritto di accesso collettivo alla natura, anche su fondi privati, per scopi ricreativi, così da assicurare un uso del terreno più attento alla tutela dell’ambiente e al benessere delle persone¹⁵².

Un simile diritto non è stato ancora riconosciuto nell’ordinamento nazionale e più in generale negli ordinamenti di *civil law*, tuttavia, prendendo a prestito il pensiero del Vassalli circa l’utilità della comparazione giuridica¹⁵³, si potrebbe trarre spunto dall’ordinamento anglosassone per introdurre anche in Italia un ‘diritto di accesso collettivo alla natura’ (anche su un fondo privato); in tal modo si verrebbe ad attuare un’importante cooperazione tra il proprietario del fondo e i membri della comunità, finalizzata alla conservazione del territorio e alla valorizzazione delle sue utilità, sia in favore del proprietario che della comunità¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Nel senso del maturare di un approccio ai beni collettivi che vada oltre l’idea che «ciò che è comune alla massima quantità di individui riceve la minima cura» sostenuta già da Aristotele nella *Politica*, II, 3, per esaltare, invece, la possibilità di una gestione partecipata funzionale a conseguire vantaggi permanenti grazie all’uso comune dei beni. A tal riguardo si veda E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolutions of Institutions for Collective Actions*, New York: Cambridge University Press, 1990, trad. it. (a cura) di G. VETRITTO, F. VELO con titolo *Governare i beni collettivi*, Venezia: Marsilio, 2006.

¹⁵⁰ In questo senso P. PIRAS, *Gli usi civici e la nuova dimensione paesaggistico ambientale*, cit., p. 980.

¹⁵¹ Così F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 352.

¹⁵² In questo senso L. VAGNI, *Proprietà privata sostenibile*, cit., p. 53.

¹⁵³ Cfr. F. VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, cit., pp. 89 ss.

¹⁵⁴ Così F. MARINELLI, *Usi civici e beni comuni*, cit., p. 410.

Non solo, ma tutto ciò consentirebbe di avviare anche una rilettura della proprietà privata in chiave ecologica, correggendo quella miopia ambientale che tradizionalmente (ha) caratterizza(to) i poteri del proprietario¹⁵⁵.

In esito a quanto sin qui detto è dunque possibile rilevare come “il guardare oltre” abbia consentito di lasciare sullo sfondo le problematiche legate alla struttura giuridica della proprietà, che si è visto essere diametralmente opposta nei due sistemi giuridici, per riuscire a vedere che i domini collettivi invece, in entrambe le realtà giuridiche, si sono sviluppati con unità di accenti e di principi, nell’ambito dei quali, l’ordinamento statale non ha potuto fare altro che prendere atto dell’esistenza di una realtà che ha continuato ad essere viva e vitale, mantenendo inalterata la sua funzione di valorizzazione ambientale e territoriale, quali beni comuni da salvaguardare anche per le generazioni future, attraverso la partecipazione collettiva¹⁵⁶ e lo sviluppo eco-sostenibile; attribuendo all’uomo, in entrambi i contesti giuridici, un ruolo attivo nella tutela ambientale, promotore di attività filantropiche e di perseguimento del bene comune¹⁵⁷.

Tutto ciò consente di affermare, che i domini collettivi non raffigurano affatto un relitto del passato, né una piaga feudale da estirpare e dimenticare, ma un valido modo attraverso il quale tutelare l’ambiente e le sue risorse, rilanciando in una moderna prospettiva di sostenibilità ambientale la loro antica funzione economica e sociale¹⁵⁸.

¹⁵⁵ In questi termini L. VAGNI, *Proprietà privata sostenibile*, cit., p. 51.

¹⁵⁶ La partecipazione civica – la cui essenzialità è stata anche empiricamente dimostrata dal premio Nobel per l’economia, Elinor Ostrom – consente infatti l’uso, la conservazione e finanche la valorizzazione di beni orientati al soddisfacimento di diritti fondamentali, garantendo la loro fruizione nel tempo. Oggi più che mai la comunità – sia quale singolo individuo, sia attraverso associazioni rappresentative – reclama fortemente la possibilità di trovarsi dentro i processi decisionali che la riguardano, senza essere costretta semplicemente a subirla e solo predisponendo strumenti in grado di permettere l’instaurarsi di un dialogo concreto tra istituzioni e cittadini sarà possibile garantire un solido consenso alle macro-decisioni pubbliche, evitando conflitti o disinteresse che portano all’inapplicabilità della normativa varata: in molti ordinamenti ai privati è attribuita la primaria responsabilità nella gestione diretta, mentre ai pubblici poteri è riservato un compito sussidiario di integrazione e supporto.

La vera e grande scoperta di Elinor Ostrom sta nell’aver evidenziato che le comunità organizzate possono essere in grado di regolamentare efficacemente l’uso dei beni comuni a vantaggio di tutti: dal momento che il mercato e l’intervento pubblico hanno nel tempo aggravato la situazione delle risorse naturali e dei beni comuni in generale, secondo la Ostrom occorre promuovere l’economia della condivisione e forme di gestione democratica dei beni condivisi da parte della comunità organizzata. Interessante risulta essere anche il caso degli irrigatori di Valencia, i quali attraverso dei regolamenti specificavano tempo e modi per attingere dalle acque dei canali: cfr. E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolutions of Institutions for Collective Actions*, cit., pp. 97 ss.

¹⁵⁷ In argomento F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 352; P. PIRAS, *Gli usi civici e la nuova dimensione paesaggistico ambientale*, cit., pp. 981 ss.

¹⁵⁸ Recentemente G. AGRIFOGLIO, *Fossili giuridici viventi. Alcune osservazioni su usi civici e proprietà collettiva a margine di Cass. civ. sez. II, ord. 23 novembre 2022, n. 34460*, in *Europa e diritto privato*, 1-2, 2023, pp. 413 ss., ha definito gli usi civici «fossili giuridici viventi» per sottolineare la loro capacità di adattamento all’evoluzione sociale.

Abstract [Ita]

Il concetto di sviluppo sostenibile è divenuto nel corso degli ultimi anni un elemento chiave nelle politiche moderne, specialmente nell'ambito del diritto dell'Unione europea. In questo contesto, il *Next Generation EU* e il PNRR, rappresentano una valida occasione per allineare anche in Italia le riforme economiche (ma non solo) alla tutela ambientale e alla gestione delle risorse naturali. Un aspetto innovativo in questo scenario è la rivalutazione del ruolo dei domini collettivi, che riconosciuti come ordinamenti giuridici originari attraverso la Legge n.168/2017, si rivelano strumenti strategici per la conservazione dell'ambiente, la tutela del paesaggio e la biodiversità; esattamente come avviene nel Regno Unito, qui è stato lo stesso concetto di proprietà a consentire la naturale conservazione dei domini collettivi nel corso del tempo, oltre al recente riconoscimento del *right to roam*. In siffatto modo, potrà essere avviata una rilettura della proprietà (anche privata) in chiave ecologica e correggere quella miopia ambientale che tradizionalmente caratterizza i poteri del proprietario.

Parole chiave: sostenibilità; ambiente; domini collettivi; proprietà; diritto privato comparato.

Abstract [Eng]

In recent years, the concept of sustainable development has become a key element in modern policies, particularly in the field of European Union law. In this context, Next Generation EU and the PNRR, represent a valuable opportunity to align economic reforms (but not only) with environmental protection and natural resource management in Italy as well. An innovative aspect in this scenario is the re-evaluation of the role of collective domains which, recognised as original legal systems by Law No. 168/2017, are proving to be strategic tools for environmental conservation, landscape protection and biodiversity. This is just as in the United Kingdom, where it was the very concept of property that allowed for the natural conservation of collective domains over time, in addition to the recent recognition of the right of free access. In this way, it will be possible to reinterpret property (including private property) from an ecological perspective and correct the environmental short-sightedness that traditionally characterises the powers of the owner.

Keywords: sustainability; environment; Common land; property; comparative private law.

SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE
SEZIONE III CIVILE

Ordinanza n. 27151 del 22/09/2023
(data ud. 03/07/2023)

La Corte Suprema di Cassazione Sezione Terza Civile
Composta dagli Ill.mi Sig.ri Magistrati:

Dott. TRAVAGLINO Giacomo – Presidente –
Dott. CIRILLO Francesco M. – Consigliere –
Dott. AMBROSI Irene – Consigliere –
Dott. ROSSETTI Marco – Consigliere –
Dott. ROSSELLO Carmelo C. – Consigliere –

Sul ricorso iscritto al n. 29448/2020 R.G. proposto da:
A.A., domiciliata ex lege in ROMA, PIAZZA CAVOUR presso la CANCELLERIA
della CORTE DI CASSAZIONE, rappresentata e difesa dall'avvocato D.M.M.

“Nelle fattispecie di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni professionali – si è ulteriormente precisato – è configurabile un evento di danno, consistente nella lesione dell’interesse finale perseguito dal creditore (la vittoria della causa nel contratto concluso con l’avvocato; la guarigione dalla malattia nel contratto concluso con il medico), distinto dalla lesione dell’interesse strumentale di cui all’art. 1174 c.c. (interesse all’esecuzione della prestazione professionale secondo le leges artis), e viene dunque in chiara evidenza la questione del nesso di causalità materiale, che rientra nel tema di prova di spettanza del creditore, mentre il debitore, ove il primo abbia assolto il proprio onere, resta gravato da quello “di dimostrare la causa imprevedibile ed inevitabile dell’impossibilità dell’esatta esecuzione della prestazione”.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo la ricorrente denuncia, in relazione all’art. 360, 1 co., n. 3, c.p.c., “Violazione e falsa applicazione dell’art. 1227 c.c., c. 1.”, ritenendo che la Corte territoriale abbia errato nel dichiarare la propria concorrente responsabilità, ai sensi dell’art. 1227, 1 comma, c.c., per non essersi procurata da

sè il girello deambulatore, pervenendo su tale presupposto al riconoscimento del concorso di colpa della ricorrente nella misura del 50%.

2. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia, in relazione all'art. 360, 1 co., n. 3, c.p.c., "Violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c.", ritenendo che la Corte territoriale abbia violato i principi materia di riparto dell'onere probatorio, con il motivare che fosse compito della A.A. procurarsi il girello e, di conseguenza, attribuendo alla stessa l'onere di provare di aver noleggiato un deambulatore/girello, mentre avrebbe dovuto attribuire allo studio Polidiagnostico l'onere di provare che la fornitura del girello non costituiva oggetto del contratto.

3. Con il terzo motivo la ricorrente denuncia, in relazione all'art. 360, 1 co., nn. 3 e 5, c.p.c., "Violazione e falsa applicazione degli artt. 1176 e 1218 c.c.". A detta della ricorrente, incombeva alla struttura sanitaria l'obbligo di accertamento delle proprie condizioni, che risultavano dal certificato di dimissione dell'Ospedale Rizzali, prima di utilizzare la sedia per l'esecuzione della fisiokinesiterapia che ha determinato la rifrattura e il conseguente aggravamento dello stato patologico a carico dell'arto inferiore sinistro.

4. Con il quarto motivo la ricorrente denuncia, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, "Omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti", assumendo che la Corte territoriale ha omesso l'esame della CTU che ha accertato l'aggravamento dello stato patologico a carico dell'arto inferiore sinistro riportato dalla stessa a causa della fisiokinesiterapia domiciliare eseguita dalla fisioterapista dipendente dello studio Polidiagnostico senza il girello prescritto dai medici dell'Ospedale, ma con una sedia.

5. Il primo, secondo e terzo motivo di ricorso, in quanto logicamente connessi, possono essere trattati congiuntamente.

5.1 Premesso che il primo motivo propone una inammissibile rivalutazione del merito di tutti i fatti di causa, che esula dal sindacato di legittimità, notazione che invero può essere estesa anche al secondo e terzo motivo, va osservato che le censure della ricorrente attengono alla ripartizione dell'onere della prova in materia di responsabilità sanitaria.

5.2 Questa Corte, con orientamento consolidatosi sin dagli ultimi anni dello scorso millennio, e del tutto conforme (sino all'entrata in vigore della L. 24/2017, che ha espressamente qualificato in termini aquiliani la responsabilità del sanitario) ha chiarito che, nell'ipotesi in cui il paziente alleghi di aver subito danni in conseguenza di una attività svolta dal medico (eventualmente, ma non necessariamente, sulla base di un vincolo di dipendenza con la struttura sanitaria) in esecuzione della prestazione che forma oggetto del rapporto obbligatorio tra quest'ultima e il paziente, tanto la responsabilità della struttura quanto quella del medico vanno qualificate in termini di responsabilità contrattuale: la prima, in quanto conseguente all'inadempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto atipico di spedalità o di assistenza sanitaria, che il debitore (la struttura) deve adempiere personalmente (rispondendone ex

art. 1218 c.c.) o mediante il personale sanitario (rispondendone ex art. 1228 c.c.); la seconda, in quanto conseguente alla violazione di un obbligo di comportamento fondato sulla buona fede e funzionale a tutelare l'affidamento sorto in capo al paziente in seguito al contatto sociale avuto con il medico, che diviene quindi direttamente responsabile, ex art. 1218 c.c., della violazione di siffatto obbligo (a partire da Cass., 22/1/1999, n. 589, cfr., tra le tante, Cass., 19/4/2006, n. 9085; Cass., 14/6/2007, n. 13953; Cass. 31/3/2015, n. 6438; Cass. 22/9/2015, n. 18610).

5.3 Ciò premesso, il criterio di riparto dell'onere della prova in siffatte fattispecie non è pertanto quello che governa la responsabilità aquiliana (nell'ambito della quale il danneggiato è onerato della dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito ascritto al danneggiante), ma quello che governa la responsabilità contrattuale, in base al quale il creditore che abbia provato la fonte del suo credito ed abbia allegato che esso sia rimasto totalmente o parzialmente insoddisfatto, non è altresì onerato di dimostrare l'inadempimento o l'inesatto adempimento del debitore, spettando quest'ultimo la prova dell'esatto adempimento (Cass., Sez. Un., 30/10/2001, n. 13533; conformi, ex multis, Cass. 11/2/2021, n. 3587; Cass., 4/1/2019, n. 98; Cass., 20/1/2015, n. 826).

5.4 Nelle fattispecie di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni professionali – si è ulteriormente precisato – è configurabile un evento di danno, consistente nella lesione dell'interesse finale perseguito dal creditore (la vittoria della causa nel contratto concluso con l'avvocato; la guarigione dalla malattia nel contratto concluso con il medico), distinto dalla lesione dell'interesse strumentale di cui all'art. 1174 c.c. (interesse all'esecuzione della prestazione professionale secondo le *leges artis*), e viene dunque in chiara evidenza la questione del nesso di causalità materiale, che rientra nel tema di prova di spettanza del creditore, mentre il debitore, ove il primo abbia assolto il proprio onere, resta gravato da quello “di dimostrare la causa imprevedibile ed inevitabile dell'impossibilità dell'esatta esecuzione della prestazione” (Cass. 18392/2017; Cass., 11/11/2019, n. 28991; Cass., 31/8/2020, n. 18102).

5.5 Va, pertanto, data continuità al principio di diritto in base al quale “ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, è onere del danneggiato provare il nesso di causalità fra l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) e l'azione o l'omissione dei sanitari, mentre è onere della parte debitrice provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile l'esatta esecuzione della prestazione; l'onere per la struttura sanitaria di provare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile sorge solo ove il danneggiato abbia provato il nesso di causalità fra la patologia e la condotta dei sanitari” (così Cass., Sez. III, sent. 26/7/2017, n. 18392).

5.6 La Corte territoriale ha correttamente motivato nel senso che, dall'istruttoria svolta, è emerso incontrovertibilmente, come prescritto dal presidio ospedaliero (*Omissis*) all'atto delle dimissioni, che era compito della A.A.

procurarsi il “girello” deambulatore e il rialzo per il water, che la A.A. avrebbe dovuto applicare il supporto detto “rialzo” sul water e che dette prescrizioni non erano state rispettate dalla stessa. Inoltre, l’uso improprio di una sedia per deambulare in luogo dell’apposito girello è stato posto in autonomia dalla stessa A.A. Sulla base di tali emergenze probatorie la Corte territoriale ha ravvisato un concorso di colpa della danneggiata A.A., che ha ritenuto congruo stimare nella misura del 50% (così da p. 15, 3p., a p. 16, 2 p. della sentenza).

5.7 La sentenza gravata ha pertanto deciso le questioni di diritto in modo conforme ai principi sopra riportati in materia di riparto dell’onere probatorio e di nesso di causalità, e la ricorrente non offre elementi per mutare l’orientamento della stessa, ciò che rende i motivi in esame inammissibili anche ai sensi dell’art. 360 bis, n. 1, c.p.c. 6. Sul quarto motivo. Il quarto motivo è infondato, posto che la sentenza gravata ha tenuto conto delle risultanze della CTU, dandone compiuto conto della motivazione, in particolare rilevando come il mancato utilizzo del girello sia stato imputabile al concorso di colpa della ricorrente.

...*OMISSIS*...

Responsabilità medica tra doppio ciclo causale e concorso di colpa del paziente danneggiato

Enrico Borghetto

Sommario: 1. Il fatto. – 2. Evoluzione della natura della responsabilità medica. – 2.1. La sentenza n. 18392 del 2017 e l'affermazione del duplice ciclo causale. – 3. Concorso colposo del danneggiato e duplice ciclo causale. – 3.1. (*segue*) Il legame tra duplice ciclo causale e concorso del fatto colposo del creditore. – 4. Conclusioni.

1. *Il fatto*

La vicenda su cui si fonda l'ordinanza in commento trova la sua origine in un intervento di artroprotesi totale dell'anca eseguito su una signora di 73 anni alla quale, in sede di dimissioni, vennero prescritte 30 sedute di fisiokinesiterapia e l'obbligo di acquisto del deambulatore per fini riabilitativi. Contattato lo studio fisioterapico prescelto, questo inviò a casa della signora una sua fisioterapista, al fine di porre in essere dette sedute. Tuttavia, una volta arrivata sul luogo, la professionista – ravvisata l'assenza del deambulatore – optò, su iniziativa e dunque con il consenso della paziente, di utilizzare, per l'esecuzione degli esercizi prescritti, una comune sedia. Tale scelta portò alla "rifrattura" dell'osso, con conseguente aggravamento del danno e prolungamento dei tempi di recupero. Per tale motivo la paziente chiamò in giudizio lo Studio, al fine di ottenerne la condanna al risarcimento dei danni. La Corte di prime cure accolse la domanda attorea riconoscendo la responsabilità contrattuale dello Studio e, conseguentemente, condannandolo al risarcimento del danno. Contro la decisione di primo grado lo Studio propose gravame innanzi alla Corte D'Appello di Napoli chiedendo, in via principale, la riforma della sentenza ed il rigetto della domanda risarcitoria per infondatezza e carenza di prova, e comunque per aver la paziente agito con negligenza ed imperizia, ed in via graduata, di accertare il concorso del fatto colposo del creditore nella misura dell'80%. La Corte adita, con sentenza n. 862/2020, accolse il ricorso dello Studio e, riconoscendo il concorso del fatto colposo della convenuta nella misura del 50%, rideterminò conseguentemente l'entità del risarcimento dovuto.

Avverso detta sentenza la paziente ricorse per Cassazione, affidando le sue doglianze ai seguenti motivi: a) la violazione e falsa applicazione dell'art. 1227 c.c., ritenendo non corretta la dichiarazione della propria concorrente

responsabilità nella causazione del danno; *b*) la violazione e falsa applicazione degli artt. 2697, 1176 e 1218 c.c., in quanto non sarebbero state applicate correttamente le norme ed i principi sul riparto degli oneri probatori e sulla responsabilità dei sanitari.

Tema centrale che caratterizza l'*iter* argomentativo della Suprema Corte è proprio il riparto degli oneri probatori tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale con particolare riguardo al regime della responsabilità medica e al fatto colposo del danneggiato. Pertanto, premessi brevi cenni generali sulla natura giuridica della responsabilità medica, l'attenzione sarà rivolta ai suddetti profili.

2. *Evoluzione della natura della responsabilità medica*

Quello della responsabilità medica è un ambito che da sempre suscita grande clamore, indissolubilmente legato alla salute, uno dei diritti fondamentali dell'uomo, ha raccolto intorno a sé un'ampia mole di decisioni giurisprudenziali ed elaborazioni dottrinali. È allora opportuno, al fine di meglio comprendere il discorso che andrà sviluppandosi, ripercorrere brevemente le tappe principali che hanno caratterizzato l'evoluzione della responsabilità medica.

Punto di partenza è l'arresto delle Sezioni Unite n. 589 del 1999¹, in cui la Corte, dovendo decidere su un caso di responsabilità medica, ricondusse all'interno dell'ambito contrattuale sia la condotta della struttura², sia quella del medico³, chiarendo come la prestazione di quest'ultimo fosse un'obbligazione

¹ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2000, I, 3, pp. 334-343, con nota di A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, ivi, pp. 343-351.

² La qualificazione contrattuale della responsabilità del medico viene ricavata da Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., pp. 339-340., la quale argomenta muovendo dal dettato dell'art. 1173 c.c., che permette il sorgere di obbligazioni a partire da ogni altro atto o fatto idoneo, in conformità con l'ordinamento, a produrle. Ne deriva quindi l'idoneità di un principio di rango costituzionale come la salute a fungere da base per la nascita di un obbligo. Prosegue la Corte, richiamando quelle ipotesi in cui un rapporto, pur non essendo di origine contrattuale, in concreto viene costituito grazie al semplice «contatto sociale», dando origine a dei «rapporti contrattuali di fatto o da contatto sociale». La Corte arriva così a sostenere che: «si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso». Con riguardo specificamente alla professione medica, si afferma che «la pur confermata assenza di un contratto, e quindi di un obbligo di prestazione in capo al sanitario dipendente nei confronti del paziente, non è in grado di neutralizzare la professionalità (secondo determinati standard accertati dall'ordinamento su quel soggetto), che qualifica ab origine l'opera di quest'ultimo, e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in "contatto" con lui».

³ Osserva C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 1, pp. 69-128, spec. pp. 88-89, come, mediante l'*iter*

di mezzi; questo dato è importante poiché, al tempo in cui detta sentenza fu emanata, sussisteva la distinzione tra operazioni routinarie o “ad alta vincolatività” e interventi di difficile esecuzione⁴, che determinavano un cambiamento nel regime probatorio delle parti⁵. La pronuncia da ultimo citata ha infatti ricordato che incombe sul sanitario che, al fine di escludere la propria responsabilità, invoca il più favorevole regime di colpa di cui all’art. 2236 c.c., l’onere di provare che la prestazione presentava problemi tecnici di speciale difficoltà, lasciando al paziente l’onere di provare le modalità di esecuzione dallo stesso ritenute inidonee. Nei casi di interventi routinari, al contrario, pur non mutando la natura dell’obbligazione, il paziente avrebbe dovuto dimostrare che l’intervento era di facile esecuzione, con l’onere del professionista di provare che l’insuccesso dell’operazione non era dipeso da un suo difetto di diligenza e quindi non fosse a lui imputabile. Qualche anno dopo, la Suprema Corte torna ad affrontare, in una prospettiva più generale, il tema del riparto degli oneri probatori in caso di inadempimento contrattuale, con una pronuncia a Sezioni unite⁶ in cui stabilisce che, anche nel caso di richiesta di risarcimento, il creditore ha solamente l’onere di provare la fonte negoziale o legale del suo

argomentativo esposto nella sentenza n. 589/1999 la Cassazione abbia accolto l’idea che «per dare al tipo di fatto in questione (*la qualificazione come contrattuale della responsabilità del medico fondata sull’affidamento che il paziente ripone nel professionista*) la forma giuridica più appropriata, mettere da parte il modello dell’illecito, che per definizione è non relazionale, implica l’accoglimento dell’idea che obblighi di protezione possano darsi anche quando manca l’obbligo di prestazione, che possa darsi cioè una obbligazione senza prestazione». Corsivo aggiunto.

⁴ Questa distinzione è stata inaugurata da Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Il Foro italiano*, 1979, I, cc. 4-9.

⁵ Si rimanda all’opera di L. NONNE, *Prova e giudizio di causalità*, in *Il regime probatorio nel giudizio sulla responsabilità da inadempimento*, M. MAGGIOLO (a cura di), Milano, 2022, pp. 631-704, spec. pp. 666-669, in cui l’Autore ritiene opportuno riprendere la distinzione tra obbligazioni “ad alta vincolatività” e “difficili” al fine di evitare l’applicazione di soluzioni troppo rigide o omologanti che portino ad addossare la prova dei fatti causali esclusivamente sul debitore. L’impiego di tale distinzione permetterebbe una migliore distribuzione degli oneri probatori inerenti sia il nesso di causalità sia, in particolare, la c.d. “causa ignota”, che si identifica, nella ricostruzione dell’A. a cui si rimanda, con il fattore che ha determinato l’evento dannoso nonostante la prestazione sia stata correttamente eseguita. In ambito probatorio, e sempre con particolare riferimento all’elemento della causa ignota, tale distinzione, tra obbligazioni “ad alta vincolatività” (*di risultato*) e “difficili” (*di mezzi*), porterebbe all’adozione delle seguenti regole «i) nella prima ipotesi, se il risultato auspicato non si produce, il debitore andrà esente da responsabilità là dove riuscisse ad individuare la “causa estranea” che ne ha prodotto l’insuccesso, sopportando in caso diverso il rischio della mancata prova e, pertanto, della “causa (rimasta) ignota”; ii) nell’ipotesi dell’obbligazione “di mezzi” (*difficili*), poiché all’allegazione del proprio inadempimento da parte del creditore l’obbligato può replicare dando prova di avere rispettato puntualmente le *leges artis* e, pertanto, di avere adempiuto la prestazione dovuta, il rischio della mancata individuazione di una causa alternativa e diversa dall’inadempimento, nonché prevedibile ed evitabile, alla quale ricondurre la mancata realizzazione dell’interesse del creditore ricade ineluttabilmente su quest’ultimo». Corsivo aggiunto.

⁶ Si fa riferimento a Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Il Foro italiano*, 2002, I, cc. 769-780., con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, ivi, cc. 769-775.

diritto potendosi limitare ad allegare l'inadempimento; al contrario, grava sul debitore, in virtù della presunzione di persistenza del diritto e del principio di vicinanza della prova, dimostrare l'esatto adempimento o, comunque, la causa a lui non imputabile che lo ha reso impossibile⁷. I principi innovativi espressi da tale pronuncia saranno tuttavia recepiti in ambito medico soltanto alcuni anni più tardi quando, nel 2008, le Sezioni unite⁸ tornano ad occuparsi dell'inadempimento e del nesso causale nelle obbligazioni del medico. In detta pronuncia i giudici della Suprema Corte compiono un deciso passo in avanti superando la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato⁹ e onerando il paziente della allegazione di un inadempimento qualificato, ossia un inadempimento determinato da condotte del medico difformi rispetto a quelle dovute e intrinse di una astratta capacità eziologica atta a causare il danno lamentato¹⁰. La richiesta di allegazione di condotte astrattamente idonee a provocare il danno presenta come controaltare l'onere per il medico di dimostrare, sul piano concreto, di aver perfettamente eseguito la prestazione oppure che, seppur presente l'inadempimento, questo non ha avuto un ruolo eziologicamente rilevante nella causazione del danno-evento. In sostanza, si contrappone all'allegazione in astratto del paziente, la prova in concreto del medico.

Qualche anno dopo, il legislatore, nel tentativo di contenere il crescente fenomeno della medicina difensiva¹¹ e di prevenire la fuga delle assicurazio-

⁷ Per un visone critica della regola sul riparto degli oneri probatori espressa dalla Suprema Corte nella sentenza del 30 ottobre del 2001, n. 13533, si rimanda a M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, 2008, 10, pp. 1002-1009.

⁸ Così Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, 4, pp. 849-855, con nota di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*, ivi, pp. 856-864.

⁹ In particolare, Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., spec. pp. 851-852, afferma come «*Il punto relativo alla prova del nesso di causalità non può essere condiviso, nei termini in cui è stato enunciato, poiché esso risente implicitamente della distinzione tra obbligazioni di mezzi ed obbligazioni di risultato, che se può avere una funzione descrittiva, è dogmaticamente superata, quanto meno in tema di riparto dell'onere probatorio dalla predetta sentenza delle S.U. n. 13533/2001 [...]. Infatti, come detto, questa Corte (sent. n. 13533/2001) ha affermato che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale (in conformità a criteri di ragionevolezza per identità di situazioni probatorie, di riferibilità in concreto dell'onere probatorio alla sfera di azione dei singoli soggetti e di distinzione strutturale tra responsabilità contrattuale e da fatto illecito) è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, ex art. 1453 c.c., sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale, ex art. 1218 c.c., senza richiamarsi in alcun modo alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*».

¹⁰ Si veda A. CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2008, 7, pp. 1655-1659, in commento a Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, ivi, pp. 1653-1655; M.G. CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*, ivi, 2008, 10, pp. 2197-2220; cfr. anche M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, cit., pp. 1002-1009.

¹¹ Sul tema della medicina difensiva si rimanda a C. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina*

ni dal settore sanitario, introduce la cosiddetta Legge Balduzzi¹², il cui art. 3 stabilisce che «L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile [...]»¹³. Ciò che interessa sotto il profilo civilistico è il richiamo alla sopracitata norma che ha suscitato confusione e diversità di vedute in dottrina e giurisprudenza, portando taluni ad interpretarlo in un senso tale da conservare la responsabilità del sanitario all'interno dell'ambito contrattuale¹⁴ e altri, al contrario, ad intravedere la volontà del legislatore di creare un doppio binario di responsabilità volto a proteggere l'agire sanitario tramite la qualificazione della sua responsabilità come extracontrattuale¹⁵.

La confusione ingenerata dalla legge Balduzzi ha posto in luce delle esigenze di chiarezza che la successiva l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco¹⁶) e la sentenza della Corte di Cassazione, del 26 luglio 2017, n. 18392¹⁷ hanno cercato di soddisfare. In primo luogo, la legge Gelli-Bianco¹⁸, perseguendo il fine di ridurre il contenzioso in ambito medico, nonché quello di

difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2018, 2, pp. 410-444; E. MARCHISIO, *Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina "difensiva"*, in *Rivista di diritto civile*, 2020, 1, pp. 189-220.

¹² D.L., 13 settembre 2012, n. 158, convertito in l. 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. legge Balduzzi)

¹³ Art. 3, co. 1, D.L., 13 settembre 2012, n. 158, convertito in l. 8 novembre 2012, n. 189.

¹⁴ Si veda A. GARIBOTTI, *In claris non fit interpretatio, o meglio in obscuris fit interpretatio: l'art. 3 della Legge Balduzzi sfida anche i criteri dell'ermeneutica*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2015, 2, pp. 722-731; L. MATTINA, "Legge Balduzzi": natura della responsabilità civile del medico, in *Danno e responsabilità*, 2014, 6, pp. 633-645.

¹⁵ In questo senso V. CARBONE, *La responsabilità del medico pubblico dopo la legge Balduzzi*, in *Danno e responsabilità*, 2013, 4, pp. 378-392., commento a Cass. civ. 19 febbraio 2013, n. 4030; Trib. Arezzo, sent. 14 febbraio 2013; Trib. Milano, ord. 21 marzo 2013; Trib. Torino, sent. 26 febbraio 2013., ivi, pp. 367-378.

¹⁶ Per una più vasta analisi sul tema della disciplina introdotta dalla legge Gelli-Bianco si veda A. DE SANTIS, *La colpa medica alla luce della legge Gelli-Bianco*, in *Studium Juris*, 2017, 7-8, pp. 790-804; D. RONCALI, *Le linee-guida e le buone pratiche: riflessioni medicolegali a margine della legge Gelli-Bianco*, in *Danno e responsabilità*, 2017, 3, pp. 280-282; E. MARCHISIO, *Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina "difensiva"*, cit., pp. 189-220; F. DI LELLA, *Leges artis e responsabilità civile sanitaria*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2018, 2, pp. 264-272; M. FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (Prima parte)*, in *Studium Juris*, 2017, 6, pp. 659-669; ID., *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (Seconda parte)*, in *Studium Juris*, 2017, 7-8, pp. 781-789; R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e responsabilità*, 2017, 3, pp. 261-267.

¹⁷ Cass., 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno e responsabilità*, 2018, 3, pp. 345-349, con nota di G. D'AMICO, *Il rischio della "causa ignota" nella responsabilità contrattuale in materia sanitaria*, ivi, pp. 349 - 358.

¹⁸ Per una ricostruzione del percorso della responsabilità medica tra legge Balduzzi e legge Gelli-Bianco si veda C. CASTRONOVO, *Swinging malpractice. Il pendolo della responsabilità medica*, in *Europa e diritto privato*, 2020, 3, pp. 847-889.

arginare il citato fenomeno della medicina difensiva, ha definitivamente separato i profili di responsabilità di medico e struttura, formalizzando così quel doppio binario, che – come accennato – già taluni interpreti avevano ricavato implicitamente dalla sopracitata legge Balduzzi. Nello specifico, il profilo di responsabilità ascrivibile alla struttura sanitaria permane nell'alveo della responsabilità contrattuale, trovando la propria disciplina negli artt. 1218 e 1228 c.c., in virtù dei quali la struttura è chiamata a rispondere, in via diretta, dei danni derivanti dall'inadempimento del contratto atipico di ospedalità, nonché – a titolo di responsabilità oggettiva – per i danni cagionati dalla condotta degli operatori sanitari che operano al suo interno¹⁹. Per quanto concerne, invece, questi ultimi, essi rispondono dei danni cagionati dalle loro condotte in via extracontrattuale, salvo che non abbiano stipulato con il paziente uno specifico contratto di opera professionale. Si può ritenere che la scelta del legislatore di rivolgersi, in generale, agli operatori sanitari e non esclusivamente ai medici non sia casuale, ma sia volta ad estendere il regime di responsabilità più favorevole a tutti coloro che lavorano all'interno delle strutture sanitarie, siano esse pubbliche o private. Il riconoscimento legislativo del citato doppio binario di responsabilità consente senz'altro di perseguire più efficacemente l'obiettivo della riduzione del contenzioso, soprattutto nei confronti degli operatori sanitari. Difatti, l'affermazione della natura extracontrattuale della responsabilità dell'operatore sanitario comporta, conseguentemente, un più gravoso onere probatorio in capo al paziente, nonché un termine prescrizione più ridotto per l'esercizio dell'azione risarcitoria. A ciò si aggiunga che, comunque, il paziente danneggiato può più agevolmente (entro una cornice temporale più ampia) rivalersi sulla struttura dove l'operatore sanitario svolge la propria attività.

L'intento di dissuadere i pazienti dall'agire contro i sanitari sembrerebbe però essere stato perseguito più efficacemente dalla citata sentenza della Corte di Cassazione del 26 luglio 2017, n. 18392 (c.d. sentenza Scoditti)²⁰, la quale ha gravato il soggetto leso, che si ritenesse danneggiato dalla condotta degli operatori sanitari, dell'onere di provare il nesso di causalità materiale, tra la

¹⁹ Tale distinzione ricopre un ruolo centrale, in quanto, con il contratto atipico di ospedalità, che intercorre tra il paziente e la struttura sanitaria, quest'ultima non si obbliga soltanto a porre in essere le cure mediche e chirurgiche avvalendosi degli operatori sanitari, ma altresì a mettere a disposizione del paziente il personale medico ausiliario e paramedico, i medicinali e tutte le attrezzature tecniche necessarie, nonché le prestazioni in senso lato alberghiere, come vitto e alloggio per il degente. Proprio nell'esecuzione delle prestazioni da ultimo citate, la struttura può incorrere in quella responsabilità detta "diretta" per non aver eseguito i propri obblighi, restando "indirettamente" e oggettivamente responsabile dei danni causati dal personale sanitario che opera al suo interno; in questo senso cfr. E. CONTI, *Contratto di ospedalità e regimi di tutela nei confronti dei terzi*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, 4, pp. 810-818; M. BIONDI, *Contratto di ospedalità e responsabilità della struttura sanitaria*, in *I contratti*, 2022, 4, pp. 447-454; M. GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, cit., pp. 1002-1009.

²⁰ Cassazione Civile, 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno e responsabilità*, cit. pp. 345-349

condotta di questi ultimi e il danno alla salute, consistente nell'aggravamento di patologie preesistenti o nell'insorgenza di nuove. In questo modo, se la legge Gelli-Bianco ha separato i profili di responsabilità tra struttura e sanitario, la sentenza Scoditti ha completato l'opera avendo importato elementi di responsabilità aquiliana all'interno del rapporto obbligatorio, rendendo così meno agevole per il creditore-danneggiato ottenere il risarcimento del danno.

2.1. *La sentenza n. 18392 del 2017 e l'affermazione del duplice ciclo causale*

La sentenza²¹ appena richiamata ha avuto un ruolo centrale all'interno del panorama giurisprudenziale sulla responsabilità medica, motivo per il quale è necessario soffermarsi su di essa prima di andare avanti. Nell'espone il proprio ragionamento in tema di prova del nesso causale²², la Corte prende il via dando conto della presenza di due distinti orientamenti: il primo impone al paziente²³ che si ritenga danneggiato dalla condotta dei sanitari la dimostrazione del nesso di causa tra l'agire degli stessi ed il peggioramento delle sue condizioni di salute²⁴; il secondo, come enunciato già in precedenza dalle Sezioni Unite n. 577 del 2008, richiede al creditore la prova del titolo costitutivo del diritto e quella del danno, essendo sufficiente la mera allegazione dell'inadempimento²⁵. La Corte prosegue poi il suo argomentare chiarendo come la causalità relativa all'evento (c.d. causalità materiale) e quella relativa al danno (c.d. causalità giuridica)²⁶ siano proprie di entrambe le fattispecie di responsabilità e di come, quindi, sia in caso di responsabilità contrattuale che

²¹ Sul vasto tema della responsabilità contrattuale del medico anche seguito del rinato dibattito alla volta di Cassazione n. 18392/2017 si veda l'opera di E. SCODITTI, *La responsabilità contrattuale del medico dopo la l. n. 24 del 2017: profili di teoria dell'obbligazione*, in *Il Foro italiano*, 2018, II, cc. 265-278.

²² Sul tema si veda G. GIOIA, *La prova del nesso causale nella responsabilità medica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2019, 4, pp. 1341-1368.

²³ Vedasi Cass. civ., sez. III, 27 novembre 2012, n. 20996, in *Danno e Responsabilità*, 2013, 6, pp. 645-648, con nota di B. TASSONE, *Concause, orientamenti recenti e teorie sulla causalità*, ivi, pp. 649 – 660; Cass. civ., sez. III, 31 luglio 2013, n. 18341, in *I Contratti*, 2014, 2, pp. 139-140, con nota di A. PUTIGNANO, *Danno da parto in presenza di cause patologiche pregresse e onere della prova*, ivi, pp. 140-145; Cass. civ., sez. III, 20 ottobre 2015, n. 21177, in *CED Cassazione*, 2015.

²⁴ Punto 2.1 della motivazione di Cassazione 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno e Responsabilità*, cit. p. 346.

²⁵ Punto 2.1.1. della motivazione di Cassazione Civile 26 luglio 2017, n. 18392, in *Danno e responsabilità*, cit., pp. 346-347.

²⁶ Sul tema della causalità materiale e giuridica si veda l'opera di A. BELVEDERE, *Causalità Giuridica?*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2006, 1, pp. 7-27; C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, cit., *passim*; G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: "fatto dannoso e conseguenze"*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1951, 11-12, pp. 405-421; G. VALCAVI, *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempimento e da illecito*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, 4, pp. 409-421; F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967; N. RIZZO, *La causalità civile*, Torino, 2022, pp. 277-338.

extracontrattuale, non vi siano differenze tra gli oneri di allegazione e prova da parte del danneggiato²⁷. Ne discende l'onere per il soggetto leso di provare il danno-evento subito e la sua eziologia, intesa quest'ultima come processo causale che partendo dalla condotta del medico ha portato alla lesione del diritto alla salute. La Suprema Corte continua rappresentando come la dimostrazione delle cause di estinzione dell'obbligazione sia onere del debitore e che sempre sullo stesso ricada l'obbligo di agire in maniera diligente al fine di non porre in essere comportamenti (attivi od omissivi) che possano estinguere la possibilità di adempiere. All'esito del suddetto ragionamento, le Sezioni Unite giungono alla elaborazione del c.d. duplice ciclo causale che impone al creditore che si ritenga danneggiato l'onere di provare la causalità materiale, ossia il collegamento eziologico tra la condotta del sanitario ed il danno consistente nel peggioramento dello stato di salute. Solo se il paziente soddisfa questo primo ciclo, sorge in capo al debitore l'onere di soddisfare il secondo, dimostrando l'intervento di una causa estranea, a lui non imputabile, che ha reso impossibile l'esecuzione della prestazione²⁸. Lo schema così delineato pone in capo al

²⁷ In particolare, A. BELVEDERE, *Causalità Giuridica*², cit., p.21, osserva, contestando la natura causale della regola della c.d. causalità giuridica come «una cosa è impiegare la causalità al fine di imputare un evento ad un soggetto [...] altra cosa è impiegare la causalità per stimare il danno risarcibile», ma al punto in cui è giunta la nostra analisi dovrebbe apparire evidente che una volta imputato ad un soggetto un fatto (dannoso), la stima del danno da risarcire viene fatta con strumenti concettuali che nulla hanno a che vedere con la causalità: molto banalmente, una volta imputata ad un soggetto la distruzione di un bene altrui, la stima del danno da risarcire viene fatta sulla base del valore di mercato di tale bene. La causalità esaurisce quindi la sua funzione con «la determinazione degli eventi da porre a fondamento del danno risarcibile».

²⁸ Fa notare F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, in *Giurisprudenza italiana*, 2019, 3, pp. 709-738, spec. pp. 714-715, come nel proprio incedere argomentativo Cassazione n. 18392/2017 abbia mutato l'oggetto della prova gravante sul sanitario-debitore dal fattore causale del danno alternativo all'inadempimento – comprendente le ipotesi di causa alternativa reale e concausa prevalente –, nel fattore che ha reso impossibile la prestazione. Afferma l'A. che così facendo si è compiuta una «manipolazione che trasforma nella prova di una causa sopravvenuta, che ha estinto il rapporto obbligatorio provocando l'impossibilità della prestazione, quella che, nella prospettiva delle Sezioni unite, e con tutta evidenza un'eccezione in senso stretto tesa a negare l'esistenza del rapporto di causalità tra l'inadempimento qualificato in senso eziologico, allegato dal creditore, e il danno consistente nell'aggravamento della patologia, o nell'insorgenza di una diversa affezione, e tutto ciò grazie all'introduzione in giudizio di una c.d. causa alternativa reale oppure di una concausa prevalente sul piano eziologico sulla base di quelle valutazioni squisitamente giuridiche presupposte dall'art. 41, 2° comma, c.p.». Prosegue l'A. nel suo argomentare evidenziando come, con riguardo alla confutazione del nesso eziologico, e una volta accertato l'inadempimento del debitore, provare l'esistenza di una causa alternativa reale, o di una concausa prevalente, e dare la prova dell'impossibilità sopravvenuta non siano la medesima cosa e non producano, del pari, nemmeno i medesimi effetti pur escludendo entrambe le ipotesi la responsabilità debitoria. Nel primo caso, infatti, il vincolo obbligatorio permane e consente quindi di richiedere al debitore la rettifica della prestazione inesatta, mentre, nel secondo caso, l'impossibilità sopravvenuta dissolve una delle condizioni strutturali di esistenza dell'obbligazione, ossia la possibilità di conseguire il risultato mediante il tipo di prestazione che il debitore si era impegnato ad attuare, decretando, in tal modo, la complessiva estinzione del rapporto obbligatorio.

creditore il rischio della causa ignota, ossia il rischio di soccombere all'interno del giudizio per non essere riuscito a dimostrare il nesso causale posto a fondamento della sua domanda. Tale approccio favorisce senz'altro il medico, il quale dovrà preoccuparsi dell'onere probatorio a proprio carico solo qualora il paziente riesca nell'ardua impresa di dimostrare, sul piano della causalità, il nesso tra condotta del sanitario e il danno-evento.

Pochi anni più tardi la Cassazione è tornata nuovamente a pronunciarsi sul tema della causalità, con quelle che verranno poi denominate come le sentenze gemelle di San Martino, le n. 28991 e 28992 del 2019²⁹. Queste sentenze esprimono l'evoluzione del pensiero giurisprudenziale sulla teoria del doppio ciclo causale inaugurata, come detto, nel 2017. La Suprema Corte, dopo aver distinto le obbligazioni di *facere* professionale da quelle di dare e di fare generico, ha individuato all'interno delle prime due distinti interessi, uno primario e uno strumentale³⁰. Proprio la coesistenza di tale duplice interesse, nelle obbligazioni professionali e, segnatamente, in quella sanitaria, giustificherebbe l'onere posto in capo al creditore di provare la causalità materiale tra la condotta del debitore e il danno evento³¹. Secondo la Corte, la necessità

²⁹ Cass. Civ. 11 novembre 2019, n. 28991; Cass. Civ. 11 novembre 2019, n. 28992, in *Danno e responsabilità*, 2020, 1, pp. 71-75., con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Inadempimento e causalità "materiale": perseverare diabolicum*, ivi, pp. 75-84.

³⁰ Precisamente N. RIZZO, *La causalità civile*, cit., pp. 77-85, afferma come, mediante la distinzione tra obbligazione di dare e fare generico e obbligazioni di fare professionale la Suprema Corte, con la sentenza n. 18392/2017, abbia inteso rievocare la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato accollando al creditore il rischio della causa ignota. In particolare, l'A. evidenzia come tale accollo sia stato realizzato argomentando circa la possibilità data al creditore, una volta allegato l'inadempimento e a seguito della prova *prima facie* del debitore del suo esatto agire, di dimostrare che la prestazione sia divenuta impossibile per un fatto che il debitore non solo poteva ma doveva prevedere e prevenire. La peculiarità di tale assetto probatorio risiede nella non fisiologica estinzione dell'obbligazione a seguito della dimostrazione del debitore del suo esatto agire: ciò accade in ragione della centralità che il tema del danno ricopre all'interno di queste particolari ipotesi in cui si presuppone che, in qualche modo, il creditore sia riuscito a dimostrare che un danno vi è stato mancando solamente la connessione tra l'evento, quindi la causa, ed il danno stesso. Presupposta l'esistenza di un danno e preclusa la possibilità di ricondurre quest'ultimo ad un inadempimento debitorio l'indagine causale si indirizza verso la ricostruzione di eventi lesivi che il debitore avrebbe dovuto prevenire ed evitare. Tale impostazione, secondo l'A., non fa altro che fornire al creditore «un ultimo tentativo di dimostrare che, pur non essendo stata raggiunta la prova dell'inadempimento, la causa del danno potrebbe ugualmente consistere in una condotta omissiva del debitore, il cui reciproco avrebbe dovuto essere una condotta attiva di impedimento (non – a ben vedere – dell'impossibilità della prestazione ma) del fattore generativo, cioè della causa, del danno».

³¹ In senso critico rispetto all'indirizzo intrapreso dalla Suprema Corte con la sentenza 18392/2017 si veda R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in ambito medico*, in *Il Foro italiano*, 2018, I-2, cc. 3582-3593., secondo cui, c. 3593, il sistema elaborato da detta Cassazione sarebbe paragonale ad un gioco di specchi capace di ingenerare un senso di vertigine in chi legge e di paura negli operatori, i quali, per poter correttamente applicare i dettami di tale sentenza dovrebbero procedere alla creazione di una checklist basata sul ragionamento algoritmico del «if... then...» così da poterne correttamente implementare i dettami.

di distinguere le generiche obbligazioni di dare e fare dalle obbligazioni di *facere* professionale sarebbe giustificata dal fatto per cui nelle prime la causalità materiale non sarebbe sostanzialmente distinguibile dall'inadempimento in quanto, all'interno di esso, vi sarebbe già l'individuazione del danno e della sua causa³². Non sarebbe allora necessario andare ad indagare i percorsi causali che legano una determinata condotta del debitore al danno-evento, in quanto la natura relazionale dell'obbligazione permetterebbe, in presenza di un inadempimento, di ottenere queste informazioni semplicemente volgendo lo sguardo all'obbligazione³³. Per ciò che concerne invece le obbligazioni di *facere* professionale, la necessità di una indagine causale sarebbe data dalla natura peculiare dell'obbligazione, che non predeterminando il risultato *ex ante* e agendo su un piano diverso da quello su cui avviene il danno, richiede una analisi a posteriori per valutare se la condotta posta in essere dal debitore abbia effettivamente arrecato al creditore il danno che egli lamenta³⁴. Tratto caratteristico di queste obbligazioni è infatti la compresenza di un interesse strumentale e di uno primario che, pur presentandosi come paralleli, risultano talvolta essere tangenti. L'interesse strumentale si sostanzia nella prestazione dedotta in obbligazione, ossia le cure che il medico è tenuto a compiere nel rispetto delle *leges artis*, coincidendo pertanto con l'interesse creditorio a che il debitore-professionista esegua esattamente la prestazione cui si è obbligato³⁵.

³² Molto chiaro sul punto è N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, 2, pp. 327-337, spec. p. 328, il quale, in merito all'individuazione della causalità materiale nelle obbligazioni di dare o fare operata dalla Corte nella sentenza dell'11 novembre 2019, n. 28991 si esprime così: «Non che – tiene a precisare la Cassazione – la causalità (materiale) non sia distinguibile dall'imputazione anche nelle obbligazioni di dare e fare: lo sarebbe, ma solo in astratto, concettualmente, mentre, in concreto, causalità ed inadempimento tenderebbero a coincidere, il secondo implicando la prima. Ciò perché, se l'obbligazione è di dare o di fare, l'esatta esecuzione della prestazione dovuta soddisfa direttamente, da sola, l'interesse del creditore in vista del quale è sorto il rapporto obbligatorio; viceversa, la mancata od inesatta esecuzione della prestazione determina, senza margini di incertezza, la lesione di quell'interesse e dunque la sua insoddisfazione. Pertanto, in queste specie di obbligazioni, l'inadempimento porterebbe con sé la causalità (dell'inadempimento), e provato l'uno è per forza di cose provata pure l'altra».

³³ F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., pp. 717-719.

³⁴ Sempre F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., pp. 720-723, il quale parla di prestazione con risultato non predeterminabile a priori – o indeterminato – e di come, in questa fattispecie, non si assista a una implicazione necessaria tra danno e inadempimento. Ne deriverebbe che, nelle obbligazioni con risultato indeterminato, l'allegazione o la prova di una modificazione peggiorativa della propria sfera giuridica non integra di per sé l'allegazione o la prova dell'inadempimento, né l'allegazione o la prova di quest'ultimo integra di per sé la prova o l'allegazione della connessione causale tra la modificazione e la condotta imperita del debitore. Al creditore non basta, quindi, allegare o provare il presunto danno, né allegare o provare la condotta omessa o inesatta, dovendo necessariamente compiere anche una valutazione di natura causale.

³⁵ Osserva L. NONNE, *Prova e giudizio di causalità*, cit., spec. pp. 661-669, come, date le peculiarità dell'arte medica, questa possa essere ricondotta all'interno delle c.d. obbligazioni con risultato non predeterminato *ex ante*, in cui la valutazione dell'inadempimento va formu-

L'interesse primario, nell'ambito delle prestazioni sanitarie, si sostanzia nella guarigione dalla malattia, ovvero nel miglioramento, o almeno non peggioramento, delle condizioni di salute³⁶. Come si vede, questi interessi operano su piani diversi. Non sarebbe corretto, secondo la Corte, affermare che l'inadempimento di per sé leda direttamente il diritto alla salute, poiché la prestazione medica consiste nell'eseguire con perizia le condotte che le linee guida, o le buone pratiche clinico assistenziali, impongono al sanitario in quella specifica situazione. D'altronde, ricorda il Supremo Collegio citando un'autorevole dottrina, la guarigione «o, comunque, il miglioramento della salute dipendono troppo poco dalla volontà del medico e dalla collaborazione del paziente per essere dedotte all'interno dell'obbligazione»³⁷. Di conseguenza, la mera alle-

lata attraverso l'utilizzo del c.d. giudizio teleologico a posteriori, con cui si raffronta il risultato ottenuto in concreto dal debitore col risultato astratto a cui il creditore afferma si sarebbe giunti se il debitore avesse posto in essere diverse e più perite condotte. Si evidenzia come tale tipo di giudizio non miri ad accertare la presenza del nesso causale ma semplicemente a ricondurre il contegno debitorio sotto una legge di copertura, al fine di verificare l'astratta corrispondenza tra la lesione lamentata dal creditore e i tipi di danno che la condotta debitoria è idonea a causare. Su queste basi, afferma l'A. spec. p. 662, che «i) quando il risultato dell'obbligazione è determinabile *ex ante* (ossia, è determinato), l'inadempimento risulta intrinsecamente dannoso, in quanto non consente al creditore di ottenere l'utilità rappresentata nel titolo; ii) quando il risultato è determinabile *ex post*, l'inadempimento in sé e per sé considerato non è automaticamente produttivo di un danno né, viceversa, il danno stesso è implicato dall'inadempimento, a differenza della precedente categoria di obbligazioni». Vi è di più: la riconduzione della prestazione medica all'interno delle obbligazioni con risultato non predeterminabile *ex ante* non solo terrebbe conto della specificità della stessa, essendo scopo della prestazione e della condotta debitoria già individuati dal vincolo giuridico, ma permetterebbe di concentrare l'attenzione su ciò che realmente deve individuarsi: le modalità di perseguimento dello scopo per cui è sorta l'obbligazione. A tal proposito, afferma l'Autore, spec. p. 665, che «nelle obbligazioni con risultato determinabile a posteriori un risultato ovviamente c'è ma è tendenziale, generico. La sua specificazione è affidata alla perizia, intesa come complesso delle *leges artis*, la quale in questi frangenti esplica la sua funzione di determinazione dell'oggetto dell'obbligazione, per necessità, in congiunzione con le specificità della singola vicenda. Modalità del raggiungimento del risultato, ma anche maggiore o minore ampiezza dello stesso, sono influenzate dal contesto, che reagisce sul tipo di contegno da assumere». Alla luce di quanto sopra affermato, qualora si accedesse definitivamente alla qualificazione della prestazione del medico come obbligazione a risultato non predeterminabile *ex ante*, l'inadempimento, in sé e per sé considerato non potrebbe costituire automaticamente fonte di danno.

³⁶ Ancora N. RIZZO, *Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze*, cit., pp. 328-329, a cui si rimanda per una più estesa trattazione del tema, afferma che, nelle obbligazioni di *facere* professionale, la prestazione del debitore-sanitario sia uno strumento (in questo senso strumentale) necessario ma non sufficiente, una tappa del percorso volto a soddisfare l'interesse (primario) del creditore alla guarigione o al miglioramento delle condizioni di salute. Interesse primario che, pur non essendo dedotto per sua natura in obbligazione, non cadrebbe nella irrilevanza giuridica, ma impronterebbe di sostanza causale la relazione tra le parti, diventando il secondo polo dell'indagine eziologica. Per questi motivi, nelle obbligazioni di *facere* professionale è necessaria un'indagine eziologica tra causalità dell'inadempimento e l'inadempimento stesso, in quanto il collegamento tra condotta del debitore e pregiudizio del creditore diventa fatto costitutivo, di cui deve essere data la dimostrazione.

³⁷ La Cassazione richiama l'opera di L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni*

gazione dell'inadempimento del medico non si traduce nella dimostrazione della causazione del danno alla salute del paziente, poiché il peggioramento delle condizioni di quest'ultimo potrebbe derivare da cause esterne rispetto alla condotta del medico, così come – al contrario – potrebbe esserci stato un inadempimento del medico che non abbia concretamente causato alcun danno al degente. Per tale motivo, assume rilevanza all'interno della responsabilità medica la prova del nesso eziologico materiale tra la condotta del medico e il danno alla salute lamentato dal paziente. Difatti, sebbene l'interesse primario (la salute) non sia dedotto in obbligazione, questo «non ricade nel motivo irrilevante dal punto di vista contrattuale perché non attiene alla soddisfazione del contingente ed occasionale bisogno soggettivo ma è connesso all'interesse regolato già sul piano della programmazione negoziale e dunque del motivo comune rilevante al livello della causa del contratto»³⁸, infatti, dice la Corte, non esiste «obbligazione di diligenza professionale del medico e dell'avvocato se non in vista, per entrambe le parti, del risultato della guarigione dalla malattia o della vittoria della causa»³⁹.

La prova della causalità materiale si dimostra il vero scoglio che si staglia innanzi al creditore. Considerando che la causalità nella sua forma pura è un modello mentale, attraverso il quale l'uomo stabilisce una relazione di derivazione tra eventi tale per cui uno è causa dell'altro⁴⁰, si mostra alquanto complicato, a differenza dei fatti empirici, offrirne la prova in giudizio⁴¹. La prova della causalità materiale⁴², infatti, presuppone sia la prova di quella generale, sia di quella individuale⁴³. La causalità generale esprime il collegamento tra

«di mezzi» (*Studio critico*), in *Scritti II Obbligazioni e Negozio*, C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI (a cura di), Milano, 2011, pp. 141-172.

³⁸ Così si legge al punto 1.1.2. della motivazione della citata sentenza n. 28991/2019 della Cassazione, in *Danno e responsabilità*, cit., pp. 71-75.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2006, 1, pp. 101-130, spec. pp. 106-111.

⁴¹ Sul tema della prova si rimanda a F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1947, rist., Napoli, 2016; M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., pp. 101-130., ID, *Prova (in generale)* (voce), in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, 4^a ed., Torino, 1997, pp. 3-35; N. RIZZO, *La causalità civile*, cit., *passim*; S. PATTI, *Le Prove*, in *Trattato di Diritto Privato*, 2^a ed., G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), Milano, 2021.

⁴² Sulla causalità si veda N. RIZZO, *La causalità civile*, cit., pp. 227-247, il quale, prendendo le mosse da una ricognizione sul metodo di formazione delle leggi naturali, universali e probabilistiche giunge, attraverso un chiaro ragionamento, all'affermazione del criterio della probabilità logica prevalente quale unica regola del processo civile in ordine alla ricostruzione dei fatti e dei rispettivi nessi di causa. Sulla causalità generale in ambito civile si rimanda a C. CASTRONOVO, *Sentieri di responsabilità civile europea*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 4, pp. 787-830.

⁴³ Per un'analisi generale sul tema si veda F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, in *Europa e diritto privato*, 2018, 2, pp. 399-488; M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., pp. 101-130; N. RIZZO, *La causalità civile*, cit., *passim*., mentre, in relazione all'ambito contrattuale, si veda F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., pp. 709-738., ID, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, in *Il Foro italiano-Gli Speciali*, 2020, 1, cc. 169-198, ID,

due eventi tramite il modello nomologico-deduttivo: si utilizza una legge generale che ricomprende al suo interno il caso particolare per dimostrare che, se è avvenuto il primo fatto, allora, a livello statistico e secondo la legge scientifica presa come riferimento, denominata legge di copertura, è avvenuto anche il secondo. Così facendo, si riconduce il caso specifico all'interno di una legge generale⁴⁴. Tale conoscenza però non è sufficiente per considerare provato il nesso di causalità materiale, poiché non dà assoluta certezza che quanto normalmente e astrattamente accade, secondo la legge scientifica di riferimento, si sia in concreto verificato anche nello specifico caso preso in esame⁴⁵. Per tale motivo interviene la causalità individuale, la quale va a verificare il grado di probabilità logica prevalente, ossia il grado di conferma logica che l'ipotesi attorea riceve in concreto sulla base delle evidenze portate in giudizio dalle parti e che consentono al giudice di ritenerla vera ai fini della decisione. A tal fine la causalità individuale utilizza due regole: quella del "più probabile che non" e della prevalenza relativa⁴⁶.

La prima regola ipotizza che sullo stesso fatto vi possa essere un'ipotesi positiva che lo considera vero ed una negativa che lo considera falso, la scelta tra le due ipotesi viene effettuata dal giudice sulla base delle evidenze portate dalle parti; per poter essere affermata come vera, la tesi positiva, necessita di un grado di conferma forte sotto il profilo della probabilità logica e quindi che, a sostegno di essa, vi siano delle prove concordanti di cui è certa l'autenticità e la credibilità. La prevalenza relativa, invece, interviene quando di un dato evento possono esserci più spiegazioni possibili e tutte hanno ricevuto un qualche grado di conferma positiva tale da oltrepassare la regola del "più probabile che non"; in tale evenienza verrà ritenuta vera dal giudice quel-

Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale, in *Danno e responsabilità*, 2020, 5, pp. 559-579.

⁴⁴ M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., pp. 113-114.

⁴⁵ Di diverso avviso F. PIRAINO, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 1, pp. 83-153, spec. pp. 139-153, ad avviso del quale, nelle obbligazioni di mezzi a risultato non predeterminabile *ex ante*, come quelle del sanitario, è necessario impiegare, al fine della verifica dell'inadempimento dannoso del debitore, il modello teleologico a posteriori, con cui si «presuppone l'individuazione di una modificazione o di un atto di conservazione della sfera giuridica del creditore o di terzi (risultato in concreto) da assumere come oggetto di raffronto, il cui termine di comparazione è costituito dal risultato cui si sarebbe dovuto pervenire ove si fossero adottati contegni diversi e più adeguati rispetto a quelli posti in essere dal debitore (risultato in astratto)», da integrare, sempre secondo F. PIRAINO, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., pp. 732-733, con la causalità generale, in modo da «ricondurre la condotta del debitore sotto una legge scientifica, o statistica, di copertura, così da verificare se il tipo di danno lamentato dal creditore corrisponde al novero dei pregiudizi rispetto ai quali quel tipo di condotta si pone come antecedente secondo il modello nomologico-deduttivo. Soltanto se si riscontra tale correlazione tipologica è possibile qualificare la condotta inesatta del debitore come un inadempimento dannoso e la modificazione della sfera giuridica lamentata dal creditore come un danno contrattuale».

⁴⁶ M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., pp. 128-129.

la che, tra tutte le ipotesi possibili, ha ricevuto il grado di conferma logica maggiore⁴⁷.

Alla luce di quanto sopra descritto, il creditore che voglia ottenere il risarcimento del danno dal sanitario dovrà, prima di tutto, individuare la legge scientifica di copertura entro cui ricondurre causalmente il caso particolare che lo riguarda, per poi, secondo i dettami della causalità individuale, offrire una concreta prova della correlazione causale tra la condotta del medico e il danno alla salute, almeno fino alla configurazione del parametro del “più probabile che non”. Soltanto qualora egli riuscisse a dimostrare il suddetto nesso causale, allora spetterà eventualmente al debitore provare che sia intervenuta una causa imprevedibile ed inevitabile, a lui non imputabile, che abbia reso impossibile la prestazione⁴⁸. Il rischio di soccombere in giudizio per la mancata prova del nesso causale, c.d. rischio della causa ignota⁴⁹, riguarda entrambi i cicli causali convolti, ma incide maggiormente sul creditore, essendo questi chiamato ad assolvere l'onere probatorio relativo alla causalità materiale del primo ciclo causale.

Resta ora da analizzare come la teoria giurisprudenziale del duplice ciclo causale reagisca nel momento in cui, come avviene nella sentenza in commento, essa venga in contatto col concorso del fatto colposo del creditore.

3. *Concorso colposo del danneggiato e duplice ciclo causale*

La realtà fenomenica – e di conseguenza quella giuridica – conosce delle ipotesi in cui il soggetto danneggiato concorre colposamente con il danneggiante alla causazione del danno che egli lamenta⁵⁰.

Per far fronte a queste ipotesi, l'art. 1227 c.c., prevede che se il fatto colposo del danneggiato ha concorso a cagionare il danno il risarcimento addossabile al danneggiato è diminuito in base alla gravità della colpa e all'entità delle conseguenze che è possibile imputargli, in questo modo si mira, dunque, a limitare il risarcimento del danno cui è tenuto il danneggiante in proporzione all'impatto causale della condotta colposa del danneggiato.

⁴⁷ M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., pp. 129-130.

⁴⁸ In merito alla prova del fatto non imputabile al debitore e circa l'esclusione della responsabilità di quest'ultimo si rimanda alle osservazioni operate da L. NONNE, *Prova e giudizio di causalità*, cit., spec. pp. 692-696.

⁴⁹ Per il quale si rimanda a R. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007, *passim*.

⁵⁰ Data l'ampia portata pervasiva che l'art. 1227 c.c. ricopre all'interno del codice, in considerazione anche del richiamo espresso operato dall'art. 2056 c.c., si è soliti utilizzare i termini danneggiante e danneggiato per indicare alternativamente il debitore/soggetto agente/autore del fatto illecito e il creditore/ soggetto leso/ vittima del fatto illecito, così C.M. BIANCA, *Art. 1227*, in *Commentario del codice civile*, A. SCAJOLA e G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1979, pp. 403-450, spec. p. 403.

La problematica sopra richiamata era già ben presente anche anteriormente all'introduzione del codice civile del 1942, inducendo parte della dottrina ad elaborare la teoria della compensazione delle colpe⁵¹. Secondo tale teoria, nell'ipotesi di concorso colposo del danneggiato nella causazione del danno, data la possibilità di riscontrare nell'agire di entrambi i soggetti l'elemento soggettivo della colpa, sarebbe stato possibile contrapporre, e quindi compensare, la colpa del danneggiante con quella del danneggiato riproducendo, in sostanza, il meccanismo con cui opera l'istituto della compensazione dei reciproci debiti e crediti. L'elemento fondamentale è, infatti, la presenza di un fatto illecito su cui si innesta una condotta colposa del danneggiato che ne influenza causalmente il decorso; una volta accertata una condotta colposa in capo al danneggiato, questa sarebbe stata suscettibile di essere compensata con la condotta del danneggiante, precludendo così al primo il diritto al risarcimento altrimenti spettatogli⁵². Muovendo da tale teoria e successivamente all'introduzione dell'art. 1227 c.c., il dibattito circa il fatto colposo del creditore ha ruotato intorno alla contrapposizione tra la c.d. teoria della autoresponsabilità⁵³ e la c.d. teoria causalista⁵⁴.

La teoria dell'autoresponsabilità⁵⁵ si sviluppa a partire dalla considerazione per cui non esiste né all'interno del codice civile, né più in generale nell'or-

⁵¹ P. COPPA-ZUCCARI, *La compensazione delle colpe*, Modena, 1909, *passim*.

⁵² Sul tema si rimanda ad A.P. BENEDETTI, *La colpa del danneggiato nell'illecito civile. Un'analisi storico-comparata*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2012, 5, pp. 358-370; G. PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, in *Diritto civile italiano*, parte seconda, vol. IV, Padova, 1940, pp. 151-157; N. DI PRISCO, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, Napoli, 1973, pp. 39-44; P. COPPA-ZUCCARI, *La compensazione delle colpe*, cit., *passim*; S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il concorso di colpa nell'illecito civile*, Milano, 2012, pp. 99-140.

⁵³ Si veda G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, I, *Il fondamento dell'autoresponsabilità per colpa*, in *Rivista diritto civile*, 1967, pp. 460-486., ID., *Responsabilità da inadempimento e autoresponsabilità*, in *Lecture di diritto civile*, P. ZATTI E G. ALPA (a cura di), Padova, 1990, pp. 455-464; S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 452 - 465, spec. p. 458, il quale riporta come l'autoresponsabilità significherebbe che «il soggetto deve riparare, se mai, da sé, alle conseguenze dannose, che un suo proprio atto cagiona al suo patrimonio».

⁵⁴ A. DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1966, pp. 218 -256; C.M. BIANCA, *Art.1227*, in *Commentario del codice civile*, cit., pp. 403-450; ID., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 2021, pp. 149-164; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), Milano, 2019, pp. 245-249; R. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., p. 36; V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore, art. 1227*, in *Il codice civile commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, continuato da F. BUSNELLI e G. PONZANELLI, Milano, 2020, pp. 35-40.

⁵⁵ A. DE CUPIS, *Sulla riduzione del risarcimento per concorso del fatto del danneggiato incapace*, in *Il Foro italiano*, 1958, I, cc. 933-938; D. M. FREMDA, *Concausa naturale e concorso colposo del danneggiato: questioni analoghe, soluzioni opposte*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, 3, pp. 412-423; ID., *L'obbligazione "contrattuale" come limite alla responsabilità aquiliana del medico dipendente nel sistema (ri-) disegnato dalla legge Gelli*, in *Responsabilità medica*, 2025, 2, pp. 165-174; N. DI PRISCO, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, cit., *passim*; S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità* (voce), cit., pp. 452-465; V. CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004, *passim*.

dinamento, una norma o un principio che sanzioni il soggetto che, con una sua azione cosciente e volontaria, causi autonomamente un danno a sé stesso, dovendosi ritenere tali condotte sostanzialmente irrilevanti. L'irrelevanza della condotta viene però meno qualora il soggetto leso agisca di concerto con l'azione illecita altrui. Se è vero che il danno che il soggetto danneggiato cagiona a sé stesso è da lui integralmente sopportato, a prescindere dal suo stato soggettivo, nel momento in cui la sua condotta – colposa o dolosa – si unisce all'agire illecito di un terzo, la stessa viene presa in considerazione, unitamente a quella del danneggiante, ai fini della ripartizione delle rispettive responsabilità nella causazione dell'evento dannoso⁵⁶. Proprio il riferimento al fatto colposo del danneggiato consente di porre il concetto di colpa in una posizione di preminenza all'interno della teoria dell'autoresponsabilità mutandone, inoltre, il significato: in questo ambito, la colpa perde ogni riferimento alla rimproverabilità dell'altrui azione e viene qui intesa, in senso unitario, quale criterio di imputazione dei fatti operante sia per il danneggiato, sia per il danneggiante⁵⁷. La colpa così intesa diviene utile per riferire gli eventi dannosi a determinate persone, così da stabilire, in concorso con le norme sulla responsabilità civile, chi debba sopportare certi danni⁵⁸. Da questo dato sembrerebbe potersi rinvenire, secondo parte della dottrina⁵⁹, un dovere di diligenza⁶⁰ che la legge impone ai privati nell'agire nei confronti dei terzi e che riguarderebbe soprattutto il danneggiato, la cui azione, inizialmente irrilevante per l'ordinamento, diviene rilevante se si unisce, nella causazione del danno, col fatto illecito altrui. Il giudizio sulle condotte di danneggiato e danneggiante verrebbe allora ancorato alla colpa nella sua veste di criterio unico di imputazione del fatto, capace di chiamare i compartecipi a rispondere e sopportare le conseguenze dannose, e la parte di responsabilità, imputabile ad ognuno⁶¹. L'autoresponsabilità⁶², come evidenziato da autorevole dottrina, assume le vesti di «mezzo per

⁵⁶ G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, cit., p. 475.

⁵⁷ S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il concorso di colpa nell'illecito civile*, cit., p. 123.

⁵⁸ G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, cit., p. 479.

⁵⁹ S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il concorso di colpa nell'illecito civile*, cit., p. 123.

⁶⁰ La teoria dell'autoresponsabilità si sviluppa oltre che sul concetto di colpa inteso come criterio generale di imputazione del comportamento, anche intorno al fondamento stesso del 1227 c.c., da intendersi come regola che impone al danneggiato di non recare danno a sé stesso. In quest'ottica, si rinvia la teorizzazione di un dovere attivo, in capo al danneggiato, di evitare e diminuire i danni salvaguardando la propria persona ed il proprio patrimonio. Un'elaborazione successiva affina ancor di più il ragionamento intorno al dovere del danneggiato di non ledere sé stesso mutando la qualificazione di detto dovere in un onere, ossia una situazione giuridica soggettiva passiva che di concerto con il dovere di correttezza ex 1175 c.c. impone al danneggiato di non recare danno a sé comportandosi nei propri confronti in maniera corretta. Lo spazio qui a disposizione non permette una trattazione esaustiva del tema per la cui più approfondita analisi si rimanda a G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, cit., pp. 460-486; N. DI PRISCO, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, cit., pp. 218-349; S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il concorso di colpa nell'illecito civile*, cit., pp. 123-126.

⁶¹ S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il concorso di colpa nell'illecito civile*, cit., p. 123.

⁶² Il tema dell'autoresponsabilità è estremamente ampio e lo scopo di queste pagine ne

indurre anche gli eventuali danneggiati a contribuire, insieme con gli eventuali responsabili, alla prevenzione dei danni che potrebbero colpirla»⁶³.

Concluso questo breve *excursus* sulla teoria dell'autoresponsabilità, è possibile procedere con l'analisi della teoria causalista⁶⁴, per la cui comprensione pare opportuno riprendere la *ratio* dell'art. 1227, c. 1, c.c. Questo si presenta come applicazione specifica di una più generale regola dell'ordinamento giuridico che impone ai soggetti che pongono in essere condotte lesive dell'altrui sfera giuridica di rispondere di dette conseguenze; applicazione di tale regola generale è rinvenibile nell'art. 2055 c.c. il quale obbliga i soggetti che pongono in essere un fatto dannoso a risarcirlo solidalmente⁶⁵. L'art. 1227 c.c. diviene in questo panorama una specificazione di tale regola generale andando a disciplinare quelle ipotesi in cui uno dei soggetti che pone in essere il fatto dannoso sia colui su cui lo stesso ricade. L'aspetto centrale e di nostro interesse è il modo in cui la teoria causalista affronta le sfide poste dal primo comma, ossia come ripartire la responsabilità e individuare con precisione le concause eziologiche addebitabili a ciascun partecipe, nel caso in cui l'evento, originato dalla condotta del danneggiante e ancora in corso sia influenzato dall'agire del danneggiato

impedisce una trattazione completa, per cui si rimanda a G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, cit., pp. 460-486; N. DI PRISCO, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, cit., pp. 218-420; S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità* (voce), cit., pp. 452-465; V. CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, cit., *passim*.

⁶³ Così si esprime G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, cit., spec. p. 481.

⁶⁴ Si veda V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore, art. 1227*, cit., pp. 40-41, la quale rifugge l'idea di una netta divisione tra teoria dell'autoresponsabilità e teoria causalista, proponendo una visione capace di farle coesistere. Secondo CAREDDA, l'autoresponsabilità dovrebbe essere interpretata come «criterio di assegnazione delle conseguenze del fatto facente capo all'autore del comportamento stesso». In questo modo, non vi sarebbe incompatibilità tra le due figure, poiché «alla base di un principio di autoresponsabilità intesa come necessità di sopportare le conseguenze del proprio comportamento commissivo od omissivo, si trova proprio il funzionamento del nesso causale ove si aggiunga, al legame causa effetto, l'identificazione della causa nel comportamento umano ed il riferimento della stessa ad un soggetto in quanto suo autore»; sulla teoria causalista anche A. DE CUPIS, *Il danno*, cit., pp. 218-256; B. TASSONE, *Commento all'art. 1227*, in *Commentario del Codice civile, Delle Obbligazioni artt. 1218-1276*, E. GABRIELLI (a cura di), Milano, 2013, pp. 285-328; C. MAIORCA, *Colpa civile (teoria generale)* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 581; C. ROSSELLO, *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Padova, 1990, pp. 33-40; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, cit., pp. 245-249; C.M. BIANCA, *Art. 1227*, in *Commentario del codice civile*, cit., pp. 403-450; ID., *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit., pp. 149-164; F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996, pp. 72-118; R. PUCCELLA, *La causalità «incerta»*, cit., pp. 36-40.

⁶⁵ Evidenzia N. RIZZO, *La causalità civile*, cit., pp. 121-131, come la norma di cui all'art. 2055 c.c. segua la medesima logica di imputazione dell'art. 2043 c.c. in cui ciò che lega il danneggiante al danneggiato è l'obbligo risarcitorio derivante dalla causazione del danno ingiusto; ciò che viene imputato all'autore non è il fatto in sé, ma la lesione di una situazione giuridica meritevole di protezione. Replicando tale logica l'art. 2055 c.c. imputa ai danneggianti il danno ingiusto – l'evento – in quanto ognuno di loro con la propria azione ha contribuito a cagionarlo e non il fatto, il quale necessiterebbe della congiunta azione dei coresponsabili.

che ne muta il decorso. Per far ciò la teoria causalista, attraverso la scissione tra l'imputazione dell'evento e la qualificazione colposa della condotta del danneggiato, si propone di definire quali, tra le molteplici azioni eventualmente realizzate dal danneggiato nel corso dell'evento, siano effettivamente rilevanti ai fini della configurazione del concorso colposo del creditore. Nella teoria causalista, dunque, la nozione di colpa perde il riferimento ai connotati psicologici e di riprovevolezza giuridica caratterizzanti la stessa nel giudizio sulla altrui responsabilità⁶⁶ e assume le vesti di criterio di selezione delle concause rilevanti⁶⁷. La teoria causalista tende ad escludere la dimensione soggettiva della colpa, accogliendo piuttosto una concezione meramente oggettiva della medesima, intendendola come obbiettiva violazione della diligenza, la quale delinea un modello astratto di riferimento sulla base del quale confrontare il comportamento concretamente tenuto dal danneggiato con quello che sarebbe stato formalmente appropriato in quella situazione⁶⁸. In questo modo, è possibile determinare se l'agire del danneggiato sia o meno colposo, in quanto negligente, poiché difforme rispetto al modello astratto di condotta che la diligenza impone in quella situazione concreta, rilevante in quanto inosservanza delle regole tecniche, di diritto o prudenza che individuano il comportamento formalmente appropriato⁶⁹. Passando all'analisi dell'imputabilità del fatto, essa rappresenta un criterio atto ad identificare quali tra le molteplici condotte riferibili al danneggiato e al danneggiante siano suscettibili di incidere causalmente sul verificarsi dell'evento dannoso; in particolare, volgendo lo sguardo alla posizione del danneggiato, quali tra le condotte da esso poste in essere siano state idonee ad inserirsi all'interno della catena causale innescata dal danneggiante, influenzandone il decorso⁷⁰. Il profilo causale è allora necessario al fine di ricostruire naturalisticamente l'evento senza operare alcuna qualificazione soggettiva circa il contegno delle parti⁷¹; solo in un momento successivo,

⁶⁶ Osserva, C.M. BIANCA, *Art.1227*, in *Commentario del codice civile*, cit., pp. 413-417, come la figura delle colpa all'interno dell'ambito di applicazione dell'articolo 1227 c.c. non investe un giudizio di responsabilità dell'altrui agire, ma si comporta come criterio di giuridica rilevanza del fatto colposo del danneggiato tramite il quale si verifica, ai fini del risarcimento, se l'agire di quest'ultimo abbia obbiettivamente violato delle regole di diligenza atte a qualificare il suo comportamento come colposo. Non sarebbe corretta, secondo l'A., quella tendenza che mira a ricostruire la *ratio* della norma come fondata sul presupposto di un certo atteggiamento psicologico del creditore, svincolata dal presupposto della capacità e che richiederebbe solo la concreta esistenza dell'elemento psicologico; al contrario, il richiamo all'atteggiamento psicologico del creditore ha solamente valore negativo, la cui funzione si sostanzia nell'accertare l'assenza di nesso tra volontà del danneggiato ed evento dannoso. La colpa è qui da intendere come obbiettiva violazione della diligenza richiesta secondo un modello astratto di comportamento.

⁶⁷ V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore*, art. 1227, cit., pp. 38-40.

⁶⁸ V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore*, art. 1227, cit., pp. 54-58.

⁶⁹ C.M. BIANCA, *Art.1227*, in *Commentario del codice civile*, cit., pp. 413-417.

⁷⁰ C.M. BIANCA, *Art.1227*, in *Commentario del codice civile*, cit., pp. 408-416.

⁷¹ La teoria causalista affronta altresì la problematica legata al concorso colposo dell'incapace che non è qui possibile affrontare in maniera esaustiva e per cui si rimanda a D. M. FREDA, *Concausa naturale e concorso colposo del danneggiato: questioni analoghe, soluzioni opposte*,

qualora sia stato ricostruito ed individuato l'incidenza causale della condotta del danneggiato e avendone accertato l'efficienza eziologica nella causazione dell'evento, si verifica se quella condotta è concausa rilevante, in quanto obbiettivamente negligente e difforme rispetto al comportamento in astratto esigibile. In tal modo, l'accertamento del concorso colposo del danneggiato non va meramente a sottrarre parte della responsabilità al danneggiante⁷² ma accerta il contributo causale dei singoli concorrenti⁷³, rendendo ognuno responsabile della parte di danno ad esso imputabile⁷⁴.

3.1. (segue) *Il legame tra duplice ciclo causale e concorso del fatto colposo del creditore*

Dall'esame degli istituti caratterizzanti la sentenza in commento emerge un forte legame tra la teoria del duplice ciclo causale, che domina l'impianto processualistico sanitario, e l'istituto del concorso del fatto colposo del creditore.

Il punto di contatto tra queste due figure è costituito dalla causalità materiale, la cui dimostrazione è necessaria nell'ambito del duplice ciclo causale e rappresenta il presupposto per l'operatività del concorso del fatto colposo del creditore. Con particolare riferimento al duplice ciclo causale, quest'ultimo

cit., pp. 415-418; F. ALLEVA, *L'irrilevanza delle concause naturali ai fini dell'accertamento del nesso di causalità materiale nella responsabilità da fatto illecito*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, I, 6, pp. 665-670; G. TRAVAN, *Il concorso colposo del minore d'età*, in *Contratto e impresa*, 2023, 3, pp. 984-1006; N. DI PRISCO, *Concorso di colpa e responsabilità civile*, cit., pp. 352-376; S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il concorso di colpa nell'illecito civile*, cit., pp. 225 - 242.

⁷² Secondo N. RIZZO, *La causalità civile*, cit., pp. 131-143, spec. p.142, sarebbe possibile una lettura unitaria dell'art. 1227 comma 1 c.c. scevra da costruzioni antitetiche fondate singolarmente sulla causalità o sulla colpa. Afferma l'A., dopo aver sostenuto la funzione limitativa della colpa nell'ambito della responsabilità che «Se ciò è vero, ne discende che l'individuazione della colpa quale parametro oggettivo di valutazione della distonia sociale del comportamento del danneggiato, e la conseguente rilevanza pure del concorso dell'incapace, non indeboliscono la lettura della disposizione quale regola di autoresponsabilità, la cui efficacia risulta, anzi, accresciuta, senza che ciò, d'altra parte, metta in discussione la struttura causale della norma. Del resto, la colpa riduce la portata applicativa – e, quindi, la forza dissuasiva – di ogni fattispecie di responsabilità della quale formi un elemento costitutivo, tanto se intesa quale criterio di riferibilità psichica dell'azione al suo autore, quanto se concepita quale parametro oggettivo di valutazione, poiché opera una selezione delle sequenze eziologiche giuridica – mente rilevanti, lasciando fuori quei comportamenti che, pur causalmente pregnanti, non si pongano in contrasto con gli standard sociali attesi».

⁷³ In dottrina vi è chi come U. VIOLANTE, *La responsabilità parziaria*, Napoli, 2004, p. 45, ha sostenuto la possibilità di disapplicare sostanzialmente il rimando al termine "colposo" all'interno dell'art. 1227 c.c. e della sua rubrica in modo tale da rendere l'articolo una generale espressione del principio di parziarietà. Così facendo la norma avrebbe lo scopo e la funzione di allocare la responsabilità tra i singoli concorrenti rendendo ognuno responsabile della parte di danno ad esso imputabile; tale interpretazione sarebbe inoltre più efficace nel determinare il *quantum* risarcitorio in misura proporzionata all'apporto causale obbiettivamente riscontrato nell'agire di ognuno.

⁷⁴ S. MARULLO DI CONDOJANNI, *Il concorso di colpa nell'illecito civile*, cit., p. 133.

impone al creditore che chieda il risarcimento del danno derivante da lesione alla salute l'onere di dimostrare il nesso eziologico tra l'operato del sanitario, che viene identificato quale causa dell'*eventus damni*, e il danno alla salute subito⁷⁵. Ciò comporta che il creditore, sulla base delle prove presentate in giudizio, deve riuscire a dimostrare non solo che la propria ricostruzione del rapporto rientra in una legge di copertura, ma anche che essa resiste al vaglio logico-giuridico della causalità individuale. Ne consegue che, in un primo momento, il creditore avrà l'onere di individuare una legge generale che riesca a spiegare, sotto il profilo scientifico, come quella condotta sia astrattamente idonea a cagionare quel danno, per poi confermare la sua tesi ricostruttiva dimostrando mediante le prove portate in giudizio che ciò che lui asserisce si è realmente verificato nel caso concreto. Dall'altro lato, il concorso del fatto colposo del creditore impone al debitore-danneggiante l'onere di dimostrare che le azioni poste in essere dal creditore-danneggiato siano state capaci di influenzare la catena causale, concorrendo alla causazione dell'evento. Pertanto, supponendo che in un eventuale giudizio il creditore sia riuscito ad assolvere il proprio onere probatorio, l'attivazione del secondo ciclo causale imporrebbe in capo al debitore di dimostrare che la prestazione sia stata correttamente eseguita, oppure che un evento imprevedibile e inevitabile abbia reso impossibile l'adempimento. Per ovviare, almeno in parte, a questa alternativa dicotomica e limitare la propria responsabilità, con conseguente riduzione del danno risarcibile, il debitore avrebbe però la possibilità di dimostrare che le condotte del danneggiato-creditore siano state tali da presentare un'incidenza eziologica nello sviluppo dell'evento capace di contribuire causalmente alla produzione del danno⁷⁶. L'impianto probatorio delineato dalla giurisprudenza della Cassazione non pone dunque ostacoli all'integrazione di tale possibilità, la quale anzi si armonizza pienamente con la teoria del duplice ciclo causale, in quanto consente di perseguire il medesimo scopo, ossia porre un argine alle pratiche di medicina difensiva. Così facendo, infatti, si fornisce al sanitario un ulteriore rimedio con cui difendersi nel caso in cui venga promossa nei suoi confronti un'azione giudiziale volta al risarcimento del danno; nell'impossibilità di offrire la prova liberatoria di cui all'art. 1218 c.c., il debitore-sanitario avrà comunque la possibilità di dimostrare la presenza di concause, poste in essere dal creditore, che abbiano inciso causalmente nella determinazione

⁷⁵ F. PIRAINO, *Il nesso di causalità*, cit., pp. 399-488; ID, *Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova*, cit., pp. 709-738; ID, *Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale*, cit., cc. 169-198; ID, *Inadempimento e causalità nelle obbligazioni di fare professionale*, cit., pp. 559-579; M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, cit., cc. 101-130.

⁷⁶ Per un'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale sull'applicazione dell'art. 1227 c.c. si rimanda a M. SIGNORELLI, *Il concorso del creditore nella causazione del danno: un'analisi giurisprudenziale – I parte*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2016, 1, pp. 110-136., nonché ID, *Il concorso del creditore nella causazione del danno: un'analisi giurisprudenziale – II parte*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2016, 2, pp. 434 – 463.

del danno. Vi è inoltre da sottolineare che a seconda della capacità eziologica estrinsecata sull'evento dannoso dalle condotte del creditore queste potrebbero essere da sole sufficienti a diminuire la responsabilità debitoria fino al punto di renderla ininfluenza⁷⁷.

4. Conclusioni

Sulla base di quanto sin qui esposto è possibile formulare alcune osservazioni critiche in ordine alla sentenza in commento.

Va anzitutto rilevato come la Corte di Cassazione abbia sviluppato una ricognizione sommaria dei precedenti giurisprudenziali posti a fondamento della propria decisione, soffermandosi in maniera rapida e non pienamente argomentata sui passaggi motivazionali compresi tra i punti 5.2 e 5.7; tali segmenti, infatti, si esauriscono in poco più di una pagina e presentano una trattazione frammentaria e sostanzialmente limitata a un'elencazione dei principali arresti, senza che questi vengano inseriti entro una trama ricostruttiva coerente e completa. Tale modalità argomentativa incide sulla chiarezza complessiva della motivazione, che non ripercorre, in modo sistematico ancorché sintetico, l'evoluzione della responsabilità sanitaria, né si sofferma con sufficiente puntualità sul ruolo dell'art. 1227 c.c. e sulle modalità con cui tale istituto viene in concreto declinato nelle fattispecie di responsabilità medica.

Sotto il profilo espositivo, la Terza Sezione richiama sin dall'incipit la legge c.d. Gelli-Bianco senza tuttavia analizzarne in termini puntuali l'impatto sull'assetto della responsabilità medica e omettendo di ricostruire il contesto normativo e giurisprudenziale che ne è scaturito.

Inoltre, nella restante parte della motivazione, dal punto dal 5.3 al 5.7, non emerge un approfondimento dell'evoluzione dell'orientamento della Corte, né un'esplicitazione delle principali complessità che connotano la materia, con la conseguenza che il metodo argomentativo sembra attestarsi sull'applicazione dell'attuale indirizzo giurisprudenziale dominante. La principale criticità attiene al mancato approfondimento del rapporto tra la teoria del duplice ciclo causale e l'istituto del concorso del fatto colposo del creditore. La pronuncia conferma la decisione della Corte d'Appello di Napoli senza interrogarsi sulla possibile integrazione operativa tra i due istituti e sul loro relativo coordinamento. Un esame approfondito di tale interazione avrebbe potuto evidenziare la funzione difensiva che la combinazione tra la teoria del duplice ciclo causale e l'art. 1227 c.c. è idonea a svolgere a favore dell'esercente la professione sanitaria in termini di delimitazione dell'area di responsabilità e di limitazione delle pretese risarcitorie eccedenti rispetto alla concreta incidenza causale delle rispettive condotte. Tale esame sarebbe risultato particolarmente desi-

⁷⁷ Vedi C.M. BIANCA, *Art.1227*, in *Commentario del codice civile*, cit., pp. 403-417; C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p. 246.

derabile e rilevante considerando che entrambi gli istituti operano sul terreno della causalità materiale. Mentre la teoria del duplice ciclo causale impone al danneggiato l'onere di dimostrare il nesso causale tra la condotta del sanitario e il danno alla salute subito, l'art. 1227 c.c. consente al danneggiante di ridurre la propria responsabilità provando l'incidenza eziologica di condotte colpose del danneggiato sul flusso causale degli eventi. Ne deriva che, una volta assolto dal creditore-danneggiato l'onere probatorio relativo al primo ciclo causale, qualora, nell'ambito del secondo ciclo causale, il sanitario non riesca a fornire la prova liberatoria richiesta dall'art. 1218 c.c., residua la possibilità di dimostrare il concorso colposo del paziente al fine di ottenere una limitazione della responsabilità e, conseguentemente, la riduzione del danno risarcibile.

Alla luce di tali rilievi, un più compiuto approfondimento motivazionale da parte della Corte di Cassazione avrebbe potuto contribuire a chiarire e sistematizzare i rapporti tra i diversi istituti coinvolti, offrendo un contributo ricostruttivo maggiormente solido all'evoluzione della materia.

Abstract [Ita]

La nota analizza i profili più interessanti dell'Ordinanza n. 27151 del 22/09/2023 (data ud. 03/07/2023) della Corte di Cassazione Terza sezione Civile. In particolare, si vede come il riparto dell'onere probatorio sia suscettibile di mutamenti nella sua applicazione in base alla prestazione oggetto del contratto, ai soggetti contraenti e al tipo di responsabilità a cui ognuno di essi soggiace. Particolare attenzione è data alla responsabilità emergente dall'esercizio dell'arte medica, al suo peculiare regime probatorio nonché all'influenza che l'articolo 1227 del codice civile esercita sulla responsabilità medica.

Parole chiave: responsabilità medica; nesso di causalità; onere della prova; legge Gelli-Bianco; concorso di colpa.

Abstract [Eng]

The note analyzes the most interesting aspects of Ordinance No. 27151 of 22/09/2023 (hearing date 03/07/2023) of the Court of Cassation, Third Civil Section. In particular, it examines how the distribution of the burden of proof may change in its application depending on the performance subject to the contract, the contracting parties, and the type of responsibility each party is subject to. Special attention is given to the responsibility arising from the practice of medical care, its specific rules of evidence, and the influence that Article 1227 of the Civil Code has on medical liability.

Keywords: medical liability; causal link; burden of proof; Gelli-Bianco Law; contributory negligence.

L'autodeterminazione del minore e dell'incapace nelle scelte sanitarie

Tania Bortolu

Sommario: 1. Ambito dell'indagine. – 2. Principio consensualistico nelle cure sanitarie: le criticità connesse alla condivisione della teoria della *competence* nella tutela dei minori e degli incapaci nella Legge n. 219/2017. – 3. La riformulazione dei c.d. regimi di protezione: dell'incapace maggiore di età in Francia. – 3.1. (segue) del minore in Spagna. – 4. La generale rilevanza del discernimento quale limite ultimo di protezione dei "soggetti deboli" sulle scelte di salute. Valutazione dell'art. 3 della Legge n. 219 del 2017 alla luce dell'indagine comparatistica.

1. Ambito dell'indagine

Il tema della valorizzazione dell'autonomia dell'individuo nell'ambito delle scelte sanitarie è un argomento che postula una serie di riflessioni anche dopo l'approvazione della Legge n. 219 del 2017, recante *Norme sul consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*¹, giacché se, da un lato, il

¹ A.A. V.V., *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, a cura di M. Foglia, Pacini editore, 2019; M. MANTOVANI, *Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1, p. 188; M. AZZALINI, *Legge n. 219/2017: la relazione medico-paziente irrompe nell'ordinamento positivo tra norme di principio, ambiguità lessicali, esigenze di tutela della persona, incertezze applicative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 8 e ss; M. BIANCA, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento*, in *Famiglia*, 1, 2018; S. CANESTRARI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una "buona legge buona"*, in *Corr. Giur.* 2018, p. 302 ss.; D. CARUSI, *La legge sul "biotestamento": una luce e molte ombre*, in *Corr. Giur.* 2018, p. 293 ss; C. CASONATO, *Introduzione: la legge 219 fra conferme e novità*, in *BioLaw Journal*, 2, 2018, p. 12 ss; L. D'AVACK, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: una analisi della legge recente approvata in Senato*, in *Dir. fam. pers.*, 2018, p. 179 ss; G. DE MARZO, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 137 ss; B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Cedam, Padova, 2018; G. FERRANDO, *Rapporto di cura e disposizioni anticipate nella recente legge*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2018, p. 47 ss.; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018; M. PICCINI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con*

legislatore ha ovviato alla mancanza di espresse linee di indirizzo normative in un contesto ove era necessario trovare un equilibrio tra il progressivo e continuo evolversi della scienza e la centralità della persona, dall'altro, è utile interrogarsi se tale previsione legislativa sia sufficiente a rispondere agli interessi esistenziali della persona, soprattutto con riguardo ai soggetti non dotati di una piena capacità di agire², con espresso riferimento ai minori ed agli incapaci, posto che la diffusione dell'artificialità scientifica e tecnologica mette continuamente e radicalmente in discussione quella giuridica del soggetto. In tale contesto, infatti, la rilevanza attribuita alla persona in quanto tale produce «uno spostamento dell'attenzione su categorie costruite su dati espressivi della nuova realtà, come il consenso informato, l'integrità della persona, l'irriducibilità del mercato»³, così da far emergere una moderna frontiera dell'indivi-

Stefano Rodotà, in *BioLaw Journal*, 1, 2018, p. 121 ss.; V. VERDICCHIO, *Testamento biologico e consenso informato (Aspetti sulle decisioni di fine vita nel diritto italiano tra jus conditum e jus condendum)*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 637 ss.; P. ZATTI, *Spunti per una lettura della 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, p. 935.

² La delicata tematica del difficile rapporto tra capacità e status è ampiamente sviluppata e argomentata da P. STANZIONE, *Capacità, legittimazione, status*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2017, p. 74 ss. Dello stesso A. v: *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, in *Fam. e dir.*, 2009, n. 3, p. 305 ss.; *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007; *Tutela dei soggetti deboli*, Ed. San Paolo, Milano, 2004; *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 447 ss.; *Scelte esistenziali e autonomia del minore*, Esi, Napoli, 1983, p. 1645 ss.

³ In questi termini S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2015, p. 163, il quale, nel tracciare il processo di costituzionalizzazione della persona, individua le tre tappe che hanno progressivamente mutato la considerazione giuridica dell'individuo: il Welfare State, la scienza e la tecnologia, il pensiero delle donne. Quanto alla prima tappa, pone l'accento sulla frattura dell'unità del cittadino, ove al posto del welfare inclusivo compare la diversa finalità di individuare un argine all'esclusione, consacrata oggi dall'art. 3 Cost., che sgancia l'universalismo dall'astrattezza ed introduce una condizione generale, incarnata da tutti coloro ai quali può essere riferito il compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Tale riferimento si presenta come un vincolo doppiamente rilevante. Come fine per l'intera azione pubblica, che deve assicurarne lo sviluppo e come limite invalicabile per l'azione legislativa, che «in nessun caso» può far venire meno il rispetto che le è dovuto (art. 32 Cost.). Detto principio è stato tradotto in specifiche indicazioni, ovvero quelle relative agli indigenti, ai quali devono essere garantite cure gratuite (art. 32 Cost.); ai capaci e meritevoli, che, pur privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi (art. 34 Cost.); alla madre e al bambino, ai quali deve essere assicurata adeguata protezione (art. 37 Cost.). Quanto alla seconda tappa, evidenzia l'apporto che la scienza e la tecnologia danno alle diverse fasi della vita umana, ove nascere, vivere e morire diventano oggetto di scelte possibili e non solo affidate al caso o al destino. Viene richiamata la Carta di Norimberga del 1946 come momento di radicale capovolgimento della relazione tra la persona-paziente ed il medico, delegittimato, attraverso l'introduzione del consenso volontario, della autonomia di cui avevano fatto uso i medici nazisti. Un ulteriore momento di frattura è, infine, rappresentato dal pensiero femminista, con il rifiuto totale del soggetto astratto in nome di una diversa descrizione del mondo che ha fatto emergere la peculiarità del corpo femminile, imponendo così di dare rilevanza al corpo in sé considerato, trasferendo sul terreno delle relazioni quel che prima era chiuso nella considerazione del soggetto come entità separata. La critica all'astrazione del soggetto ha così arricchito gli strumenti per guardare alla

duo, fondata sulla sua libera determinazione. Ne consegue che ciascuno deve essere libero di decidere la misura dell'accettabilità della ingerenza esterna e la salvaguardia di questa prerogativa diviene il criterio per determinare la legittimità dell'intervento legislativo.

In questa prospettiva, è difficile che la regola giuridica possa risolvere completamente il problema della portata della libera determinazione di ciascun soggetto nel momento delle scelte, dovendosi, *in primis*, conciliare con le esigenze di protezione del malato e, nello specifico della presente indagine, con quella dei soggetti che siano in tutto o in parte limitati della capacità di agire. Ciò che essa può fare, invece, è costruire l'insieme delle condizioni necessarie affinché il processo di decisione si svolga in modo tale da assicurare alla persona la consapevolezza di ogni sua scelta, il controllo di ogni fase del processo decisorio e la chiarezza nell'approdo finale. Questo significa che le peculiarità riguardanti le scelte di salute e di vita possono abbandonare la pretesa di formalizzare la disciplina tutta intorno ad un unico schema e, anzi, possono prevedere un nuovo equilibrio tra le innovazioni scientifiche e tecnologiche e la centralità della persona, preservando così la dimensione umana.

L'analisi si inserisce dunque nel più ampio discorso sulla inaccettabilità della esasperata autonomia tra capacità giuridica e capacità di agire e sulla esigenza «di individuare ipotesi di autonoma rilevanza, in stato di incapacità legale di agire, della c.d. capacità naturale; (sul)la inutilità e (sul)la inapplicabilità alle situazioni giuridiche soggettive più strettamente legate alla persona della dicotomia in parola; (sul)l'impossibilità di disgiungere l'astratta titolarità dal concreto esercizio dei c.d. diritti fondamentali; (sul)la necessità di dar rilievo al discernimento, piuttosto che all'acquisto o alla conservazione della capacità legale, laddove si tratti della possibilità di esercizio di taluni diritti che più di altri sono concepiti ai fini dello sviluppo della persona umana»⁴.

Risultato di questo percorso ermeneutico, sorretto da una precisa gerarchia di valori che vede all'apice l'armoniosa affermazione della persona uma-

persona nella sua complessità, consentendo, di conseguenza, una riflessione più matura sullo stesso ruolo del soggetto astratto.

⁴ Così G. AUTORINO STANZIONE, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, Esi, Napoli, 1990, p. 23. Si interroga sull'equazione capacità giuridica-soggettività, come affermata dalla c.d. teoria organica, considerando la visione del fenomeno giuridico quale fatto storico-sociale che penetra nell'ordinamento attraverso la qualificazione giuridica. Di talché, «dalla considerazione unitaria del fatto e della sua qualificazione formale scaturente dalla norma deriva che il soggetto è fattispecie: composto dal substrato materiale e dal riconoscimento formale con cui, attribuendo al sostrato di fatto la qualifica di persona in senso giuridico, si verifica la penetrazione dell'individuo nel sistema dei fenomeni giuridici. Il soggetto però è configurato come centro dell'ordinamento giuridico, elemento fondante e ordinante dello stesso e, contemporaneamente, come fenomeno appartenente al mondo del diritto, cioè come costruzione e derivazione di quest'ultimo. Se la capacità giuridica, o capacità di legittimazione soggettiva, assume in tale contesto la funzione di indice dell'esistenza o della rilevanza giuridica del soggetto, la volontà non si presenta più come caratteristica necessaria della capacità né come qualità intrinseca e irrinunciabile della soggettività giuridica»

na (artt. 2 e 3 Cost.), è una (ri)scoperta della capacità naturale del soggetto, della sua maturità di intendere e di volere⁵, che, con riguardo agli interessi esistenziali della persona, si sostanzia in maniera sempre più netta con il requisito della capacità di discernimento, lasciando alle sole situazioni patrimoniali l'artificialità giuridica tra l'aspetto statico della titolarità del diritto (capacità giuridica) e l'aspetto dinamico del suo esercizio (capacità di agire)⁶. L'interazione tra questi due aspetti della capacità consente una lettura del sistema di protezione dei soggetti non dotati di una piena capacità di agire, che è sempre meno fondata sullo *status* della persona e più indirizzata all'individuazione degli atti che tali soggetti possono invece compiere⁷.

Ed è proprio in questo contesto che si inserisce la scelta di indagare il ruolo e la rilevanza della volontà del consenso al trattamento sanitario per minori e incapaci, ai quali la recente Legge ha dedicato l'art. 3, prevedendo il diritto alla valorizzazione delle loro capacità di comprensione e di decisione nel rispetto dei diritti alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione, oltretutto, in ragione di ciò, il diritto di ricevere informazioni sulle scelte relative alle proprie condizioni di salute, in modo consono alle specifiche capacità di comprensione⁸.

Così definita, la prima parte della norma parrebbe optare per l'accoglimento da parte del nostro legislatore del superamento della dicotomia tra capacità giuridica e capacità di agire, nei termini sopra evidenziati. Alla premessa segue, invece, la disciplina applicativa che, con riguardo ai minori di età, prevede che il consenso al trattamento sia espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e

⁵ P. STANZIONE, *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, cit., p. 312. Sempre P. STANZIONE, *Persona minore di età e salute, diritto all'autodeterminazione, responsabilità genitoriale*, in *comparazioneDirittocivile.it*, svolge alcune considerazioni sui grandi momenti storici che hanno determinato trasformazioni sociali ed istituzionali e con essi il ripensamento dei ruoli tra la maggiore età e quella minore. Con riguardo alla codificazione del '42, l'A. evidenzia come l'infra-diciottenne sia stato relegato in una posizione di sostanziale soggezione all'altrui determinazione «in nome di logiche di tutela di carattere preminentemente patrimoniale», in quanto «il drastico binomio capacità/incapacità legale di agire delineato dal legislatore incarnava, per l'esattezza, alla perfezione uno strumento di razionalizzazione del traffico giuridico, di garanzia della certezza degli scambi, di protezione patrimoniale dell'incapace attraverso l'esclusione dall'attività giuridica e di tutela dei terzi nella sicurezza della contrattazione».

⁶ P. STANZIONE, *Capacità e minore d'età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 183 ss. Più di recente, si v. G. RECINTO-F. DELL'AVERSANA, *I rapporti personali del minore*, in *Capacità e incapacità*, a cura di F. Rossi, Napoli, Esi, 2018. Con riferimento alla situazione di fragilità del malato S. VICIANI, *I confini labili del fine-vita nella tutela dei "nuovi soggetti deboli"*, in *giustiziacivile.com*, approfondimento del 17.10.2019.

⁷ R. ROSSANO, *Diritti delle persone con disabilità, autonomia dell'individuo e nuove forme di tutela*, in *comparazioneDirittocivile.it*, 1, 2015, p. 4.

⁸ B. SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella L. n. 219/2017: la rilevanza della volontà del soggetto vulnerabile nelle scelte sanitarie*, in *juscivile.it*, 2020, p. 1496.

avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità (art. 3, comma 2, L. 219/2017). La norma prevede, inoltre, che il consenso della persona interdetta, ai sensi dell'art. 414 c.c., sia espresso o rifiutato dal tutore, sentito, ove possibile, l'interdetto, avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita della persona nel pieno rispetto della sua dignità (art. 3, comma 3). Le persone inabilitate possono, invece, esprimere il proprio consenso e, solo nel caso in cui sia stato nominato un amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, il consenso è espresso o rifiutato anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere (art. 3, comma 4). Infine, la norma prevede che, nel caso in cui il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata oppure l'amministratore di sostegno, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), o il rappresentante legale della persona minore rifiuti le cure proposte e il medico ritenga invece che queste siano appropriate e necessarie, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata, ovvero dei soggetti di cui agli artt. 406 e ss c.c. o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria (art. 3, comma 5).

Il legislatore del 2017 ha dunque scelto di accordare piena facoltà decisionale all'inabilitato in relazione ai trattamenti sanitari, incrementando tale prerogativa anche quando sia stato nominato un amministratore di sostegno ed il provvedimento non disponga alcunché in ordine alle questioni mediche; al contrario, ha scelto di considerare il minore d'età e gli interdetti o gli amministrati, il cui provvedimento di attivazione preveda espressamente l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, incapaci assoluti di autodeterminarsi⁹.

Da ciò, considerato altresì che il consenso libero e informato al trattamento sanitario rappresenta il fulcro del sistema di protezione predisposto a livello nazionale e sovranazionale dei soggetti deboli, deriva l'interesse alla disamina dell'altrui esperienza, con particolare riguardo agli ordinamenti francese e spagnolo, che da tempo hanno adottato, per analoghe fattispecie, sistemi di protezione «a misura» del soggetto da tutelare¹⁰. Nello specifico, l'analisi sviluppata in queste pagine muove dall'intento di verificare come altri ordinamenti di *civil law* siano progressivamente addivenuti ad una strutturale riformulazione dei c.d. regimi di protezione del minore e dell'incapace

⁹ S. CACACE, *Il trattamento sanitario su minore e incapace: il miglior interesse sul paziente vulnerabile fra (più) volontà e scienza*, in A.A. V.V., *La relazione di cura dopo la legge 219/2017. Una prospettiva interdisciplinare*, a cura di M. Foglia, cit., p. 71 ss.

¹⁰ Si è scelto qui di indagare la disciplina prevista da altri ordinamenti di *civil law*, in quanto la prevalenza del formante legislativo come fonte primaria del diritto permetterà di vagliare la portata, anche in termini pratici, della riforma italiana del 2017.

maggiore di età in dissonanza con la precedente tradizione, in modo tale da investire ogni aspetto della previgente disciplina (principi, presupposti, funzione ed organizzazione)¹¹.

All'esito dell'indagine comparatistica, che, in conclusione, privilegerà in particolare la ricerca delle dissonanze¹², il raffronto tra le discipline degli ordinamenti stranieri considerati e quella italiana consentirà di verificare, per un verso, il grado di autodeterminazione nelle scelte di salute degli incapaci (minori o maggiori di età) nel nostro ordinamento, per altro verso, gli strumenti di tutela ed al contempo i punti deboli della Legge n. 219 del 2017.

2. Principio consensualistico nelle cure sanitarie: le criticità connesse alla condivisione della teoria della competenza nella tutela dei minori e degli incapaci nella Legge n. 219/2017

L'affermazione del principio consensualistico, come manifestazione dell'adesione consapevole del paziente al trattamento sanitario, implica, quale suo fondamentale corollario, una interazione tra il medico ed il paziente, consacrata nella c.d. alleanza terapeutica¹³. Questa, in particolare, sintetizza due diritti fondamentali: quello all'autodeterminazione (art. 13, comma 1, Cost.) e quello alla salute (art. 32, comma 2, Cost.), per cui ogni individuo ha il diritto ad essere curato ed altresì a ricevere le opportune e complete informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico al quale può essere sottoposto, nonché le possibili terapie alternative¹⁴. Ciò in quanto

¹¹ In questo senso e con riguardo agli infermi di mente ed alle persone con disabilità, si legga ancora puntualmente G. AUTORINO STANZIONE, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, cit., p. 96 ss.

¹² T.E. FROSINI, *Scienza giuridica e diritto comparato*, in *Nomos*, 3, 2021, p. 4, svolge alcune riflessioni sul metodo del diritto comparato ed evidenzia come «Il diritto comparato può essere definito come una sorta di “clausola aperta” a qualunque principio o regola, proveniente dall'esterno, che possa servire per progredire, per innovare, per tutelare di più e meglio i diritti di libertà dell'individuo. A tal fine, l'A. precisa che «sono [...] le dissonanze che esaltano maggiormente la comparazione, producendo davvero un valore aggiunto».

¹³ M. Di Masi, *La giuridificazione della relazione di cura e del fine vita. Riflessioni a margine della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Rivista di diritti comparati*, 3, 2018, p. 123. Opportunamente il diritto del paziente ad essere informato dal medico, in maniera adeguata, riguardo ai rischi/benefici degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, delle possibili alternative e delle conseguenze di un eventuale rifiuto è sancito altresì dall'art. 33 del Codice di deontologia medica. Sul punto, M.G. DI PENTIMA, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento*, Milano, 2018, p. 37 ss.

¹⁴ A livello sovranazionale, la necessaria preventiva acquisizione del consenso libero ed informato della persona coinvolta nell'atto medico trova riconoscimento nella Convenzione sui diritti dell'uomo e della biomedicina e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. La prima, detta anche Convenzione sulla bioetica, è stata approvata ad Oviedo il 4 aprile 1997 ed è stata ratificata in Italia con la Legge n. 145 del 2001. In particolare, l'art. 5 prevede che «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una

«nessuno può essere obbligato a un trattamento sanitario per disposizione di legge», dovendo essere garantita «la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale»¹⁵.

Nella disciplina dettata dalla legge del 2017 l'importanza attribuita all'informazione rappresenta uno degli aspetti più rilevanti del rapporto tra il medico ed il paziente, giacché il tempo della comunicazione viene qualificato come tempo di cura¹⁶, essendo funzionale al rispetto della libertà di autodeterminazione di ogni singolo individuo.

In questa prospettiva, la scelta legislativa di riconoscere valore all'esplicazione dell'autodeterminazione anche per i soggetti non dotati di una piena capacità di agire, in quanto minori o incapaci, evidenzia la necessità di garantire a tutti gli individui spazi di autonomia nelle scelte esistenziali¹⁷, in risposta alle crescenti istanze di inclusione e di valorizzazione della personalità di soggetti che si trovano in una situazione di particolare debolezza¹⁸; si riconosce dunque rilievo al discernimento, piuttosto che all'acquisto o alla conservazione della capacità legale, nel momento in cui entrano in gioco taluni diritti che, più di altri, sono concepiti ai fini dello sviluppo della persona umana¹⁹. Di qui, allora, la necessità di dare concreto rilievo alla capacità del soggetto minorenni o inabile di assumere decisioni responsabili anche in ambito sanitario, fermo

informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento ritirare il proprio consenso». La seconda, approvata a Nizza nel 2000 ed inclusa tra le fonti del diritto dell'U.E. a seguito dell'approvazione del Trattato di Lisbona, prevede all'art. 3 che «nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge [...]».

¹⁵ Corte cost., 23 dicembre 2008, n. 438, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1328.

¹⁶ L'art.1, comma 8, della Legge n. 219 del 2017 stabilisce infatti che «Il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura». Il successivo comma 9 rafforza l'assunto dal momento che introduce un obbligo di formazione iniziale e continua dei medici, e in generale dei professionisti sanitari, in materia di comunicazione e relazione con il paziente, garantendo in tal modo che i pazienti ricevano sempre un'adeguata e corretta informazione su cui basare le proprie decisioni.

¹⁷ A livello sovranazionale, l'esigenza di garantire l'esplicazione della personalità del minore è fissata dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989, dalla Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori del 1996 e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., il cui art. 24, comma 1, stabilisce che «i bambini [...] possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità».

¹⁸ B. SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella L. n. 219/2017: la rilevanza della volontà del soggetto vulnerabile nelle scelte sanitarie*, cit., p. 1495. L'A. evidenzia come «la disabilità stessa dell'individuo non sia più circoscritta alla menomazione fisica e psichica dell'incapace ma sia tesa a valorizzarne la portata relazionale e sociale incentrata sulla necessità di includere il soggetto per la piena esplicazione della propria personalità». Viene, in particolare, richiamato l'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., il quale riconosce il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure tese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità.

¹⁹ G. AUTORINO STANZIONE, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, cit., p. 23.

restando che, in ogni caso, il consenso deve essere espresso o rifiutato dal rappresentante legale del beneficiario al trattamento.

La soluzione adottata dal nostro ordinamento risponde così alla delicata operazione di bilanciamento tra l'esigenza di protezione che la legge pone all'esercizio dei diritti da parte delle persone fisiche (diversamente che delle altre soggettività giuridiche), limitando totalmente o parzialmente la capacità d'agire di taluni soggetti, e la protezione dei diritti inviolabili e delle libertà riconosciute ad ogni persona²⁰, tra cui spiccano la tutela della libertà corporea e di autodeterminazione terapeutica²¹.

In linea generale, il processo di approvazione del consenso informato si sviluppa in tre fasi successive all'elaborazione di una specifica diagnosi: una informativa, una riflessiva o ponderativa ed una deliberativa²². Nella prima, il medico è tenuto a comunicare al paziente tutte le informazioni fondamentali per l'adozione di una scelta pienamente consapevole e, dunque, deve prospettare la natura dell'intervento medico, le modalità di esecuzione, i benefici, la durata della convalescenza, i possibili rischi e le eventuali conseguenze derivanti dalla sua realizzazione, oltre all'informativa relativa al luogo ed il momento dell'esecuzione del trattamento e le eventuali e possibili alternative terapeutiche. L'informazione deve avvenire in modo esaustivo e comprensibile per il paziente; ciò significa che il medico deve "personalizzare" la comunicazione, parametrandola in modo adeguato al livello culturale del paziente, in forza di una comunicazione che adotti un linguaggio a lui comprensibile in ragione dello stato soggettivo e del livello delle conoscenze scientifiche di cui dispone²³. Nella fase successiva, il paziente deve avere il tempo di elaborare

²⁰ Si badi che a mente dell'art. 6, comma 1, della Legge n. 76 del 2016 «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali».

²¹ Il riconoscimento del principio consensualistico risponde all'esigenza del legislatore di fare i conti con il diffondersi di situazioni giuridiche soggettive differenti e differenziate, rispetto alle quali la nozione di debolezza spazia da una dimensione esclusivamente socio-economica ad un'altra, al contrario, spiccatamente socio-esistenziale. Così P. STANZIONE, *Costituzione, diritto civile e soggetti deboli*, cit., p. 308. Già G. FERRANDO, *Il beneficiario*, in *L'amministrazione di sostegno. Famiglia. Quaderni*, Milano, 2005, p. 26, chiarisce che «L'uomo astratto cede il passo al bambino, all'anziano, alla donna, al disabile, al consumatore, al lavoratore e così via».

²² E. J. EMANUEL – D. WENDLER – C. GRADY, *An Ethical Framework for Biomedical Research*, in E. J. EMANUEL – C. GRADY – R. A. CROUCH – R. K. LIE – F. G. MILLER – D. WENDLER (a cura di), *The Oxford Textbook of Clinical Research Ethics*, Oxford University Press, 2008, p. 130 ss.

²³ In relazione a tale assunto, recentemente, la Suprema Corte ha precisato che «la valutazione dei rischi appartiene al solo titolare del diritto esposto, e il professionista o la struttura sanitaria non possono omettere di fornirgli tutte le informazioni necessarie». In materia di comunicazione, v. Cass. Civ., sez. III, 4 febbraio 2016, n. 2177. Dello stesso orientamento: Cass. Civ., sez. III, 28 luglio 2011, n. 16543 e Cass. Civ., sez. III, 20 luglio 2013, n. 19220. In dottrina: L. ORSI – F. DE BIASI – A. SEMPREBONI – L. BUSATTA – D. MAZZON, *La comunicazione della cattiva notizia in ambito sanitario: da sconosciuta a perno della relazione di cura*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2017, 1, p. 194; F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 2, p. 388.

le informazioni ricevute al fine di giungere ad una decisione consapevole in merito al trattamento proposto. Ne consegue che deve trascorrere un lasso di tempo sufficientemente ragionevole tra il momento informativo e quello deliberativo, tale da consentire al paziente di ponderare la propria scelta, facendo, eventualmente, ricorso anche ad altre consulenze mediche, affinché la decisione sia consapevole e coerente con il proprio sistema di valori morali ed anche con il proprio stile di vita²⁴. Conclusa la seconda fase, il paziente è chiamato ad esprimere le proprie volontà in merito al trattamento sanitario proposto²⁵. L'eventuale consenso, per essere considerato valido, deve essere corredato da determinati requisiti, ovvero, deve rappresentare l'espressione di una volontà libera e non condizionata, cristallizzata in un documento scritto, affinché se ne attesti l'effettivo rilascio da parte del paziente²⁶.

In ragione degli elementi fino ad ora analizzati, sussistono diversi momenti di criticità che possono dare adito a questioni complesse quando la volontà deve essere espressa da soggetti non dotati di una piena capacità di agire; sul punto, infatti, il legislatore italiano ha parametrato la rilevanza della capacità del minore non solo sull'età, ma anche sul grado di maturità dello stesso, e quella della persona inabilitata (quando sia stato nominato un amministratore di sostegno per l'assistenza o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario) sul grado di capacità di intendere e di volere del soggetto.

Per entrambe le situazioni parrebbe, dunque, ripresa e condivisa dal nostro legislatore la teoria della *competence*²⁷, intesa come capacità decisionale del

²⁴ C. GASONATO – F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in L. LENTI – E. PALERMO FABRIS – P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Giuffrè, 2011, p. 55; G. MONTANARI VERGALLO, *Il rapporto medico-paziente. Consenso e informazione tra libertà e personalità*, Giuffrè, 2008, p. 133 ss.

²⁵ A mente dell'art. 1, comma 5, della Legge n. 219 del 2017 "Ogni persona capace di agire ha il diritto di rifiutare, in tutto o in parte [...] qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso. Ha, inoltre, il diritto di revocare in qualsiasi momento [...] il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento.

²⁶ L'art. 1, comma 4, della Legge n. 219 del 2017 stabilisce che "Il consenso informato [...] è documentato in forma scritta o attraverso videoregistrazioni o, per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare".

²⁷ Il termine *competence* viene utilizzato nei Paesi anglofoni per indicare la capacità etica di un individuo. Esso si differenzia dal termine *capacity*, che indica genericamente la abilità di un soggetto ad eseguire un compito. La prima nozione è concordemente accolta negli ambiti della medicina, della psicologia e del diritto. In argomento J. HAWKINS – L. C. CHARLAND, *Decision-Making Capacity*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2020; K. BAERØE, *Patient Autonomy, Assessment of Competence and Surrogate Decision-Making: A Call For Reasonableness in Deciding for Others*, *Bioethics*, 2010, 24, pp. 87-95; P. BIELBY, *The Conflation of Competence and Capacity in English Medical Law: A Philosophical Critique*, *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2005, 8, pp. 357-369; A. BUCHANAN, *Mental capacity, legal competence and consent to treatment*, in *Journal of the Royal Society of Medicine*, 2004, 97, p. 415; K. C. GLASS, *Refining Definitions and Devising Instruments: Two Decades of Assessing Mental Competence*, *International Journal of Law and Psychiatry*, 1997, 20, pp. 5-33; B.C. WHITE, *Competence to Consent*, Washington DC, Georgetown University Press, 1994; A.E. BUCHANAN-D.W. BROCK,

paziente, che non può essere presunta in base all'età e alle capacità, ma deve essere accertata caso per caso dal medico che ha in cura il paziente²⁸. La teoria, che rinvia, in termini sistemici, ad una serie di abilità funzionalmente collegate (*informability*, *cognitive capability* e *deciding*) fonda la capacità di ogni soggetto di essere destinatario o recettore di informazioni su un sistema complesso di abilità mentali che consentono di recepire, a livello sensoriale, i dati riguardanti l'oggetto della scelta, di comprendere le informazioni ricevute e di selezionare, fra i dati ricevuti e decodificati, quelli che assumono rilevanza centrale ai fini della decisione (*informability*). La capacità cognitiva consente, in un secondo momento, al soggetto di comprendere la situazione nella quale si trova e conseguentemente decodificare e selezionare i dati ricevuti, attraverso il proprio ragionamento. Tale capacità di valutazione permette al soggetto destinatario di ragionare sul trattamento proposto, sulle opzioni disponibili e sulle conseguenze derivabili da ogni alternativa praticabile, riconoscendo se stesso come paziente (*cognitive capability*). Infine, un paziente capace assume decisioni in maniera consapevole rispetto al trattamento proposto e le esprime nella consapevolezza delle motivazioni che hanno sostenuto la scelta²⁹.

Dette abilità conducono il paziente ad esprimere il consenso informato nei termini sopra indicati; tuttavia, non possono sottacersi le criticità connesse alla dimensione fattiva rispetto a quella normativa della capacità di consentire ad un determinato trattamento medico dei minori e degli incapaci. Le loro determinazioni sono ricondotte, nel nostro ordinamento, ai concetti generali di volontà, di maturità e di capacità, i quali avviano un procedimento di qualificazione da parte del medico, che pone l'esigenza di interrogarsi criticamente sulla reale portata della scelta legislativa.

La teoria della *competence* ben si sposa, infatti, in Gran Bretagna con il *Family Law Reform Act* del 1969 che prevede limiti di età ridotti in relazione al tipo di attività da compiere o al tipo di diritto da esercitare. In particolare, nell'ambito dei trattamenti sanitari, il consenso di un minore che ha raggiunto l'età di sedici anni è ritenuto efficace come quello prestato da un maggiore

Deciding for others. The ethics of surrogate decision making, Cambridge University Press, 1990; T. C. BEAUCHAMP, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, 1979.

²⁸ J. HAWKINS – L. C. CHARLAND, *Decision-Making Capacity*, cit., evidenziano, in particolare, la differenza tra *capacity* e *competence* «the term “decisional capacity” refers to the ability of subjects to make medical decisions; primarily, decisions to consent to or refuse medical intervention. Yet somewhat surprisingly, (at least for those new to the topic) there is a large amount of disagreement over terminology in this area, particularly over whether “decisional capacity” and its shortened version, “capacity” are the right terms to use. The other candidate is “mental competence” or just “competence” for short. Disputes about how (if at all) these terms differ can be very confusing and sadly there is no remedy other than familiarity with the various things people have said». Il testo è disponibile altresì in <http://plato.stanford.edu/entries/decision-capacity/#CompCapa>. A. BUCHANAN, *Mental capacity, legal competence and consent to treatment*, in *Journal of the Royal Society of Medicine*, 2004, 97, p. 415,

²⁹ E. SALVATERRA, *Capacità e competence*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI, *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Giuffrè, 2011, p. 341 ss.

di diciotto anni³⁰. A ciò deve aggiungersi che il *Mental Capacity Act* (MCA) del 2005³¹ fornisce una definizione di incapacità rilevante sia ai fini dell'applicazione della già menzionata normativa sia per la tutela di tutti gli individui che, difettando della capacità, non sono in grado di prendere autonomamente delle decisioni nel proprio interesse³². Punto di partenza del MCA è la definizione propria di incapacità e la sua distinzione logica dal disturbo mentale, per cui *“for the purposes of this Act, a person lacks capacity in relation to a matter if at the material time he is unable to make a decision for himself in relation to the matter because of an impairment of, or a disturbance in the functioning of, the mind or brain”*³³. Può, pertanto, comprendersi come, per dichiarare un soggetto incapace, sia necessario un accertamento medico della menomazione (*impairment*) o del disturbo (*disturbance*) di mente. Sul punto, anche la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che solo quando si è di fronte ad un vero e proprio *irrational behavior* si può parlare, giuridicamente, di incapacità³⁴.

³⁰ Il *Family Reform Act* del 1969 ha ridotto la maggiore età da ventuno a diciotto anni. La *Section 8* individua l'età minima di sedici anni per prestare il consenso a trattamenti chirurgici, medici e odontoiatrici. Così recita: *«(1) The consent of a minor who has attained the age of sixteen years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, shall be as effective as it would be if he were of full age; and where a minor has by virtue of this section given an effective consent to any treatment it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian. (2) In this section “surgical, medical or dental treatment” includes any procedure undertaken for the purposes of diagnosis, and this section applies to any procedure (including, in particular, the administration of an anaesthetic) which is ancillary to any treatment as it applies to that treatment. (3) Nothing in this section shall be construed as making ineffective any consent which would have been effective if this section had not been enacted»*, in <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1969/46/section/8>. Per un approfondimento sul consenso dei minori: J. MUNBY, *Consent to treatment: patient lacking capacity and children*, in *Principles of Medical Law*, a cura di A. Grubb, J. Laing e J. McHale, Oxford University Press, 2010, par. 10.142.

³¹ Il *Mental Capacity Act* (MCA) è entrato in vigore il 1° ottobre 2007. Il relativo Code of Practice descrive la *“underlying philosophy”* del MCA: *«to ensure that any decision made, or action taken, on behalf of someone who lacks the capacity to make the decision or act for themselves is made in their best interests. The Act is intended to assist and support people who may lack capacity and to discourage anyone who is involved in caring for someone who lacks capacity from being overly restrictive or controlling. But the Act also aims to balance an individual's right to make decisions for themselves with their right to be protected from harm if they lack capacity to make decisions to protect themselves. The Act sets out a legal framework of how to act and make decisions on behalf of people who lack capacity [...] in relation to personal welfare, healthcare and financial matters»*.

³² Nel Regno Unito, fino all'entrata in vigore del MCA, il trattamento dei soggetti adulti incapaci era disciplinato dal *Mental Health Act* (MHA) del 1983, modificato nel 2007, che, tra le varie ipotesi regolamenta il trattamento delle persone affette da disordine mentale. Sul punto: P. BOWEN, *The Blackstone's Guide to The Mental Health Act 2007*, Oxford University Press, 2007, pp. 6 ss.; E. JACKSON, *Medical law. Text, cases, and materials*, Oxford University Press, 2009, pp. 291 ss.

³³ MCA, *schedule 2* (1).

³⁴ *Grace R. Lane vs Rosaria Candura*, 6 Mass. App. 377, (1978), in <https://law.justia.com/cases/massachusetts/court-of-appeals/1978/6-mass-app-ct-377-1.html>.

Interessante è, dunque, notare come nell'ordinamento inglese vi sia una presunzione di capacità e, anche nei termini del consenso al trattamento sanitario, un soggetto maggiore dei sedici anni è ritenuto capace, finché non venga provata la sua incapacità per vizio di mente³⁵.

Alquanto differente è, invece, il perimetro disegnato dal legislatore italiano, laddove il medico debba accompagnare il paziente tra le diverse nozioni ed opzioni mediche disponibili per trattare la fattispecie concreta, non potendo in alcun modo sostituire la propria volontà a quella dell'assistito, trattandosi di decisioni che riguardano la sfera morale e valoriale di ogni singolo individuo. Tuttavia, nel medesimo perimetro, sebbene l'azione del sanitario esiga la verifica delle competenze del paziente in relazione alla capacità ed alla volontà dello stesso, il legislatore ha posto in capo al minorenne, indipendentemente dall'indicazione di una soglia di età minima, all'interdetto ed all'inabile, il cui provvedimento di amministrazione di sostegno attribuisca la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, una sorta di presunzione assoluta di incapacità di autodeterminarsi, in quanto la loro sfera valoriale deve essere manifestata da soggetti terzi (esercenti la responsabilità genitoriale, tutori o amministratori di sostegno).

Di conseguenza, nelle ipotesi in cui si verificano eventuali conflitti nell'ambito del processo decisionale che conduce all'espressione del consenso, la norma rimanda implicitamente alle soluzioni ed ai rimedi previsti dal codice civile³⁶. Così, la scelta normativa predilige la tutela giurisdizionale, demandando al giudice tutelare la risoluzione di eventuali conflitti che possono insorgere tra gli incapaci ed i loro rappresentanti e tra questi ed i medici³⁷.

3. La riformulazione dei c.d. regimi di protezione: a) dell'incapace maggiore di età in Francia

Gli ordinamenti francese e spagnolo hanno da tempo provveduto ad una riformulazione della disciplina dettata in materia di consenso informato dei mi-

³⁵ MCA, *schedule 1*.

³⁶ B. SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella L. n. 219/2017: la rilevanza della volontà del soggetto vulnerabile nelle scelte sanitarie*, cit., p. 1507.

³⁷ Si badi che l'art. 3, comma 5, della Legge n. 219/2017 prevede, in relazione a tutte le categorie di soggetti incapaci, una unica e specifica ipotesi di conflitto: quello che può sorgere tra il rappresentante legale e il medico, qualora il primo rifiuti le cure che il secondo propone reputandole adeguate e necessarie al caso concreto. La norma affida la soluzione del contrasto al giudice tutelare, che provvede con decreto motivato. Parti legittimate attive a proporre ricorso sono: il rappresentante legale dell'interessato, il medico, la struttura sanitaria e gli altri soggetti di cui all'art. 406 ss c.c., ovvero gli stessi che possono presentare ricorso per l'istituzione dell'amministratore di sostegno. Tra questi, oltre ai servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona, si ritiene sia legittimato anche il Pubblico Ministero. In tal senso, G. MARSEGLIA, *Pubblico ministero e persona: i procedimenti in materia di status, famiglia e minori*, in *Questione giustizia*, 1, 2018, p. 34 ss.

norì e degli incapaci. Tuttavia, non potendo, in tale sede, vagliare ogni singolo aspetto delle differenti discipline, si sceglierà di prendere in considerazione gli aspetti maggiormente innovativi, che, ai fini di un'indagine comparatistica "per dissonanze" con la disciplina italiana, possono offrire maggiori spunti di riflessione rispetto alle criticità emerse nel paragrafo precedente³⁸.

L'esperienza francese si mostra interessante non solo per la specifica disciplina relativa al consenso per i trattamenti sanitari, contenuta nel *Code de la Santé Publique*, recentemente novellato dalla Legge 2022-217 del 21 febbraio 2022³⁹, ma anche per l'evoluzione che ha avuto la normativa civilistica in materia di protezione degli incapaci maggiori di età nel corso degli ultimi cinquant'anni⁴⁰. A partire dalla riforma del 1968⁴¹ si è, infatti, progressivamente assistito all'erosione della regola dell'incapacità assoluta in favore di una capacità conformata al «grado di discernimento»⁴² attraverso l'introduzione di una serie di principi finalizzati a contemperare le esigenze di protezione degli incapaci con la ricerca di una moderata autonomia degli stessi. In particolare, la legge di riforma ha inteso abbandonare il richiamo a categorie di infermità predefinite in favore di una definizione elastica di incapacità che consente di «abbracciare in sé, tendenzialmente, tutte le ipotesi in cui il soggetto si trovi in concreto ostacolato, nel suo agire del mondo del diritto, dalle sue condizioni di salute»⁴³.

³⁸ Per tali ragioni, l'esposizione della disciplina francese sarà limitata ai regimi di protezione introdotti a favore dei soggetti maggiori di età, mentre quella spagnola agli interventi in favore dei minori.

³⁹ Il *Code de la Santé Publique* era già stato novellato in alcune parti dalle Leggi n. 2005-370 del 22 aprile 2005 e n. 2016-87 del 2 febbraio 2016. La versione integrale può essere letta su https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006072665/LEGI-SCTA000006125345/#LEGISCTA000006125345.

⁴⁰ Il sistema precedente alla riforma era gravato da un'immagine giuridica della follia di ispirazione volteriana, secondo cui la *folie* rappresentava una malattia che impediva all'uomo di pensare e di agire come gli altri. Per tale ragione «*Ne pouvant gérer son bien, on l'interdit, ne pouvant avoir des idées convenables à la société, on l'en exclut, s'il est dangereux, on l'enferme, s'il est furieux, on le lie*». Così VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, t. IV, sub «Folie». Sempre sulla follia: M. FOUCAULT, *Folie et déraison. Histoire de la folie l'âge classique*, Paris, 1961.

⁴¹ Legge n. 68-5 del 3 gennaio 1968 (c.d. riforma Carbonnier). Vennero, in particolare, introdotti dei rimedi di protezione, a sostituzione della *interdiction* e del *conseil judiciaire*, quali la *tutelle*, la *curatelle* e la *sauvegarde de justice*, che hanno come presupposto comune la condizione di alterazione delle facoltà personali, la quale può consistere sia in un'alterazione delle facoltà mentali dovuta a malattia, infermità, senescenza, sia in un'alterazione delle facoltà fisiche che incida sulla libera e consapevole espressione della volontà. In tali casi, il grado di infermità incide sulla determinazione specifica del trattamento giuridico applicabile al caso concreto, precisandone gli effetti. J. MASSIP, *La réforme du droit des incapables majeurs*, t. 1, Paris, 3 ed., 1977, p. 145 ss; J. CARBONNIER, *Droit civil*, 2, *La famille, les incapacités*, Paris, 11 ed., 1979, p. 528 ss; A. WEILL – F. TERRÉ, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Paris, 5 ed., 1983, p. 861 ss; G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes-Les biens*, Paris, 1988, p. 157 ss.

⁴² G. AUTORINO STANZIONE, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, cit., p. 84.

⁴³ Si badi che gli istituti della tutela e della curatela vengono adottati nei casi in cui le esigenze di protezione della persona derivino da alterazioni continuative e prolungate nel

Tra le principali misure di protezione previste dal legislatore francese (*sauvegarde de justice*, *curatelle* e *tutelle*) sussiste un rapporto di graduazione, tale per cui una misura maggiormente restrittiva può essere disposta solo nel momento in cui quella meno gravosa non appaia sufficiente. Dunque, la *curatelle*⁴⁴, che comporta l'assistenza-integrazione delle capacità del soggetto protetto, può essere disposta quando la *sauvegarde de justice*⁴⁵, regime di protezione minimale ed a carattere temporaneo, non risulti una misura di protezione adeguata a tutelare l'incapace. Parimenti, la *tutelle*⁴⁶, misura più incisiva rispetto alle altre, in quanto consistente nella rappresentanza-sostituzione del soggetto, può essere disposta quando non appaiono sufficienti né la *sauvegarde* né la *curatelle*⁴⁷. Per le stesse ragioni, la “messa sotto tutela” e la “messa sotto curatela” sono possibili solo nel caso in cui l'alterazione delle facoltà mentali sia comprovata da un certificato medico che evidenzi la gravità della situazione e la necessità di un provvedimento tanto invasivo quanto ineludibile⁴⁸.

Siffatto sistema di misure, differenziate e personalizzabili sia in ragione del grado di discernimento che dell'attitudine alla cura dei propri interessi da parte del soggetto vulnerabile, privilegia il ricorso a strumenti giuridici di tutela commisurati alla situazione concreta e realizza una equilibrata ponderazione dei ruoli attribuibili rispettivamente al giudice, chiamato ad individuare il regime di tutela, ed al medico, il quale deve certificare l'eventuale grado e stato di alterazione delle facoltà mentali o fisiche dell'infermo⁴⁹. A tal pro-

tempo. Ciò a garanzia della cura del patrimonio del disabile e della posizione dei terzi. In tal senso, G. AUTORINO STANZIONE, *La protezione civilistica del disabile per infermità mentale nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 523 e ss.

⁴⁴ La *curatelle* è prevista prevalentemente per i casi di prodigalità. Non può eccedere i cinque anni, anche se il giudice può rinnovare la misura per la medesima durata (art. 442 *Code civil*).

⁴⁵ La *sauvegarde de justice* riguarda i soggetti che presentano una limitata esigenza di protezione che, pur avendo capacità di discernimento sufficiente a condurre una vita normale, possono tuttavia essere soggetti ad alterazioni cicliche. La misura ha la durata limitata, per cui non può eccedere un anno e può essere rinnovata una sola volta (art. 439 *Code civil*).

⁴⁶ Anche la *tutelle* è una misura a carattere temporaneo. Ai sensi dell'art. 441 *Code civil*: «*Le juge fixe la durée de la mesure sans que celle-ci puisse excéder cinq ans. Le juge qui prononce une mesure de tutelle peut, par décision spécialement motivée et sur avis conforme d'un médecin inscrit sur la liste mentionnée à l'article 432 constatant que l'altération des facultés personnelles de l'intéressé décrites à l'article 425 n'apparaît manifestement pas susceptible de connaître une amélioration selon les données acquises de la science, fixer une durée plus longue, n'excédant pas dix ans*».

⁴⁷ Art. 440, alinéa 4, *Code civil*.

⁴⁸ Legge n. 2007-308 del 5 marzo 2007.

⁴⁹ Non sono mancati nel panorama francese provvedimenti giudiziari. Tra questi rileva la sentenza del *Conseil d'État* n. 428117 del 24/4/2019, che ha statuito la possibilità di interrompere tutte quelle procedure mediche prive di efficacia curativa, consentendo la morte naturale del paziente, considerata come termine di un'esistenza solo artificialmente possibile (un medico che aveva in cura un degente in stato vegetativo avviò la procedura prevista dalla legge francese al fine di procedere all'interruzione del sostegno vitale, reputato come irragionevole ostinazione. A questa si opposero i familiari del paziente, che invece preferivano mantenere in vita il loro familiare, seppur con apprestamenti sanitari). La vicenda ha visto una lunga se-

posito, si è detto che la normativa riformata ha rappresentato, in tutta la sua forza innovativa, la garanzia della libertà civile, «*équilibre de pouvoirs entre le familial, le médical et le judiciaire*»⁵⁰. Ed è proprio il ruolo del medico che ha ridisegnato i nuovi confini dei regimi di protezione degli incapaci, giacché la riformulazione codicistica ha introdotto il principio di collaborazione tra lo specialista ed il giudice⁵¹, imponendo la necessità di un contatto continuo e personale, al di fuori di ogni formalismo, per valutare l'opportunità e la prevedibile incidenza del provvedimento da adottare, di volta in volta, sul malato. Il medico è divenuto così «un vero e proprio organo consultivo»⁵², che ha portato la regola della *individualisation* del regime di protezione, ovvero del principio di sussidiarietà degli interventi ablativi ed incapacitanti⁵³.

Tale principio è stato ribadito dalle successive riforme⁵⁴ e trasfuso anche nel *Code de la Santé Publique*, che, *in primis*, afferma il diritto della persona a ricevere le cure più appropriate e le terapie di riconosciuta efficacia, che garantiscano, secondo le conoscenze mediche disponibili, il miglior risultato sanitario nonché il massimo alleviamento della sofferenza possibili. Questo comporta che «*Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment*»⁵⁵. Così, anche il consenso dell'adulto sottoposto ad una misura di protezione deve essere acquisito dal sanitario quando il paziente è in grado di esprimere la propria volontà, eventualmente con l'assistenza del

quela di provvedimenti giudiziari resi da una molteplicità di uffici: *Tribunal administratif* di Châlons-en-Champagne del 16/1/2014; del *Conseil d'État* del 24/6/2014; della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 5/6/2015; del *Tribunal administratif* di Châlons-en-Champagne del 9/10/2015; della *Cour Administrative d'Appel* di Nancy del 16/6/2016; del *Conseil d'État* del 19/7/2017; delle ordinanze del *Tribunal administratif* di Châlons-en-Champagne del 20/4/2018, del 2/7/2018 e del 31/1/2019; della sentenza del *Conseil d'État* del 24/4/2019; dell'ordinanza del *Tribunal administratif* di Parigi del 20/4/2018 e, infine, della sentenza della *Cour de Cassation* n. 647 del 28/6/2019. Queste ultime, in particolare, furono l'ultimo tentativo da parte dei genitori del paziente di bloccare l'operatività della decisione di interruzione delle terapie di sostegno vitale.

⁵⁰ J. CARBONNIER, *Préface* à J. MASSIP, *La réforme*, cit., p. 11.

⁵¹ Art. 441, *alinéa* 2, *Code civil*.

⁵² G. AUTORINO STANZIONE, *Infermità mentale e tutela del disabile negli ordinamenti francese e spagnolo*, cit., p. 106.

⁵³ A. VIALATTE, *Des rôle du médecin traitant et du médecin spécialiste dans la protection des incapables majeurs*, in *Rec. Dalloz*, 1972, Chr., p. 165 ss. Evidenzia una distinzione tra il medico curante ed il medico specialista.

⁵⁴ Legge n. 2007-308 del 5 marzo 2007 e Legge n. 2009-526 del 12 maggio 2019. Alcuni commenti sulle riforme: T. FOSSIER, *La réforme de la protection des majeurs. Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007*, in *JCP G* 2007, I, p. 118 ss; Id., *La protection de la personne, un droit flexible*, in *Dir. fam.* 2007, chr. 17; F. ARHAB-GIRARDIN, *La décision médicale du majeur protégé: une articulation complexe des dispositions du code de santé publique avec la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs*, *RDSS* 2009, p. 875 ss; A. BATTEUR, *Recherche d'une articulation entre le Code de la santé publique et le Code civil: un défi à relever en faveur des personnes vulnérables*, in *Dr. fam.* 2011, Étude 5; F. ARHAB-GIRARDIN, *L'aide à la décision médicale de la personne âgée vulnérable*, in *RDSS* 2018-5, p. 779 ss.

⁵⁵ Art. L. 1111-4, *alinéa* 4, *CSP*.

suo rappresentante e, solo quando ciò non è possibile, il consenso deve essere rilasciato dal responsabile della tutela, tenuto conto del parere eventualmente espresso dalla persona sottoposta a protezione, considerato che «*sauf urgence, en cas de désaccord entre le majeur protégé et la personne chargée de sa protection, le juge autorise l'un ou l'autre à prendre la décision*»⁵⁶.

I principi appena riportati rappresentano tutta la forza innovativa della disciplina francese che porta con sé un punto di osservazione privilegiato per il comparatista che si pone delle domande sulle opzioni italiane in materia di consenso informato degli incapaci⁵⁷. È facile notare, infatti, come la normativa d'oltralpe privilegi, in ogni caso e in coerenza con il principio di autonomia, la volontà del paziente, il quale è chiamato ad esprimere il proprio consenso, anche se sottoposto ad una misura di protezione e che questa, in ossequio ai principi di proporzionalità e di sussidiarietà, una volta rivelatasi necessaria deve essere rigorosamente proporzionata alla alterazione, confermata da un atto medico, delle facoltà mentali e/o fisiche del soggetto. Pertanto, la scelta della misura di protezione deve ricadere su quella meno invasiva e, al contempo, deve lasciare il più possibile intatta l'autonomia individuale della persona⁵⁸.

La peculiarità dell'ordinamento francese si coglie così nella scelta di fare degli istituti tradizionali, quali la *tutelle* e la *curatelle*, «*des techniques de masse*», condizionate al bisogno di protezione dell'infermo⁵⁹ e garantite dalla continua verifica dei presupposti ed un'ampia individualizzazione delle medesime, soprattutto grazie all'introduzione del limite temporale dei cinque anni all'efficacia di tali misure, che si riverbera, inevitabilmente, anche nella disciplina del *Code de la Santé Publique*, nel punto in cui prevede espressamente che «*la personne majeure faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne doit être obtenu si elle est apte à exprimer sa volonté, au besoin avec l'assistance de la personne chargée de sa protection. Lorsque cette condition n'est pas remplie, il appartient à la personne chargée de la mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne de donner son autorisation en tenant compte de l'avis exprimé par la personne protégée*»⁶⁰.

⁵⁶ Art. L. 1111-4, alinéa 8, CSP.

⁵⁷ Il *Code de la Santé Publique* si differenzia, in particolare dall'art. 2 della l. n. 219/2017, poiché stabilisce che affinché si inneschi la procedura di interruzione dei sostegni vitali in situazioni cliniche irrimediabilmente compromesse è sufficiente che le terapie siano prive di benefici addizionali rispetto al mero mantenimento in vita dell'infermo, senza alcuna speranza di ottenere miglioramenti dello stato patologico irreversibile.

⁵⁸ Art. 415 *code civil*: «*Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens que leur état ou leur situation rend nécessaire selon les modalités prévues au présent titre. Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. Elle favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci. Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique*».

⁵⁹ J. CARBONNIER, *Préface* à J. MASSIP, *La réforme*, cit., p. 7.

⁶⁰ Art. L. 1111-4, alinéa 8, CSP.

3.1 (segue) del minore in Spagna

Appare interessante, ai fini della presente indagine, svolgere alcuni rilievi sulla disciplina spagnola dedicata al consenso informato per i trattamenti medici da eseguirsi su pazienti minori di età. Rileva, a tal fine, la riforma introdotta dalla *Ley* 26/2015, sul sistema di protezione dell'infanzia e dell'adolescenza, che ha inciso in modo importante sulla formulazione dell'art. 9 della *Ley* 41/2002, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (LBAP), riconoscendo la possibilità ai minori emancipati⁶¹ o che abbiano compiuto sedici anni di prestare il consenso, limitatamente ai casi in cui non si presenti un grave rischio per la vita o la salute del minore⁶²; al contrario, in siffatte ipotesi, per i minori di sedici anni e per gli incapaci, la regola generale vuole che il consenso sia prestato dai rappresentanti legali, «*después de haber escuchado su opinión*»⁶³.

La norma risponde all'impostazione tradizionale dell'ordinamento spagnolo, che evita di ritenere il minore dei diciotto anni⁶⁴ incapace assoluto, attribuendogli invece alcune capacità⁶⁵, in modo progressivo ed evo-

⁶¹ Deve evidenziarsi come una recente modifica apportata al *Código civil* dalla *Ley* 8/2021 del 2 giugno ha introdotto l'età minima di sedici anni per l'emancipazione del minore (art. 241 cc). Art. 241 *Código civil*: «*Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el encargado del Registro Civil*». Detta disposizione, prima della modifica apportata dalla *Ley* 8/2021, corrispondeva all'art. 317 *Código*, oggi abrogato.

⁶² Così dispone l'art. 9, 4°, LBAP: «*Cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo*».

⁶³ L'art. 9, 3°, apartado c) stabilisce che «*Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*». Il precetto rimanda dunque alla *Ley Orgánica de protección Jurídica del Menor*, che prevede «*El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias [...]*».

⁶⁴ La minore età non è espressamente indicata dal legislatore spagnolo, ma deve essere desunta dall'art. 12 CE, secondo il quale gli spagnoli diventano maggiorenni al compimento dei diciotto anni, e dall'art. 240 cc, a mente del quale la maggiore età inizia al compimento del diciottesimo anno.

⁶⁵ L'art. 663 cc prevede che «*No puede testar: 1. La persona menor de catorce años. 2. La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun ayuda de medios o apoyos para ello*». Pertanto, secondo ragionamento a *sensu contrario*, il legislatore

lutivo⁶⁶, secondo due determinati criteri, che possono essere alternativi o cumulativi.

Il primo, oggettivo, si basa sulla fissazione di diverse tappe dello sviluppo biologico del minore, estendendone la capacità secondo una «*escala legal de edades*»⁶⁷; pertanto, con il raggiungimento di età prestabilite, l'ordinamento prevede *iuris tantum* una maturità psicologica sufficiente per compiere determinati atti con efficacia giuridica⁶⁸. Per tale ragione, la dottrina spagnola ritiene che in ambito sanitario la maggiore età si raggiunga al compimento dei sedici anni⁶⁹. Il secondo è un criterio soggettivo, per cui il minore acquisisce gradualmente e progressivamente la capacità di agire di pari passo con la sua crescita; motivo per il quale viene anche definito «*criterio de la madurez o del discernimiento*»⁷⁰. Su questo, ad esempio, si fonda l'art. 162 cc, il quale prevede che i minori possano esercitare alcuni diritti della personalità, secondo il loro grado di maturità, senza essere assoggettati alla potestà dei genitori, salvo l'esercizio della potestà genitoriale in virtù dei doveri di cura e di assistenza nei confronti della prole.

Entrambi i criteri sono stati indiscutibilmente utilizzati dal legislatore spagnolo in materia di consenso informato dei minori, nella parte in cui è prevista la presunzione della capacità di prestare il consenso per il minore emancipato o maggiore di sedici anni (art. 9 *LBAP*, comma 4), ma esclude espressamente da tale precetto i pazienti (minori di sedici anni o emancipati) che non siano intellettualmente o emotivamente capaci di comprendere la portata del trattamento e/o dell'intervento medico proposto (art. 9 *LBAP*,

spagnolo ammette la possibilità di fare testamento per i soggetti maggiori di quattordici anni, presumendo la capacità naturale *iuris tantum*. Fanno eccezione i testamenti olografi, per i quali l'art. 688.1 cc richiede la maggiore età.

⁶⁶ C. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad*, in AA. Vv., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, A. Cavanillas Sánchez, tomo I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 957; M. MORENO ANTÓN, *La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario*, *AFDUAM, El Menor ante el Derecho en el siglo XXI*, n. 15, J. Díaz Maroto – G. Rodríguez, Alma María (edits.), UAM y BOE, Madrid, 2011, p. 97; Comisión de Bioética de Castilla y León, *Problemas relacionados con las actuaciones sanitarias en los menores de edad*, Junta de Castilla y León, 2010, <http://www.saludcastillayleon.es/profesionales/es/bancoconocimiento/problemas-relacionados-actuaciones-sanitarias-menores-edad>.

⁶⁷ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 45, n. 4, 1992, p. 1422.

⁶⁸ J. ALVENTOSA DEL RÍO, *El derecho a la autonomía de los pacientes*, in AA. Vv., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Cavanillas Sánchez, Antonio *et al.* (coords.), Civitas, Madrid, 2003, p. 198.

⁶⁹ D. CADENAS OSUNA, *El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la Reforma de 2015. Estudio comparado con el "common law"*, *ADC*, tomo LXXI, 2018, fasc. III, 2018, p. 812.

⁷⁰ P. SIMÓN LORDA *et al.*, *La capacidad de los pacientes para tomar decisiones*, in AA. Vv., *Ética en la práctica clínica*, G. Guillén – D. y J. Gutiérrez, F. Javier (edits.), Triacastela, 2004, p. 55 ss.

comma 3, lett. c); in tali ipotesi, il consenso è espresso dal rappresentante del minore⁷¹.

Insomma, la scelta spagnola è quella di considerare il minore non incapace di agire, secondo la doppia dicotomia «piena capacità di agire-incapacità di agire» e «maggiore età-minore età», bensì limitatamente capace di agire in relazione ad alcuni e specifici atti individuati dal legislatore, che possono essere compiuti dallo stesso se dotato di un adeguato grado di discernimento⁷². Il modello ridefinisce così l'espressione «*menor de edad*», imponendo una distinzione tra «*niño/a*» e «*adolescente*»⁷³, poiché, come sostenuto da un'auto-revole dottrina, «*No hay [...] menor sino menores*»⁷⁴.

In questa prospettiva, come meglio si evidenzierà nel paragrafo successivo, la presunzione della capacità di discernimento del minore ultrasedicenne nelle scelte sanitarie evidenzia la grande differenza con la scelta operata dal legislatore italiano che, invece, in modo forse sbrigativo, ha addirittura equiparato tutti i pazienti incapaci di agire, adulti e minori, escludendo *a priori*

⁷¹ In relazione a tale aspetto è utile precisare che la norma dispone che sia il rappresentante legale del minore a prestare il consenso. Per tale motivo, la dottrina spagnola si è interrogata su chi debba prestare il consenso per rappresentanza. D. CADENAS OSUNA, *El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la Reforma de 2015. Estudio comparado con el "common law"*, cit., p. 813, ha evidenziato come, dopo aver svolto un'interpretazione sistematica degli artt. 9.3 3 9.4. LAP, sia chiaro che la decisione debba essere presa dai genitori del minore, in quanto l'emancipato non è soggetto alla potestà genitoriale, essendo l'emancipazione una delle cause di cessazione della potestà ex art. 222.1 cc.

⁷² M.C. BLASCO IGUAL, *El consentimiento informado del menor de edad en materia sanitaria*, *Revista de Bioética y Derecho*, n. 35, 2015, p. 35 ss. La capacità di discernimento del minore deve essere valutata con riguardo al concreto atto che il minore intende realizzare. L'A. sostiene, infatti, che «*obviamente, no es la misma la capacidad de entendimiento exigida al menor para comprar una golosina en un kiosco que para consentir una intervención quirúrgica en el ámbito sanitario*».

⁷³ I. VIVAS TESÓN, *Niños y niñas con capacidades diferentes: el derecho de la persona a tomar sus propias decisiones*, in *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, *Ejemplar dedicado a: La (in)capacidad de niños, niñas y adolescentes en el derecho español*, n. 13, 2017, ed. digital. L'A. propone una precisa distinzione: «*niños*» possono essere considerati i minori fino ai nove anni; «*adolescentes*» i ragazzi e le ragazze da dieci a diciassette anni, tappa cruciale della vita nella quale vengono rivendicati spazi di autonomia, di libertà e di partecipazione attiva.

⁷⁴ Così F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, 2. ed., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 176-177. L'A. svolge il seguente ragionamento, che per chiarezza espositiva si trascrive: «*no debe olvidarse que dentro de la minoría de edad quedan comprendidas edades y situaciones tan distintas como son la del niño de tres meses o tres años y la del joven de quince o diecisiete años, que no pueden ser tratadas de idéntica forma. En el primero (incluso hasta los ocho o diez años) está poco desarrollada la razón, el ámbito de lo inteligible, y mucho más en cambio el de los sentimientos, que requieren especial atención. En el adolescente se va desarrollando el conocimiento (del mundo y de la vida, que importan aquí más que el de las matemáticas) y el entendimiento; el terreno de los sentimientos cede protagonismo ante el racional, no ya en importancia (que conserva), sino en el orden decisorio; el adolescente conoce más y mejor; por ello puede y debe intervenir en todo aquello que le interesa, opinando (audiencia) o decidiendo directamente. No hay, pues, menor sino menores*».

ogni possibilità, per tali categorie di soggetti, di esprimere direttamente il loro consenso o rifiuto al trattamento sanitario.

4. *La generale rilevanza del discernimento quale limite ultimo di protezione dei “soggetti deboli” sulle scelte di salute. Valutazione dell’art. 3 della Legge n. 219 del 2017 alla luce dell’indagine comparatistica*

L’indagine fino ad ora svolta fornisce una doppia chiave di lettura nella riflessione sul tema proposto: da una parte, porta a comprendere quale sia il cardine sul quale ruota la protezione dei soggetti deboli negli ordinamenti considerati, dall’altra, a definire la reale efficacia della disciplina italiana introdotta nel 2017 con riguardo ai minori e agli incapaci.

Sul primo aspetto, dal riscontro della comparazione, per cui si è scelto di prendere in considerazione solo ciò che degli ordinamenti francese e spagnolo appare interessante al fine di fornire delle risposte agli interrogativi posti, emerge chiaramente che l’esercizio delle situazioni c.d. essenziali non dipende dalla mera capacità legale di agire, bensì dalla effettiva capacità di discernimento di ciascun soggetto, da valutare casisticamente e relativamente al tipo di atto da compiere.

In generale, infatti, nell’ambito delle scelte sanitarie, le norme poste a protezione delle persone che non hanno la capacità di dare il consenso non riconoscono il diritto dei pazienti incapaci di acconsentire o di rifiutare le cure, ma prevedono che il loro parere sia manifestato con l’ausilio di un soggetto terzo a ciò incaricato dalla legge, con una tendenza sempre più accentuata verso il superamento della presunzione dell’incapacità assoluta in favore del principio dell’individualizzazione dei regimi di protezione.

Emblematica, a tal proposito, è la scelta del legislatore francese, che a partire dalla riforma del 1968 ha optato per una serie di tecniche protettive ispirate a principi tendenti ad esigenze di contemperazione tra la difesa e la autonomia degli incapaci, rivelando tutta la propria forza prorompente nel principio di sussidiarietà degli interventi tesi alla personalizzazione dei regimi di protezione ed alla costante collaborazione tra il giudice ed il consulente medico⁷⁵. Ciò che maggiormente colpisce, oltre al riconoscimento di una temporaneità “automatica” della tutela generale degli incapaci, finanche per gli strumenti meno flessibili, quali la *tutelle* e la *curatelle*, è la possibilità per l’infermo maggiore di età e sottoposto ad una misura di protezione con rappresentazione relativa alla persona di esprimere personalmente la propria volontà in relazione ai trattamenti sanitari, quando il suo stato lo permetta⁷⁶. Ciò evidenzia che il principio a cui risulta ispirata la legge francese è la massima garanzia dell’autonomia

⁷⁵ F. P. OLIVIERI, *Strumenti a tutela della disabilità. Casistica e analisi comparata*, Milano, 2020, p. 232.

⁷⁶ Art. L. 1111-4, alinéa 8, CSP.

individuale della persona debole, che consente di attuare, nell'ottica della salvaguardia delle residue capacità dell'incapace, il massimo coinvolgimento del soggetto interessato nelle scelte che lo riguardano⁷⁷. A tale proposito, non può non richiamarsi il valore preminente riconosciuto al medico nella valutazione della capacità dell'infermo; una volta valutato, infatti, che il paziente non si trova «*hors d'état d'exprimer sa volonté*», il trattamento deve seguire la volontà espressa dallo stesso, anche se il medico dovesse ritenere necessaria una misura di protezione⁷⁸.

Allo stesso modo, la disciplina italiana ha optato per la sussidiarietà degli interventi posti a protezione delle persone incapaci; ne è esempio l'introduzione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, con lo scopo di tutelare, attraverso la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte dell'autonomia mediante interventi di sostegno sia temporanei che permanenti. Ed infatti il giudice modella il provvedimento sulla persona del beneficiario, indicando precisamente gli atti che egli può compiere da solo e quelli che, invece, devono essere compiuti dall'amministratore in nome e per conto del beneficiario⁷⁹. Secondo il medesimo fine di sussidiarietà, anche l'istituto dell'inabilitazione prevede che il soggetto che non sia pienamente in grado di curare i propri interessi possa compiere da solo tutti gli atti che non eccedano l'ordinaria amministrazione. Ed è così che l'art. 3, comma 4, della Legge n. 219 del 2017 pone la regola che la persona inabilitata possa esprimere direttamente il consenso o il rifiuto al trattamento sanitario, mentre debba farlo l'amministratore quando questo è previsto dal provvedimento di nomina. Allo stesso modo, il consenso dell'interdetto deve essere espresso dal tutore.

Anche la disciplina italiana ritiene, dunque, sufficiente la capacità naturale ai fini dell'espressione delle proprie scelte sanitarie, lasciando la dicotomia capacità giuridica e capacità di agire alle sole situazioni patrimoniali.

Ciò che, invece, non convince è la "staticità"⁸⁰ cui è soggetta la richiamata disciplina. Infatti, a differenza della previsione francese, anche nelle ipotesi di amministrazione di sostegno, il medico non ha alcun margine di valutazione della volontà del beneficiario una volta che il giudice ha previsto la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario⁸¹. Peraltro, per i soggetti interdetti non viene

⁷⁷ Ed infatti anche quando un soggetto risulti beneficiario di una misura di protezione deve, in ogni caso, essere ampiamente informato sulla propria situazione personale e patrimoniale e su qualsiasi atto compiuto nel suo interesse (art. 471-1 cc).

⁷⁸ Conseil d'État, 16 août 2002, n. 249552.

⁷⁹ Art. 404 c.c.

⁸⁰ "Staticità" della disciplina italiana intesa in contrapposizione con la temporaneità "automatica" della tutela degli incapaci prevista dalla legislazione francese.

⁸¹ Corte costituzionale, 13 giugno 2019, n. 144, in *Foro it.*, 2019, p. 3024. Il giudice delle leggi è stato chiamato a pronunciarsi sui poteri dell'amministratore di sostegno in ambito sanitario, in particolare, sulla illegittimità dell'art. 3, commi 4 e 5, della Legge n. 219 del 2017 nella parte in cui non richiede, nel caso di rappresentanza esclusiva in ambito sanitario ed in assenza di direttive anticipate di trattamento, la verifica puntuale da parte del giudice tutelare delle volontà

neppure evocata la possibilità di un loro coinvolgimento attivo nelle decisioni di salute, posto che non necessariamente l'incapacità di agire coincide con una inidoneità assoluta del soggetto a comprendere il proprio stato di salute, quando egli è provvisto della capacità di fatto adeguata alla natura della decisione che è chiamato ad assumere⁸². Il testo di legge prevede esclusivamente che l'interdetto possa essere sentito, ove possibile.

Parimenti, non convince la mancanza di indicazioni al giudice in ordine al modo in cui dirimere, in concreto, eventuali conflitti su argomenti tanto delicati, come quelli riguardanti le scelte sanitarie dei pazienti incapaci di agire. Il combinato disposto degli artt. 2 e 3 del nuovo testo di legge, in caso di disaccordo tra sanitari e rappresentanti del paziente sulle scelte terapeutiche rispondenti al miglior interesse di quest'ultimo, lascia che sia il giudice tutelare ad individuare, di volta in volta, i criteri da applicare per decidere il caso di specie⁸³.

Ne consegue che la disciplina italiana riflette l'imposizione tradizionale che considera i minori e gli incapaci privi della possibilità di esprimere il consenso o il rifiuto al trattamento sanitario; di talché, è lecito dubitare della reale ed effettiva rilevanza della volontà espressa dai minori o maggiori di età, in tutto o in parte limitati nella capacità di agire, in ordine alle scelte inerenti alla propria salute, proprio in ragione del fatto che il legislatore ha delegato al rappresentante legale il potere di esprimere l'assenso o il diniego all'intervento medico proposto e, al contempo, non ha fornito indicazioni in ordine al modo in cui dirimere, in concreto, le ipotesi conflittuali, demandando agli organi giurisdizionali il compito di risolvere il caso concreto, secondo la disciplina dettata dal codice civile.

del beneficiario in merito al rifiuto di un trattamento salvavita. La Corte ha rigettato il quesito ritenendolo non fondato sulla base di una corretta interpretazione delle norme in materia di amministrazione di sostegno, sulla circostanza che il decreto di nomina rappresenta il momento in cui il giudice valuta il caso concreto e può autorizzare, eventualmente, una decisione sul se prestare o meno il consenso a trattamenti di sostegno vitale. La Corte ha precisato altresì che il conferimento della rappresentanza esclusiva in ambito sanitario all'amministratore di sostegno non necessariamente deve recare in sé il potere di rifiutare i trattamenti sanitari necessari al mantenimento in vita, in quanto è sempre richiesta una verifica del caso concreto e dei compiti dell'amministratore. Ciò è stabilito dall'art. 410 c.c., il quale prevede che l'amministratore, nello svolgimento dei suoi compiti, deve sempre tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario. Sul punto, si rimanda a B. SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella L. n. 219/2017: la rilevanza della volontà del soggetto vulnerabile nelle scelte sanitarie*, cit., p. 1505.

⁸² U. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico: presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia Germania e Italia*, Milano, 1989, p. 427 ss. Più di recente, la conclusione è riportata da B. SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella L. n. 219/2017: la rilevanza della volontà del soggetto vulnerabile nelle scelte sanitarie*, cit., p. 1499.

⁸³ Il comma 5 dell'art. 3 prevede che in caso si contrasti tra il medico e il rappresentante legale della persona interdetta o inabilitata o con l'amministratore di sostegno, in assenza di DAT, o con il rappresentante legale del minore che rifiuta le cure proposte, ritenute appropriate e necessarie dal medico, la decisione è rimessa al giudice tutelare su ricorso del rappresentante legale della persona interessata o dei soggetti di cui agli artt. 406 e ss del codice civile o del medico o del rappresentante legale della struttura sanitaria.

L'argomento si complica ulteriormente quando il conflitto scaturisce dal disaccordo tra la volontà espressa dal minore capace di discernimento ed i suoi genitori. Partendo dal presupposto che questi ultimi sono i primi interlocutori a dover essere coinvolti dai medici nelle decisioni che riguardano la salute del proprio figlio, non può negarsi che i rappresentanti legali non possano far prevalere scelte e preferenze individuali quando le stesse non rispondano all'interesse dei figli. Secondo una condivisibile impostazione compete, infatti, ai genitori la valutazione del migliore interesse dei figli nella fase fisiologica della vita, mentre quando si entra nella fase patologica, di conflitto o coordinamento di interessi differenti che possono far distintamente capo al minore e ai genitori, compete al giudice stabilire quale sia l'interesse del minore nella particolare situazione ambientale in cui la vicenda esistenziale si colloca e tenendo conto delle sue peculiarità⁸⁴.

Viene allora naturale domandarsi quale sia il miglior interesse del minore in questi casi, considerato altresì che il testo della Legge n. 219 del 2017 non lo menziona espressamente come criterio di orientamento delle decisioni che riguardano gli incapaci. Devono certamente essere considerati i precetti Costituzionali (artt. 2, 3 e 32) e della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. (artt. 1, 2 e 3), sulla tutela del diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona, per cui nessun trattamento può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, salve le ipotesi previste dalla legge. Essi, infatti, sono richiamati dall'art. 3, comma 2, il quale sancisce come indicazione di scopo della tutela della salute psicofisica e della vita del minore il «pieno rispetto della sua dignità»⁸⁵. Pertanto, deve accogliersi l'impostazione secondo la quale, sulla base di quanto appena richiamato, al minore capace di discernimento non possa negarsi il potere di impedire l'esecuzione di un trattamento sanitario coattivo sul proprio corpo⁸⁶.

A questo proposito, vale tuttavia la pena osservare che neppure la capacità di discernimento del minore è definita normativamente, creando ulteriori

⁸⁴ P. STANZIONE – B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Giappichelli, 2011, p. 64 ss.

⁸⁵ Art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. sancisce l'inviolabilità della dignità umana, sancendo che essa deve essere rispettata e tutelata.

⁸⁶ L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per minorenni*, in *I diritti in medicina. Tratt. Biodiritto*, diretto da S. Rodotà-P. Zatti, II, Milano, 2011, p. 417 ss, il quale evidenzia come «nessun trattamento sanitario può essere imposto a una persona capace di discernimento che vi si opponga in modo consapevole, salvi i pochi casi espressamente previsti dalla legge di trattamento sanitario obbligatorio: altrimenti ne deriverebbe una lesione della personalità, sotto il profilo specifico della libertà di autodeterminazione nella gestione del proprio corpo e nella tutela della propria salute. Ciò significa che si riconosce anche al minorenne, purché capace di discernimento, un vero e proprio potere di *veto*, ovvero diritto di non subire alcuna forma di esecuzione coattiva sul proprio corpo» (p. 453). L'A. richiama anche la giurisprudenza che esclude l'esecuzione coattiva sul corpo del minorenne, aggiungendo inoltre in motivazione che subire una simile violenza sarebbe contraria al suo interesse. In particolare: Trib. Min. Brescia, 25.5.1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 204; Trib. Venezia, 2.6.1998, in *Dir. fam.*, 1999, 689.

incertezze in merito all'esplicazione autonoma dell'autodeterminazione del soggetto che, sebbene minore d'età, abbia raggiunto un determinato grado di maturità e di consapevolezza tale da consentire la rilevanza della volontà in un'ampia gamma di settori della vita quotidiana sia di natura personale che patrimoniale⁸⁷.

E dunque, alla luce di quanto fino ad ora rilevato, può apparire condivisibile la scelta spagnola sul consenso informato dei minorenni ultra-sedicenni, secondo un'impostazione antitetica a quella italiana, per cui tale capacità è presunta e si esplica come regola generale, ad eccezione dei casi in cui i minori non siano in grado di comprendere intellettualmente o emotivamente la natura del trattamento da eseguirsi. La presunzione di discernimento, così come impostata, richiede una valutazione *ad hoc* della maturità del minore per l'esercizio dei suoi diritti della personalità, che certamente non può prescindere dalla valutazione dello specifico atto che si intende realizzare⁸⁸. L'applicazione della norma ai casi concreti può dunque essere più complicata di quanto non sembri a prima lettura, ma rappresenta pur sempre una compiuta risposta legislativa orientata a bilanciare interessi confliggenti ed a dirimere potenziali situazioni di conflitto, individuando e tutelando l'interesse considerato, nel concreto, prevalente.

Pertanto, anche il legislatore del 2017, pur non esistendo una regola chiara ed univoca che stabilisca qual è il livello di autodeterminazione attribuibile ai minorenni in relazione ai diritti fondamentali della persona, con particolare riguardo alla libertà di gestione del proprio corpo e al diritto alla propria salute⁸⁹, avrebbe potuto optare per il riconoscimento di un autonomo ruolo decisionale con riguardo alle scelte di carattere personale dei minorenni capaci di comprendere il significato e l'importanza del trattamento proposto, secondo le differenti condizioni in cui si declina la minore età⁹⁰, per cui, ancora prima della nuova legge, la giurisprudenza aveva riconosciuto la rilevanza della capacità di discernimento quale strumento predisposto alla salvaguardia

⁸⁷ M. PICCINI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Padova, 2007, p. 303. L'A. evidenzia l'importanza dell'età come criterio per accertare la concreta capacità decisionale del minore. Tuttavia, egli sostiene che la verifica deve includere anche ogni altra circostanza, ovvero la personalità del minore, le caratteristiche dell'ambiente familiare e di quello in cui vive.

⁸⁸ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, cit., p. 97. L'A. ritiene che, con riguardo al diritto di prestare il consenso informato in ambito sanitario, il grado di maturità richiesto al minore debba essere differente se il consenso deve essere prestato per un consulto medico, ovvero per un intervento chirurgico.

⁸⁹ L. LENTI, *Autodeterminazione e consenso nell'incapacità e capacità non completa*, in L. Lenti-E. Palermo Fabris-P. Zatti, *Trattato di biodiritto. I diritti in medicina*, Milano, 2011, p. 452.

⁹⁰ P. STANZIONE, *Persona minore di età e salute, diritto all'autodeterminazione, responsabilità genitoriale*, cit., p. 13, osserva l'evoluzione delle fasi della minore età, evidenziando, peraltro, che «l'evoluzione del bambino avviene [...] per stadi "la cui successione può essere accelerata ma non soppressa». L'A. precisa che altro è la condizione del neonato; altro quella dell'infante; altro quella dell'adolescente; altro ancora quella del quasi diciottenne ed altro, infine, quella del maggiore di età che la legge consideri alla stregua di un minore.

dell'autonomia valutativa del minore allo scopo di consentirgli il compimento di attività altrimenti precluse⁹¹. O, ancora, avrebbe potuto autorizzare il minore (capace di discernimento) ad esprimere direttamente il proprio consenso o rifiuto rispetto ai trattamenti terapeutici poco invasivi o che non incidono sulla vita o sulla integrità dello stesso, realizzando una sorta di "autodeterminazione in senso debole", già esistono alcune norme che riconoscono spazi di autonomia ai minorenni considerati capaci di valutare il rapporto costi-benefici nei casi complessi che riguardano la prescrizione di farmaci con efficacia contraccettiva (art. 2, ultimo comma, Legge n. 194 del 1978), la donazione delle cellule staminali emopoietiche da cordone ombelicale (Legge n. 219 del 2005) e la scelta di accedere a strutture per la cura della tossicodipendenza in assoluta riservatezza (Legge n. 685 del 1975, come modificata dalla Legge n. 162 del 1990)⁹².

In conclusione, la Legge n. 219 del 2017 ha l'impagabile merito di aver affrontato per la prima volta il problema del consenso informato e di aver positivizzato il diritto degli incapaci (minori o maggiori di età) ad essere informati sulle proprie condizioni di salute, attraverso un procedimento tendente a valorizzare le loro capacità decisionali in merito alla propria sfera personale e corporea. Tuttavia, non si può non evidenziare come il legislatore abbia relegato tale diritto ad una mera manifestazione della volontà e non all'espressione formale del consenso⁹³. Ne risulta, così, il rischio che la volontà espressa dal paziente legalmente incapace, ma dotato di capacità di discernimento, possa, alla fine, essere irrilevante. Probabilmente, dunque, anche alla luce delle soluzioni adottate dalle esperienze indagate, vi sono sufficienti motivi per riflettere sull'opportunità di una riformulazione dei principi in argomento,

⁹¹ Trib. Milano, 15.02.2010, in *Fam. e dir.*, 4/2011, con nota di F. RUSCELLO, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a «supernorme»*.

⁹² Tale dottrina ritiene che il minore considerato capace per scelte sanitarie tanto complesse, quali la procreazione responsabile, la sperimentazione clinica di farmaci e l'accesso a strutture terapeutiche, «a maggior ragione dovrebbe essere trattato come soggetto competente laddove le valutazioni da compiere siano meno difficili». Così, M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, cit., p. 314. Si deve peraltro segnalare che a fronte di una dottrina tradizionale che considera il minore incapace di esprimere il consenso come atto civile ex art. 320, comma 1, c.c., trattandosi di «manifestazione di volontà che esprime l'autonomia della persona, avente contenuto non patrimoniale e richiede la capacità di agire del soggetto oppure, in mancanza, l'intervento del rappresentante legale» (così, L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per minorenni*, cit., p. 417), altra parte della dottrina, al contrario, distingue l'incapacità del minore solo con riguardo alla manifestazione di volontà diretta alla conclusione del contratto di cura (S. BAGGIO, *La responsabilità medica*, Milano, 2008, p. 238). Per tali atti, infatti, risulta indispensabile fare riferimento alla capacità di agire, in quanto vi «trovano spazio gli accordi relativi all'onorario, o alle modalità di tempo e di luogo richieste per l'adempimento» (P. STANZIONE-V. ZAMBRANO, *attività sanitaria e responsabilità civile*, 1998, Milano, p. 265).

⁹³ Appare invece adeguata la scelta del legislatore francese che, nel caso di assenza di un volere manifestato in precedenza da un soggetto divenuto incapace, la scelta è lasciata ai medici, i quali decidono sulla scorta di una motivata valutazione, fondata su dati oggettivi, considerando lo stato clinico e l'utilità delle terapie da erogare, anche, eventualmente, in contrapposizione alla volontà dei familiari.

sul presupposto che il regime di protezione non possa operare, in concreto, se non quando l'alterazione psico-fisica o la maturità di un soggetto incidano effettivamente sul suo discernimento.

Abstract [Ita]

Il saggio approfondisce la tematica del consenso informato al trattamento sanitario dei soggetti incapaci di agire, sia minori che maggiori di età, come introdotto in Italia dall'art. 3 della Legge n. 219 del 2017. L'argomento, particolarmente delicato, solleva una serie di questioni interpretative ed applicative della norma che, posta a protezione delle persone che siano in tutto o in parte limitate della capacità di agire, può determinare, sul piano pratico, l'irrelevanza della loro volontà. L'art. 3, infatti, non disconosce il diritto dei pazienti incapaci di acconsentire o rifiutare le cure, ma prevede che la loro volontà sia manifestata da un soggetto terzo a ciò incaricato dalla legge. Alla luce di ciò, l'indagine si propone di individuare e di valutare i punti deboli della disciplina italiana, in una prospettiva comparatistica con l'esperienza francese e quella spagnola.

Parole chiave: consenso informato; trattamenti sanitari; incapaci; minori; volontà.

Abstract [Ita]

The essay focuses on the informed consent to the health treatment for incapable or pediatric patients, as introduced in Italy by art. 3 of Law no. 219 of 2017. The topic raises a series of interpretative and application issues of the rule which, placed to protect people who are wholly or partially limited in their ability to act, can determine, on a practical level, the irrelevance of their will. The Law does not deny the right of unable patients to consent or refuse treatment but provides that their will is expressed by a third party appointed to do so by the law. The investigation aims to assess the weaknesses of the Italian discipline, in a comparative law perspective with French and Spanish experiences.

Keywords: informed consent; health treatments; incapables; minors; will.

Il riconoscimento, la pubblicità e il controllo degli enti religiosi civilmente riconosciuti

Ludovica Decimo

Sommario: 1. L'ente religioso civilmente riconosciuto. – 2. Il riconoscimento della personalità giuridica degli enti religiosi. – 3. Iscrizione nel Registro delle Persone Giuridiche. – 4. Iscrizione al Runts del ramo ETS dell'ente religioso civilmente riconosciuto. – 5. La disciplina dei controlli sugli Enti del Terzo Settore e il regime speciale degli enti religiosi civilmente riconosciuti. – 6. Enti religiosi e impresa sociale: l'iscrizione del ramo al Registro delle Imprese. – 7. Enti religiosi e obbligo di comunicazione del titolare effettivo. – 8. Riflessioni conclusive.

1. *L'ente religioso civilmente riconosciuto*

L'ente religioso civilmente riconosciuto è una «organizzazione geneticamente e teleologicamente collegata ad una organizzazione religiosa e riconosciuta in persona giuridica dallo Stato proprio sul presupposto confessionale, rappresentato sia dalla diretta “erezione” dell'ente da parte dell'autorità ecclesiastica, ovvero dalla sua “approvazione”, sia dalle finalità dichiarate quali scopi principali dell'ente medesimo che devono essere di religione o di culto. Si tratta, quindi, di un tipo strutturale speciale che risponde a una normativa particolare, a volte tale da condizionarne anche la normale attività negoziale e patrimoniale»¹.

Il funzionamento di tali strutture giuridiche è fortemente influenzato dal diritto confessionale dal quale non possono prescindere (sia sotto il profilo “costitutivo” che “operativo”)². Si tratta di una figura giuridica complessa e a statuto particolare³, che si colloca tra due ordinamenti quello religioso e quello statale. Le attività di carattere negoziale e patrimoniale di detti enti si svolgono pertanto secondo una normativa singolare ove si palesa la “eterogeneità delle

¹ La definizione è di A. FUCILLO, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Torino, 2025, p. 103.

² A. FUCILLO, *Gli enti religiosi nel diritto ecclesiastico*, in (a cura di) A. FUCILLO, L. DECIMO, *Gli enti religiosi tra diritto speciale, diritto comune e mercati*, Napoli, 2022, p. 37 ss.

³ P. CAVANA, *Gli enti ecclesiastici tra diritto speciale e diritto comune*, in *Stato Chiese plur.conf.*, Rivista Telematica (www.statochiese.it), 18, 2022.

fonti” tipica del diritto ecclesiastico. Tale disciplina speciale prevede l’attribuzione di alcuni vantaggi, quali, ad esempio, un procedimento agevolato per il riconoscimento in persona giuridica e il controllo genetico e funzionale delle competenti autorità ecclesiastiche.

La procedura di riconoscimento civile degli enti religiosi è prevista dal diritto pattizio e si fonda su alcuni elementi identificativi (struttura e finalità) che consentono allo Stato di verificarne la compatibilità con l’ordinamento giuridico.

Una volta riconosciuto, l’ente religioso può iscriversi al Registro delle Persone Giuridiche, acquisendo così una soggettività piena anche nel diritto civile. L’ente può inoltre operare in settori diversi da quelli strettamente religiosi, come l’assistenza, l’istruzione, la sanità o la gestione di beni culturali, integrandosi sempre più con il diritto comune, in particolare con la disciplina del Terzo settore. Anche in tali casi sarà necessario dare pubblicità ai regolamenti adottati per i rami dedicati a tali attività nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore e nel Registro delle Imprese. Quando l’ente è soggetto a tali forme di pubblicità legale, è altresì sottoposto a specifici controlli da parte delle autorità competenti, finalizzati alla verifica del rispetto della normativa vigente e della corretta gestione delle proprie attività (istituzionali e non). Tali controlli, tuttavia, non possono in alcun modo incidere sull’autonomia organizzativa né sulle finalità di religione o di culto dell’ente ecclesiastico, che restano garantite dagli artt. 7 e 8 della Costituzione e della normativa pattizia vigente.

L’ente religioso civilmente riconosciuto è dunque una figura giuridica “ibrida” e in continua evoluzione. Essa riflette il tentativo di conciliare l’autonomia delle confessioni religiose con le esigenze di trasparenza, responsabilità e legalità imposte dall’ordinamento statale, in un equilibrio sempre delicato tra libertà religiosa e interesse pubblico.

2. *Il riconoscimento della personalità giuridica degli enti religiosi*

L’attribuzione della personalità giuridica consente all’ente religioso di accedere ad «*un regime giuridico peculiare, diverso, sotto taluni aspetti dalla normativa codiciale*»⁴. Fino alla revisione concordataria del 1984 e alla legge n. 222/1985, la personalità giuridica dell’ente religioso era letta in chiave meramente concessoria (atto sovrano) o, per altra via, omologatoria sul modello delle società di capitali. L’evoluzione normativa e giurisprudenziale – basti ricordare la sentenza a Sezioni Unite della Cassazione del 12 novembre 1988, n. 6130 – ha progressivamente svuotato queste categorie, sostituendovi una fattispecie a “formazione progressiva” in cui il riconoscimento statale rappresenta l’ultima fase di un procedimento iniziato già in sede confessionale.

⁴ P. LO IACONO, *La natura funzionale della personalità giuridica nel diritto ecclesiastico*, Napoli, 2000, p. 247.

La dottrina⁵ ha evidenziato che la personalità giuridica dell'ente ecclesiastico non è fine a sé stessa, ma può essere considerata come strumento che consente all'ente di realizzare le proprie finalità di religione o di culto; in tale prospettiva lo Stato non "crea" il soggetto, ma gli fornisce l'idoneità ad agire nell'ordinamento civile. L'argomento è stato ulteriormente sviluppato⁶, qualificando la personalità come categoria dinamica, suscettibile di modulazione secondo le attività concretamente esercitate.

L'ordinamento giuridico italiano prevede per il riconoscimento della personalità giuridica degli enti ecclesiastici un sistema molto articolato, che può essere per antico possesso di Stato, per legge e per decreto con procedura abbreviata o con procedura ordinaria.

La personalità giuridica per antico possesso di Stato è attribuita a enti la cui nascita sia anteriore alla formazione dello Stato italiano, oppure ad enti che abbiano avuto un riconoscimento, anche indiretto, da parte dell'autorità di quel tempo. Tra gli enti ecclesiastici aventi personalità giuridica per antico possesso di Stato si riportano la Santa Sede e la Tavola Valdese. Altri enti ecclesiastici, invece, hanno ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica, all'interno dell'ordinamento italiano, mediante la legge; ad esempio, l'art. 13 delle norme allegata alla legge n. 206 del 1985 e della legge n. 222 del 1985 ha riconosciuto, come persona giuridica, la Conferenza Episcopale Italiana. Ciò che accomuna gli enti riconosciuti per antico possesso di Stato e per legge è il rapporto che questi hanno con la confessione religiosa di appartenenza, giacché sono organi istituzionali della stessa ed hanno già personalità giuridica all'interno dell'ordinamento di appartenenza.

Il procedimento e i presupposti necessari al riconoscimento della personalità giuridica per decreto dell'ente ecclesiastico sono disciplinati dalle diverse leggi di derivazione pattizia a seconda della confessione religiosa di appartenenza. Il riconoscimento degli enti ecclesiastici della Chiesa Cattolica, ad esempio, è regolato dalla legge 20 maggio 1985, n. 222 (legge di esecuzione dell'accordo tra Italia e Santa Sede del 15 novembre 1984) e, come fonte secondaria, dal regolamento di esecuzione approvato con d.P.R. del 13 feb-

⁵ In tal senso P. LO IACONO, *La natura funzionale della personalità giuridica nel diritto ecclesiastico*, cit., p. 254, il quale evidenzia che «L'ente ecclesiastico civilmente riconosciuto, invero, deve presentare un profilo teleologico che sia contrassegnato dal perseguimento di finalità religiose e culturali: lo Stato gli conferisce la personalità in vista della realizzazione di tali finalità, senza che altri scopi possano così assumere rilevanza primaria».

⁶ A. FUCCILLO, *Gli enti religiosi nel diritto ecclesiastico*, in (a cura di) A. FUCCILLO, L. DECIMO, *Gli enti religiosi tra diritto speciale, diritto comune e mercati*, cit., p. 37 ss., il quale evidenzia come «Si assiste quindi ad una pluralità di schemi e strutture accessibili per il perseguimento delle finalità religiose, soprattutto se intese in senso ampio e cioè non esclusivamente culturali. Assume così un senso riparlare di neutralizzazione degli schemi rispetto alla causa, evitando però di eccedere nella «banalizzazione» della personalità giuridica ecclesiastica in quanto tutt'ora pienamente caratterizzante il tipo strutturale speciale (ente ecclesiastico) ed in parte gli enti del Terzo Settore di ispirazione religiosa» (p. 53).

braio 1987, n. 33 (modificato dal d.P.R. del 1° settembre 1999, n. 337)⁷. Per gli enti appartenenti a confessioni religiose prive d'intesa le disposizioni per il riconoscimento della personalità giuridica sono previste dalla legislazione unilaterale.

Il riconoscimento della personalità giuridica consente all'ente ecclesiastico⁸ di beneficiare del peculiare regime previsto dalla disciplina pattizia, nonché di quelle norme giuridiche di *favor* attese dal diritto civile⁹. In ragione di ciò, l'ordinamento giuridico non può porre particolari limitazioni al riconoscimento della personalità giuridica né consentire eccessivi spazi di discrezionalità da parte del potere amministrativo. D'altra parte, un intervento legislativo unilaterale, per gli enti per i quali è prevista una disciplina pattizia, violerebbe il principio di bilateralità (artt. 7, comma 2 e 8, comma 2 Cost.), essendo il riconoscimento una delle materie oggetto dei Patti Lateranensi e del successivo Accordo di Villa Madama, nonché delle intese con le singole confessioni religiose.

Di ciò è stato consapevole il legislatore ordinario, il quale, all'art. 9 del d.P.R. n. 361/2000¹⁰, ha escluso l'applicabilità agli enti ecclesiastici (ma non agli enti religiosi "civili") del procedimento semplificato di riconoscimento della personalità giuridica delle persone giuridiche di diritto comune¹¹. Il nuovo procedimento delineato riporta significative innovazioni¹². In ossequio al principio di semplificazione dei procedimenti amministrativi, la riforma limita la discrezionalità dell'amministrazione nel riconoscimento della personalità giuridica di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di diritto

⁷ Le norme giuridiche che disciplinano il riconoscimento per decreto della personalità giuridica degli enti appartenenti a confessioni religiose diverse dalla cattolica sono previste: nell'art. 12 della l. del 11 agosto 1984 n. 449 per gli enti delle Chiese Valdesi e Metodiste, negli artt. 21, 24, 26 e 27 della l. del 22 novembre 1988 n. 516 per gli enti delle Chiese Cristiane Avventiste, negli artt. 18.4, 21.1 e 22 della legge 8 marzo 1989, n. 101 per gli enti delle Comunità Ebraiche, nell'art. 11 della legge 12 aprile 1995, n. 116 per gli enti dell'Unione Cristiana Evangelica Battista; negli artt. 18, 19 e 20 della legge 29 novembre 1995, n. 520 per gli enti della Chiesa Evangelica Luterana.

⁸ Sull'importanza dell'istituto dell'ente ecclesiastico civilmente riconosciuto si veda da ultimo M.M. PORCELLUZZI, *L'ente ecclesiastico civilmente riconosciuto: un istituto ancora valido*, in *Diritto e religioni*, 2023, I, pp. 205-210.

⁹ In merito si veda diffusamente sul punto P. LO IACONO, *La natura funzionale della personalità giuridica nel diritto ecclesiastico*, cit., pp. 67-168; T. MAURO, *La personalità giuridica degli enti ecclesiastici*, Città del Vaticano, 1945;

¹⁰ Con tale decreto è stato emanato il regolamento che introduce il nuovo procedimento per l'acquisto della personalità giuridica di associazioni, fondazioni e altre istituzioni di carattere privato. La legge delega n. 59/1997, nell'art. 20, comma 8, rinviava ad un regolamento la disciplina di una serie di procedimenti, indicati in allegato alla legge, stabilendo criteri e principi.

¹¹ Anche il riconoscimento della personalità giuridica prevista dal Codice del Terzo Settore (art. 22 del d.lgs. n. 117/2017) per le associazioni e le fondazioni è precluso agli enti religiosi. Le finalità religiose non rientrano, infatti, tra le attività di interesse generale.

¹² Per un commento sul procedimento di riconoscimento della personalità giuridica di tali enti, si veda G. PONZANELLI, *La nuova disciplina sul riconoscimento della personalità giuridica degli enti del primo libro del Codice Civile*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 46 ss.

privato, segnando il passaggio da un «sistema concessorio» ad un «sistema normativo»¹³.

L'introduzione di procedimenti semplificati per gli enti di diritto comune e la permanenza per gli enti ecclesiastici di una procedura «aggravata» ha sollevato alcuni dubbi di costituzionalità, in particolare in relazione alla differente ampiezza di potere discrezionale esercitato da parte della pubblica amministrazione¹⁴.

Con particolare riferimento al riconoscimento della personalità giuridica agli enti della Chiesa cattolica, il nuovo Accordo tra la Repubblica Italiana e la Santa Sede (l. n. 121/1985) ha impegnato lo Stato (art. 7.2) a riconoscere in persona giuridica gli enti ecclesiastici in presenza dei seguenti requisiti di carattere generale:

- a) erezione od approvazione da parte della competente autorità ecclesiastica;
- b) assenso della competente autorità ecclesiastica a che l'ente, già costituito per il diritto canonico, formuli istanza per ottenere anche la personalità giuridica civile;
- c) sede in Italia;
- d) fine di religione o di culto.

In merito a quest'ultimo requisito la l. 20 maggio 1985, n. 222 – Disposizioni sugli enti e i beni ecclesiastici in Italia e per il sostentamento del clero cattolico in servizio nelle diocesi – specifica come agli effetti delle leggi civili si considerino comunque: a) attività di religione o di culto quelle dirette all'esercizio del culto e alla cura delle anime, alla formazione del clero e dei religiosi, a scopi missionari, alla catechesi, all'educazione cristiana; b) attività diverse da quelle di religione o di culto quelle di assistenza e beneficenza, istruzione, educazione e cultura e, in ogni caso, le attività commerciali o a scopo di lucro (art. 16).

Per le altre persone giuridiche canoniche, per le fondazioni e in genere per gli enti ecclesiastici che non abbiano personalità giuridica nell'ordinamento della Chiesa, il fine di religione o di culto è accertato di volta in volta, in conformità alle disposizioni dell'art. 16, al fine di verificare che tale fine sia costitutivo ed essenziale dell'ente, anche se connesso a finalità di carattere caritativo previste dal diritto canonico (art. 2). Il particolare requisito circa il carattere costitutivo ed essenziale del fine di religione o di culto è identificato

¹³ Come affermato dalla stessa circolare emanata dalla Divisione affari speciali della Direzione generale per l'amministrazione generale e per gli affari del personale del Ministero dell'Interno, del 23 febbraio 2001.

¹⁴ Alcuni dubbi in relazione alla discrezionalità della pubblica amministrazione per il riconoscimento della personalità giuridica degli enti ecclesiastici erano sorti ancor prima della riforma e dell'Accordo di Villa Madama, si veda diffusamente sul punto G. CATALANO, *Osservazioni sull'Art. 20 della Costituzione*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1964, I, pp. 355-356. Per le valutazioni, talvolta discordanti, fatte dalla dottrina in merito alla natura discrezionale del provvedimento di riconoscimento della personalità giuridica degli enti, si veda V. DEL GIUDICE, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 132 ss.; M. PETRONCELLI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Napoli, 1961, p. 324 ss.

dalla dottrina nel senso che esso deve avere un rilievo eminente e centrale tra le molteplici finalità, tanto da configurarsi come una vera e propria “causa” (dell’istituzione) dell’ente stesso, oppure come la ragion d’essere dell’ente e non un mero scopo sussidiario rispetto ad altre finalità istituzionali.

Il comma 1, dell’art. 2 della legge n. 222/1985, presume *iuris et de iure* l’esistenza del fine di religione o di culto per enti che fanno parte della gerarchia della Chiesa (diocesi, parrocchie, conferenze episcopali regionali), per gli istituti religiosi e per i seminari¹⁵. Il fine di religione o di culto è invece oggetto di accertamento in concreto da parte degli organi statuali, per le altre persone giuridiche canoniche¹⁶. Il fine di religione e di culto deve essere altresì «costitutivo ed essenziale», ovvero deve avere «un rilievo eminente e centrale tra le varie finalità, così da configurarsi come vera e propria causa dell’ente»¹⁷; in altre parole deve essere «prevalente rispetto alle altre attività profane, e costituire la ragion d’essere dell’ente»¹⁸. Diversi sono i parametri forniti dalle leggi di approvazione delle intese per l’accertamento della finalità dell’ente ecclesiastico che richiede il riconoscimento; per il riconoscimento degli enti valdesi, ad esempio, è necessario che l’ente persegua congiuntamente fine di culto, di istruzione e di beneficenza (art. 12, legge n. 449/1984).

L’ambito di discrezionalità è uno degli aspetti più complessi del procedimento di riconoscimento della personalità giuridica degli enti ecclesiastici¹⁹.

¹⁵ La giurisprudenza amministrativa ha, però, precisato che, affinché vi sia il riconoscimento civile da parte dell’autorità governativa, gli enti appartenenti alla categoria indicata dovranno essere in possesso anche degli altri requisiti previsti dalla legge (sede in Italia, approvazione dell’autorità ecclesiastica, ecc.). Inoltre, secondo parte della giurisprudenza, la presunzione legale non sarebbe assoluta, infatti, la pubblica amministrazione dovrebbe dare luogo ad un accertamento «*da condurre in base all’esame dello Statuto ed all’analisi dell’attività concretamente esercitata e, se da tale disamina emergerà che il fine di culto è assente, la conclusione sarà che l’ente in questione non appartiene, in realtà, alla figura tipica cui fa riferimento, la sua denominazione, ma ad altra figura tipica (es., associazione o fondazione)*» Cons. Stato, Sez. I, 12 maggio 1993, n. 462.

¹⁶ La normativa della legge n. 222/1985 ha completamente innovato la precedente disciplina prevista dal Concordato Lateranense del 1929, la quale consentiva il riconoscimento degli istituti ecclesiastici di qualsiasi natura, purché avessero il consenso dell’autorità ecclesiastica. Tali disposizioni, particolarmente generiche, avevano permesso la diffusione di enti ecclesiastici che potevano essere definiti tali solo formalmente, poiché, sostanzialmente, per l’attività svolta, erano equiparabili alle società commerciali. La disciplina legislativa del 1985 ha disposto che non è più sufficiente la sola appartenenza dell’ente all’istituzione ecclesiastica, ma è necessario verificare l’effettiva esistenza del fine di religione o di culto. Cfr. P. PICOZZA, *Gli enti ecclesiastici: dinamiche concordatarie tra innovazioni normative e disarmonie del sistema*, in *Quaderni di diritto e di politica ecclesiastica*, 2004, I, p. 165.

¹⁷ Cfr. S. BERLINGÒ, *Enti e beni religiosi in Italia*, Bologna, 1992, p. 82.

¹⁸ Cfr. C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Bologna, 1999, p. 315, il quale riporta il caso di una Fondazione diocesana, sulle cui attività indicate nello statuto, si è pronunciato il Consiglio di Stato, considerandole profane, culturali, di formazione politica ma non di religione o di culto (cfr. Cons. Stato, Sez. I, 17 aprile 1991, n. 829/91).

¹⁹ Sul punto si veda C. CARDIA, *Riconoscimento degli enti ecclesiastici e Consiglio di Stato*, in *Diritto Amministrativo*, 1996, p. 120; G. PASTORI, *Riconoscimento degli enti ecclesiastici e Consiglio di Stato*, in *Diritto Amministrativo*, 1994, p. 164.

La discrezionalità amministrativa incide sul provvedimento finale di riconoscimento della personalità e, dunque, può limitare l'accesso allo speciale regime giuridico riservato agli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti.

L'impegno di circoscrivere l'ambito di discrezionalità della pubblica amministrazione è stato oggetto di una intesa tecnica interpretativa fra lo Stato e la Santa Sede del 1997²⁰. Tale intesa ha altresì precisato che la pubblica amministrazione, competente per il riconoscimento della personalità giuridica degli enti ecclesiastici, deve limitarsi a richiedere che venga presentata, in allegato alla domanda di riconoscimento, solo la documentazione necessaria ai fini dell'accertamento dei requisiti richiesti dalla legge n. 222/1985, non essendo applicabili le disposizioni dettate dal legislatore per le persone giuridiche private, in ragione del carattere di specialità che presenta la disciplina degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti²¹. Con l'intesa è stato altresì assunto l'impegno di circoscrivere l'ambito di discrezionalità della pubblica amministrazione.

Accanto ai requisiti di carattere generale, già evidenziati in precedenza, sono, talvolta, previsti anche requisiti specifici per talune figure di enti. Ad esempio, per il riconoscimento delle fondazioni è richiesta anche la dotazione di sufficienti mezzi per il raggiungimento dei fini e la rispondenza alle esigenze religiose della popolazione (art. 12).

La l. n. 222/1985 prevede, inoltre, che l'Istituto centrale e gli altri Istituti per il sostentamento del clero acquistano la personalità giuridica civile dalla data della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto del Ministro dell'Interno, emanato entro sessanta giorni dalla data di ricezione dei relativi provvedimenti canonici, che conferiscono a tali enti la qualifica di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto (art. 22). Tali enti gestiscono una sorta di patrimonio separato destinato al sostentamento del clero cattolico. L'art. 29 della legge citata regola, inoltre, il riconoscimento della personalità giuridica delle diocesi e delle parrocchie.

Il riconoscimento degli enti ecclesiastici delle confessioni religiose prive d'intesa è invece disciplinato dalla l. 24 giugno 1929, n. 1159 – *Disposizioni sull'esercizio dei culti ammessi nello Stato e sul matrimonio celebrato davanti ai ministri dei culti medesimi* e dal r.d. n. 289/1930. Si tratta di una normativa segnata da un'evidente asimmetria non solo rispetto al trattamento riservato agli enti ecclesiastici della Chiesa cattolica e delle confessioni religiose con intesa, ma anche a quello previsto per le persone giuridiche di diritto comune.

²⁰ Commissione paritetica Italia – Santa Sede, *Relazione finale*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1997.

²¹ L'Intesa tecnica è stata necessaria per porre fine agli orientamenti del Consiglio di Stato, il quale aveva adottato, subito dopo l'Accordo di Villa Madama, un indirizzo secondo il quale fossero applicabili al procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica degli enti ecclesiastici anche i requisiti previsti dal Codice civile per il riconoscimento della personalità giuridica degli enti di diritto comune. Per un'esauriente disamina delle pronunce del Consiglio di Stato in merito, si veda P. CAVANA, *Gli enti ecclesiastici nel sistema pattizio*, Torino, 2011, pp. 163-166.

Pur essendo state abrogate le norme sull'autorizzazione governativa agli acquisti, nonché alle alienazioni da parte degli enti privati, permane per i soli enti di culto (almeno formalmente) una vigilanza governativa (art. 2, comma 3, della legge n. 1159/1929 e artt. 13-15 del r.d. n. 289/1930), la quale si pone in evidente contrasto con il divieto di discriminazione *in peius* di cui all'art. 20 Cost.²². Tale forma di controllo governativo, infatti, condiziona e pregiudica l'attività di tali enti religiosi e di essa non si rinviene alcun confronto nelle norme che disciplinano l'attività degli enti di diritto comune²³.

Per quanto attiene il procedimento di riconoscimento, ai sensi dell'art. 2, gli istituti di culto diversi dalla religione cattolica possono essere eretti in ente morale, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'Interno udito il Consiglio dei Ministri. Il Ministero dell'Interno, ove lo ritenga opportuno, può richiedere parere al Consiglio di Stato, il quale può esprimersi in merito all'accettazione o al rifiuto della istanza proposta²⁴. La domanda è presentata da qualsiasi interessato al Ministro dell'Interno. La procedura di riconoscimento per tali enti, rispetto a quella per gli enti di diritto comune, è particolarmente aggravata, prevedendo il parere di opportunità politica (del Consiglio dei Ministri) e, anche se facoltativamente, il parere di legittimità (del Consiglio di Stato).

Il provvedimento di attribuzione della personalità giuridica a un ente di culto non cattolico ha natura concessoria ed è caratterizzato da una forte discrezionalità amministrativa e tecnica²⁵. Ai fini di una corretta valutazione da

²² F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, 2024, p. 148.

²³ L'art. 2, ultima parte, della legge n. 1159/1929 prevede che «Norme speciali per l'esercizio della vigilanza e del controllo da parte dello Stato possono inoltre essere stabilite nel decreto di erezione in ente morale»; così il r.d. 289/1930, prevede che tali enti possono essere sottoposti a vigilanza e tutela governativa (art. 13) e che tale a vigilanza governativa «*include la facoltà di ordinare visite ed ispezioni agli istituti indicati nell'articolo stesso. Quando siano accertate, comunque, gravi irregolarità nell'amministrazione di tali istituti ovvero quando l'amministrazione non sia in grado di funzionare, il Ministro dell'Interno può sciogliere l'amministrazione medesima e nominare un commissario governativo per la temporanea gestione*» (art.14). In qualunque tempo, inoltre, il Ministro dell'Interno, udito il Consiglio di Stato, con decreto può dichiarare la nullità di atti o deliberazioni di tali enti, quando contengano violazioni di leggi o di regolamenti (art. 15). Sul punto, la Corte costituzionale, con sentenza del 29 dicembre 1981, n. 232, investita della questione di legittimità costituzionale, si è limitata a dichiarare l'inammissibilità per irrilevanza della questione. Il TAR Campania, con ordinanza n. 874/1999, inoltre, ritiene che le disposizioni non siano in contrasto con l'art. 20 Cost. ma tutelano le finalità religiose degli enti, tratteggiando così una presunta disciplina di *favor*.

²⁴ L'obbligatorietà del parere del Consiglio di Stato è venuta meno con l'art. 17, comma 26, della l. 15 maggio 1997, n. 127.

²⁵ Parere del Consiglio di Stato, n. 2635/2016. In merito si veda sul punto, Si veda diffusamente sul punto P. FLORIS, *Discrezionalità della Pubblica Amministrazione. I principi e il caso del riconoscimento degli «istituti di culti diversi» dal cattolico*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2025, I, pp. 67-91. L'Autrice evidenzia tale procedura sia ancora fortemente caratterizzata da elementi di discrezionalità, spesso non ancorati a una base legislativa chiara, bensì derivanti da prassi amministrative consolidate e interpretazioni del Consiglio di Stato. In merito si veda altresì F. DI PRIMA, *Funzione consultiva del Consiglio di Stato e fenomeno*

parte dell'amministrazione, è necessario presentare l'atto costitutivo e lo statuto, i quali devono essere redatti d'innanzi ad un notaio nella forma di atto pubblico e dovrà contenere gli elementi di cui all'art. 16 c.c. A tale riguardo la giurisprudenza amministrativa ha osservato che la natura di un ente deve essere desunta «dallo statuto adottato e dalle attività effettivamente svolte»²⁶ in quanto «il presupposto fondamentale per il riconoscimento previsto dalla normativa sugli enti di culto acattolico è la sussistenza di un'attività di culto nell'ambito di una particolare fede religiosa [...]. Perché si possa giungere al richiesto riconoscimento occorre che l'ente richiedente svolga un'attività religiosa in senso proprio ed effettivo»²⁷. È, inoltre, necessario presentare una relazione sui principi religiosi cui l'ente si ispira e sulle attività svolte, da cui risultino i riti, la figura del ministro di culto (ove prevista), l'autorità religiosa da cui l'ente dipende, l'elenco delle sedi italiane con i nominativi dei responsabili e la consistenza numerica dei fedeli²⁸.

È stato correttamente osservato che il procedimento in esame presenta alcuni elementi di criticità²⁹. In particolare, vi è una stratificazione di criteri (es. consistenza numerica, stabilità organizzativa, presenza di ministri di culto, congruità patrimoniale) spesso non esplicitamente previsti dalla normativa, ma frutto dell'elaborazione giurisprudenziale. In alcuni casi, la valutazione del «carattere religioso» degli enti rischia di tradursi in un sindacato sui contenuti del credo. Il mancato ottenimento del riconoscimento giuridico, inoltre, condiziona in alcuni casi anche l'accesso alle intese *ex art. 8, comma 3, Cost.*, generando un meccanismo selettivo potenzialmente lesivo delle libertà costituzionali³⁰.

religioso in Italia negli ultimi quarant'anni. Una prima ricognizione, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2025, I, pp. 253-295.

²⁶ Parere del Consiglio di Stato, n. 487/2015.

²⁷ Parere del Consiglio di Stato, n. 306/2014.

²⁸ Sul punto si veda M. D'ARIENZO, *Gli enti delle confessioni religiose diverse dalla cattolica. Il dialogo istituzionale e la prassi amministrativa*, in (a cura di) A. FUCCILLO, L. DECIMO, *Gli enti religiosi tra diritto speciale, diritto comune e mercati*, cit., p. 27 ss., la quale evidenzia come l'opera consultiva della magistratura del Consiglio di Stato è esplicativa di «*quel percorso di "perimetrazione ancorata ad un'interpretazione giuridica quanto più consolidata" che da un lato orienta e dall'altro conforta la Pubblica Amministrazione nella decisione in cui si sostanzia la sua discrezionalità nel riconoscere la personalità giuridica degli enti confessionali*».

²⁹ In tal senso P. FLORIS, *Discrezionalità della Pubblica Amministrazione. I principi e il caso del riconoscimento degli «istituti di culti diversi» dal cattolico*, cit., pp. 67-91, la quale conclude sottolineando la totale inerzia del legislatore, che ha lasciato persistere un modello normativo datato, affidando alla prassi amministrativa e all'interpretazione giurisprudenziale il compito – non sempre coerente – di adeguamento costituzionale.

³⁰ La giurisprudenza amministrativa ha elaborato dei canoni di riferimento che devono essere osservati per ottenere il riconoscimento che sono stati sintetizzati dalla sentenza n. 1058 del 8 ottobre 2024 dal TAR Puglia, Sez. I, nel modo che segue:

- a) la natura di un ente di culto deve essere desunta dallo statuto adottato e dalle attività effettivamente svolte (Parere del Consiglio di Stato, n. 2635/2016);
- b) occorre lo scopo finalistico di carattere prevalentemente religioso dell'associazione, il consistente numero di fedeli, la disponibilità dell'immobile in cui l'associazione ha la sua sede, l'individuazione nominativa del suo effettivo rappresentante, la consistenza del

Ai sensi dell'art. 10 del r.d. 28 febbraio 1930, n. 289, l'erezione in ente italiano di culto appartenente ad una confessione senza intesa può essere chiesta da qualsiasi interessato. La domanda è presentata alla Direzione Generale Affari dei Culti (Circolare n. 111/1998) e deve essere corredata del testo dello statuto dell'ente da cui risultino lo scopo, gli organi dell'amministrazione, le norme di funzionamento, i mezzi finanziari dei quali dispone per il raggiungimento dei propri fini. Con il decreto di erezione può stabilirsi che il legittimo rappresentante dell'ente sia cittadino italiano. In ogni caso, però, il legittimo rappresentante dell'ente deve avere il domicilio in Italia.

A tale riguardo, si riporta di seguito l'elenco della documentazione richiesta per ottenere il riconoscimento giuridico di ente italiano di culto di una confessione senza intesa:

- patrimonio mobiliare e l'espressa previsione statutaria di devoluzione dell'intero patrimonio in caso di estinzione (Pareri del Consiglio di Stato nn. 1390/1986, 2236/2015; 413/2016);
- c) occorre un'attività di culto nell'ambito di una particolare fede religiosa (Pareri del Consiglio di Stato nn. 1390/1986, 2236/2015; 413/2016);
- d) lo statuto deve prevedere una disposizione circa i ministri di culto, la cui presenza è essenziale per la valutazione del carattere culturale di un organismo (Parere del Consiglio di Stato n. 1659/2008);
- e) occorre la congruità del patrimonio rispetto al raggiungimento degli scopi statuari in quanto una delle conseguenze più rilevanti dell'erezione in ente con personalità giuridica è quella della limitazione della responsabilità dell'ente medesimo al proprio patrimonio, con conseguente necessità di tutelare adeguatamente i terzi intrecciati rapporti giuridici col nuovo soggetto di diritti. Tale esigenza rende perfettamente compatibile con l'ordinamento costituzionale l'art. 10, secondo comma, del r.d. 28 febbraio 1930 n. 289, che impone all'istante l'onere di indicare, nella domanda di riconoscimento della personalità giuridica ad istituti delle confessioni cattoliche, i «mezzi finanziari... per il raggiungimento dei propri fini» (Pareri del Consiglio di Stato nn. 1390/1986, 2635/2016);
- f) ulteriore elemento di valutazione è costituito dalla consistenza numerica dei fedeli e dall'ambito territoriale nel quale sono distribuiti (Pareri del Consiglio di Stato nn. 1659/2008, 2635/2016, 1875/2020). In merito, il Consiglio di Stato, con il parere n. 1825/2022, ha chiarito che la consistenza numerica dei fedeli è necessaria per verificare l'effettivo radicamento nel territorio italiano dell'ente religioso che richiede il riconoscimento. È stato infatti chiarito che «il gruppo di fedeli del particolare culto per il quale è richiesta l'approvazione della nomina di un ministro dovrebbe tendere al valore orientativo di 500 persone distribuite nelle varie fasce di età. Ai fini del riconoscimento, poi, occorre tener presente anche la distribuzione sul territorio dei gruppi di fedeli della stessa confessione religiosa. Pertanto, la dimensione del “modulo base” avrà valore solo se riferita a una comunità di fedeli concentrata in un agglomerato urbano, o comunque in un ambito territoriale sufficientemente ristretto. Ove invece la collocazione sul territorio dei fedeli interessi l'intero territorio nazionale, il valore di tale “modulo distribuito” dovrà essere di misura nettamente superiore, orientativamente intorno alle cinquemila unità». Tali indicatori assumono rilievo anche per il riconoscimento dell'ente ecclesiastico.

Ci si chiede, in primo luogo, in che modo sia possibile dimostrare, in sede di richiesta di riconoscimento, l'afferenza dei fedeli a una determinata organizzazione religiosa, considerando che non sempre sono tenuti registri e che comunque occorre tutelare la *privacy* di coloro che frequentano le attività religiose. Una possibile soluzione, in particolare quando la fede religiosa ha una collocazione diffusa sul territorio, potrebbe essere l'allegazione all'istanza di riconoscimento di autocertificazioni sottoscritte dai ministri di culto delle singole comunità locali che certificano il numero dei fedeli. Si preferisce, invece, escludere la presentazione di elenchi contenenti i dati anagrafici dei fedeli o liste di firme.

- 1) istanza, in bollo, datata e sottoscritta dal legale rappresentante, contenente:
 - indicazione della natura giuridica dell'ente;
 - denominazione e sede;
 - elencazione della documentazione allegata;
- 2) atto costitutivo e statuto, da redigere innanzi ad un notaio nella forma di atto pubblico, dovranno essere prodotti in cinque copie autenticate, di cui due in bollo, e dovranno contenere gli elementi ex art. 16 cod. civ., cioè:
 - denominazione;
 - sede;
 - finalità;
 - patrimonio (immobili di proprietà, denaro);
 - norme sull'ordinamento e sulla amministrazione;
 - norme sulla estinzione e sulla devoluzione del patrimonio (queste ultime facoltative);
 - norma finale di rinvio, per quanto non contenuto nello statuto, al codice civile e alle leggi dello Stato;
- 3) relazione sui principi religiosi cui l'ente si ispira e sulle attività svolte, datata e sottoscritta dal legale rappresentante, da cui risultino:
 - i riti;
 - se sia prevista la figura del ministro di culto;
 - l'autorità religiosa da cui dipende;
 - l'elenco delle sedi italiane con i nominativi dei responsabili e la consistenza numerica dei fedeli;
- 4) atto o contratto relativo alla disponibilità della sede legale (in copia autenticata): questa ultima dovrà essere garantita per un congruo periodo di tempo;
- 5) prospetti economici: su carta intestata, datata e sottoscritta dal legale rappresentante, con indicazione delle entrate e delle spese relative a ciascuno degli ultimi tre anni o del minor periodo di esistenza dell'ente, evidenziando le voci riconducibili ad attività religiose;
- 6) dichiarazione bancaria o di altro istituto di credito, su carta intestata, datata e sottoscritta dal Direttore della filiale, comprovante la consistenza dei mezzi finanziari dell'ente;
- 7) dichiarazione (o certificato) del legale rappresentante relativa al possesso della cittadinanza italiana o, in assenza di cittadinanza, dichiarazione inerente il suo domicilio in Italia: la dichiarazione va resa nei termini degli artt. 2 e 4 della l. n. 4/1/1968 n. 15 e successive modificazioni, recante norme sulla documentazione amministrativa e sulla legalizzazione e autenticazione di firme, nonché sugli artt. 2 e 3 della legge 25/5/1997 n. 127, recante norme sullo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo.

La personalità giuridica continua, tuttavia, a mantenere una propria valenza funzionale per gli enti ecclesiastici, consentendo l'accesso ad un regime giuridico speciale oltre che a giungere all'esito ad un lungo procedimento di verifica dei presupposti strutturali e teleologici. A differenza di quanto ac-

caduto per gli enti civili³¹, per gli enti religiosi non si è ancora verificata una totale neutralizzazione³² delle forme organizzative di matrice religiosa né lo “squarciamento del velo” della personalità giuridica³³. Quello che invece accade nella prassi³⁴ è un vero e proprio “fading” del profilo causale degli enti religiosi non riconosciuti verso le forme organizzative del Terzo settore. Ciò non è determinato da una presunta obsolescenza della categoria degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti ma dalla inidoneità, come *supra* evidenziato, dei procedimenti legislativi di riconoscimento della personalità giuridica degli enti religiosi acattolici, in particolare di quelli previsti dalla normativa unilaterale³⁵.

La personalità giuridica continua a costituire l'infrastruttura essenziale per la corretta operatività degli enti ecclesiastici. Proprio in tale prospettiva, l'evoluzione normativa dovrà affinare le procedure di riconoscimento e individuare modelli di *governance* flessibili, assicurando così che la personalità giuridica continui ad essere un utile strumento di tutela e promozione della libertà religiosa collettiva.

3. L'iscrizione nel Registro delle Persone Giuridiche

Sulla base della normativa di derivazione concordataria, ossia la legge n. 121 del 1985 e la legge n. 222 del 1985 (da non dimenticare anche la legge n. 206 del 1985 e il d.P.R. n. 33 del 1987, così come modificato dal d.P.R. n. 337 del 1999), il regime giuridico degli enti ecclesiastici è notevolmente diverso da quello previsto dal diritto comune per le persone giuridiche. Come noto, si va dai requisiti per il riconoscimento civile alle modalità o procedure di riconoscimento (*ex lege* o per decreto) fino al peculiare regime di pubblicità

³¹ In merito evidenzia M. FERRANTE in *La costituzione e la pubblicità degli enti ecclesiastici*, in (a cura di) A. FUCCILLO, L. DECIMO, *Gli enti religiosi: tra diritto speciale, diritto comune e mercati*, cit., p. 101 e in *Enti religiosi/ecclesiastici e riforma del Terzo Settore*, Torino, 2019, p. 62, come anche il Codice del Terzo Settore definisce una situazione che è già presente nel panorama giuridico italiano ovvero quella della neutralizzazione della forma giuridica.

³² Sulla neutralizzazione degli enti religiosi, si veda G. CASUSCELLI, *Enti ecclesiastici e doveri di solidarietà*, in *Diritto ecclesiastico*, 2013, p. 567 ss.

³³ L'espressione è di E. DEL PRATO, *L'ente privato come atto. Saggi di diritto civile*, Torino, 2015, p. 239.

³⁴ Non essendo questa la sede opportuna per la trattazione di questo profilo, sia consentito il rinvio a L. DECIMO, *Gli enti religiosi nel diritto vivente. Paradigmi teorici e protocolli operativi*, Collana Riflettori/Spotlight. Itinerari di diritto, religioni e culture, Torino, 2025, p. 52 ss.

³⁵ Come evidenzia P. FLORIS, *Le istanze di libertà collettiva*, in *La legge che non c'è. Proposta per una legge sulla libertà religiosa in Italia*, Bologna, 2019, p. 147, la sopravvivenza della legge n. 1159/1929 e del relativo regolamento di attuazione «ha messo a dura la prova la capacità dell'ordinamento di comprendere e riconoscere fenomeni nuovi, come quello dell'associazionismo religioso non (o non abbastanza) istituzionalizzato, che si è manifestato sul territorio italiano soprattutto negli ultimi decenni e che ha interessato, in particolare, le comunità di nuovo insediamento o formazione».

che non ha valore costitutivo ma dichiarativo a favore dei terzi che entrano in rapporti negoziali con l'ente³⁶.

Con riferimento agli enti ecclesiastici cattolici, l'art. 5, comma 1 della l. n. 222 del 1985 stabilisce che «*Gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti devono iscriversi nel registro delle persone giuridiche*» e da questo devono «*risultare le norme di funzionamento e i poteri degli organi di rappresentanza dell'ente*». La Relazione sui principi della l. n. 222 del 1985 – elaborata dalla Commissione paritetica istituita a norma dell'art. 7, n. 6 della legge di ratifica ed esecuzione dell'Accordo di Villa Madama – ha evidenziato che l'iscrizione nel Registro delle Persone Giuridiche rappresenta «*uno strumento capace di dare trasparenza alle strutture e alle finalità degli enti ecclesiastici*». In particolare, rendendo conoscibili gli statuti dei singoli enti, «*saranno tutelati i terzi che entrino in rapporti negoziali con l'ente stesso*».

Ai sensi dell'art. 15 del d.P.R. n. 33 del 1987, l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche degli enti ecclesiastici è effettuata su richiesta del legale rappresentante secondo le modalità previste dal D.P.R. n. 360 del 2000 (artt. 3 e 4). Deve essere presentata copia autentica in carta libera della deliberazione o del provvedimento da iscrivere, nel caso copia del decreto del Ministero dell'Interno che conferisce la qualifica di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto. Dal momento che si richiede l'indicazione nel Registro di tutti gli elementi identificanti l'ente, è necessario allegare anche i documenti provanti l'atto costitutivo con la data, la denominazione, lo scopo, il patrimonio, la durata, qualora sia stata determinata, la sede della persona giuridica, il cognome, il nome e il codice fiscale degli amministratori, con menzione di quelli ai quali è attribuita la rappresentanza³⁷. Per gli enti facenti parte della costituzione gerarchica della Chiesa lo statuto è sostituito dal decreto canonico di erezione da cui risultino la denominazione, la natura e la sede dell'ente. Tali elementi possono evincersi anche da una dichiarazione dell'autorità ecclesiastica integrativa del decreto canonico di erezione. Per gli altri enti ecclesiastici, ove manchi uno statuto approvato agli effetti civili e contenente le norme di funzionamento dell'ente e i poteri degli organi di rappresentanza, deve essere prodotto un attestato della Santa Sede o del Vescovo diocesano dal quale risultino tali elementi. In luogo del decreto di riconoscimento può essere allegato alla domanda un attestato del Ministro dell'Interno da cui risulti che l'ente aveva il possesso della personalità giuridica civile in epoca anteriore al 7 giugno 1929. Nell'attestato il Ministro indica gli elementi che dimostrano il possesso della personalità giuridica civile da parte dell'ente, dà atto dell'assenso dell'autorità ecclesiastica e dichiara che non è intervenuta alcuna causa di estinzione di tale personalità.

³⁶ In merito sul punto si veda M. FERRANTE, *La costituzione e la pubblicità degli enti ecclesiastici*, in (a cura di) A. FUCCILLO, L. DECIMO, *Gli enti religiosi: tra diritto speciale, diritto comune e mercati*, cit., pp. 89-108.

³⁷ Si veda sul punto A. FABBRI, *Gli articoli 9 e 10 della legge 222/85: piani paralleli per diverse tipologie giuridiche di associazioni cattoliche*, in *Stato Chiese plur. conf.*, Rivista Telematica (www.statoechiese.it), 28 febbraio 2011.

Dallo statuto dell'ente ecclesiastico possono inoltre emergere eventuali limitazioni dei poteri di rappresentanza e/o la necessità di particolari controlli canonici per il compimento di alcuni atti negoziali. L'art. 18, richiamando il *Codex Juris Canonici*, attribuisce diretta efficacia giuridica al diritto canonico nell'ordinamento italiano. Secondo la dottrina maggioritaria, la l. n. 222/1985 avrebbe operato un rinvio formale al diritto canonico, cosicché le eventuali modifiche o interpretazioni differenti si ripercuotono immediatamente nell'ordinamento italiano. I controlli canonici previsti dal *Codex Juris Canonici* sono sempre opponibili ai terzi, i quali non possono invocare a loro tutela la "buona fede", avendo l'onere di conoscere l'esatto procedimento che le norme canoniche prescrivono per l'attività negoziale degli enti ecclesiastici. *A contrario*, i controlli canonici previsti dagli statuti dei singoli enti possono essere opposti ai terzi soltanto qualora sia stato soddisfatto l'onere della pubblicazione nel registro delle persone giuridiche. Grava, pertanto, in capo agli operatori giuridici chiamati a vagliare il lecito svolgimento di attività negoziale un duplice onere: per tutti gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, quello di consultare il Registro delle Persone Giuridiche, così da venire a conoscenza delle limitazioni alla capacità negoziale o alla rappresentanza presenti negli statuti; e per i soli enti afferenti alla Chiesa cattolica quello, probabilmente più gravoso, di una cognizione delle norme del diritto canonico.

Ai sensi dell'art. 4, comma 2, del D.P.R. n. 360 del 2000, nel Registro devono altresì essere iscritte le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto, il trasferimento della sede e l'istituzione di sedi secondarie, la sostituzione degli amministratori, con indicazione di quelli ai quali è attribuita la rappresentanza, le deliberazioni di scioglimento, i provvedimenti che ordinano lo scioglimento o accertano l'estinzione, il cognome e il nome dei liquidatori e tutti gli altri atti e fatti la cui iscrizione è espressamente prevista da norme di legge o di regolamento³⁸.

Anche i provvedimenti canonici che riguardano il commissariamento delle persone giuridiche canoniche devono essere trasmessi alla Prefettura competente, affinché vengano annotati nel Registro. Per le associazioni di fedeli, che abbiano ottenuto il riconoscimento civile come ente ecclesiastico, il decreto di commissariamento (can. 318 §1 CIC)³⁹ può incidere anche sulla figura del rappresentante legale, la cui nomina, per essere efficace nell'ordinamento statale, deve essere resa nota mediante iscrizione nel Registro delle Persone Giuridiche.

Un caso ha riguardato la rimozione, da parte dell'Arcivescovo, degli amministratori di una fondazione di culto e la nomina di un commissario straordinario. Il provvedimento fu regolarmente iscritto al Registro delle persone

³⁸ Nella prassi è frequente che le autorità competenti richiedano una relazione analitica dei motivi che hanno indotto l'ente ad apportare le modifiche statutarie.

³⁹ In merito sul punto si veda R. SANTORO, F. GRAVINO, *Associazioni di fedeli, commissariamento e rimozione del moderatore*, in *Ius Ecclesiae*, 2022, I, pp. 233-256.

giuridiche, il Conservatore del Registro delle imprese invece negò la registrazione, ritenendolo contrario allo statuto. Il Tribunale di Catania ha però riconosciuto l'efficacia del can. 1279, che attribuisce al Vescovo un generale potere di vigilanza, anche in assenza di espressa previsione statutaria⁴⁰. La decisione ha così valorizzato la peculiare natura confessionale dell'ente e confermato la rilevanza civile del diritto canonico, quale fonte immediata di poteri, assicurando certezza nei rapporti con i terzi sulla legittima rappresentanza⁴¹.

Anche la soppressione degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti e la loro estinzione per altre cause hanno efficacia civile mediante l'iscrizione nel Registro delle Persone Giuridiche del provvedimento dell'autorità ecclesiastica competente che sopprime l'ente o ne dichiara l'avvenuta estinzione. L'autorità ecclesiastica competente trasmette il provvedimento al Ministro dell'Interno che, con proprio decreto, dispone l'iscrizione di cui al primo comma e provvede alla devoluzione dei beni dell'ente soppresso o estinto. Tale devoluzione avviene secondo quanto prevede il provvedimento ecclesiastico, salvi in ogni caso la volontà dei disponenti, i diritti dei terzi e le disposizioni statutarie, e osservate, in caso di trasferimento ad altro ente, le leggi civili e confessionali relative agli acquisti delle persone giuridiche.

4. *L'iscrizione al Runts del ramo ETS dell'ente religioso civilmente riconosciuto*

Il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 ha uniformato e armonizzato la disciplina giuridica dei soggetti *no profit*. La disciplina del Codice del Terzo settore (in breve CTS), ai sensi dell'art. 4, comma 3, si applica anche agli enti religiosi civilmente riconosciuti⁴², limitatamente alle attività di interesse gene-

⁴⁰ Trib. Catania, ord. 14 giugno 2017, in *Vita notarile*, 2017, III, p. 1185.

⁴¹ In tale senso A. LICASTRO, *Gli enti religiosi tra diritto comune e diritto speciale*, in *Stato Chiese plur. conf.*, Rivista Telematica (www.statoechurchiese.it), 2022, II, p. 101.

⁴² Per approfondimenti in merito si vedano i contributi di A. FUCCILLO, *Diritto, religioni, culture. Il fatto religioso nell'esperienza giuridica*, Torino, 2025; A. FUCCILLO, R. SANTORO, L. DECIMO, *Gli enti religiosi ETS. Tra diritto speciale e regole di mercato*, Napoli, 2019; A. FUCCILLO, *Gli enti religiosi nel mercato dei beni e dei servizi*, in (a cura di) A. GUARINO, *Enti religiosi e riforma del non profit*, Napoli, 2020, p. 33 ss.; L. DECIMO, *Gli enti religiosi nel diritto vivente. Paradgmi teorici e protocolli operativi*, cit., p. 59 ss.; AA.Vv., *Gli enti religiosi: tra diritto speciale, diritto comune e mercati*, a cura di A. FUCCILLO, L. DECIMO, Napoli, 2022, in particolare i contributi di M. FERRANTE, *La costituzione e la pubblicità degli enti ecclesiastici*, pp. 89-108; P. CAVANA, *Gli enti ecclesiastici tra diritto speciale e diritto comune*, pp. 55-80; A. CHIANALE, *Gli enti religiosi civilmente riconosciuti*, pp. 485-510; M. PARISI, *Enti solidali, riforma del Terzo Settore e questioni giuslavoristiche*, in *Diritto ecclesiastico*, 2024, II, pp. 407-428; P. FLORIS, *Ancora sul posto degli enti religiosi nel Terzo Settore tra previsioni legislative e note ministeriali*, in *Diritto ecclesiastico*, 2024, II, pp. 345-365; A. FUCCILLO, L. DECIMO, *La costituzione del ramo "ETS" e l'"impresa sociale" dell'ente religioso civilmente riconosciuto*, in *Notariato*, 5, V, 2023 pp. 1-13; A. BETTETINI, *Enti religiosi e terzo settore nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Jus Ecclesiae*, 2023, II, pp. 575-591; P. LO IACONO, *Gli enti ecclesiastici e gli enti religiosi nella riforma del Terzo Settore*, in *Diritto e Religioni*,

rale⁴³ (ovvero quelle di cui all'art. 5). È necessario, tuttavia, che sussistano le seguenti condizioni:

1. adozione di un regolamento per atto pubblico o per scrittura privata autenticata che, pur sempre nel rispetto della finalità e della struttura dell'ente, recepisca le disposizioni previste dalla normativa;
2. deposito del suddetto regolamento nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore;

2021, I, pp. 166-220; M. FERRANTE, *Enti religiosi/ecclesiastici e riforma del Terzo Settore*, Torino, 2019; M. PARISI, *Enti religiosi e Codice del Terzo Settore: verso il superamento della specialità pattizia delle persone giuridiche ecclesiastiche*, in *Diritto e società*, 2019, II, pp. 305-320; AA.VV., *Enti religiosi e riforma del Terzo Settore*, a cura di A. GIANFREDA, M. ABU SALEM, Tricase, 2018; AA.VV., *Gli enti ecclesiastici nella riforma del Terzo Settore*, a cura di P. CAVANA, Torino, 2021; G. D'ANGELO, *Declinazioni giuridiche del fine di religione e di culto. Dalla forma all'interesse*, Torino, 2020, p. 220 ss.; I. BOLGIANI, *Gli effetti della riforma del Terzo Settore in materia di «enti religiosi civilmente riconosciuti»*, Torino, 2021; P. CONSORTI, *Il nuovo «Codice del Terzo Settore» con particolare attenzione alla disciplina degli enti ecclesiastici (o religiosi?)*, pp. 273-288; P. FLORIS, *Enti religiosi e riforma del Terzo Settore: verso nuove partizioni nella disciplina degli enti religiosi*, pp. 427-444; M. PARISI, *Enti religiosi, no profit ed economia solidale. Sull'interventismo sociale dell'associazionismo di tendenza etico-religiosa nelle attuali tensioni riformistiche*, pp. 541-544, tutti in *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, a cura di G. D'ANGELO, Torino, 2018; A. BETTETINI, *Riflessi canonistici della riforma del Terzo Settore*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista Telematica (www.statoechiese.it), n. 20/2018; P. CAVANA, *Enti ecclesiastici e riforma del Terzo Settore. Profili canonistici*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista Telematica (www.statoechiese.it), n. 22/2018; P. CONSORTI, *L'impatto del nuovo Codice del Terzo Settore sulla disciplina degli «enti religiosi»*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista Telematica (www.statoechiese.it), n. 4/2018; G. DALLA TORRE, *Enti ecclesiastici e Terzo Settore. Annotazioni prospettiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista Telematica (www.statoechiese.it), n. 16/2018; P. CONSORTI, *Questioni di diritto patrimoniale canonico. Alcune riflessioni a partire dagli adempimenti conseguenti alla riforma italiana in materia di Terzo Settore*, in *Stato Chiese plur. conf.*, Rivista Telematica (www.statoechiese.it), n. 10/2019, p. 1 ss.; A. MANTINEO, *Il Codice del terzo settore: punto di arrivo o di partenza per la palingenesi degli enti religiosi?*, in *Stato Chiese plur. conf.*, Rivista Telematica (www.statoechiese.it), n. 27/2018, p. 1 ss.; M. PARISI, *Enti religiosi e Codice del Terzo Settore: verso il superamento della specialità pattizia delle persone giuridiche ecclesiastiche*, in *Diritto e società*, 2019, pp. 305-320. Per un approfondimento sui profili contabili e di rendicontazione del ramo ETS dell'ente religioso si veda inoltre M. COTOGNI, *Il ramo del Terzo Settore degli Enti ecclesiastici: profili contabili e di rendicontazione*, in *Diritto e religioni*, 2023, I, pp. 152-162.

⁴³ La nozione di interesse generale è stata chiarita dal *Parere sui concetti di interesse sociale e di particolare interesse sociale di cui all'articolo 5 del D.Lgs. 117/2017* approvato dal Consiglio nazionale del Terzo Settore il 5 luglio 2022). Secondo il documento «L'interesse generale in quanto *genus* conosce tre declinazioni di *species*: • Interesse diffuso: fa riferimento a categorie o gruppi di persone, indeterminati a priori, ma chiaramente individuabili sulla base di uno specifico status (ad es, utenti di un certo servizio pubblico, consumatori, etc.); • Interesse collettivo: fa riferimento a categorie o gruppi i cui componenti sono chiaramente individuabili a priori (ad es. i lavoratori di un certo comparto lavorativo) e che vengono considerati in modo omogeneo; • Interesse sociale: si applica a tutte quelle azioni che mirano a produrre un beneficio che va a vantaggio della società, cioè un beneficio sociale. Non tutte le attività di interesse generale sono anche di interesse sociale. Ciò spiega la ragion d'essere della specificazione di cui all'art. 5 (1° c) del CTS. Il termine beneficio significa, letteralmente, “fare il bene” a qualcuno o per qualcosa. (Cfr. Lettere d), h), i), k).»

3. costituzione di un patrimonio destinato;
4. separazione delle scritture contabili.

L'ambito di applicazione soggettiva della norma riguarda gli “enti religiosi civilmente riconosciuti”, ricomprendendo, con tale accezione, gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti ai sensi del diritto pattizio, gli enti che hanno ottenuto il riconoscimento ai sensi dell'art. 2 della legge n. 1159/1929 (i c.d. enti morali) e, anche se con alcune remore, probabilmente quelli che sono stati riconosciuti in persona giuridica dal diritto comune e perseguono in concreto finalità di religione e di culto⁴⁴. Sicuramente non possono costituire un ramo “ETS” tutte quelle forme organizzative che, pur perseguendo finalità di religione o di culto, non hanno ottenuto alcun riconoscimento della personalità giuridica⁴⁵.

Il TAR Campania con la sentenza del 24 maggio 2023, n. 3158⁴⁶ ha chiarito che i rami degli enti ecclesiastici sono privi di soggettività giuridica, ma per effetto dello stretto collegamento ad un ente religioso – che deve essere “civilmente riconosciuto” – godono per proprietà transitiva della personalità di quest'ultimo.

In considerazione della particolare struttura e della loro finalità principale, gli enti religiosi civilmente riconosciuti “ETS” sono soggetti a una speciale disciplina giuridica e, in particolare, non si applica il comma 1 dell'art. 12 del d.lgs. n. 117/2017, ovvero non devono introdurre nella propria denominazione l'indicazione di “Ente del Terzo settore” o l'acronimo “ETS”. Per quanto attiene alla denominazione, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con la nota del 20 settembre 2023, n. 10376, ha chiarito che non può esserci una discrasia tra il nome dell'ente religioso civilmente riconosciuto e il ramo ETS né nell'istanza di iscrizione al RUNTS, né nel regolamento istitutivo. Ciò, infatti, comporterebbe notevoli problematiche nella spendita, nei confronti dei soggetti terzi, del nome “specifico” attribuito al ramo⁴⁷, al

⁴⁴ Si veda in merito A. FUCCILLO, *Diritto, religioni, culture. Il fattore religioso nell'esperienza giuridica*, Torino, 2025; A. FUCCILLO, R. SANTORO, L. DECIMO, *Gli enti religiosi ETS. Tra diritto speciale e regole di mercato*, Napoli, 2019; L. DECIMO, *Le organizzazioni nel prisma costituzionale dell'art. 20*, cit., pp. 86-87; L. DECIMO, *Gli enti religiosi nel diritto vivente. Paradigmi teorici e protocolli operativi*, cit., p. 64 ss.

⁴⁵ Secondo autorevole dottrina le associazioni private di fedeli possono costituire un ramo ETS, in quanto rientrano tra gli enti religiosi civilmente riconosciuti; sul punto si veda P. FLORIS, *Enti religiosi e riforma del Terzo Settore: verso nuove partizioni nella disciplina degli enti religiosi*, in *Stato Chiese plur. conf.*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 3/2018; C.E. VARALDA, *Le associazioni private di fedeli nella riforma del Terzo Settore, fra profili canonici e implicazioni civili. Prime note*, in *Diritto e religioni*, 2023, I, pp. 114-124.

⁴⁶ TAR Campania (Napoli), sez. I, 24 maggio 2023, n. 3158, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 2023, III, p. 705 con nota di C. ELEFANTE, *Soggetti religiosi e attività di interesse generale tra forma e sostanza. Le esigenze di trasparenza e di tutela dell'affidamento dei terzi*, pp. 707-717.

⁴⁷ Sul punto si veda diffusamente C. ELEFANTE, *Soggetti religiosi e attività di interesse generale tra forma e sostanza. Le esigenze di trasparenza e di tutela dell'affidamento dei terzi*, cit., pp. 707-717.

quale sarebbe comunque riconducibile un unico codice fiscale, ovvero quello dell'ente religioso.

Non si applica, inoltre, il comma 3 dell'art. 14 del d.lgs. n. 117/2017, e, dunque, gli associati o gli aderenti non hanno diritto di esaminare i libri sociali. L'attività di interesse generale non deve essere svolta dagli enti del Terzo settore in via esclusiva o principale (art. 5), come invece è previsto per gli altri enti del Terzo settore. Gli enti religiosi civilmente riconosciuti devono infatti perseguire in via principale finalità di religione e di culto e, solo in via secondaria, possono svolgere attività di utilità sociale ricomprese tra le attività di cui all'art. 5 del citato decreto.

In merito è stato chiarito con la nota n. 4581 del 6 aprile 2023 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali che l'ente religioso civilmente riconosciuto può svolgere le proprie attività di interesse generale previste dal Codice del Terzo settore anche *«sulla base di un sistema valoriale che, anche partendo da un'ispirazione iniziale ad un credo di natura religiosa (ma non solo), orienti le stesse, finalisticamente, al raggiungimento di obiettivi di carattere civico, solidaristico o di utilità sociale»*. *Il perseguimento di finalità di evangelizzazione o di culto, invece, «non rientra nel novero delle finalità proprie degli enti del Terzo settore. Con riguardo alle attività statutarie, poi, la scrivente Direzione ha avuto già modo di precisare nella nota n. 3734 del 15 aprile 2019 come le attività di religione e di culto restano estranee all'ambito di applicazione del Codice del Terzo settore, trovando esse in altro quadro regolatorio il proprio regime giuridico di tutela»*⁴⁸.

È inoltre opportuno precisare che, in occasione della riforma del Terzo settore, il legislatore ha espressamente disciplinato le ipotesi di trasformazione, fusione o scissione delle associazioni, riconosciute e non, e delle fondazioni, indipendentemente dalla qualifica di «Enti del Terzo settore». L'art. 42-bis c.c. disciplina le ipotesi di trasformazione, fusione o scissione dei soli enti *no profit*, essendo necessario, ove il punto di arrivo o di partenza sia una società, l'applicazione della disciplina della trasformazione eterogenea di cui agli artt. 2500-septies e 2500-octies c.c.

Il regolamento del ramo "ETS"⁴⁹ deve essere adottato dall'ente religioso civilmente riconosciuto con atto pubblico o scrittura privata autenticata. Ai sensi dell'art. 14 del d.m. n. 106/2020, il regolamento "ETS" deve:

- a) individuare le attività di interesse generale tra quelle elencate all'art. 5 del Codice ed eventualmente prevedere lo svolgimento di attività diverse ai sensi dell'art. 6;

⁴⁸ Sul punto si veda diffusamente F. VECCHI, *Note per un'interpretazione aggiornata della categoria giuridica ente ecclesiastico alla luce del d. lgs. luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo Settore)*, in *Diritto e religioni*, 2021, II, p. 350 ss.

⁴⁹ Alcuni modelli di regolamento "ETS" per gli enti religiosi civilmente riconosciuti sono presenti nel contributo di A. FUCCILLO, L. DECIMO, *La costituzione del ramo "ETS" e l'"impresa sociale" dell'ente religioso civilmente riconosciuto*, cit., pp. 1-13.

- b) vietare la distribuzione di utili a norma dell'art. 8, commi 2 e 3, del Codice;
- c) individuare il patrimonio destinato per lo svolgimento delle attività di cui alla lettera a), che può essere individuato con un atto distinto, da allegare al regolamento;
- d) prevedere la devoluzione ad altri enti del Terzo settore dell'incremento patrimoniale realizzato negli esercizi in cui l'ente è stato iscritto nel RUNTS, a norma degli artt. 9 e 50, comma 2, del Codice;
- e) prevedere l'obbligo di tenere separate le scritture contabili relative allo svolgimento delle attività di cui alla lettera a) dalle scritture contabili relative ad ogni altra attività dell'ente;
- f) disciplinare con riferimento alle attività di cui alla lettera a) la tenuta delle scritture contabili, prevedere e disciplinare la redazione del bilancio di esercizio, la predisposizione del bilancio sociale ove prevista, la tenuta dei libri sociali obbligatori in conformità con la struttura dell'ente, nonché il trattamento economico e normativo dei lavoratori a norma, rispettivamente, degli artt. 13, 14 comma 1, 15 e 16 del Codice;
- g) disciplinare, per lo svolgimento delle attività di cui alla lettera a), i poteri di rappresentanza e di gestione, con specifica indicazione delle eventuali limitazioni e dei relativi controlli interni, se previsti dall'ordinamento confessionale, in conformità alle risultanze del Registro delle persone giuridiche nel quale gli enti religiosi civilmente riconosciuti sono iscritti;
- h) prevedere espressamente, con riferimento alle attività di cui alla lettera a), le condizioni di validità o di efficacia degli atti giuridici prescritte per gli enti religiosi civilmente riconosciuti dai relativi ordinamenti confessionali, ove tali condizioni abbiano rilevanza ai sensi di legge.

Un ultimo aspetto che deve essere approfondito è quello relativo alla nomina dell'organo amministrativo del ramo che non necessariamente deve coincidere con quello già individuato ai sensi dello statuto dell'ente o dell'ordinamento confessionale. Il regolamento può infatti prevedere regole diverse per la sua individuazione⁵⁰, la sua nomina, così come eventuali limitazioni e controlli interni, se previsti dall'ordinamento confessionale, in conformità alle risultanze del Registro delle persone giuridiche nel quale gli enti religiosi civilmente riconosciuti sono iscritti.

Per quanto riguarda gli enti ecclesiastici cattolici, la Conferenza Episcopale Italiana, unitamente all'Unione Superiore Maggiori Italiani e alla Conferenza

⁵⁰ In merito la nota n. 9313 del 16 settembre 2020 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali dispone che «in caso di enti religiosi civilmente riconosciuti, il regolamento che disciplina lo svolgimento delle attività ai fini dell'iscrizione al Registro unico nazionale del Terzo Settore può prevedere che l'amministrazione sia affidata ad un organismo di carattere monocratico. Infatti, in tal caso l'applicazione del Codice riguarda soltanto lo svolgimento delle attività di cui all'articolo 5 così da salvaguardare il rispetto della struttura e della finalità di tali enti, sulla base di accordi tra l'ordinamento italiano e altri ordinamenti giuridici in cui detti enti si trovano ad operare».

Italiana dei Superiori Maggiori, ha predisposto i modelli di regolamento per la costituzione di un ramo del Terzo settore o di impresa sociale⁵¹.

L'adozione del regolamento richiede necessariamente la creazione di un patrimonio destinato per l'esercizio dell'attività di interesse generale dell'ente religioso ETS. Tale operazione, infatti, costituisce una garanzia patrimoniale esclusiva per i creditori dell'ente relativi all'esercizio dell'attività d'interesse generale. La restante parte del patrimonio dell'ente, non destinata a tale attività, non potrà essere oggetto di garanzia per i creditori. Tale aspetto è stato chiarito, per il ramo "ETS", dal d.l. n. 77/2021, convertito con la legge n. 108/2021. Nell'ultima parte del comma 3 dell'art. 4 del d.lgs. n. 117/2017 è, infatti, stato previsto che ove sussistano obbligazioni contratte in relazione alle attività di interesse generale, gli enti religiosi civilmente riconosciuti rispondono nei limiti del patrimonio destinato. Gli altri creditori dell'ente religioso civilmente riconosciuto, ovvero quelli relativi alle altre attività dell'ente, non possono inoltre far valere alcun diritto su tale patrimonio destinato.

La segregazione patrimoniale deve emergere dal regolamento adottato da parte dell'ente religioso e l'individuazione dei beni può avvenire, come chiarito, anche con atto separato ad esso allegato. Possono costituire oggetto del patrimonio destinato sia i beni mobili, anche registrati, sia i beni immobili⁵².

⁵¹ I documenti sono disponibili al sito web: <https://giuridico.chiesacattolica.it/modelli-di-regolamento-per-la-costituzione-di-un-ramo-ente-del-terzo-settore-o-impresa-sociale-da-par-te-di-un-ente-ecclesiastico/>. In merito si veda sul punto A. PEREGO, *I modelli di atto e di regolamento per il ramo degli enti ecclesiastici proposti da CEI, USMI e CIS: spunti per una lettura ragionata*, in *Diritto ecclesiastico*, 2022, I-III, pp. 311-334.

⁵² In merito si veda diffusamente A.A. CARRABBA, *Enti ecclesiastici e atti di destinazione patrimoniale*, in *Diritto e religioni*, 2023, I, p. 149, il quale evidenzia come per le concrete modalità di attuazione della pubblicità immobiliare, «la costituzione di un patrimonio autonomo dovrebbe essere effettuata invece pure con l'indicazione della denominazione del patrimonio e con la indicazione delle generalità del soggetto o dei soggetti deputati a compiere nei confronti dei terzi gli atti di gestione del patrimonio medesimo. [...] La gestione (dinamica) del patrimonio destinato può comportare l'alienazione dei beni parte di detto patrimonio e l'ingresso nel compendio medesimo di beni diversi da quelli inizialmente riservati alla realizzazione della intrapresa. Fermo quanto dovuto relativamente alle pubblicazioni sul RUNTS, qualora in presenza di un patrimonio separato si dovesse procedere alla cessione di un immobile, la conseguente trascrizione sarà effettuata a favore dell'avente causa e contro il soggetto disponente, che risulterà essere il dante causa del diritto oggetto di trasferimento; qualora in presenza di un patrimonio autonomo si dovesse procedere alla cessione di un immobile, la conseguente trascrizione sarà effettuata sempre a favore dell'avente causa ma contro l'anzidetto denominato patrimonio, con la indicazione delle generalità del soggetto o dei soggetti deputati a compiere nei confronti dei terzi gli atti di gestione del patrimonio medesimo. L'acquisizione nel patrimonio destinato, se patrimonio autonomo, di un bene comporterà quanto alla relativa trascrizione una esecuzione della formalità contro il dante causa e a favore del denominato patrimonio con la indicazione delle generalità del soggetto o dei soggetti deputati a esternalizzare nei confronti dei terzi gli atti di gestione del patrimonio medesimo. L'acquisizione di beni nel patrimonio destinato, se patrimonio separato, sarà formalizzata in termini di pubblicità attraverso una duplice trascrizione, una contro il dante causa e a favore del titolare del patrimonio destinato e una (dedicata) contro quest'ultimo soggetto. Nel caso di estinzione della vicenda destinataria si potrebbe reputare inevitabile procedere ai sensi dell'art. 2655 c.c. con un annotamento di inefficacia a margine

L'iscrizione al RUNTS⁵³ è un requisito obbligatorio per acquisire la qualifica di ETS e consente l'accesso ad un sistema premiale, garantendo determinate agevolazioni. Il Registro ha tuttavia anche lo scopo di implementare le necessità di trasparenza per le attività di interesse generale, soprattutto attraverso la pubblicazione di bilanci e rendiconti e di informazioni relative all'organizzazione dell'ente⁵⁴. L'art. 52, comma 1 del d.lgs. n. 117/2017 prevede che «*Gli atti per i quali è previsto l'obbligo di iscrizione, annotazione ovvero di deposito presso il Registro unico nazionale del Terzo settore sono opponibili ai terzi soltanto dopo la relativa pubblicazione nel Registro stesso, a meno che l'ente provi che i terzi ne erano a conoscenza*».

La domanda di iscrizione al RUNTS dell'ente religioso deve essere presentata dal soggetto cui è attribuita la rappresentanza dell'ente oppure del ramo di attività. Ad essa dovrà essere allegato il regolamento e l'atto con il quale la competente autorità religiosa autorizza l'iscrizione al RUNTS o dichiara che tale autorizzazione non è necessaria. L'atto di autorizzazione può essere depositato anche in copia. Se l'ente religioso ha già costituito un ramo Onlus ai sensi del D.Lgs. n. 460 del 1997 ed è iscritto alla relativa Anagrafe, dovrà allegare anche gli ultimi due bilanci approvati (art. 34, comma 3 del d.m. n. 106/2020).

Dalla domanda di iscrizione devono altresì risultare, ai sensi dell'art. 14, comma 3 del d.m. n. 106/2020:

- a) l'indicazione della sezione del RUNTS nella quale si richiede l'iscrizione;
- b) la denominazione;
- c) il codice fiscale;
- d) l'eventuale partita IVA;
- e) gli estremi del provvedimento con il quale è stato disposto il riconoscimento dell'ente agli effetti civili;
- f) la sede legale;

della originaria trascrizione ovvero potrebbe essere prospettata la cancellazione della formalità medesima sulla scia di quanto disposto per la trascrizione del contratto preliminare dall'art. 2668, comma 4, c.c.»

⁵³ Il Registro Unico nazionale del Terzo Settore è disciplinato dagli artt. 45-54 del d.lgs. n. 117/2017. Il decreto ministeriale 15 settembre 2020, n. 106 ne regola le procedure di iscrizione, le modalità di deposito degli atti, le regole per la predisposizione, la tenuta, la conservazione e la gestione del Registro. Per ulteriori approfondimenti sul RUNTS, si veda AA. VV., *Il registro unico nazionale del terzo settore. Commento al D.M. 15 settembre 2020, n. 106*, A. FICI, N. RICCARDELLI (a cura di), Napoli, Editoriale Scientifica, 2021; I.L. NOCERA, *Il registro unico e il regime pubblicitario degli enti del terzo settore*, in F. DONATI, F. SANCHINI (a cura di), *Il Codice del terzo settore. Commento al d. lgs. 3 luglio 2017 n. 117 e ai decreti attuativi*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 215 ss.; E. VIVALDI, *Il registro unico del Terzo Settore*, in *Non profit*, 2017, III, p. 145 ss.

⁵⁴ Sul punto si veda M. FERRANTE in *La costituzione e la pubblicità degli enti ecclesiastici*, in A. FUCCILLO, L. DECIMO (a cura di), *Gli enti religiosi: tra diritto speciale, diritto comune e mercati*, cit., p. 104, il quale evidenzia che l'ente religioso civilmente riconosciuto con ramo ETS sarà contemporaneamente iscritto al Registro delle persone giuridiche e al RUNTS. Non si tratta di una duplicazione di oneri di pubblicità, in quanto la prima ha mera funzione dichiarativa, mentre la seconda funzione di pubblicità costitutiva.

- g) un indirizzo di posta elettronica certificata;
- h) almeno un contatto telefonico;
- i) le eventuali sedi secondarie. Non costituiscono sedi secondarie dell'ente le sedi legali di eventuali enti affiliati dotati di diverso codice fiscale;
- j) la data di costituzione dell'ente o, in alternativa, quella del patrimonio destinato;
- k) la o le attività di interesse generale effettivamente svolte, da individuarsi tra quelle di cui all'articolo 5 del Codice;
- l) la previsione dell'esercizio di eventuali attività diverse ai sensi dell'articolo 6 del Codice;
- m) il soggetto o i soggetti cui l'ente eventualmente aderisce con relativo codice fiscale;
- n) le generalità delle persone fisiche titolari del potere di rappresentanza e di gestione per lo svolgimento delle attività di interesse generale, l'indicazione del potere conferito e delle eventuali limitazioni, nonché la data di nomina;
- o) l'eventuale dichiarazione di accreditamento ai fini dell'accesso al contributo del 5 per mille di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 111. 4.

La domanda di iscrizione è presentata all'Ufficio del Registro Unico Nazionale della Regione o della Provincia autonoma in cui l'ente ha la sede legale. Si applica il procedimento di cui all'articolo 9.

5. La disciplina dei controlli sugli Enti del Terzo Settore e il regime speciale degli enti religiosi civilmente riconosciuti

Il Decreto 7 agosto 2025 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (GU n. 214 del 15 settembre 2025) ha definito le forme, i contenuti e le modalità di esercizio delle funzioni di vigilanza, controllo e monitoraggio sugli enti del Terzo settore (ETS), in attuazione degli artt. 93 e ss. del d.lgs. n. 117/2017. Il provvedimento mira a garantire l'uniformità operativa nelle attività di controllo e di vigilanza esercitate dagli Uffici del Registro Unico Nazionale del Terzo Settore sugli ETS iscritti⁵⁵.

Il decreto è ispirato a criteri di trasparenza e di efficienza amministrativa e mira a garantire l'effettivo perseguimento delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, così come la corretta destinazione delle risorse pubbliche e private. Come è stato correttamente osservato *«l'ammissibilità di una disciplina promozionale, infatti, riposa su una sorta di sinallagma costituzionale, in quanto lo status di favore che il legislatore stabilisce a favore degli ETS deve es-*

⁵⁵ In merito si veda A. FICI, "Decreto controlli" presentazione e commento del direttore scientifico di Terzjus Antonio Fici, in *Fondazione Terzjus*, 17 settembre 2025. In generale sui controlli degli ETS si veda A. SANTUARI, *La finalità dei controlli sugli enti del Terzo settore (ETS) tra regolazione pubblica e autoregolamentazione*, in *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, XLI, 4, 2020, pp. 947-969;

sere accompagnato da una serie di obblighi e da adeguate forme di controllo»⁵⁶. L'applicazione delle nuove regole solleva tuttavia questioni delicate qualora si considerino gli enti religiosi civilmente riconosciuti e i loro rami ETS. Tali enti, come è stato *supra* evidenziato, godono di uno speciale regime giuridico e anche la loro sottoposizione alle norme di diritto civile non può alterarne la struttura e le finalità.

L'ambito di applicazione soggettivo è chiarito dall'art. 2 del d.m., secondo cui sono sottoposti ai controlli esclusivamente gli ETS iscritti nelle sezioni a), b), c), e) e g) del RUNTS (organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale, enti filantropici, reti associative e altri enti)⁵⁷. In quanto iscritto nella sezione residuale g), non v'è dubbio che vi rientri anche il ramo ETS dell'ente religioso civilmente riconosciuto. Ciò è confermato anche dal riferimento nella premessa alla l. n. 222 del 1985 (Disposizioni sugli enti e beni ecclesiastici in Italia e per il sostentamento del clero cattolico in servizio nelle diocesi) e da una norma che evidenzia la specialità strutturale degli enti religiosi.

I controlli sugli ETS riguardano la permanenza dei requisiti per l'iscrizione; il perseguimento delle finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale; l'adempimento degli obblighi di trasparenza e pubblicità legale. Essi si distinguono in ordinari, programmati con cadenza triennale, e straordinari, disposti in presenza di segnalazioni, anomalie o gravi irregolarità.

L'art. 11 del d.m. definisce in modo dettagliato l'oggetto del controllo ordinario, che comprende:

- la verifica della corretta iscrizione e della compatibilità della forma giuridica con la qualifica di ETS;
- la regolarità degli atti costitutivi e statutari, l'effettivo svolgimento di attività di interesse generale e la conformità della gestione economico-finanziaria (bilanci, raccolte fondi, pubblicità dei dati);
- il rispetto dei limiti di impiego di volontari e lavoratori e la corretta composizione degli organi sociali.

Al comma 5 è chiarito che per gli enti religiosi civilmente riconosciuti i riferimenti ad “atto costitutivo” e “statuto” si intendono rivolti al regolamento interno previsto dall'art. 4, comma 3 del Codice del Terzo Settore. Tale previsione assicura un parziale adattamento della disciplina generale al peculiare regime confessionale, ma non elimina del tutto il rischio di ingerenza statale in ambiti regolati dal diritto proprio o dalle fonti pattizie.

⁵⁶ L. GORI, *Terzo settore e Costituzione*, Torino, 2022, p. 263.

⁵⁷ Sono esclusi invece quelli sottoposti a commissariamento o a procedure concorsuali nonché gli enti in possesso della qualifica di impresa sociale, che sono sottoposti a vigilanza ai sensi dell'articolo 15 del d.lgs. n. 112 del 2017, le società di mutuo soccorso, anche se iscritte nella sezione f) del RUNTS, che sono sottoposte a vigilanza ai sensi del d.lgs. 2 agosto 2002, n. 220. Ne deriva pertanto che tale disciplina non è applicabile ai rami “impresa sociale” degli enti religiosi civilmente riconosciuti.

L'estensione dei controlli ordinari e straordinari anche agli enti religiosi iscritti con i propri rami al RUNTS introduce un potere di ingerenza dei poteri pubblici nelle dinamiche interne di enti che trovano il loro fondamento giuridico in ordinamenti confessionali. La verifica concreta sullo svolgimento delle attività di interesse generale potrebbe infatti comportare valutazioni di merito sulle attività che, nel caso degli enti religiosi, si intrecciano inevitabilmente anche con finalità culturali o religiose. Anche la possibilità per l'Ufficio RUNTS di adottare provvedimenti incisivi quali diffide, cancellazioni, perfino commissariamenti in casi estremi (art. 18 d.m.) richiama il delicato tema del bilanciamento tra principio costituzionale di autonomia degli enti religiosi ed esigenze pubblicistiche di trasparenza e corretto impiego delle risorse.

Il decreto, nell'intento di uniformare il sistema dei controlli, rischia così di appiattare le differenze, trascurando le peculiarità degli enti religiosi che sono ontologicamente collegati ad una dimensione confessionale.

Si apre dunque un terreno di riflessione critica: il nuovo decreto potrà rappresentare uno strumento di trasparenza e garanzia anche per gli enti religiosi, ma non potrà eludere il confronto con i principi di autonomia e di bilateralità che caratterizzano i rapporti tra Stato e confessioni. Il rischio di un'asimmetria applicativa tra ETS laici ed enti religiosi merita attenzione, onde evitare che strumenti pensati per la tutela dell'interesse pubblico si trasformino, di fatto, in un'ingerenza sulle finalità proprie degli ordinamenti confessionali.

6. *Enti religiosi e impresa sociale: l'iscrizione del ramo al Registro delle Imprese*

Auspicandosi un *revival* dell'istituto dell'impresa sociale⁵⁸ (introdotta con il d.lgs. n. 155/2006), il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 112 ha modificato la previgente disciplina. Il nuovo decreto si pone infatti l'obiettivo di risolvere le lacune del-

⁵⁸ L'impresa sociale si caratterizza, quindi, non tanto per l'adozione di una particolare struttura organizzativa, ma per la finalità di utilità sociale che intende perseguire. P. GIUSTO JAEGER, F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale*, in *Impresa e società*, 2010, p. 37, esclude che una persona fisica possa dar vita ad una impresa sociale.

È stato correttamente osservato che «l'impresa sociale è una *species* nel più ampio *genus* dell'impresa» con la conseguente applicabilità dello statuto generale dell'impresa ove non espressamente derogato (cfr. R. COSTI, *La nozione di impresa sociale nella legge di delega*, in *Impresa sociale*, 2005, V, p. 73; G.M. RIVOLTA, *Profili giuridici dell'impresa sociale*, in *Giurisprudenza commentata*, 2004, VI, p. 1164). La giurisprudenza di merito ha chiarito che «L'impresa "sociale" non è né "commerciale", né "agricola"; la stessa è un *tertium genus*, è caratterizzata da mutualità esterna, ovvero a favore della collettività, ed è sottoposta a un regime speciale che ne esclude la fallibilità in ragione del riconoscimento legislativo dell'idoneità dell'attività esercitata a soddisfare interessi di carattere generale. Per assoggettare una impresa sociale a fallimento non basta quindi dimostrare l'astratto carattere "commerciale" dell'attività svolta, ma si deve dimostrare l'insussistenza dei requisiti che consentono di ritenere l'impresa di "natura sociale", unico elemento che potrebbe consentire di escludere l'art. 14 d.lgs. n. 122/2017.» (T. Siracusa, sent. 5 maggio 2021, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, 2021, III, p. 438).

la precedente normativa, al fine di rilanciare l'impresa sociale quale modello organizzativo del Terzo settore imprenditoriale⁵⁹. L'art. 1, comma 3 del d.lgs. n. 112/2017 prevede che «Agli enti religiosi civilmente riconosciuti le norme del presente decreto si applicano limitatamente allo svolgimento delle attività di cui all'articolo 2, a condizione che per tali attività adottino un regolamento, in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, che, ove non diversamente previsto ed in ogni caso nel rispetto della struttura e delle finalità di tali enti, recepisca le norme del presente decreto. Per lo svolgimento di tali attività deve essere costituito un patrimonio destinato e devono essere tenute separatamente le scritture contabili di cui all'articolo 9». Anche la disciplina dell'impresa sociale (d.lgs. n. 112/2017) si applica a tali enti limitatamente allo svolgimento delle attività di interesse generale, e a condizione che venga adottato un regolamento, in forma di scrittura privata autenticata che, nel rispetto della struttura e delle finalità di tali enti, recepisca le norme del citato decreto, ivi compresa la tenuta di separate scritture contabili e la costituzione di un patrimonio separato (art. 1, comma 3). L'ente religioso può, dunque, svolgere un'attività imprenditoriale d'interesse generale costituendo un ramo d'impresa sociale⁶⁰. Alcune delle considerazioni già espresse per il ramo ETS, come l'ambito soggettivo di applicazione delle norme e l'assenza di una autonoma soggettività giuridica del ramo, possono essere richiamate anche in questa sede.

Il regolamento deve prevedere:

- a) la sede del ramo;
- b) gli scopi e le attività del ramo, in particolare l'esercizio di attività economiche organizzate al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi di utilità sociale;
- c) l'assenza dello scopo di lucro;
- d) la *governance* del ramo, e in particolare l'organo amministrativo; l'organo di controllo; l'organo di Revisione e il Comitato etico-scientifico [eventuale];
- e) l'obbligatorietà delle scritture, prescritte dagli articoli 13, 14 e 17, comma 1, del libro delle adunanze e delle deliberazioni delle assemblee, in cui devono

⁵⁹ L'introduzione dell'istituto della impresa sociale trae ispirazione dalla necessità di consentire agli enti che operano nel mercato sociale di autofinanziarsi (si veda sul punto A. FUCILLO, *Gli enti religiosi nel «terzo settore» tra la nuova impresa sociale e le società di benefit*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2018, p. 341 ss.).

⁶⁰ A. FUCILLO, *Gli enti religiosi nel «terzo settore» tra la nuova impresa sociale e le società di benefit*, cit., p. 341 ss.; A. FUCILLO, R. SANTORO, L. DECIMO, *Gli enti religiosi ETS. Tra diritto speciale e regole di mercato*, cit.; G. D'ANGELO, *Fattore religioso e Costituzione economica. A proposito di enti ecclesiastici-religiosi e impresa sociale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoeChiese.it), n. 9/2022; G. D'ANGELO, *L'ente ecclesiastico impresa sociale*, in *Gli enti religiosi: tra diritto speciale, diritto comune e mercati*, cit., pp. 325-364; A. BETTETINI, S. GIACCHI, *Gli enti ecclesiastici e la disciplina dell'impresa sociale*, in *Diritto e religioni*, 2010, pp. 127-161; A. BETTETINI, *Ente ecclesiastico civilmente riconosciuto e disciplina dell'impresa sociale. L'esercizio in forma economica di attività socialmente utili da parte di un ente religioso*, in *Jus Ecclesiae*, 2006, III, pp. 719-740.

- essere trascritti anche i verbali redatti per atto pubblico e del libro delle adunanze e delle deliberazioni dell'organo di amministrazione, dell'organo di controllo, e di eventuali altri organi sociali;
- f) la previsione dell'attività di volontariato nei limiti e alle condizioni previste dall'art. 13 del d.lgs. n. 112/2017;
 - g) il patrimonio destinato del ramo;
 - h) il bilancio sociale;
 - i) le ipotesi di trasformazione, fusione, scissione, cessione di azienda e devoluzione del patrimonio.

Anche per il ramo "impresa sociale" dell'ente religioso è prevista una speciale disciplina giuridica e, in particolare:

- è stabilita una deroga alla forma solenne prevista dall'art. 5, consentendo la semplice adozione di un regolamento nella forma della scrittura privata autenticata (art. 1, comma 3);
- è prevista una espressa deroga al limite quantitativo per la qualificazione dell'attività "principale", e per il personale dipendente (art. 2, comma 6);
- è consentito il deposito nel registro delle imprese del solo "regolamento e delle sue modificazioni" (art. 5, comma 4). Tale "regolamento" deve essere assunto in forma autentica e dal deposito regolare deriva il beneficio della responsabilità patrimoniale perfetta ove già non presente (come nel caso dell'ente religioso civilmente riconosciuto);
- è escluso l'obbligo di utilizzare la locuzione "impresa sociale" (art. 6, comma 2);
- non vi è l'obbligo di prevedere nel regolamento le forme di coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti o altri soggetti interessati alle attività di cui all'art. 11 (art. 11, comma 5);
- è limitato, alle sole attività di cui al richiamato regolamento, l'obbligo di preservare "l'assenza dello scopo di lucro" per il caso di "trasformazione", "fusione" e "scissione", e le finalità della "cessione di azienda" (art. 12, comma 1);
- in caso di scioglimento volontario dell'ente o di perdita volontaria della qualifica di impresa sociale, il patrimonio residuo non deve essere devoluto ad altri enti del Terzo settore (art. 12, comma 5).
- è esclusa l'applicazione della "liquidazione coatta amministrativa" per il caso di insolvenza (art. 16, comma 6).

Non si esclude, tuttavia, che l'ente religioso possa essere assoggettato alle altre procedure concorsuali nel caso in cui eserciti un'attività commerciale non rilevante ai fini del d.lgs. n. 112/2017.

L'obbligo di nominare l'organo di controllo desta, tuttavia, alcune perplessità in relazione alla speciale struttura degli enti religiosi, che, come è stato sopra evidenziato, è regolata dal diritto confessionale. Essa, infatti, si fonda spesso su modelli *governance* non sempre compatibili con la tradizionale articolazione tripartita (assemblea, organo di amministrazione, organo di controllo) prevista dal diritto civile per le persone giuridiche. La figura dell'organo di

controllo rischia, inoltre, di sovrapporsi, in modo problematico, a organismi già previsti internamente dall'ordinamento confessionale generando interferenze tra il diritto civile e quello religioso. Ciò potrebbe compromettere l'autonomia dell'ente nella gestione delle attività secondo la propria identità religiosa. L'imposizione di rigide regole strutturali può, inoltre, disincentivare l'uso di tali strumenti da parte degli enti religiosi, o condurli a modelli ibridi difficili da gestire e da inquadrare correttamente dal punto di vista civilistico.

Con riferimento al regime pubblicitario dell'impresa sociale, l'ente che assume tale qualifica è tenuto all'iscrizione in un'apposita sezione del Registro delle imprese (art. 5, d.lgs. n. 112/2017). Tale adempimento soddisfa anche il requisito di iscrizione nel RUNTS (art. 11, comma 3 CTS).

L'atto costitutivo e lo statuto devono essere depositati in via telematica, entro 30 giorni, a cura del notaio o degli amministratori, presso l'apposita sezione del Registro delle imprese della circoscrizione in cui l'ente ha la sede legale.

Dovranno essere depositate anche le eventuali modifiche dell'atto costitutivo o dello statuto. Tale forma pubblicitaria è integrativa e non sostitutiva di quella prevista per tutti gli enti che siano già soggetti, data la loro struttura organizzativa, all'iscrizione nel Registro delle imprese.

Per quanto riguarda l'adempimento previsto per gli enti religiosi civilmente riconosciuti, il decreto del 16 marzo 2018 del Ministero dello Sviluppo economico prevede, all'art. 2, comma 3, il deposito a cura del notaio del regolamento, delle sue eventuali modifiche, e dell'atto di costituzione del patrimonio. Unitamente a tali documenti devono essere depositati:

- il bilancio di esercizio relativo alle attività di interesse generale;
- il bilancio sociale di cui all'art. 9, comma 2, del d.lgs. n. 112/2017;
- per i gruppi di imprese sociali, le indicazioni di cui all'art. 2497-bis, commi 1 e 2, c.c., oltre all'accordo di partecipazione e ogni sua modificazione, nonché i documenti in forma consolidata di cui alle lettere b) e c);
- ogni altro atto o documento previsto dalla vigente normativa.

La pratica presso il Registro delle imprese dovrà essere istruita indicando come codice atto A01, A06 ed eventualmente A08 e con il modulo S1. Per ogni componente dell'organo amministrativo ed eventuali componenti dell'organo di controllo occorrerà utilizzare l'intercalare P. Nel modulo S5, che dovrà essere anch'esso aggiunto, occorrerà compilare il riquadro AL/Impresa sociale per richiedere l'iscrizione nella sezione speciale, indicando il codice dell'attività economica secondo la classificazione ICNPO (*International Classification of Non Profit Organizations*)⁶¹. È opportuno indicare, inoltre, nel modulo XX (note alla pratica) gli aspetti riguardanti al patrimonio destinato.

Per le modifiche del regolamento (nelle quali sono inclusi anche i trasferimenti di sede, le variazioni delle cariche sociali, ecc.), invece, la pratica dovrà essere istruita indicando come codice atto A99 e con il modulo S2. In caso di

⁶¹ Fonte: Scheda 10.1.2 della guida interattiva agli adempimenti societari di Unioncamere disponibile al sito web <https://supportospecialisticori.infocamere.it/>.

modifiche dell'organo amministrativo o dei componenti dell'organo di controllo occorrerà aggiungere l'intercalare P per ogni variazione⁶².

7. *Enti religiosi e obbligo di comunicazione del titolare effettivo*

Una breve riflessione deve essere dedicata all'introduzione normativa sulla nomina e comunicazione del "titolare effettivo" che ha interessato anche gli enti ecclesiastici⁶³. Il titolare effettivo entra nell'ordinamento giuridico italiano per effetto della normativa antiriciclaggio, con lo scopo di garantire trasparenza, in generale, ai patrimoni e al fine di proteggere il sistema giuridico dal rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo. L'obiettivo è di identificare colui che beneficia degli effetti di un'operazione economica.

Il titolare effettivo è la persona o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano il cliente e/o le persone fisiche per conto delle quali è realizzata un'operazione o un'attività (art. 19 del d.lgs. n. 231/2007). La titolarità effettiva di soggetti diversi dalle persone fisiche, in generale, è attribuibile alla persona o alle persone fisiche che hanno la proprietà diretta o indiretta dell'ente ovvero il relativo controllo (art. 20, comma 1 del d.lgs. n. 231/2007). Nel caso in cui il cliente sia una persona giuridica privata sono cumulativamente individuati come titolari effettivi: i fondatori, ove in vita; i beneficiari, quando individuati o facilmente individuabili; i titolari di poteri di rappresentanza legale, direzione e amministrazione (art. 20, comma 4 del d.lgs. n. 231/2007). In via residuale, il titolare effettivo coincide con la persona fisica o le persone fisiche titolari, conformemente ai rispettivi assetti organizzativi o statutari, di poteri di rappresentanza legale, amministrazione o direzione della società o del cliente comunque diverso dalla persona fisica (art. 20, comma 5 del d.lgs. n. 231/2007)⁶⁴.

Le persone giuridiche sono, inoltre, obbligate a procedere alla comunicazione all'Ufficio del Registro delle Imprese della Camera di commercio territorialmente competente i dati e le informazioni relativi alla titolarità effettiva, per la loro iscrizione e conservazione in una sezione autonoma (art. 3, comma 1 del decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze, n. 55/2022).

⁶² Fonte: Scheda 10.3.2 della guida interattiva agli adempimenti societari di Unioncamere disponibile al sito web <https://supportospecialistici.infocamere.it/>.

⁶³ Sul tema sia consentito il rinvio a L. DECIMO, *Gli enti religiosi nel diritto vivente. Paradigmi teorici e protocolli operativi*, cit., pp. 47-50; ID., *I beni temporali della Chiesa cattolica tra diritto scritto e diritto vivente*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini on line*, III, n. 1 del 2024, pp. 1-30.

⁶⁴ Per approfondimento sulla disciplina del titolare effettivo si veda M. ROSSI, *Titolare effettivo e segnalazione di operazioni sospette dopo la circolare n. 27/2023*, in *Azienditalia*, 2024, I, p. 7 ss.; C. DE STEFANIS, *Come individuare il titolare effettivo*, in *Pratica Fiscale e Professionale*, n. 44/2023; P. BERGAMIN, I. MASTROTOTARO, *Le catene societarie internazionali e i trust al vaglio del registro italiano dei titolari effettivi*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, 2024, I.

L'ambito di applicazione della normativa in esame interessa anche gli enti ecclesiastici, in quanto persone giuridiche di diritto privato. A precisarlo sono state proprio le FAQ del 20 novembre 2023 elaborate congiuntamente da Banca d'Italia e MEF le quali chiariscono che «gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti in quanto enti tenuti all'iscrizione nel registro delle persone giuridiche private di cui al d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 soggiacciono all'obbligo di comunicazione dei dati e delle informazioni relative alla titolarità effettiva al Registro delle imprese, ai sensi dell'articolo 21, comma 1, del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, e alla disciplina dettata dal decreto interministeriale 11 marzo 2022, n. 55». Per tali enti, inoltre, trova applicazione «l'articolo 20, comma 4, del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, ai sensi del quale devono ritenersi titolari effettivi cumulativamente: a) i fondatori, ove in vita; b) i beneficiari, quando individuati o facilmente individuabili; c) i titolari di poteri di rappresentanza legale, direzione e amministrazione» e per gli enti ecclesiastici non civilmente riconosciuti trova applicazione il criterio residuale di cui al comma 5 dello stesso articolo 20, secondo cui «il titolare effettivo coincide con la persona fisica o le persone fisiche titolari, conformemente ai rispettivi assetti organizzativi o statutari, di poteri di rappresentanza legale, amministrazione o direzione»⁶⁵.

Di diverso avviso è, invece, la Conferenza Episcopale Italiana, che nella nota prot. n. 25 del 10 ottobre 2023, ha ritenuto che, in ragione del peculiare regime giuridico cui sono assoggettati, «gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti non sono ricompresi nel perimetro soggettivo indicato nel decreto legislativo del 2007 n. 231 e nel d.m. del marzo 2022, n. 55 e non sono, pertanto, tenuti all'obbligo di iscrizione e alle relative comunicazioni introdotte e previste a seguito dell'istituzione del Registro dei titolari effettivi».

Le riflessioni che potrebbero essere sviluppate sul tema sono molteplici, come quelle relative alla qualificazione giuridica degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti o ai criteri di individuazione del titolare effettivo che, così come previsti dal diritto civile, mal si conciliano con la speciale struttura e attività di tali enti.

La questione è in realtà molto più complessa e coinvolge direttamente interessi protetti dalla Carta costituzionale. È opportuno, infatti, ricordare che la disciplina degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti della Chiesa cattolica e delle confessioni religiose con intesa rientra tra le c.d. *res mixtae*. Si tratta di una di quelle materie che, ai sensi degli art. 7, comma 2 e 8, comma 3 Cost., possono essere regolamentate solo attraverso una legislazione concordata tra lo Stato e la singola confessione. Un intervento legislativo unilaterale, come è quello che si è avuto in materia di obbligo di comunicazione del titolare effettivo, viola infatti il principio di bilateralità pattizia. Ciò non significa non sia in astratto possibile prevederlo, ma l'obbligatorietà della comunicazione deve essere stabilita di comune accordo tra lo Stato e le confessioni religiose.

⁶⁵ Il documento è disponibile al sito web <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/riciclaggio-terrorismo/faq/titolarita-effettiva/index.html>.

Per quanto attiene, invece, ai criteri di individuazione del titolare effettivo è possibile ritenere che siano di appannaggio esclusivo degli ordinamenti confessionali. In mancanza di una negoziazione, l'unica soluzione percorribile è quella di prevedere a carico degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti la possibilità di una comunicazione volontaria del titolare effettivo.

La nota integrativa della CEI n. 34 del 6 dicembre 2023 ravvisa, infatti, nella disciplina del titolare effettivo un *vulnus* alla normativa concordataria e delle garanzie accordate nell'art. 7.3 dell'Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica italiana del 18 febbraio 1984, il rischio di individuare erroneamente i titolari effettivi e un aggravio degli adempimenti burocratici per gli enti ecclesiastici cattolici. La comunicazione lascia però trapelare che vi sono in corso colloqui informali con le autorità civili che potrebbero portare a una soluzione concordata e, si auspica, non solo per gli enti ecclesiastici della Chiesa cattolica.

Ad oggi però è nulla è accaduto. Il termine ultimo per procedere (senza incorrere in sanzioni) alla comunicazione originariamente fissato al 11 dicembre 2023 (Decreto del 29 settembre 2023 del Ministero delle Imprese e del *Made in Italy*) è stato sospeso fino al 27 marzo 2024 per effetto dell'ordinanza del TAR Lazio n. 8083 del 6 dicembre 2023. Con la sentenza n. 15566/2023, pubblicata in data 9 aprile 2024, il TAR ha respinto il ricorso che nel mese di dicembre aveva sospeso l'obbligo di comunicazione. Il Ministero delle Imprese e del *Made in Italy*, con un comunicato stampa ufficiale, ha chiarito la piena operatività di quanto stabilito sulla titolarità effettiva, con scadenza del relativo termine alla data dell'11 aprile 2024. Alcune categorie professionali hanno infatti richiesto una proroga del termine almeno fino alla fine del mese di aprile, allo scopo di evitare di incorrere nelle sanzioni previste dalla normativa. Ad oggi, l'obbligo è stato sospeso a causa della complessità della tematica, per cui si attende una decisione definitiva da parte della Corte Europea.

L'auspicio è quello di giungere ad una soluzione concordata tra Stato e confessioni religiose o, in mancanza, di modificare la vigente normativa statale chiarendo l'esenzione dall'obbligo di comunicazione del titolare effettivo per gli enti ecclesiastici. In caso contrario, l'attuale interpretazione della normativa rischia di ripristinare il pericoloso *iura maiestatica circa sacra* e, dunque, di violare i principi costituzionali di indipendenza e sovranità della Chiesa cattolica (art. 7, comma 1 Cost.) e di bilateralità pattizia (artt. 7, comma 2 e 8, comma 3 Cost.).

8. Riflessioni conclusive

Il particolare sistema di riconoscimento, pubblicità e controllo degli enti religiosi civilmente riconosciuti consente di cogliere la complessità del regime giuridico di tali forme organizzative, frutto della costante interazione tra il diritto statale e gli ordinamenti confessionali. La figura dell'ente religioso civilmente riconosciuto continua a rappresentare una speciale costruzione

giuridica che riflette la costante ricerca di un equilibrio tra autonomia delle confessioni religiose ed esigenze di trasparenza e legalità proprie dell'ordinamento civile.

Il riconoscimento della personalità giuridica mantiene una funzione centrale nel garantire all'ente la piena operatività nell'ordinamento statale, pur senza snaturarne la dimensione confessionale. Allo stesso modo, i regimi di pubblicità – dal Registro delle Persone Giuridiche al RUNTS, fino al Registro delle Imprese – assumono un valore funzionale, volto ad assicurare la conoscibilità delle attività e la tutela dei terzi.

Le recenti evoluzioni normative, in particolare l'estensione delle regole del Terzo settore e l'obbligo di comunicazione del titolare effettivo, hanno accentuato il rischio di una progressiva "amministrativizzazione" degli enti religiosi, attraverso meccanismi di controllo e vigilanza che, pur ispirati a criteri di trasparenza e *accountability*, possono interferire con la libertà organizzativa e patrimoniale garantita dagli artt. 7 e 8 Cost.

È necessaria, dunque, un'attenta riflessione sul perimetro entro il quale i poteri pubblici possono legittimamente intervenire. Il principio di bilateralità pattizia, che costituisce il modello prescelto dalla Costituzione per i rapporti tra Stato e confessioni, impone che ogni intervento legislativo o amministrativo in materia di enti religiosi civilmente riconosciuti sia frutto di concertazione, e non di imposizione unilaterale, in particolare quando rischia di incidere sulle finalità religiose e sulla struttura di tali enti.

La disciplina degli enti religiosi civilmente riconosciuti dovrà dunque sempre orientarsi verso un modello dialogico, capace di contemperare le esigenze di trasparenza e controllo con la tutela della specificità confessionale. L'obiettivo non è quello di sottrarre tali enti a ogni forma di verifica, bensì di costruire strumenti di supervisione rispettosi della loro identità religiosa e organizzativa.

Abstract [Ita]

Il contributo analizza il sistema di riconoscimento, pubblicità e controllo degli enti religiosi civilmente riconosciuti, mettendo in luce la loro speciale natura giuridica, sospesa tra ordinamento statale e confessionale. Dopo aver approfondito l'evoluzione del concetto di personalità giuridica e la disciplina del riconoscimento civile degli enti religiosi, l'indagine si concentra sui regimi di pubblicità (Registro delle Persone Giuridiche, RUNTS e Registro delle Imprese) e sulle implicazioni derivanti dall'obbligo di trasparenza e dalla comunicazione del titolare effettivo. Viene inoltre approfondita la recente normativa sui controlli sugli enti del Terzo Settore, con particolare riferimento ai rami ETS degli enti religiosi. Il contributo mette in evidenza come le recenti istanze di trasparenza e *accountability*, pur perseguendo finalità di tutela dell'interesse pubblico, sollevano rilevanti questioni di compatibilità con i principi costituzionali di autonomia confessionale e bilateralità pattizia.

Parole chiave: organizzazioni religiose; enti religiosi; Terzo settore; trasparenza; riconoscimento civile.

Abstract [Eng]

The paper examines the system of recognition, public record disclosure and supervision of civilly recognized religious entities, highlighting their special legal nature, positioned between the State and religious legal orders. After analysing the evolution of the concept of legal personality and the civil recognition framework applicable to religious entities, the study focuses on the different legal publicity regimes – the Register of Legal Persons, the National Register of the Third Sector (RUNTS), and the Business Register – as well as on the implications arising from transparency obligations and “beneficial ownership” disclosure. The analysis further explores the recent regulatory developments concerning the oversight of Third Sector entities, with particular attention to the ETS branches of religious bodies. The paper underscores how the growing demands for transparency and accountability, while aiming to safeguard the public interest, raise significant issues of compatibility with the constitutional principles of religious organisation’s autonomy and bilateral regulation governing State-Church relations.

Keywords: religious organizations; religious entities; Third Sector; transparency; civil recognition.

Il regime delle “tierras comunales de grupos étnicos” in Colombia

Lorenzo Gagliardi

Nel 1991, l'art. 63 della “Constitución Política de Colombia” ha introdotto, a fondamentale tutela degli abitanti indigeni dei *resguardos*, l'istituto della “proprietà collettiva”: «*Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables*»¹.

¹ In alcuni casi, a maggiore tutela degli indigeni al territorio di un *resguardo* è stato sovrapposto un Parco Naturale Nazionale, come nel caso del *resguardo indígena* del Yaigojé Apaporis, nei Dipartimenti di Vaupés e Amazonas cui è stato sovrapposto il terzo più grande parco naturale di Colombia. O. FALS BORDA, *El ordenamiento territorial: perspectivas después de la Constitución de 1991*, in *Territorialidad indígena y ordenamiento en la Amazonia: memorias*, cur. J.J. VIECO – C.E. FRANKY – J.Á. ECHEVERRI, Santafé de Bogotá 2000, pp. 151 ss.; J.J. VIECO, *Ordenamiento territorial en el Amazonas: Realidades y conflictos*, ivi, pp. 213 ss.; C.E. FRANKY CALVO, *Ordenamiento Territorial Indígena Amazónico: Aportes desde la diversidad al Estado-nación colombiano*, in *Imani Mundo. Estudios en la amazonía colombiana*, cur. C.E. FRANKY CALVO – C. ZÁRATE, Bogotá 2001, pp. 71 ss.; C. MENDOZA, *Yaigojé Apaporis: una cuestión de derechos indígenas*, in *Revista Investigare*, 19 novembre 2013; G.A. MORA VERA, *The Land Conflict over the resguardos between the Indigenous People and the Government in Colombia*, in *Reflexión política*, 17(34), 2015, pp. 88 ss.; H.M. NIETO CASTILLO, *La lucha en el Yaigojé-Apaporis por la defensa del territorio: sobre un resguardo indígena, una asociación, una ONG, y un Parque Nacional en la Amazonia colombiana*, in *Aceno*, 4(8), 2017, pp. 15 ss.; F. SEMPER, *Los derechos de los pueblos indígenas en Colombia*, Bogotá 2018, pp. 247 ss.; F.A. RIVERA ANGEL – L.T. LOPES SIMONIAN, *Los regímenes especiales de manejo: el caso del PNN Yaigojé Apaporis – Colombia*, in *Amazonia Investiga*, 8(24), 2019, pp. 561 ss. Il 22 febbraio 2024 il Consiglio di Stato ha respinto le pretese di una causa volta ad annullare la risoluzione con la quale il Parco Naturale Nazionale Yaigojé Apaporis era stato dichiarato riserva ambientale. Si consideri l'art. 329 Cost.: *La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte. PAR.—En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cum-*

Dal punto di vista storico, tale tipo di proprietà² era ignota al diritto romano classico e non è accolta dalla generalità dei codici moderni, incluso quello colombiano. Volendo cercare un'analogia con il regime immobiliare nel quadro del diritto romano, è possibile individuare una similitudine con la c.d. proprietà collettiva gentilizia (*ager gentilicius*)³, che, sulla base delle fonti⁴, si ipotizza⁵ sia esistita nell'età arcaica, e che accomunava nella proprietà

plimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo, laddove, in base all'art. 56 transitorio, *Mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el Gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales*. Tra l'altro è degno di nota che gli indigeni parteciparono con due propri delegati all'Assemblea Costituente: Lorenzo Muelas Hurtado, del popolo Misak, e Francisco Rojas Birry, degli Embera. A loro va aggiunto Alfonso Peña Chepe, in rappresentanza del movimento armato smobilitato Quintín Lame, come costituente senza diritto di voto. Vd. *Documentos para la historia del movimiento indígena colombiano contemporáneo*, cur. E. SÁNCHEZ GUTIÉRREZ – H. MOLINA ECHEVERRI, Bogotá 2010, pp. 295 ss.; molte delle loro richieste non furono accolte: CHR. GROS, *Derechos indígenas y nueva constitución en Colombia*, in *Análisis Político*, 19, 1993, pp. 8 ss.; J. DUQUE DAZA, *Las organizaciones políticas étnicas en Colombia. Los indígenas y las elecciones 1990-2006*, in *Iberoamericana. América Latina, España, Portugal. Ensayos sobre letras, historia y sociedad. Notas. Reseñas iberoamericanas*, 8(32), 2008, pp. 7 ss.; M. BORJA, *La constitución negada*, in *Análisis Político*, 81, 2014, pp. 114 ss. Inoltre, nel 1994 è stata pubblicata, a cura del Centro Colombiano de Estudios de Lenguas Aborígenes de la Universidad de los Andes, la traduzione della Costituzione (in alcuni casi però solo parziale) in sette delle sessantacinque lingue parlate dagli indigeni che vivono in Colombia (le lingue sono le seguenti: Inga, Guambiana, Ikun, Kamentsa, Kubeo, Wayuunaiki e Nasa Yuwe. M.S. GONZÁLEZ – M.L. RODRÍGUEZ, *Lenguas indígenas de Colombia. Una visión descriptiva*, Santafé de Bogotá 2000; F. JURADO VALENCIA, *Lenguas indígenas de Colombia*, in *Palabra Clave*, 7, 2002, p. 152; C.M. ROJAS QUIÑONEZ, *La diversidad lingüística en Colombia: protección jurídica de las lenguas indígenas*, in *Pensamiento jurídico*, 22, 2008, pp. 253 ss.; M.S. GONZÁLEZ DE PÉREZ, *Las lenguas indígenas de Colombia a vuelo de pájaro*, in *UniverSOS. Revista de lenguas indígenas y universos culturales*, 7, 2010, pp. 9 ss.; O. ARDILA, *Las lenguas indígenas de Colombia. Problemáticas y perspectivas*, ivi, pp. 27 ss.; F. GÓMEZ ISA, *Desplazamiento y despojo territorial de los pueblos indígenas en Colombia, in Colombia, ¿cómo construir la paz?*, cur. C. CHURRUCÁ MUGURUZA, Madrid 2015, pp. 74 ss.

² Sui problemi di definizione, che la nozione comporta, N. LÓPEZ CALERA, *¿Hay derechos colectivos?*, Barcelona 2000, pp. 91 ss.; sui dettagli J. HERRERA ARANGO, *La tenencia de tierras colectivas en Colombia. Datos y tendencias*, in *Infobrief*, 203, 2017, pp. 1 ss.

³ Così anche F. CURSI, *La proprietà comunitaria indigena: un nuovo diritto reale?*, in *Nuovo Codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, cur. R. CARDILLI – D.F. ESBORRAZ, Milano 2017, pp. 685 ss.

⁴ XII Tab. 5.4-5; Frontin. *grom.* Th. 6.3-12.

⁵ B.G. NIEBUHR, *Römische Geschichte*, Berlin 1853, pp. 436 ss.; P. BONFANTE, *Res mancipi e nec mancipi*, Torino 1888-1889 [= *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana (Res mancipi e nec mancipi)*], in *Scritti giuridici varii*, II, *Proprietà e servitù*, Torino 1918, pp. 1 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, I, Milano 1969, pp. 175 ss.; ID., *Le régime de la terre à l'époque républicaine, in Terre et paysans dépendants dans les sociétés antiques. Colloque international, Besançon, 2-3 mai 1974*, cur. E. CH. WELSKOPF, Besançon-Paris 1979, pp. 313 ss. [= *Scritti scelti*, I, Napoli 2010, pp. 107 ss.]; E. GABBA, *Sulle strutture agrarie dell'Italia romana fra III e I sec. a.C.*, in *Strutture agrarie e allevamento transumante nell'Italia romana (III-I sec. a.C.)*, cur. E. GABBA – M. PASQUINUCCI, Pisa 1979, pp. 13 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La figura dell'heredium nella storiografia di fine '800*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 85,

raggruppamenti infrastatali di persone, quantunque non determinati da una base etnica. Inoltre si potrebbe pensare anche a un’analogia, sia pur tenendo conto delle dimensioni completamente diverse e ovviamente di una base non etnica, con i *communia* delle colonie romane⁶, nella misura in cui si ritenesse di individuare, in queste ultime, entità diverse dallo Stato.

Dal punto di vista comparatistico, nella storia italiana le comunità rurali originarie rappresentano una forma antichissima di gestione collettiva dei beni, basata sul possesso di fatto e sull’uso diretto e continuato delle terre. Esse co-

1981, pp. 41 ss.; ID., *Ager publicus e ager gentilicius nella riflessione storiografica moderna*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, III, Milano 1983, pp. 73 ss. [= *Scritti scelti*, I, cit., pp. 199 ss.]; ID., *Dominium e possesso nell’Italia romana*, in *La proprietà e le proprietà. Atti del convegno di Pontignano, 30 settembre – 3 ottobre 1985*, cur. E. CORTESE, Milano 1988, pp. 141 ss. [= *Scritti scelti*, I, cit., pp. 393 ss.]; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, *Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik*, München 1988, pp. 197 ss.; G. FRANCIOSI, *Gentiles familiarum habento. Una riflessione sulla cd. proprietà collettiva gentilizia*, in *Ricerche sull’organizzazione gentilizia romana*, III, cur. G. FRANCIOSI, Napoli 1995, pp. 37 ss. [= *Opuscoli. Scritti di G. Franciosi*, III, cur. L. MONACO – A. FRANCIOSI, Napoli 2012, pp. 717 ss.]; ID., “*Totum gentilicium ius in desuetudinem abiisse*”, in *Ricerche sull’organizzazione gentilizia romana*, III, cur. G. FRANCIOSI, Napoli 1995, pp. 85 ss.; A. MANZO, *L’organizzazione gentilizia nelle Dodici Tavole*, ivi, pp. 99 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione nella civitas Romana*, Roma 2000; F. ZUCCOTTI, *I glittodonti del diritto romano. Alcune ipotesi sulle strutture dell’arcaico ordinamento quiritario*, in *Rivista di Diritto Romano*, 3, 2003; C.J. SMITH, *The Roman Clan. The gens from ancient ideology to modern anthropology*, Cambridge 2006, pp. 139 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Curie, centurie ed heredia*, in *Studi in onore di Francesco Grelle*, cur. AA.VV., Bari 2006, pp. 41 ss. [= *Scritti scelti*, I, cit., pp. 653 ss.]; C.F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *Roma, confederación de gentes*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, cur. C. RUSSO RUGGERI, Milano 2009, pp. 11 ss. [= *Ius Publicum*, 25, 2010, pp. 11 ss.]; ID., *Las gentes y la propiedad colectiva*, in *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 32, 2010, pp. 39 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Padroni e contadini nell’Italia repubblicana*, Roma 2012, pp. 68 ss.; ID., *Diritto e potere nella storia di Roma*, II ed., Napoli 2014, pp. 157 ss.; CH. BARTLETT, *The gens and intestate inheritance in the early Republic*, in *Antichthon. Journal of the Australian Society for Classical Studies*, 51, 2017, pp. 172 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La gens nel diritto*, in *La società gentilizia nell’Italia antica tra realtà e mito storiografico*, cur. M. DI FAZIO – S. PALTINERI, Bari 2019, pp. 59 ss.; differente prospettiva di F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, I, *Dalla società gentilizia alle origini dell’economia schiavistica*, Napoli 2006, pp. 129 ss.; A. ŁOŚ, *Rzymska gens: konstrukt antropologiczny czy realny byt społeczny?*, in *Samai*, 6, 2021, pp. 5 ss.

⁶ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Spazio privato e spazio pubblico*, in AA.VV., *La forma della città e del territorio. Esperienze metodologiche e risultati a confronto. Atti dell’incontro di studio – S. Maria Capua Vetere 27-28 novembre 1998*, Roma 1999, pp. 17 ss. [= *Scritti scelti*, I, cit., pp. 499 ss.]; ID., *Le forme gramatiche del territorio e i vari regimi giuridici dell’ager Romanus e dell’ager colonicus. Il complesso mosaico della romanizzazione italica*, in *Gli statuti municipali*, cur. L. CAPOGROSSI COLOGNESI – E. GABBA, Pavia 2006, pp. 579 ss. [= *Scritti scelti*, I, cit., pp. 605 ss.]; ID., *Comunità e individuo nella costruzione del paesaggio rurale dell’Italia romana*, in *Paysages de mémoire, mémoire du paysage. Actes du colloque international de Besançon, 1-4 décembre 2005*, cur. L. LÉVÊQUE, Paris 2006, pp. 1 ss. [= *Scritti scelti*, I, cit., pp. 605 ss.]; E. TASSI SCANDONE, *Il cippo di Perugia e i communalia etruschi. Note sugli statuti legali delle terre comuni nell’Italia antica*, in *Mélanges de l’École française de Rome. Antiquité*, 133, 2021, pp. 85 ss.; V. CARRO, *Gli usi civici tra passato e presente: un patrimonio di valori antichi*, in *Scripta extravagantia. Studi in ricordo di Ferdinando Zuccotti*, cur. I. FARGNOLI, Milano 2024, pp. 167 ss.

stituiscono il nucleo primitivo del moderno comune. La proprietà collettiva nasceva senza atti costitutivi, dal solo uso e dalla consuetudine. Nei territori del Nord Italia, le comunità montane di tipo germanico (Regole, Comunioni familiari, Consorzerie) conservarono a lungo la propria autonomia e un carattere chiuso; nel Centro, specialmente in Toscana, Lazio ed Emilia, le forme collettive si evolsero in *università agrarie*, *partecipanze* o *comunanze*, più organizzate e dotate di statuti; nel Sud, invece, la presenza del sistema feudale rese l'*universitas civium* più debole e aperta, con un uso promiscuo dei beni civici e frequente confusione con il demanio comunale. La liquidazione dei feudi e l'assenza di vere strutture comunitarie condussero il Mezzogiorno alla dispersione e alla privatizzazione del patrimonio collettivo. Con lo Stato unitario, le leggi del 1924-1927 sugli usi civici estesero a tutto il Regno il modello napoletano in liquidazione, ma riconobbero al tempo stesso l'interesse pubblico alla conservazione dei patrimoni silvo-pastorali. Da qui la distinzione tra terre di categoria A (inalienabili) e B (quotizzabili). Le successive leggi "montagna" del 1952⁷ e del 1971⁸ esclusero dal regime degli usi civici le comunioni familiari montane, riconoscendone la natura privatistica. Con l'art. 3 della legge quadro sulla montagna 31 gennaio 1994, n. 97, si portò a compimento il processo di privatizzazione degli enti preposti alla gestione dei patrimoni agro-silvo-pastorali in regime di proprietà collettiva. La norma incluse infatti, tra le organizzazioni montane titolari della gestione di tali beni, anche le *Regole cadorine* – che erano state qualificate come enti pubblici dal d.lgs. n. 1104/1948 – e i domini collettivi delle province già appartenenti allo Stato pontificio, cui la legge 4 agosto 1894, n. 397 aveva attribuito personalità giuridica⁹.

Per quanto riguarda l'ordinamento giuridico italiano vigente, nel 2017 sono stati riconosciuti dalla legge 20 novembre 2017, n. 168¹⁰, in attuazione degli

⁷ L. 25 luglio 1952 n. 991.

⁸ L. 3 dicembre 1971 n. 1102.

⁹ P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano 1977; G. IOSCA – A. CERULLI, *Proprietà collettive tra passato e futuro*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 3, 2020; M.A. LORIZIO, *Domini collettivi fra sud, centro e nord. Prospettive e nostalgie*, relazione al convegno di Napoli, 13 febbraio 2018, *Assetti fondiari alternativi – un altro modo di possedere*, in www.demaniocivico.it.

¹⁰ Commenti di W. GIULIETTI, *Norme in materia di domini collettivi ed assetti organizzativi*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2018, pp. 1041 ss.; G. DI GENIO, *Gli usi civici nella legge n. 168 del 2017 sui domini collettivi: sintonie e distonie attraverso la giurisprudenza costituzionale e il dibattito in sede costituente*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 18, 2018; R. VOLANTE, *Un terzo ordinamento civile della proprietà. La l. 20 novembre 2017, n. 168, in materia di domini collettivi*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 5, 2018, pp. 1067 ss.; M. VACCARELLA, *Considerazioni sulla legge n. 168/2017 di tutela e valorizzazione dei domini collettivi*, in *Giustamm. Rivista di diritto pubblico*, 15.4, 2018; G. DI GENIO, *Gli usi civici nel quadro costituzionale (alla luce della legge n. 168 del 20 novembre 2017)*, Torino 2019; P. GROSSI, *Introduzione*, in *Domini collettivi ed usi civici. Riflessioni sulla legge n. 168 del 2017. Atti del XIV Convegno annuale del Centro studi sulle proprietà collettive e la cultura del giurista*

articoli 2, 9, 42, c. 2, e 43 della Costituzione, «i domini collettivi, comunque denominati, come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie»¹¹ e tale regime è stato attribuito a quelle «collettività i cui membri hanno in proprietà terreni ed insieme esercitano più o meno estesi diritti di godimento, individualmente o collettivamente, su terreni che il comune amministra o la comunità da esso distinta ha in proprietà pubblica o collettiva»¹², stabilendo altresì¹³, con espressione non identica ma assonante con quella dell'art. 63 della Costituzione colombiana, che «il regime giuridico dei beni... resta quello dell'inalienabilità, dell'indivisibilità, dell'inusucapibilità»¹⁴.

Tornando ora a considerare l'ordinamento colombiano, che è l'oggetto di queste note, con la “Ley 160 de 1994” si riconobbe la protezione rinforzata della proprietà indigena, mediante attribuzione alle autorità agrarie delle funzioni di determinare le necessità di accesso alle terre da parte delle comunità indigene e al contempo di «constituir, ampliar, sanear y reestructurar los resguardos».

Analogamente dispose il “Decreto 2164 de 1995”, che affermò la funzione sociale ed ecologica (art. 58) delle *tierras de resguardo*, da intendersi in conformità agli usi, alla cultura e ai costumi di ciascuna comunità¹⁵.

“G. Cervati”. *L'Aquila*, 31 maggio 2018, cur. F. POLITI – F. MARINELLI, Pisa 2019, pp. 9 ss.; F. MARINELLI, *Dagli usi civici ai domini collettivi*, ivi, pp. 11 ss.; G. PAGLIARI, *L'iter e i contenuti della legge n. 168 del 2017*, ivi, pp. 19 ss.; W. GIULIETTI, *La gestione dei domini collettivi dopo la legge n. 168 del 2017*, ivi, pp. 57 ss.; G. PAGLIARI, *Prime note sulla l. 20 novembre 2017, n. 168 (“Norme in materia di domini collettivi”)*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2019, pp. 11 ss.; P. GROSSI, *Il mondo delle terre collettive. Itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata 2020; U. AGNATI, *La terra e il diritto. La legge 168/2017 sui domini collettivi e l'indagine storico-giuridica*, in *Tesseræ iuris*, 1.1, 2020, pp. 93 ss.; sui rilievi di incostituzionalità (ordinanza del 22 marzo 2022, Tribunale di Viterbo), E. PELAGALLI, *L'incommerciabilità degli usi civici secondo la legge n. 168 del 2017: profili di incompatibilità con i principi costituzionali*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 3, 2023; P. LAZZARA, *Questioni vecchie e nuove in tema di domini collettivi e usi civici. La legge 168-2017 all'attenzione della Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 8, 2023.

¹¹ Art. 1, c. 1.

¹² Ibid., lett. C). Si consideri anche la L. 397 del 1984, circa i fondi comunitari localizzati sui territori dell'antico Stato della Chiesa.

¹³ Art. 3, c. 3.

¹⁴ L'art. aggiunge poi che i terreni in questione hanno una specifica e perpetua destinazione d'uso «agro-silvo-pastorale», che non si ritrova espressa nei medesimi termini a proposito della terre comuni degli indigeni della Colombia, nella legislazione relativa.

¹⁵ J.A. ECHEVERRI, *Reflexiones sobre el concepto de territorio y ordenamiento territorial indígena*, in *Territorialidad indígena*, cur. J.J. VIECO – C.E. FRANKY – J.Á. ECHEVERRI, cit., pp. 173 ss.; FUNDACIÓN GAIA AMAZONAS, *Ordenamiento territorial indígena: clave para el futuro del Amazonas*, ivi, pp. 235 ss.; F. SEMPER, *Die Rechte der indigenen Völker in Kolumbien*, in *Indiegegenwart. Indigene Realitäten im südamerikanischen Tiefland*, Berlin 2008, pp. 141 ss.; O. HOFFMANN, *Territoires et innovations politiques en contextes multiculturels (Colombie, XX et XXème siècles)*, in *Territoires et mobilisations contemporaines. Regards sur un phénomène planétaire*, cur. F. GUÉRIN-PACE – E. MESCLIER, Paris 2016, pp. 55 ss.; ID., *L'apprentissage politique du multiculturalisme en Colombie. La reconnaissance des territoires collectifs des communautés noires à la fin du XXe siècle*, in *Terre, États et communautés en Amérique latine. Droits de propriété et construction politique dans la longue durée*, cur. É. LÉONARD, Besançon 2025, pp. 383 ss.

Con il “Decreto Ley 4633 de 2011” fu riconosciuto il diritto fondamentale delle comunità indigene al territorio¹⁶, nel quadro delle restituzioni agrarie aventi luogo a seguito degli sfollamenti interni (*desplazamientos forzados*)¹⁷ e

¹⁶ J.M. ROJAS GUERRA, *Ocupación y recuperación de los territorios indígenas en Colombia*, in *Análisis Político*, 41, 2000, pp. 69 ss.; C. BALBONTÍN GALLO, *El derecho indígena al territorio. Argumentos para una deconstrucción decolonial del Derecho y su reconstrucción intercultural*, in *Utopía y praxis latinoamericana. Revista internacional de filosofía iberoamericana y teoría social*, 93, 2021, pp. 65 ss.; P. ROBLEDO SILVA, *Esquemas asociativos territoriales: otra manifestación del sesgo excluyente del Legislador hacia los pueblos indígenas colombianos*, in *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 29, 2023, pp. 9 ss. I suicidi permangono più frequenti presso le popolazioni indigene, che non nel resto della popolazione: L. CHARRY LOZANO – D. ILLERA RIVERA – H. BANGUERA RIASCOS – L. VANESSA GARZÓN CERTUCHE – D.C. PATIÑO GARCÍA – D.R. DUEÑAS LÓPEZ – K.D. PANTOJA URBANO – V.R. DAVID MORALES, *Suicidios de indígenas en Valle del Cauca, Cauca y Nariño (Colombia) antes (2018-2019) y durante la pandemia de la COVID-19 (2020-2021)*, in *Revista de Neuro-Psiquiatría*, 86.2, 2023, pp. 102 ss.

¹⁷ Al riguardo si consideri la Sentenza T-025 del 2004 della Corte Costituzionale di Colombia, che ordinò allo Stato di adottare misure immediate e concrete per garantire i diritti delle persone sfollate, migliorare i programmi di assistenza e protezione, e implementare politiche pubbliche efficaci. Specificamente a proposito delle comunità indigene la Corte emise l’“Auto” 004 del 2009, in cui riconobbe la grave minaccia che il conflitto armato colombiano rappresentava per le comunità indigene del paese, evidenziando come il narcotraffico e la violenza associata avessero intensificato il rischio di esistenza e sopravvivenza per molti popoli indigeni. Riporto le parole fondamentali di quest’ultima decisione: «*El conflicto armado colombiano amenaza con el exterminio cultural o físico a numerosos pueblos indígenas del país. En el curso de la última década, el conflicto armado, riorientado por actividades relacionadas con el narcotráfico, que se desarrolla en Colombia se ha convertido en el principal factor de riesgo para la existencia misma de docenas de comunidades y pueblos indígenas a lo largo del territorio nacional, a través de complejos elementos que la Corte reseñará en el presente Auto. Esta amenaza ha sido la causa principal del desplazamiento de los indígenas*». In dottrina, L.G. VASCO, *Desplazamiento forzado y reconstitución cultural*, in *Éxodo, patrimonio e identidad*, Bogotá 2001, pp. 368 ss.; H.M. GONZÁLEZ GÓMEZ, *Reflexión sobre la política de atención a la población víctima del desplazamiento forzado por causa de la violencia en Colombia*, in *Revista Tendencias & Retos*, 11, 2006, pp. 57 ss.; A. SANTAMARÍA CHAVARRO, *Desplazamiento forzado indígena por la violencia en Colombia: una de las paradojas del multiculturalismo colombiano*, in *Repensar la pluralidad*, cur. A. VIANA GARCÉS, Valencia 2009, pp. 223 ss.; F.S. BENAVIDES VANEGAS, *La mobilitació dels pobles indígenes i la lluita pels seus drets a Colòmbia*, in *ICIP Working Papers*, 8, 2009, pp. 1 ss.; M. DALTO, *Le juge constitutionnel colombien vis-à-vis du déplacement forcé*, in *Revista Derecho del Estado*, 27, 2011, pp. 47 ss.; EAD., *Fears and expectations of Colombian displaced people*, in *Nova et Vetera*, 19.63, 2010, pp. 21 ss.; F. GÓMEZ ISA, *El desplazamiento forzado de los pueblos indígenas en Colombia*, in *Anuario español de derecho internacional*, 30, 2014, pp. 431 ss.; L.F. RUIZ ESLAVA – Z.C. URREGO MENDOZA – F. ESCOBAR CÓRDOBA, *Desplazamiento forzado interno y salud mental en pueblos indígenas de Colombia*, in *Tesis psicológica. Revista de la Facultad de Psicología*, 14.2, 2019, pp. 42 ss.; J. BLANCO BLANCO – R.J. BLANCO CASTELBLANCO – A. GONZÁLEZ SERRANO, *De la restitución de la tierra a la restitución cultural. Colombia en el camino a la paz*, in *Revista Republicana*, 27, 2019, pp. 105 ss.; E. SÁNCHEZ VALENCIA, *Contexto general de los indígenas víctimas de desplazamiento forzado en Colombia y las medidas adoptadas por el Distrito Capital como principal ciudad receptora*, in *Revista Doctrina Distrital*, 2.1, 2022, pp. 82 ss.; P.L. ARÉVALO MUTIZ – Y.L. SLIVA MEDINA – J.W. MATAMOROS SABOGAL, *Monitoreo a los procesos y síntesis jurisprudencial en materia de restitución de tierras para la reparación de pueblos y comunidades indígenas en Colombia 2011-2020*, in *Jangwa Pana. Revista de Ciencias Sociales y Humanas*, 22.3, 2023, pp. 1 ss. Sui trasferimenti forzati compiuti

delle usurpazioni compiute dai narcotrafficienti e dai gruppi illegali dediti alle coltivazioni di coca e di papavero, nonché dall'azione dei grandi proprietari terrieri e, più recentemente, dalle *fumigaciones* aeree. Queste le parole del decreto: «*El carácter inalienable, imprescriptible e inembargable de los derechos sobre las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardo deberá orientar el proceso de restitución, devolución y retorno de los sujetos colectivos e individuales afectados. El goce efectivo del derecho colectivo de los pueblos indígenas sobre su territorio, en tanto la estrecha relación que estos mantienen con el mismo, garantiza su pervivencia física y cultural, la cual debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y el desarrollo autónomo de sus planes de vida*».

La preziosa giurisprudenza dei tribunali e della Corte Costituzionale ha a più riprese affermato l'intangibilità delle terre indigene, secondo il dettato dell'art. 63 costituzionale e della legislazione collegata, già richiamata.

Mi limiterò a citare solo due sentenze recenti, come la sentenza di Tutela 341 del 2022 (“Sentencia T-341 de 2022”), in cui la Corte Costituzionale ha affermato che «*El proceso transicional de restitución va más allá del derecho de propiedad. La acción de restitución, además del restablecimiento de condiciones materiales para la existencia digna de la persona, incide en una amplia gama de intereses, que tienen que ver con la comprensión individual del sentido de la existencia y con el concepto de sociedad construido colectivamente. Así las cosas, los jueces [de restitución de tierras] no se ocupan únicamente de asuntos de tierras; dentro de una visión de interdependencia e integralidad de los derechos de las víctimas, les corresponde contribuir a la paz y a la equidad social y propiciar la democratización del acceso a la tierra, elementos cardinales del orden constitucional de 1991*», aggiungendo altresì che «*para entender realmente el fenómeno del despojo contra los pueblos étnicos, hace falta recordar el “profundo lazo cultural, inmaterial y espiritual que la comunidad mantiene con su territorio”*. La pérdida del territorio acarrea una violación transversal de derechos fundamentales que puede llegar a comprometer la existencia misma del pueblo».

ai loro tempi dai Romani esistono diversi studi: G. LURASCHI, *A proposito dei “Ligures Stellites transducti trans Padum” nel 172 a.C.* (Liv. 42, 22, 5-6), in *Annali Benacensi*, 7, 1981, pp. 73-80; F. PINA POLO, *Deportaciones como castigo e instrumento de colonización durante la República romana. El caso de Hispania*, dans *Vivir en tierra extraña: emigración e integración cultural en el mundo antiguo. Actas de la reunión realizada en Zaragoza los días 2 y 3 de junio de 2003*, cur. J. REMESAL RODRÍGUEZ – F. MARCO SIMÓN – F. PINA POLO, Barcelona 2004, pp. 211-246; F. SANTANGELO, *180 BCE. Mass deportation and the order of Roman Italy*, in *Acta Classica*, 67, 2024, pp. 135-162; P. RUGGERI, *La Sardegna terra d'esilio*, in *Studi offerti a Mario Atzori. Etnografie in dialogo: curiosità e passioni*, cur. S. MANNIA – G. SABA, Sassari 2020, pp. 88-97; L. SILVA RENESES, *Deducti, traducti: les déplacements de communautés organisés par Rome en Italie et dans la péninsule ibérique (268-13 av. n. è.)*, Stuttgart 2022; L. GAGLIARDI, *Liberdade e constrangimento: a mobilidade dos estrangeiros no ordenamento jurídico romano*, in *Congreso Universitario Internacional de Comunicación, Innovación, Investigación y Docencia (Madrid, 22-24 ottobre 2025)*, Madrid (c.d.s.).

O come la sentenza di Unificazione di Tutela 288 del 2022 (“Sentencia de Unificación SU-288 de 2022”) con cui il medesimo organo giudicante ha statuito che «*para garantizar el objetivo del Decreto Ley 4633 de 2011, se establecieron como tierras susceptibles de restitución, y por tanto no podrían ser objeto de titulación, adjudicación, compra o restitución en favor de personas ajenas a las comunidades indígenas, las siguientes: los resguardos indígenas constituidos o ampliados; las tierras sobre las cuales se adelantan procedimientos administrativos de titulación o ampliación de resguardos indígenas; las tierras de los resguardos de origen colonial y las tierras de ocupación ancestral e histórica que los pueblos y comunidades indígenas ocupaban el 31 de diciembre de 1990; las tierras comunales de grupos étnicos; las tierras que deben ser objeto de titulación o ampliación de resguardos indígenas por decisión en firme, judicial o administrativa nacional o internacional; las tierras adquiridas por la autoridad de tierras en beneficio de comunidades indígenas de las que es titular el Fondo Nacional Agrario; y, las tierras adquiridas a cualquier título con recursos propios por entidades públicas, privadas o con recursos de cooperación internacional en beneficio de comunidades indígenas que deben ser tituladas en calidad de constitución o ampliación de resguardos*»¹⁸.

Un ulteriore livello di tutela degli indigeni (che si aggiunge a quello previsto dall’art. 63 Cost.) è quello che si trova nell’art. 287 costituzionale, che stabilisce che i territori indigeni, in quanto “*entidades territoriales*”, «*gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales*»¹⁹.

Questo è stato affermato a più riprese dalla Corte Costituzionale, come per esempio con la sentenza di Unificazione di Tutela 20 del 2022 (“Sentencia de Unificación SU-020 de 2022”), nella quale si richiama l’“Acuerdo Final para la

¹⁸ Si consideri ad esempio la recente sentenza di merito Nro. R-004 del 19 de marzo de 2024 da parte del Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Santiago de Cali. Il Pueblo Indígena Emberá Chamí del Resguardo del Cañón del Río Garrapatos agì per la restituzione di terre dei loro territori ancestrali coinvolti nel conflitto armato colombiano. Il tribunale, richiamandosi all’*Elogio de los Jueces escrito por un abogado* di Piero Calamandrei (III ed., Madrid, 1956), riconobbe la condizione di vittima della comunità a causa delle gravi violazioni dei diritti umani subite da gruppi armati. La sentenza, basata sulla legislazione di tutela dei diritti territoriali delle comunità indigene, dispose la restituzione delle terre, un piano di riparazione collettiva e altre misure integrative.

¹⁹ COAMA, *Por qué los indígenas de la Amazonia están haciendo su propio ordenamiento territorial*, Bogotá 1999, pp. 19 ss.; V. LAURENT, *Con bastones de mando o en el tarjetón. Movilizaciones políticas indígenas en Colombia*, in *Colombia Internacional*, 71, 2010, pp. 35 ss.; C.P. CARRIÓN SÁNCHEZ, *Retos autonómicos para pensar la paz y los pueblos indígenas en Colombia*, in *Polisemia. Revista del Centro de Pensamiento Humano y Social*, 21, 2016, pp. 47 ss.; C.A. MENDOZA VÉLEZ, *Los derechos colectivos de los pueblos indígenas en Colombia: una propuesta de clasificación*, in *Educación, sociedad e interculturalidad*, cur. M. OSUNA RODRÍGUEZ – M. RIVERA MATEOS, Córdoba 2019, pp. 129 ss.

Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera en Colombia” del 21 novembre 2016. Si legge nella sentenza che «*en la interpretación e implementación del Acuerdo Final de Paz con enfoque étnico se deb[en] aplicar, entre otros, los siguientes principios: i) libre determinación; ii) autonomía y gobierno propio; iii) participación, iv) consulta y consentimiento previo libre e informado; v) identidad e integridad social, económica y cultural; vi) reconocimiento de derechos sobre sus tierras, territorios y recursos, lo que impone reconocer a) sus prácticas territoriales ancestrales; b) su derecho a la restitución y fortalecimiento de su territorialidad; c) los mecanismos vigentes para la protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente*».

Riguardo allo sfruttamento delle risorse dei *resguardos*, il par. dell’art. 330 Cost. stabilisce che «*La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades*». Come giustamente si segnala in dottrina²⁰, questo rischia di essere minato da alcune norme, come ad esempio gli art. 23 («*Los resguardos indígenas estarán sometidos a las servidumbres establecidas por las leyes vigentes*») e 24 («*La constitución, ampliación y reestructuración de un resguardo indígena no modifica el régimen vigente sobre aguas de uso público*») del “Decreto 2164 de 1995” (Presidencia de la República), che andranno intesi strettamente entro lo spirito del par. art. 330 Cost. (peraltro richiamato nel primo degli articoli citati).

Bisogna notare che l’autonomia di amministrazione degli indigeni incontra alcuni limiti, come attesta il “Decreto 1953 de 2014”, il cui art. 11, comma 1, stabilisce che «*De conformidad con la Constitución y las leyes, los Territorios Indígenas estarán gobernados por consejos indígenas u otras estructuras colectivas similares de gobierno propio, reglamentados según la ley de origen, derecho mayor o derecho propio de sus comunidades y ejercerán, dentro de su territorio, las competencias y funciones establecidas en la Constitución y las leyes*». Il successivo art. 14 dispone che «*Los Consejos Indígenas o estructuras colectivas similares de gobierno propio ejercerán las siguientes competencias: 1. Velar por el adecuado ordenamiento, uso, manejo y ejercicio de la propiedad colectiva del territorio de acuerdo a sus cosmovisiones, dentro del marco de la Constitución Política y de la ley. 2. Orientar sus planes de vida de acuerdo con el derecho propio, la Ley de Origen o derecho mayor, así como los objetivos de inversión de los recursos que les correspondan para el cumplimiento de las competencias asignadas, de conformidad con lo decidido por la Asamblea Comunitaria o su equivalente, con el fin de lograr un buen vivir comunitario.*

²⁰ A. SANTAMARÍA ORTIZ, *El territorio indígena. Un potencial denominador común antropológico, un marco jurídico internacional y tres modelos constitucionales en el continente*, Bogotá 2022, pp. 364 s.

3. *Dirigir las relaciones del Territorio Indígena con las otras autoridades públicas y/o privadas, para el ejercicio de sus funciones y competencias.* 4. *Dirigir, supervisar controlar y evaluar el ejercicio de las funciones del representante legal.* 5. *Fijar las prácticas laborales comunitarias en el marco del derecho propio, Ley de origen o derecho mayor, la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Colombia»²¹.*

Vi è dunque la valorizzazione del diritto indigeno (Legge di Origine o diritto maggiore²²)²³, che è tuttavia sottoposto al vaglio degli organi statali.

Questo ci porta al terzo livello di tutela dell'autonomia degli indigeni, stabilito dall'art. 246 della Costituzione Politica di Colombia, nel quale si afferma che «*Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional*»²⁴.

Il riconoscimento di questo principio è molto importante²⁵. La giurisdizione indigena deve tuttavia essere coordinata con quella del sistema giudiziario nazionale²⁶ e questo crea diversi problemi²⁷.

²¹ Il Decreto 632 del 2018 ha poi previsto regole più particolari per gli indigeni per i Dipartimenti di Vaupés, Guainía e Amazonas.

²² Descrizione dal punto di vista degli indigeni: DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Derecho propio de los pueblos indígenas*, Bogotá 2018, pp. 7 ss.

²³ Cfr. ad es. le sentenze della Corte Costituzionale T-380/1993, C-530/1993, C-058/1994, T-377/1994.

²⁴ Cfr. ad es. le sentenze della Corte Costituzionale T-1127/2001, T-728/2002, T-522/2003, T-1038/2004, T-767/2004, T-681/2004, T-1070/2005, T-349/2008, T-1253/2008, T-514/2009, T-236/2012, T-921/2013, T-866/2013, T-548/2013, T-449/2013, T-549/2013, T-642/2014, T-491/2014, T-208/2015, T-196/2015, T-081/2015, T-522/2016, T-396/2016, T-365/2018.

²⁵ E. SÁNCHEZ BOTERO – I.C. JARAMILLO SIERRA, *La jurisdicción especial indígena. Prólogo del Magistrado C. Gaviria Díaz*, Bogotá 2001, con analisi completa anche dei principali problemi; E. SÁNCHEZ BOTERO, *Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia*, in *Revista IIDH*, 2005, pp. 225 ss.; E. SÁNCHEZ BOTERO – I.C. JARAMILLO, *La jurisdicción especial indígena*, in *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, cur. C. ESPINOSA GALLEGOS-ANDA – D. CAICEDO TAPIA, Quito 2009, pp. 125 ss.; M. DALTO, *El aporte del derecho indígena a la construcción de las políticas criminales*, in AA.VV., *Política criminal y libertad*, Bogotá 2015, pp. 239 ss.

²⁶ J. MONTAÑA PINTO, *La autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia*, in *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, cur. C. ESPINOSA GALLEGOS-ANDA – D. CAICEDO TAPIA, cit., pp. 251 ss.

²⁷ G. PADILLA, *La ley y los pueblos indígenas en Colombia*, in *Journal of Latin American Anthropology*, 1.2, 1996, pp. 78 ss.; L.J. ARIZA, *Identidad indígena y derecho estatal en Colombia*, Bilbao 2004, pp. 79 ss.; J. BLANCO BLANCO, *Logros y contradicciones de la jurisdicción especial indígena en Colombia*, in *Diálogos de saberes. Investigaciones y ciencias sociales*, 24, 2006, pp. 51 ss.; EAD., *Implicaciones del conflicto armado interno en el desarrollo y evolución de la jurisdicción especial indígena en Colombia*, in *Diálogos de saberes. Investigaciones y ciencias sociales*, 25, 2006, pp. 53 ss.; EAD., *Administración de justicia en la jurisdicción especial indígena*, in *Diálogos de saberes. Investigaciones y ciencias sociales*, 26, 2007, pp. 11 ss.; E. SÁNCHEZ BOTERO, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, Bogotá 2010, pp. 121 ss.; J. BLANCO BLANCO, *Tierra, autonomía y ancestralidad. Una triada de poder al interior de la*

Il primo è che, benché l’articolo 246 della Costituzione dia indirettamente mandato al Congresso della Repubblica di emanare una legge che stabilisca le forme e i meccanismi di coordinamento tra la “*Jurisdicción Especial Indígena*” (JEI) e il sistema giudiziario ordinario, e sebbene siano state formulate diverse iniziative al riguardo, lo strumento normativo previsto ancora manca²⁸. Peraltro va detto che la Corte Costituzionale con la “sentencia T-254 de 1994”, emanata appena a tre anni dall’entrata in vigore della Costituzione, dichiarò che «*el ejercicio de la jurisdicción indígena no está condicionado a la expedición de una ley que la habilite, como podría pensarse a primera vista. La Constitución autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la constitución y a la ley. De otra parte, al Legislador corresponde la obligación de regular las formas de coordinación de esta jurisdicción con el sistema de la justicia nacional*». Essa ha dunque chiarito che l’amministrazione della giustizia è una prerogativa immediata di cui godono i popoli indigeni²⁹.

La JEI è dunque in Colombia una giurisdizione di rango costituzionale a tutti gli effetti. E tuttavia, sia pur partendo da tale presupposto, non si può negare che il coordinamento tra JEI e giustizia nazionale sia, sulla base degli atti normativi, non del tutto chiaro.

È vero che nel 1996 è stata approvata la “Ley 270, Estatutaria de la Administración de Justicia”, che all’art. 12 ha affermato la natura di giurisdizione speciale della giurisdizione indigena, al pari di quella penale militare e della giustizia di pace («*Dicha función [i.e.: jurisdiccional] se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la ley a otra jurisdicción*»). Ed è anche vero che nel 2024 la “Ley Estatutaria 2430” ha apportato una riforma al tratto di nostro interesse stabilendo che «*La Jurisdicción penal militar y la jurisdicción especial indígena ejercen función jurisdiccional pero no hacen parte de la Rama Judicial*», in tal modo conferendo formalmente maggiori dignità e autonomia alla JEI e consolidando una visione più pluralista del sistema di giustizia colombiano. Tuttavia, non può dirsi che i problemi fondamentali siano stati risolti, nella misura in cui è rimasto possibile l’appello ai giudicanti ordinari avverso sentenze di tribunali indigeni che non rispettino i principi fondamentali dettati dalla Costituzione, come si vedrà meglio in seguito.

jurisdicción especial indígena en Colombia, in *Prolegómenos. Derechos y valores*, 14(28), 2011, pp. 25 ss.; N. ROMERO BOSSA, *Defensoría pública para indígenas en Colombia*, in *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo. Actas del I Congreso Internacional del PRADPI 2013*, cur. G. ESCOBAR ROCA, Madrid 2013, pp. 307 ss.

²⁸ Il dato è posto in rilievo, unitamente agli altri che espongo di seguito nel testo, in JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA, *Bastón Jurídico*, s.l. (Bogotá) s.d. (2020), pp. 34 ss.

²⁹ Cf. anche T-254/1994, SU-510/1998, SU-383/2003, T-617/2010.

Come ha giustamente osservato la Corte Costituzionale, con la “Pronuncia C-463” del 2014, *«la expedición de esa ley ha resultado particularmente difícil, y ello obedece en buena medida al concepto mismo de pluralismo jurídico y diversidad cultural. En Colombia las comunidades indígenas tienen formas muy distintas de concebir el derecho, y su contacto con el derecho no indígena es más o menos amplio, así como las influencias que los órdenes jurídicos proyectan entre sí. Una ley de coordinación supone un acuerdo sobre cómo decidir las controversias acerca de si se presentan o no los elementos necesarios para el ejercicio de la JEI; y esos mecanismos deben ser apropiados para todas esas comunidades, y aceptables desde su forma de ver el derecho»*. La Corte ha quindi segnalato la difficoltà di concepire una legge che tenga conto della pluralità dei popoli indigeni (115 secondo i dati dell'ultimo Censo Nacional svolto nel 2018 dal Departamento Administrativo Nacional de Estadística per un totale di 1.905.617 persone pari al 4,4% della popolazione totale del Paese, con 67 lingue viventi³⁰) e delle differenze che tra essi vi sono nel concepire il diritto. Questo rende molto difficile redigere un testo di legge che possa essere adeguato a tutte le comunità, a meno che prima non si completi un'analisi dettagliata di tutti i modi di esercitare la JEI nei vari *resguardos*.

In un interessante articolo, Mary-Lucero Novoa-Moreno, Directora de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” di Bogotá, e Kasokaku-Busintana Mestre-Izquierdo, un avvocato indigena arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta, hanno offerto una trattazione dello spirito del diritto indigeno. In tutti i popoli esso è affrontato in modo olistico.

Gli indigeni parlano di *Ley de Origen*, di *Ley Natural*, di *principios de vida*, di *derecho originario*. Il riferimento è sempre al fatto che, nella loro cosmovisione, l'uomo è parte della natura, dell'universo. Non è il proprietario, ma il custode. La *Ley de Origen* si traduce nell'agire in armonia con l'ordine naturale mediante l'esecuzione di rituali, cerimonie e pratiche che i popoli indigeni nei loro contesti territoriali svolgono come azioni di vita³¹.

Si può citare ad esempio il caso dei Makuna³², un gruppo indigeno appartenente al gruppo etnolinguistico Tucano orientale che vive nel *resguardo*

³⁰ Sui dati anteriori I. LANDA PAREDO, *La lucha de los indígenas en Colombia*, in *Esbozos. Revista de filosofía política y ayuda al desarrollo*, 2, 2009, pp. 66 ss.

³¹ M.-L. NOVOA-MORENO, K.-B. MESTRE-IZQUIERDO, *La justicia propia de los pueblos indígenas en Colombia. Conceptualización y ejercicios prácticos*, in *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 16.2, 2021, pp. 21 ss., p. 25.

³² Si vedano i documenti raccolti da K. ÅRHEM – L. CAÑÓN – G. ANGULO – M. GARCÍA (cur.), *Etnografía Makuna. Tradiciones, relatos y saberes de la Gente de Agua*, Bogotá 2004. Pionieristico lo studio di K. ÅRHEM, *Makuna Social Organization. A Study in Descent, Alliance and the Formation of Corporate Groups in the North-West Amazon*, Stockholm 1981; e ulteriori approfondimenti in ID., *Los Macuna en la historia cultural del Amazonas*, in *Boletín Museo del Oro*, 30, 1991, pp. 83 ss.; ID., *Ecosofía Makuna*, in *La selva humanizada*, cur. F. CORREA, Santafé de Bogotá 1993, pp. 109 ss.; ID., *Cosmic food web: human-nature relatedness in the Northwest Amazon*, in *Nature and society. Anthropological perspectives*, cur. P. DESCOLA – G. PÁLSSON, London – New York 1996, pp. 185 ss.; ID., *Macuna. The portrait of an Amazonian people*,

indígena del Yaigojé Apaporis. La loro società è nota per avere una struttura sociale complessa e per praticare il matrimonio esogamico, secondo il quale si sposano con membri di altre tribù Tucano che vivono nelle vicinanze³³. Ebbene, questo popolo fonda la sua concezione del diritto sul concetto (in lingua Makuna) di *üümüari wanore* o “cura del mondo”, che rappresenta la *Ley de Origen* e il fondamento dell’ordine cosmico. Trovo interessante rimarcare che l’espressione “*üümüari wanore*” nel 2000 venne tradotta dalla Asociación de Capitanes Indígenas del Yaigoje y el Río Apaporis con “diritto naturale”³⁴, per renderla comprensibile ai colonizzatori. Questa scelta semantica è stata criticata³⁵, ma tutto sommato il tentativo di traduzione mi sembra apprezzabile.

Affine alla *Ley de Origen* è il Derecho Mayor.

Come si legge in calce al *Manifiesto Guambiano*, redatto nel 2010 dagli indigeni del Cabildo Indígena del Guambia (nella parte sud-occidentale della

photographs by D. SAMPER, Washington DC 1998; MUSEO DEL ORO, *Makuna. La gente del agua*, Bogotá 2001; K. ÅRHEM, *La red cósmica de la alimentación. La interconexión de humanos y naturaleza en el noreste de la Amazonía*, in *Naturaleza y sociedad. Perspectivas antropológicas*, cur. P. DESCOLA – G. PÁLSSON, México 2001, pp. 214 ss.; ID., *Ecocosmología y chamanismo en el Amazonas. Variaciones sobre un tema*, in *Revista Colombiana de Antropología*, 37, 2001, pp. 268 ss.; L. CAYÓN – S. TURBAY, *Discurso chamánico, ordenamiento territorial y áreas protegidas en la Amazonia colombiana*, in *Journal of Latin American Anthropology*, 10, 2005, pp. 88 ss.; L. CAYÓN, *Vivendo entre o “doce” e o “forte”. Natureza e sociedade entre os Makuna*, in *Anuário Antropológico*, 2005, pp. 51 ss.; ID., *Ide ma. El camino de agua. Espacio, chamanismo y persona entre los Makuna*, in *Antípoda*, 7, 2008, pp. 141 ss.; C. FRANKY, *El camino del pensamiento es uno solo. Autonomía étnica y neocolonialismo entre los Tanimuca y Macuna del Bajo Apaporis*, in *Perspectivas antropológicas sobre la Amazonia contemporánea*, cur. M. CHAVES – C. DEL CAIRO, Bogotá 2010, pp. 309 ss.; ID., “*Nuestro territorio ya está ordenado, pero lo estamos empezando a ordenar*”. *Lógicas territoriales indígenas y ordenamiento territorial en la Amazonia colombiana*, in *Amazonia colombiana. Imaginarios y realidades*, cur. J.Á. ECHEVERRI – C. PÉREZ, Bogotá 2011, pp. 253 ss.; L. CAYÓN, *Alianza perpetua. Bases del manejo ecológico en el noroeste amazónico*, in *Avá. Revista de Antropología*, 19, 2011, pp. 135 ss.; ID., *La persona macuna. Más allá del interior y el exterior*, in *Boletín de Antropología. Universidad de Antioquia*, 23(40), 2009, pp. 279 ss.; D.M. RUBIO, *Masã Goro. La crianza de “personas verdaderas” entre los Macuna del Bajo Apaporis*, Leticia 2015, pp. 44 ss.; J.A. FUENTES QUINTERO – F.Á. PEÑA ARENAS, *Un intento de reconstrucción de la contabilidad del chamán Makuna que habita en las selvas del Vaupés en la Amazonia colombiana*, in *Revista Científica General José María Córdova. Historia*, 14(17), 2016, pp. 279 ss.; L. CAYÓN, *Pienso, luego creo. La teoría makuna del mundo*, Bogotá 2017; G. ANDRELLLO, “*Aún mi cuerpo aloja una lanza de los peces*”. *Troca e predação no noroeste amazónico*, in *Anuário Antropológico*, 42, 2017, pp. 229 ss.; C.E. FRANKY – D.M. RUBIO, *Políticas nativas contemporáneas, chamanismo y proyectos de desarrollo entre los Tanimuca y Macuna del Bajo Apaporis (Amazonia colombiana)*, in *Boletín de Antropología*, 33(55), 2018, pp. 77 ss.

³³ L. CAYÓN, *El alma de la filiación. Contribución al estudio de la organización social de los Tukano oriental*, in *Boletín de Antropología Universidad de Antioquia*, 18(35), 2004, pp. 92 ss.

³⁴ ACIYA, *Propuesta de Ordenamiento Territorial del Bajo Apaporis (esquema)*, Leticia 2000, pp. 6 ss.

³⁵ L. CAYÓN, *Descubriendo la naturaleza. Derecho natural y ordenamiento territorial indígena en la Amazonia colombiana*, in *Anuário Antropológico*, 35, 2010, pp. 199 ss.; L. CAYÓN – TH. CHACÓN, *Conocimiento, historia y lugares sagrados. La formación del sistema regional del alto río Negro desde una visión interdisciplinar*, in *Anuário Antropológico*, 39, 2014, pp. 201 ss. L’A. preferisce parlare di *derecho propio*.

Colombia, nel dipartimento del Cauca) a tutela dei loro popoli (in specie il popolo Misak³⁶), «*en el caso del Pueblo Guambiano o Misak, también existe un Pensamiento Jurídico, como ya lo hemos planteado, expresado en el Manifiesto Guambiano, donde establece el DERECHO MAYOR de Pueblos; El Plan de Vida Guambiano, como formula de reconstrucción social, política, económica, ecológica y cultural; La Espiral de Crecimiento y Permanencia Cultural, donde se presenta la cultura Misak como una forma de desarrollo propio; El Mandato de Vida y Permanencia Misak como defensa y protección de los conocimientos ancestrales y la biodiversidad. Todo este Pensamiento Jurídico tiene su origen en el Territorio y la Comunidad, es un derecho que tiene origen en la naturaleza. Naturaleza y cosmos son los orígenes del Pensamiento Jurídico del Pueblo Misak. Esto nos indica que los derechos de nuestro Pueblo son derechos históricos, son derechos milenarios, son derechos instituidos desde el origen del Misak*»³⁷.

A tal proposito, le Autoridades Ancestrales del popolo Misak, nella loro proposta per l'implementazione della giustizia indigena³⁸, hanno affermato: «*el Derecho Mayor nace desde el origen Misak, en el fogón, en la comunidad y en el y desde el Territorio. Desde tiempos remotos e inmemoriales en que los taitas y mamas han tenido el bastón de autoridad, desde allá ha venido dando vueltas ejercido por los tatas, taitas y mamas a través del tiempo y el espacio en el Espiral de Vida del Misak. Lo que quiere decir que nuestro Derecho Mayor viene de antes de la conquista y por eso es mayor. Porque nosotros ocupábamos, gobernábamos y cuidábamos estas tierras y a nuestras gentes antes de la llegada de los españoles*». E ancora: «*nuestro sistema de justicia y los procedimientos no son codificados ni reglados, por quanto todos los casos se resuelven teniendo en cuenta el ciclo de vida tanto de la víctima, como del victimario, los usos y costumbres y la sabiduría de los mayores*»³⁹.

³⁶ I Misak appartengono al gruppo etnico Coconuco, che è collegato a diverse altre popolazioni indigene delle Ande colombiane e si caratterizzano per il loro forte senso di identità culturale. La lingua da loro parlata è chiamata Nam Trik e appartiene alla famiglia linguistica Barbacoan. Tuttavia, molti membri della comunità parlano anche lo spagnolo, poiché l'influenza della cultura maggioritaria colombiana ha portato al bilinguismo in molte aree.

³⁷ CABILDO INDÍGENA DEL GUAMBIA, *Por la defensa del patrimonio del pueblo Misak y los demás pueblos 1. Manifiesto Guambiano 2. Misak Ley 3. Miskan Kørørøp Wachip Komik Proyecto: Fortalecimiento Institucional*, Silvia 2010, p. 6. Vd. anche l'art. 9 della "Mananas-rikwan mananasrønkatik namuiwan mur puremisrøp setø pasrøntøpik" ("Misak ley por la defensa del Derecho Mayor, patrimonio del Pueblo Misak"): «*Es deber y obligación del Pueblo Misak y sus autoridades fortalecer la justicia propia, y aplicarla de manera que se respeten los derechos colectivos, familiares e individuales, para garantizar el equilibrio entre el derecho y el deber de todos, la cohesión familiar, la convivencia colectiva e identitaria y el respeto por la naturaleza*».

³⁸ AUTORIDADES ANCESTRALES MISAK – NU NAKCHAK, *Lineamientos generales para la propuesta de implementación de programa integral de justicia Misak y para la coordinación funcional entre la justicia propia y la justicia ordinaria*, Territorio Misak del Gran Kauka 2019-2020, p. 17.

³⁹ *Ibid.*, p. 15.

Un esempio della differenza talvolta estrema che sussiste tra il sistema giuridico nazionale colombiano e i diritti indigeni si può trarre da un caso avvenuto nella comunità indigena Kogui appartenente alla famiglia linguistica Chibcha che vive nella Sierra Nevada de Santa Marta (dipartimento di Magdalena, parte settentrionale della Colombia), nella città di Maruamake. Negli anni '80, una bambina di sette anni fu abusata sessualmente da un ragazzo di vent'anni. La comunità venne riunita sotto la guida delle autorità locali, i Mamos, e si consultò lo *zhatukua* con il linguaggio delle bolle d'acqua. I Mamos si ritirarono in un luogo speciale per riflettere e fornire le linee guida atte ad armonizzare, ordinare e ottenere la riparazione di offese e comportamenti vietati. La decisione, dopo una settimana di analisi dei Mamos, fu quella imporre al responsabile del crimine di consegnare alcuni capi di bestiame e terreni alla famiglia della vittima e di inviare il pregiudicato in un altro bacino, non potendo egli più vivere nella comunità dove si era verificato l'evento. Nella visione dei Mamos il condannato era un paziente che doveva essere curato. Ogni giorno, all'alba, i Mamos avrebbero guidato, con rituali di purificazione, il colpevole a immergersi in bagni in luoghi speciali come le cascate, o a compiere passeggiate verso alte montagne, per svolgere determinati compiti e cerimonie. Questo processo, volto ad armonizzare lo spirito del soggetto, doveva durare per almeno 20 anni e il soggetto non sarebbe più potuto tornare nella comunità di origine. Da parte loro i Mamos della comunità Maruamake avrebbero realizzato un percorso di guarigione per la minore e la sua famiglia, seguendo il processo di *kualama* (legge della vita), un filtro che aiuta a ristabilire l'armonia e a guarire il dolore che questo ha lasciato in famiglia⁴⁰.

In assenza di adeguata normazione circa la valenza della *JEI*, la regolamentazione finora è stata creata da una successione di singole pronunce della Corte Costituzionale. Essa ha affermato che, perché si abbia una giurisdizione indigena, occorre: 1) che esistano autorità giudicanti proprie del popolo indigeno; 2) che il popolo indigeno possa emanare norme e definire procedure adatte alle sue particolarità; 3) che siano salvaguardati i diritti previsti dalla Costituzione⁴¹. La Corte ha affermato anche che ogni esercizio di giustizia indigena è riservato unicamente agli appartenenti alla comunità interessata⁴². Infine,

⁴⁰ Per un esame più dettagliato del caso rinvio a M.-L. NOVOA-MORENO, K.-B. MESTRE-IZQUIERDO, *La justicia*, cit., p. 38.

⁴¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-139 de 1996.

⁴² Sentenze T-617 del 2010, C-882 del 2011. Cfr. C-139 del 1996. Di riflesso, CABILDO INDÍGENA DEL GUAMBIA, *Por la defensa*, cit., art. 21: «En caso de violación de cualquiera de las decisiones de esta norma de Derecho Mayor, el Pueblo Misak y sus autoridades procederán de la siguiente manera: a) Si el infractor es Misak, se aplicará sanción de acuerdo a nuestro derecho interno. b) Si el infractor es una persona foránea, natural o jurídica, se acudirá ante todos los medios y tribunales nacionales e internacionales disponibles, reservándose la autoridad Misak el derecho a exigir la reparación de la falta, a castigar a los responsables y a que se indemnice lo que corresponda, según nuestro derecho interno. c) Los gobiernos y las empresas nacionales e internacionales que históricamente han explotado nuestros recursos naturales deberán indemnizar a nuestro pueblo por los daños y perjuicios históricos, culturales y ecológicos causados».

il Congresso della Repubblica ha il potere di coordinare la giustizia indigena col sistema giudiziario nazionale⁴³.

Resta il fatto che gli sforzi richiesti alla Corte Costituzionale per evitare il contrasto tra i sistemi indigeni e quello nazionale sono complicati.

Nel 1995 un indigeno appartenente al pueblo Embera Chamí⁴⁴, departamento de Risaralda, venne processato due volte (*bis in idem*) per un omicidio commesso a Purembará in stato di ebbrezza nel 1994. Venne condannato in contumacia (poiché al momento del processo condotto dalla comunità indigena si trovava ristretto in un carcere nazionale), senza che potesse nominare un avvocato. La prima condanna giunse dal Cabildo Mayor Único de Risaralda, riunito a Cicuepa, e prevede 8 anni di reclusione. La seconda, con *reformatio in peius*, a 20 anni di reclusione, fu comminata dall'Asamblea General de Cabildos en Pleno, per correggere alcuni errori della procedura precedente. Il condannato agì in tutela dinnanzi alla Corte Costituzionale per violazione dei suoi diritti al giusto processo, alla difesa, alla vita e all'integrità fisica. Nel 1996, con la sentenza T-349⁴⁵, la Corte affermò che le pene previste dal diritto indigeno per il reato in questione avrebbero dovuto essere i lavori forzati diurni da scontare nel territorio della comunità e i ceppi alle caviglie la notte per un

⁴³ Sentencia de la Corte Constitucional C-139 de 1996. Cfr. T-002 del 2012, C-463 del 2014, T-522 del 2016. F. SEMPER, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, in *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, pp. 761 ss. Questo si integra con quanto disposto dall'art. 34 della DRIPS, secondo cui «los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos».

⁴⁴ Si tratta di una piccola comunità di circa 30.000 persone, composta da quattro popoli: Katio, Chamí, Dodiba, ed Eperara Siapidara. La maggior parte della popolazione si trova sul fiume San Juan nel dipartimento di Risaralda. Un secondo nucleo di popolazione si trova presso i fiumi Garrapatos e San Quiní, nel dipartimento di Valle del Cauca, e nel Resguardo Cristiana, dipartimento di Antioquia. Esistono insediamenti Chamí anche a Quindío, Caldas, Valle del Cauca e Caquetá. Parlano la lingua nativa, appartenente alla famiglia linguistica Chocó, imparentata con le famiglie Arawak, Karib e Chibcha.

⁴⁵ La sentenza fu molto innovativa sotto diversi aspetti ed è stata più volte commentata o richiamata: C.E. RUEDA CARVAJAL, *El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia. El debate de la coordinación*, in *Estudios Socio-Jurídicos*, 10, 2008, pp. 339 ss.; C.N. AMAYA MORENO, *Diversidad étnica y cultural versus jurisdicción indígena*, in *Derecho y Realidad*, 15, 2010, pp. 39 ss.; O.A. HERRÁN PINZÓN – G. GARCÍA HERNÁNDEZ, *Identidad judicial indígena frente a la jurisdicción ordinaria actual en Colombia*, in *Prolegómenos. Derechos y valores*, 13(26), 2010, pp. 29 ss.; A.H. MARTÍNEZ MONTUFAR – D.L. NOGUERA SANTANDER, *Garantía de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en el multinacionalismo y el neoconstitucionalismo*, in *Novum Jus*, 11.2, 2017, pp. 19 ss.; G.I. OCAMPO, *Diversidad étnica y jurisdicción indígena en Colombia*, in *Boletín de Antropología*, 11(27), 2019, pp. 9 ss.; B. CARVAJAL RENZA – F. DÍAZ POLANCO, *Vicissitudes of indigenous justice. The dilemma of ancestral punishments in the jurisprudence of the Constitutional Court of Colombia*, in *Revista Ius et Praxis*, 29, 2023, pp. 261 ss.; M.D.Á. IGLESIAS, *Algunas notas sobre el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15, 2023, pp. 422 ss.

periodo variabile da tre a otto anni e osservò che il condannato era stato condannato in contumacia a una pena non prevista. La Corte statuì anche, sulla base della Costituzione, che il nucleo dei diritti che limitano la giurisdizione indigena è da ritenersi costituito dal diritto alla vita, dal divieto di schiavitù e dal divieto di tortura, sui quali – rilevò – esiste un vero e proprio consenso interculturale che coinvolge anche le popolazioni indigene. Inoltre, la Corte stabilì, dal mio punto di vista abbastanza sorprendentemente, che le pene dei lavori forzati e dei ceppi, qualora comminate, non avrebbero integrato un caso di tortura ai danni dell'attore e non avrebbero leso i suoi diritti alla vita e all'integrità fisica, poiché si inserivano nella tradizione indigena. Tuttavia, sia pur partendo dal presupposto che sia la pena irrogata, sia quelle eventualmente irrogabili sarebbero state accettabili dal punto di vista sistemico nel rapporto della giurisdizione indigena con quella nazionale, la Corte decise che nel caso di specie il condannato non aveva visto rispettato il suo diritto al giusto processo, che – si affermò – vincola anche le giurisdizioni indigene. Ordinò quindi la ripetizione del processo da parte dell'Asamblea General de Cabildos en Pleno, presente l'attore, a meno che la comunità non avesse deciso che il processo fosse svolto dalla giurisdizione ordinaria dello Stato. Con ciò fu ammesso il principio che le persone che ritengono che i loro diritti fondamentali siano stati violati nelle decisioni dell'autorità giudiziaria, possono promuovere l'azione di tutela per chiedere che i loro diritti siano tutelati davanti ai giudici nazionali.

Una diversa impostazione caratterizzò invece la sentenza T-523 del 1997 della stessa Corte. Un indigeno della comunità dei Paeces di Jambaló nel Cauca settentrionale⁴⁶ aveva commesso un omicidio ed era stato condannato dal tribunale del suo popolo a sessanta *fuetazos* (colpi di fustigazione sulle gambe recati con una corda) e alla perdita del diritto di eleggere ed essere eletto a cariche pubbliche e comunitarie. Egli presentò un'azione di tutela, sostenendo 1) che la comunità non gli aveva permesso di essere difeso da un avvocato, con violazione della Convenzione americana dei diritti dell'uomo (art. 8, lettere b, c, d, e ed f) e dell'art. 29, comma 4 della Costituzione Politica; 2) che le prove erano state tenute segrete ed egli non aveva avuto la possibilità di contestare le accuse a suo carico; 3) che la punizione inflittagli configurava una pratica di tortura. La Corte, ancora una volta sorprendentemente, con una logica contraria a quella della sentenza dell'anno prima, affermò che nel caso di specie il diritto di difesa non era stato violato, perché le procedure utilizzate dalle autorità indigene non devono essere necessariamente quelle previste dalle norme nazionali o dai trattati internazionali, ma quelle che sono state stabili-

⁴⁶ I Paeces, o Nasa, risiedono per lo più nel tratto colombiano della Cordigliera Centrale delle Ande, a un'altitudine che varia tra i 1600 e i 3000 metri, nei dipartimenti attuali di Cauca, Huila e Putumayo. La popolazione comprende circa 140.000 persone. Il loro idioma è la lingua Paez, conosciuta anche come Nasa Yuwe, una lingua dalla struttura grammaticale complessa considerata a rischio di estinzione, per la quale non sono state stabilite connessioni con altre famiglie linguistiche indigene.

te all'interno del sistema normativo della comunità. Ad esempio, un accusato potrebbe essere difeso da un membro che conosce la lingua e le usanze della comunità o potrebbe intervenire personalmente durante l'assemblea, per contraddire i testimoni che hanno deposto contro di lui. Inoltre, la Corte ritenne che l'atteggiamento dei giudici, nel tentativo di imporre il ricorso a un avvocato in questo processo, appare contrario al principio della diversità etnica e culturale, in una società che riconosce l'esistenza di diversi modi di vedere il mondo. Riguardo alla pena imposta al ricorrente, la Corte, richiamandosi questa volta esplicitamente alla sentenza T-349/96 affermò che la sanzione del "fúete" è da ritenersi ancor meno grave del "cepo" e pertanto non avrebbe i livelli di gravità necessari per essere considerata tortura, in quanto il danno fisico che produce sarebbe minimo e neppure sarebbe umiliante per il condannato, ma mirerebbe a ripristinare il suo posto nella comunità⁴⁷.

Più di recente, la necessità del rispetto del giusto processo da parte delle giurisdizioni indigene è stato però riaffermato da altre pronunce del giudice delle leggi. Tra esse risalta la sentenza T-208 del 2019. La Corte ha riaffermato che il «*debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas. Cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, éstas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Carta. En efecto, el derecho fundamental al debido proceso garantiza los principios de legalidad, de imparcialidad, de juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, así como los derechos de defensa y contradicción. Por lo tanto, el desconocimiento de alguno de estos componentes por parte de las autoridades indígenas implica la vulneración del derecho al debido proceso de una persona totalmente ajena a sus usos y costumbres*»⁴⁸.

L'ondeggiare dell'alto consesso non è casuale. Invero, il concetto di "giusto processo" è totalmente alieno alla cultura giuridica indigena, che è basata su un sistema semplice di norme che copre tutti i campi del diritto, senza però incasellarli nella logica del diritto positivo della tradizione greco-romana e senza impiegare le categorie che i moderni hanno adattato dal diritto romano e dalla pandettistica⁴⁹. Dal punto di vista indigeno, tutto è integrato con il co-

⁴⁷ N. SOLANO DE JINETE – G.H. PADILLA OSPINA, *La colisión cultural entre dos visiones: justicia indígena y derecho estatal*, in *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 7, 2014, pp. 309 ss.

⁴⁸ Cfr. anche T-236/2012, T-496/2013, T-942/2013, T-764/2014, T-661/2015, T-397/2016. A. SANTAMARÍA ORTIZ, *El territorio indígena*, cit., p. 353, nt. 82.

⁴⁹ Riporto la descrizione – non posso dire definizione – delle loro norme giuridiche formulata dalle comunità indigene del resguardo Yaigojé Apaporis: «*Las normas las entendemos como los comportamientos específicos exigidos para relacionarnos adecuadamente con todo lo que existe en cada uno de nuestros territorios. Es fundamental cumplir los reglamentos que nos dejaron los ayawaroa / imarimākārā, para cuidar el equilibrio del mundo y lograr una convivencia*

smo⁵⁰. Tra le materie conosciute e disciplinate dai diritti indigeni troviamo, in ordine variabile, furto, omicidio, violenza sessuale, violenza contro la famiglia, abbandono di minori, nonni e genitori, diritto di famiglia, riconoscimento della paternità, questioni relative alla terra e all’eredità, modalità di acquisto della terra, effetti sull’equilibrio ecologico (es. abbattimento di alberi ed eccessiva attività di caccia e pesca), commercio e baratto, diritti e doveri nella comunità riguardo al lavoro comunitario, poteri delle autorità indigene⁵¹, mentre tradizionalmente assente è il diritto procedurale, sia civile, sia penale. Il giusto processo è difficilmente configurabile in un sistema che non prevede norme di procedura. Tra l’altro, la possibilità di ricorrere alla giustizia ordinaria avverso una condanna pronunciata dalla giustizia indigena, come già accennato, suscita perplessità circa la definitività e quindi circa il valore delle sentenze di questa.

La formulazione dell’art. 63 della Constitución Política de Colombia sull’intangibilità perpetua da parte dello Stato delle “tierras comunales de grupos étnicos” presenta una norma condivisibile, a fondamento di un quadro di regole più ampio, che dovrà essere completato dalla legislazione collegata, finora solo parzialmente approvata, e dovrà poi trovare attuazione pratica mercé la volontà degli organi di governo di restare fedeli al dettato della Carta.

Gli esempi e i casi che traiamo dall’esperienza colombiana indicano che le difficoltà da superare sono ancora numerose, specialmente attesa la non definitività delle pronunce della giustizia indigena. Le giurisdizioni indigene faticano poi a dialogare con quella centrale, essendo diverse l’impostazione di fondo e le categorie giuridiche impiegate, a causa di una storia culturale non condivisa.

armónica con la Naturaleza y con los Seres Espirituales. Cada grupo étnico tiene definidas sus normas y formas de manejo a partir de las particularidades de su origen y las características de su territorio. De esta forma, existen reglas para el manejo adecuado de ríos, lagos, caños, pozos, raudales, brazuelos, palmas, arboles, semillas, plantas, animales, peces, sitios sagrados, seres espirituales y chagras. De la misma manera, sucede en el ámbito de los sitios sagrados, desde las perspectivas referenciales de cada grupo existe un conjunto de normas de manejo definidos para cada sitio sagrado. El incumplimiento de las normas sobre el manejo de los sitios sagrados podría causar grandes problemas de desequilibrio tanto en los elementos del conocimiento intangible como en el medio ambiente. Y por lo tanto también pueden causar enfermedad. Así mismo sucede con las semillas, la chagra y la comida que tienen normas entregadas desde el origen para cada grupo étnico, y estos consejos deben cumplirse para que la gente no se enferme y las semillas tengan buena cosecha y no crezcan apestadas. La chagra es importante porque es la fuente de vida para mantener la sociedad y las mujeres somos las encargadas de cuidar y mantener la chagra y los alimentos cumpliendo las normas y dietas que nos permiten tener buena comida, buena salud y un buen vivir» (RÉGIMEN ESPECIAL DE MANEJO, Parque Nacional Natural Yaicojé Apaporis, s.l. 2018, p. 43, <https://old.parquesnacionales.gov.co/portal/wp-content/uploads/2020/10/rem-yaicojeapaporis-oct2018-2.pdf>). Si fatica a trovarvi qualcosa di giuridico con le lenti della tradizione c.d. occidentale.

⁵⁰ Ad es. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA, *Compilación y selección de los fallos y decisiones de la jurisdicción especial indígena 1980-2006*, Bogotá 2006, pp. 519 ss. (per i Misak).

⁵¹ Ad es.: AUTORIDADES ANCESTRALES MISAK – NU NAKCHAK, *Lineamientos*, cit. In letteratura M.-L. NOVOA-MORENO, K.-B. MESTRE-IZQUIERDO, *La justicia*, cit., p. 31.

La Colombia, al pari di tutti gli altri Stati dell'America Latina (e non solo) ove abitino comunità indigene, è chiamata a realizzare al suo interno una coesistenza in un equilibrio molto difficile tra sistemi normativi e giurisdizioni differenti.

Nondimeno, la Costituzione ha dettato norme ben ponderate e la Corte Costituzionale sta emettendo pronunce di grande saggezza. Ora si tratta di perseverare.

Abstract [Ita]

Il contributo esamina la disciplina delle *tierras comunales de grupos étnicos* in Colombia, ricostruendone l'evoluzione storica e la configurazione giuridica attuale. Dopo aver delineato il quadro costituzionale introdotto dalla Carta del 1991, che riconosce i diritti collettivi dei popoli indigeni sul territorio, lo studio analizza la natura delle *tierras comunales* come forma peculiare di proprietà collettiva, distinta tanto dal dominio pubblico quanto dalla proprietà privata. Particolare attenzione è dedicata al ruolo della *jurisdicción especial indígena*, alle interferenze con il sistema giudiziario ordinario e ai profili di autonomia normativa delle comunità etniche. L'indagine mette in luce la tensione tra riconoscimento formale e attuazione effettiva dei diritti territoriali, nonché le contraddizioni generate dal confronto tra modelli statali e concezioni indigene del territorio.

Parole chiave: *tierras comunales*; diritti collettivi; *jurisdicción especial indígena*; proprietà collettiva; autonomia normativa.

Abstract [Eng]

The paper examines the legal framework governing the *tierras comunales de grupos étnicos* in Colombia, tracing their historical evolution and current juridical configuration. After outlining the constitutional framework introduced by the 1991 Charter, which recognizes the collective rights of indigenous peoples over their territories, the study analyzes the nature of the *tierras comunales* as a distinctive form of collective ownership, separate from both public and private property. Particular attention is devoted to the role of the *jurisdicción especial indígena*, its interaction with the ordinary judicial system, and the normative autonomy of ethnic communities. The analysis highlights the tension between formal recognition and effective implementation of territorial rights, as well as the contradictions arising from the confrontation between state models and indigenous conceptions of land.

Keywords: *tierras comunales*; collective rights; *jurisdicción especial indígena*; collective ownership; normative autonomy.

Satta e il mistero del giudizio

Tommaso Gazzolo

Sommario: 1. Legge e processo. – 2. Lo scopo del processo. – 3. La pena è il giudizio. – 4. Il giorno del giudizio. – 5. Innocenza e colpa. – 6. La letteratura.

1. *Legge e processo*

Il mistero del processo è, tra quelli che Satta chiamerà i suoi “soliloqui”¹, lo scritto che ha conosciuto, nel tempo, maggior fortuna critica² ed editoriale³, tanto da essere definito «la più acuta riflessione che un giurista abbia fatto sulla propria materia»⁴. Le ragioni sono certamente diverse, non da ultima la serie di affinità e corrispondenze che sembrano avvertirsi tra le tesi sul giudizio che qui Satta sviluppa e la «metafisica del processo» presente nelle pagine di Kafka⁵.

E tuttavia, le poche riflessioni che Satta – in quello che è il testo di una conferenza da lui tenuta nel 1949 all’Università di Catania – dedica al processo, non sono di facile decifrazione: quale sia questo “mistero” di cui si parla, non

¹ S. SATTA, *Il mistero del processo*, in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, ora Nuoro, 2004, pp. 39-50 [d’ora in avanti abbreviato in MP].

² Non è possibile dar conto della vasta letteratura dedicata alla concezione del processo e del giudizio in Satta. Mi limito qui a rinviare, *ex multis*, a C. PUNZI, *Il giurista e la speranza. Note sulla filosofia del giudizio di Salvatore Satta*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1, 2004, pp. 11-24; A. PUNZI, *Dal comando alla controversia. Satta e le ragioni del giudizio*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, V, Torino, 2008, pp. 555-573; F. PUPPO, *Sull’inutilità del processo in Salvatore Satta, ovvero: sul valore filosofico dell’esperienza giuridica*, in *Jus-Online*, 2, 2021, pp. 1-19. Mi permetto inoltre di rinviare ad un mio precedente lavoro, *Salvatore Satta e la filosofia del giudizio*, in *Teoria e storia del diritto privato*, XVII, 2024, pp. 1-66.

³ Esso dà anche il titolo alla raccolta di saggi sattiani che Adelphi ha pubblicato, nel 1994, giunta oggi alla quarta edizione (S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, 1994).

⁴ G. AGAMBEN, *Pilato e Gesù*, Milano, 2013, p. 75.

⁵ Cfr. sul tema i recenti A. CARRERA, *Il mistero dell’innocenza. Da Franz Kafka a Salvatore Satta*, in *La Filosofia Futura*, 25, 2024, pp. 11-28; A. LO GIUDICE, *Kafka di fronte al giudizio*, in A. ANDRONICO (a cura di), *Davanti alla Legge. Leggendo e rileggendo Kafka*, Milano, 2024, pp. 121-134.

è immediatamente chiaro. Occorrerà pertanto riattraversarle lungo il percorso che esse delineano, il quale è tutt'altro che lineare.

Satta esordisce con un racconto degli episodi del settembre 1792, del «corso sanguinoso della storia», dei processi ai traditori davanti al tribunale rivoluzionario. Attraverso le «vicende di ieri» – che sono sempre, per Satta, anche le «vicende di oggi», e che saranno quelle di «domani»⁶ – ciò che egli tenta di pensare è la relazione, contraddittoria, che si dà tra legge e processo.

Iniziamo dalla legge. La legge è comando, osserva Satta. Il che significa: essa è anzitutto *negazione* di ciò che la precede, è un dover-essere che è tale proprio perché pretende di modificare la realtà così come essa è stata finora. Per questo è un atto che non può che essere «rivoluzionario rispetto a un atto anteriore, a un ordine anteriore»⁷. Il terrore ne è, pertanto, solo la forma storica estrema: è la forma di una legge cui – diremmo in termini hegeliani – non resta che l'operare negativo, la *furia del dileguare*. Ma la legge è sempre, in qualche modo, tale, in quanto è volontà che, per essere ciò che è, ossia volontà, non può che *volere*, e dunque mai coincidere con il *voluto*, poiché esso, «come volere già voluto, non è più volere, ma contenuto di volere: non è più legge, ma contenuto di legge»⁸. Impossibile non vedere, anche in Satta, questo movimento: la legge vuole *a*, ma se essa, una volta che *a* fosse ormai posto come ciò che è voluto, non volesse altro, cesserebbe di essere volere. Volere che qualcosa sia, significa già da sempre non volerlo più, volere *altro*, e così di seguito. La legge, il *legiferare*, non può arrestarsi.

La legge, inoltre, è sempre comando, nota Satta, che *vuole* ciò che prescrive, vuole che esso sia realizzato. Ma vuole – si aggiunga – che esso si realizzi *per il fatto stesso* che la legge lo prescrive, a *causa* della legge stessa. In linea di principio, cioè, ciò che la legge vorrebbe sarebbe poter “causare” direttamente e immediatamente il comportamento o lo stato di cose che comanda che sia. Per quanto sia costretta a *prescrivere* – il che implica: a riconoscere che ciò che prescrive potrebbe anche restare inattuato, a riconoscere che essa non ha il *potere* di far accadere ciò che vuole nel momento stesso in cui lo vuole – il suo ideale resta quello di poter avere la “forza” di modificare direttamente la realtà.

Vuole la propria attuazione, vuole il suo attuarsi. Per questo non dovrebbe, a rigore, tollerare le lungaggini del processo, di un giudizio che “media” la sua applicazione. Perché il processo è, al contrario, un «atto essenzialmente e per definizione antirivoluzionario»: esso ferma, sospende, il realizzarsi della legge. Per questo Satta può scrivere: «chi fa la rivoluzione non può volerlo senza in qualche modo negare se stesso»⁹. Questa è la contraddizione dei rivoluzionari, del terrore: volere processare i traditori, e così arrestare da sé la forza della legge, l'auto-realizzarsi del comando. Non aveva forse visto bene Danton, e

⁶ MP, p. 40.

⁷ MP, p. 41.

⁸ G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto* (1937⁴), Firenze, 2003 p. 89.

⁹ MP, p. 41.

forse ancor meglio Saint-Just, chiedendo che il re non fosse processato, ma immediatamente assassinato?

La legge che istituisce una giustizia rivoluzionaria, una giustizia “politica”, esprime pertanto, secondo Satta, due volontà in contraddizione: (a) essa vuole il processo, vuole, cioè, che il comando rivoluzionario non si attui da sé, ma attraverso un giudizio e al contempo (b) vuole che questo processo sia “rivoluzionario”, sia nient’altro che l’attuazione immediata della legge. Vuole che sia la legge a uccidere, non il giudice. Ma vuole che essa uccida attraverso il giudice. È qui che secondo Satta si annida il problema: che il processo, una volta istituito, «si ritorce come una serpe contro colui che l’ha allevata»¹⁰. Il giudice non è un boia, non è un semplice esecutore della volontà altrui: è lui, e non la legge, che uccide, infatti, perché lo farà attraverso una *sua* decisione, che richiede il processo, richiede quello “schermo”, come Satta lo chiama, del momento processuale, che sospende il farsi realtà della legge.

Il tema della relazione tra legge e giudizio, va precisato, è una costante della riflessione del Satta giurista, sin dai suoi primi interventi della metà degli anni Trenta. Ma, rispetto alle sue pagine più strettamente processualciviltistiche dedicate al problema della norma e della sua “attuazione”, ora Satta sceglie di interrogare il giudizio come «momento eterno dello spirito»¹¹, come, cioè, “cuore” del rapporto tra il diritto e la vita. Il mistero del processo diviene ora, per Satta, il mistero della vita stessa, come egli scrive.

2. Lo scopo del processo

A questo punto, Satta sposta la questione: è lo scopo del processo, ora, a dover essere interrogato, perché esso è ciò che rimane oscuro, che resta da chiarire. La domanda è, si noti, ridefinita: non si tratta più di chiedere *a quale scopo* la legge decide di passare per il processo, ma quale sia lo scopo in sé che il processo persegue. E la risposta sattiana è: nessuno scopo. Il processo è un atto privo di scopo, che non persegue alcuna finalità.

Occorre chiarire brevemente questo punto. Per Satta, il fine, lo scopo di un atto è sempre, per definizione, qualcosa che è “esteriore”, è *altro* dall’atto stesso: se, cioè, lo scopo è ciò a cui l’atto tende, esso non può che essere qualcosa di diverso dall’atto stesso, qualcosa che non è già contenuto nell’atto. Ma è esattamente questo che, nel caso del processo, non si riesce a trovare: a cosa dovrebbe tendere il processo?

Non certo, dice Satta, all’attuazione della legge, o alla punizione del colpevole o, ancora, alla ricerca della verità. Se così fosse, infatti, «sarebbe assolutamente incomprensibile la sentenza ingiusta, e la stessa forza del giudicato,

¹⁰ MP, p. 42.

¹¹ A. PUNZI, *Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, 2009, p. 256.

che copre, assai più che la terra, gli errori dei giudici»¹². Questi possono essere, certamente, gli scopi che il legislatore persegue attraverso il processo, o della parte che lo inizia, ma non del processo in sé. Se la sentenza ingiusta, infatti, resta, una volta passata in giudicato, una sentenza valida ed efficace, è perché il *suo fine* non era certo quello di accertare e corrispondere alla “verità”. Altrimenti, il mancato raggiungimento del fine dovrebbe poter invalidare l’atto stesso. Kelsen dirà qualcosa di analogo, ma in una prospettiva diversa, sottolineando che affermare «che una decisione giudiziaria validamente assunta o dotata dell’autorità di giudicato è “falsa” ha, giuridicamente, altrettanto poco senso che affermare che sia innocente una persona condannata per un crimine con una sentenza definitiva»¹³.

Il punto è che, secondo Satta, l’unico scopo del processo non può che essere il giudizio. Il fine cui esso tende, cioè, è giudicare. Ma il giudizio non è un fine esterno al processo, dal momento che «il processo non è altro che giudizio»¹⁴. Il che vuol dire che, se il processo ha uno scopo, lo ha «in se stesso», che è «come dire che non ne ha alcuno»¹⁵. A rigore, Satta è, qui, impreciso, perché affermare che il fine è *intrinseco* all’atto non significa, di per sé, che l’atto non abbia alcun fine. Al contrario: il fine, qui, è presente – ed è presente *in quanto* fine – nell’atto. Satta, in realtà, intende un’altra cosa: intende che il processo, in quanto è giudizio, ha come scopo *se stesso*. Non ha un fine, nemmeno *in sé*, se non il suo darsi come giudizio. Lo scopo del processo non è altro che il processo stesso. Per questa ragione Satta insiste che ciò significa che non ne ha, pertanto, alcuno: «veramente processo e giudizio sono atti senza scopo, i soli atti della vita che non hanno uno scopo»¹⁶. Il giudizio non si dà che per giudicare. O, se si preferisce: il giudizio non ha altro scopo che l’accadere del giudizio stesso.

Questo è quello che Satta chiama «il mistero del processo», che è il «mistero della vita». Mistero, perché in esso si deve poter spiegare il perché la vita – che è per definizione ciò che non cessa di farsi, il susseguirsi senza sosta di azioni, senza soluzione di continuità – sembri aver bisogno però di *arrestarsi*, di ripiegarsi su di sé, per poter essere *giudicata*. Tale è il giudizio per Satta: un momento, presente nella vita di ciascuno, contrario alla vita stessa, alla sua economia che è «tutta movimento, tutta azione»¹⁷.

Atto «antiumano, inumano», che *ferma* la vita per giudicarla, e di cui tuttavia la vita sembra non poter fare a meno. È un punto su cui occorrerà tornare, ma che il riferimento che qui Satta fa alla «natura divina» di questo momento rende possibile anticipare: se c’è un «profondo cattolicesimo»¹⁸ in Satta, nel

¹² MP, p. 44.

¹³ H. KELSEN, *Che cos’è la dottrina pura del diritto?*; trad. it. Milano, 2022, p. 107.

¹⁴ MP, p. 45.

¹⁵ MP, p. 45.

¹⁶ MP, p. 45.

¹⁷ MP, p. 45.

¹⁸ V. GAZZOLA STACCHINI, *Come in un giudizio. Vita di Salvatore Satta*, Roma, 2002,

suo pensiero, esso si intravede a partire da qui, a partire dalla necessità del giudizio, dall'idea che solo una *vita giudicata* può essere una vita giusta, *giustificata*, altro dal semplice *fatto* di vivere e di aver vissuto.

Solo nel giudizio, per quanto misterioso e privo di scopo esso sembra essere, la vita può separarsi dal suo essere “nuda” vita, solo *vivere*, e ricevere così un senso, un significato. Per questo «secondo il nostro credo, quando la vita sarà finita, quando l'azione sarà conclusa, verrà Uno, non per punire, non per premiare, ma per giudicare»¹⁹.

Giudicare, non punire, ripete Satta: la pena *segue*, eventualmente, il giudizio, e non va in alcun modo confusa con esso. Perché punire è compiere un'*azione*: punire sta dalla parte, cioè, dell'economia della vita, del suo procedere senza mai fermarsi. Ma giudicare, come si è visto, non è invece, propriamente, un'*azione*, ma ciò che arresta, interrompe ogni azione: è un *atto*, ma non un'*azione*, dovremmo dire, qualcosa che accade in quanto e nella misura in cui l'azione viene fermata. L'atto è interruzione della continuità dell'azione, è taglio, è discontinuità.

E tuttavia, se non c'è pena, punizione, senza giudizio, è vero però anche, per Satta, il suo inverso – l'altro lato «non meno misterioso, e forse più tenebroso»²⁰ del primo: che non c'è giudizio senza pena, che la pena è necessaria al giudizio. Anzi: che la pena è il giudizio stesso. E' forse, questo, il passaggio concettuale più noto del testo, e più a lungo commentato, su cui occorre ora soffermarsi.

3. La pena è il giudizio

Per Satta c'è una ragione essenziale del perché la pena, propriamente, non segua il giudizio, ma sia anzitutto il giudizio stesso. Ed è che giudicare è di per sé *accusare* la vita, è già chiamare la vita a rispondere di sé, di ciò che ha fatto. Nel giudizio non c'è più innocenza possibile: «ciascuno è intimamente innocente: e il vero innocente non è colui che viene assolto, ma colui che passa nella vita senza giudizio»²¹. Innocente è la vita che non viene giudicata, è la vita che non conosce il giudizio, che dunque non sa neppure della separazione tra il bene e il male.

p. 64. Sul cattolicesimo di Satta, cfr. C. CARDIA, *Religione e religiosità in Salvatore Satta*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3, 2003, pp. 777-799; S. BORZÌ, *Il cristianesimo laico di Salvatore Satta*, Soveria Mannelli, 2004; P. CARTA, *Lo spirito “religioso” del diritto: Salvatore Satta e Piero Calamandrei*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, 30, 2004, pp. 93-118.

¹⁹ MP, p. 45.

²⁰ MP, p. 45.

²¹ MP, p. 46. Sul rapporto tra giudizio e pena in Satta, cfr. A. DELOGU, *Giudizio e pena in Salvatore Satta*, in U. COLLU (a cura di), *Salvatore Satta, oltre il giudizio. Il diritto, il romanzo, la vita*, Roma, 2005, pp. 165-179.

Dove c'è giudizio, invece, la vita può essere solo riconosciuta come colpevole o non colpevole. L'assoluzione non ci rende innocenti, ma solo giudicati come non colpevoli. E dunque già giudicati, già chiamati a difenderci da un'accusa, dal sospetto che la nostra azione fosse ingiusta. Vero è dunque che l'accusa è la «categoria» giuridica per eccellenza (*kategoria* significa in greco «accusa»), quella senza cui tutto l'edificio del diritto verrebbe meno: la chiama in causa dell'essere nel diritto. Il diritto è, cioè, nella sua essenza, accusa, «categoria». E l'essere, chiamato in causa, «accusato» nel diritto, perde la sua innocenza»²². Questo fa il diritto: domanda ragione anche al giusto – come Satta osserva –, accusa anche l'innocente, e per questo il giudizio è già pena, è la sola vera pena. Essere giudicato, per l'innocente, è già subire una pena, in quanto egli avrebbe il diritto di non essere sottoposto ad alcun giudizio, non avendo fatto nulla di colpevole.

Qui le consonanze, più che con Kafka, andrebbero allora cercate con le riflessioni di Benjamin – che pure Satta, verosimilmente, non aveva letto. Il giudizio, il processo – quello del diritto – risponde per Benjamin ad una logica del *destino*, inteso come l'ordine di ciò che domina incontrastato sul vivente, secondo un tempo ciclico che lo condanna già da sempre all'infelicità e alla colpa. Nell'ordine del destino, la vita è costretta dalle leggi di esso, ed è in questo senso già da sempre condannata. Così fa anche il diritto: condanna non tanto al castigo, quanto alla colpa. Esso è «il contesto colpevole di ciò che vive»²³. Il diritto, in tal senso, è quella sfera in cui la vita diviene colpa: per questo «l'unica pena cui veramente il diritto condanni è la pena dell'essere colpevoli»²⁴. Ma – questo è essenziale – le posizioni di Satta e Benjamin non potrebbero in realtà essere più distanti.

Per Benjamin, infatti, il diritto è il «residuo dello stadio demonico di esistenza degli uomini», appare quando la vita si considera già condannata, e pertanto esso trova colpevole la vita come tale, la «nuda vita», la «costituzione naturale del vivente»²⁵, ed è rispetto a ciò che egli contrappone la violenza divina, una giustizia divina che pone fine al diritto perché reintegra e restituisce l'innocenza. Il diritto non sta dalla parte del religioso, della giustizia, ma del destino.

In Satta, al contrario, la vita condannata ad essere giudicata è anche, inseparabilmente, la vita che può così essere giustificata, che può essere riconosciuta come vita giusta, e così separata dalla «nuda vita». Satta avverte l'antinomia della sua posizione: si deve giudicare, si vuole il giudizio per poter condannare,

²² G. AGAMBEN, K., in ID., *Nudità*, Roma, 2009, p. 37.

²³ W. BENJAMIN, *Destino e carattere*, in ID., *Angelus Novus*; trad. it. Torino, 1995, p. 35.

²⁴ B. MORONCINI, *Walter Benjamin e la moralità del moderno*, Napoli, 1984, p. 44. Si vedano, su tale punto, anche E. CASTRUCCI, *Violenza, diritto e linguaggio in Benjamin*, in *Prassi e teoria*, 1, 1979, pp. 245-269; M. SAGNOL, *Recht und Gerechtigkeit bei Walter Benjamin*, in C. DEMMERLING – T. RENTSCH (a cura di), *Die Gegenwart der Gerechtigkeit: Diskurse zwischen Recht, praktischer Philosophie und Politik*, Berlin, 2018, pp. 57-66.

²⁵ W. BENJAMIN, *Destino e carattere*, cit., p. 35.

punire, ma si vuole il giudizio anche perché si vuole essere giusti, perché si vuole la giustizia. Non si può evitare di vedere, e di sentire, anzitutto, la contraddizione a cui Satta – soprattutto in forza del suo cattolicesimo – non può rinunciare, che egli deve assumere, e che pure lo tormenta: il giudizio non può *giustificare* la vita, non può fare della vita una vita giusta, se non accusandola, e sottoponendola alla pena che esso stesso è.

Se per Benjamin, pertanto, il giudizio – quello del diritto – implica il destino, per Satta esso è, diversamente, ciò il cui senso ultimo va trovato in una *veritas* che per lui è inseparabile dal cristianesimo, dal *qui venturus est iudicare vivos et mortos*. Ed è proprio perché questa verità non salva senza aver già condannato alla colpa, non assolve se non punendo – cioè: giudicando –, che essa è inseparabile da un “mistero”, dal non poterla accettare se non dubitando di essa, avvertendone il male, il dolore che porta con sé.

Pure Satta non rinuncia al giudizio, all’esigenza del giudizio. Non da giurista, non da cattolico, e non – come egli osserverà – da sardo, se è vero che destino dei sardi è «il senso augusto del giudizio, il concepire la vita stessa come un giudizio, il non lasciare alcun margine alla libertà e all’indifferenza dell’azione. Chi ha letto l’opera dei nostri poeti ha capito l’importanza che il giudizio ha nella vita dei sardi»²⁶.

Si *deve* essere giudicati, per Satta. Lo si deve perché si è nel peccato, in un peccato «che nessuna redenzione riuscirà mai cancellare»²⁷, ma lo si deve anche perché solo attraverso esso si può essere trovati non colpevoli, si può essere salvati dalla colpa. Non c’è redenzione, ma c’è una speranza di salvezza. Siamo in pagine che non si scrivono se non al limite della contraddizione, costrette a pensare nello stesso tempo che il giudizio è pena e che esso è giustizia, che (a) solo attraverso il giudizio possiamo essere salvati da una colpa “originaria” e che, tuttavia, (b) è in realtà proprio esso a renderci colpevoli (poiché senza giudizio, non c’è colpa).

Ma questa contraddizione non è di Satta, è del giudizio, del processo come tale: il quale non può assolvere se non condannando ad essere assolti attraverso la pena del giudizio; non può riconoscere l’assenza di colpa se non avendo già condannato la vita in quanto colpevole e per questo passibile di giudizio. E tuttavia, lo si ripete, Satta non può che percorrere sino in fondo questa strada, ed accettare la contraddizione.

²⁶ S. SATTA, *Spirito religioso dei sardi*, in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, cit., p. 451. Si veda, sul tema, anche E. TORCHIO, *Salvatore Satta. Il peccato di essere vivi*, in *Studi Novecenteschi*, 32, 2005, pp. 11-88; E. CUTINELLI-RENDINA, *Giudizio degli uomini e giudizio di Dio nell’opera narrativa di Salvatore Satta*, in R. CAVALLUZZI – P. GUARAGNELLA – R. RUGGIERO (a cura di), *Il diritto e il rovescio. La gravità della legge e la sostenibile leggerezza delle arti*, Lecce, 2012, pp. 333-350; G. MARCHESI, *Il «divino» nel giudizio degli uomini secondo Salvatore Satta*, in U. COLLU (a cura di), *Salvatore Satta, oltre il giudizio. Il diritto, il romanzo, la vita*, Roma, Donzelli, 2005, pp. 185-192.

²⁷ S. SATTA, *Spirito religioso dei sardi*, cit., p. 450.

4. *Il giorno del giudizio*

Occorre cercare in alcuni passaggi de *Il giorno del giudizio* ciò che costituisce il cuore del problema del giudizio. Satta non scrive che per i morti: non al loro posto, ma in loro favore. Non *al loro posto*: i morti non sono semplicemente, per Satta, coloro che non ci sono più, che non possono più prendere la parola, dimenticati. Se la vita non può vincere la morte, «la morte non può vincere la vita»: i morti, come Pietro Catte, *credono di poter morire*, ed invece sono ancora e sempre là, nella terra, nelle tombe, senza pace, perché «i morti sono sciolti da tutti i problemi, meno che da uno solo, quello di essere stati vivi»²⁸.

Questo è il vero problema che, come ora vedremo, segna anche la concezione sattiaiana del giudizio: che morire è impossibile, che è impossibile, per i morti, *essere* morti, e così semplicemente essere dimenticati e dimenticarsi di se stessi.

Ciò significa più cose, in Satta. Vuol certo dire che non si può mai “essere morti”, in quanto la morte non è l’esperienza *di* qualcuno, in quanto chi è morto non può fare esperienza del proprio essere morto, del proprio morire. La morte è sempre *senza* morte, senza morto. Per questo morire, essere morti, non è possibile: ed è proprio la morte che ci toglie tale possibilità, perché mentre stiamo morendo non siamo morti e, morti, non possiamo più morire. È questo il tema su cui uno scrittore come Blanchot non ha mai smesso di riflettere: «morire significa perdere l’uomo, annientare anche l’essere; significa dunque perdere anche la morte, perdere ciò che, in lei e per me, la rendeva morte. Finché io vivo sono un mortale, ma quando muoio, cessando d’essere un uomo, cesso anche di essere mortale, non sono più capace di morire, e la morte che si annuncia mi fa orrore, perché la vedo com’è: non più morte, ma impossibilità di morire»²⁹.

Ma in Satta, l’impossibilità di morire va intesa anche in un altro senso: è l’impossibilità di essere semplicemente morti, perché non si è morti senza essere stati vivi. Il morto, cioè, ha vissuto. E come tale resta *presente*, anche dopo la sua morte. Pietro Catte è ancora *lì* – e lo testimonia lo stesso Satta, che, ora, continua a ricordarne il nome e la vita: «Pietro Catte ha tentato di sottrarsi alla realtà impiccandosi all’albero di Biscollai: ma la sua è stata una vana speranza, perché non si può annullare il proprio essere nati»³⁰.

Catte è un altro, ma profondamente diverso, Kirillov. Perché quest’ultimo – come ancora Blanchot nota – vuole morire per liberare la vita dalla morte, ma nel suo rivendicare la libertà assoluta di darsi la morte, in realtà non fa che dimostrare la sua impossibilità di morire, di poter essere davvero *lui* a darsi la morte, a morire: non è mai Kirillov che davvero muore, ma è la

²⁸ S. SATTA, *Il giorno del giudizio*, Milano, 1979, p. 102.

²⁹ M. BLANCHOT, *La letteratura e il diritto alla morte*, in ID., *Da Kafka a Kafka*, Milano, 1981, p. 40.

³⁰ S. SATTA, *Il giorno del giudizio*, cit., p. 158.

morte che giunge, quando egli ormai non è più³¹, Cate, invece, non riesce a morire, a *essere* davvero morto, perché una volta è stato vivo: non può annullare il suo essere nato, non può la sua morte riuscire a rendere non stato ciò che è stato. Per questo egli “è” ancora, è un morto, uno dei morti che Satta può richiamare a comparire.

Comincia ora a delinearsi quello che sarà l’aspetto del giudizio più duro e difficile da accettare: «forse mentre penso la loro vita, perché scrivo la loro vita, mi sentono come un ridicolo dio, che li ha chiamati a raccolta nel giorno del giudizio, per liberarli in eterno dalla loro memoria»³². È una frase ambigua, che chiude qui il capitolo, e il cui senso, forse, si troverà solo alla fine del libro, se ve n’è una. Certo è che, ancora una volta, si tratta del giudizio – del giorno del giudizio, quello *finale*: il compito della scrittura sembra essere questo, quello di chiamare i morti a comparire ancora, sicuramente per ricordarli, raccontare le loro storie ma anche, inevitabilmente, a giudicarli. A giudicarli *ancora*, dopo la loro morte.

Questo è il giudizio universale, infatti: giudizio che viene *dopo* il giudizio, dopo che si è già stati giudicati al momento della morte. Ma perché un secondo giudizio? Perché non lasciarli alla pace del cimitero? Il problema assilla già Tommaso: è stabilito che gli uomini muoiano solo una volta (*semel mori*), ed è allora che essi vengono giudicati, che, terminata la loro vita, ricevono premi e castighi. Non sarebbe allora inutile un altro giudizio? Non sarebbe inutile attendere un giudizio finale³³?

Vale la pena ricordare la risposta di Tommaso. Sebbene la vita termini con la morte, essa, in realtà, si prolunga in qualche modo nel futuro (*remanet tamen ex futuris secundum quid dependens*). E anzitutto perché il morto continua a vivere nella memoria degli altri, «presso i quali talora conserva contro la verità una fama buona o cattiva». E continua a vivere, poi, attraverso i propri figli: il padre *quasi non est mortuus*, poiché lascia dopo di sé un figlio che, essendo «in qualche modo» lui stesso, compirà azioni di cui l’autore è anche in parte il padre. Continuano, ancora, gli effetti delle sue opere, e la sua vita si prolunga «nelle cose in cui l’uomo ripone il suo affetto»³⁴.

Come dice Satta, la morte non è in grado di far sì che la vita *non sia stata*, né di far sì che essa non continui, in qualche modo, a vivere nel presente. L’uomo deve rispondere, allora, dev’essere chiamato a rispondere anche di ciò che è accaduto dopo la sua morte, ma che non per questo non lo riguarda: «tutte queste cose sottostanno all’esame del giudizio di Dio. Perciò non si può avere di esse un giudizio perfetto e manifesto sino a che dura il corso del tempo presente. A tale scopo dunque ci deve essere un giudizio finale nell’ultimo giorno, in cui venga giudicato perfettamente e palese-

³¹ M. BLANCHOT, *Lo spazio letterario*; trad. it. Torino, 1967, p. 80.

³² S. SATTA, *Il giorno del giudizio*, cit., p. 103.

³³ TOMMASO D’AQUINO, *La somma teologica*, III, Q59, A.5, Bologna, 2014, p. 706.

³⁴ TOMMASO D’AQUINO, *La somma teologica*, III, Q59, A.5, cit., p. 707.

mente tutto ciò che riguarda ciascun uomo in qualsiasi maniera (*quocumque modo*)»³⁵.

Satta sa, pertanto, che il suo è il giorno del giudizio per quei morti di cui sta narrando le storie. Possono, devono, ancora essere giudicati, perché non sono mai davvero morti, perché il loro essere stati vivi continua a farli vivere, e dunque a *dover rispondere* della propria vita. Sono «morituri in attesa di giudizio»³⁶. Eppure, nel passo che stiamo leggendo, Satta affida alla scrittura, e dunque al giudizio finale, il compito di «liberarli in eterno dalla loro memoria». Si scrive, come dicevamo, *per loro*, in loro favore: non, ripetiamo, al loro posto, poiché la parola di Satta non “sta per...”, “al posto” della loro, ma al contrario perché, prendendo su di sé il compito di narrare la loro storia, la scrittura li libera finalmente dal dovere di ricordare la loro vita, che è ciò che rende loro impossibile morire. È come se, finché la scrittura di Satta non intervenga a liberarli dal dovere di attendere il giudizio, questi morti – Pietro Catte, Don Pasqualino, Don Sebastiano – non cessino di morire, non finiscano di finire: essi continuano a morire senza poter finalmente essere soltanto morti.

La scrittura che li ricorda, che li giudica e ne giustifica così le vite, forse potrà, allora, dire l'*ultima parola*, prima della fine. Forse. Ché, progressivamente, la riflessione di Satta si fa più cupa. «Riprendo, dopo molti mesi – annota – questo racconto che forse non avrei dovuto mai cominciare»³⁷. La ragione è che, scrivendo, egli si è condannato a ciò da cui voleva liberare i morti per i quali ha scritto: ad essere ricordato, a non poter morire, a non poter essere lasciato all'oblio. Anche lui, che sta per morire, sa di essersi condannato all'impossibilità di farlo:

Per conoscersi bisogna svolgere la propria vita fino in fondo, fino al momento in cui si cala nella fossa. E anche allora bisogna che ci sia uno che ti raccolga, ti racconti a te stesso e agli altri come in un giudizio finale. È quello che ho fatto io in questi anni, che vorrei non aver fatto e continuerò a fare perché ormai non si tratta dell'altrui destino ma del mio.³⁸

Ancora un rovesciamento: a rendere impossibile morire, è proprio, in realtà, la necessità del giudizio. E' il suo venire sempre tempo *dopo* la morte che

³⁵ *Ibidem*. Sul problema dei “due giudizi”, la teologia contemporanea ha cercato, ovviamente, una risposta nel senso di una loro “conciliazione”. Si vedano, esemplarmente, sul punto, le riflessioni di H.U. VON BALTHASAR, *Lineamenti dell'Escatologia*, in ID., *Verbum Caro. Saggi teologici*, I; trad.it. Milano, 2005, pp. 259-280; K. RAHNER, *A proposito dello “stadio intermedio”*, in ID., *Teologia dell'esperienza dello Spirito*; trad. it. Roma, 1978, pp. 557-570. Per una panoramica generale, cfr. A. DANCZAK, *La questione dello stato intermedio nella teologia cattolica degli anni 1962-1999*, Pelplin, 2008.

³⁶ P. MILANO, *Il peccato di essere vivi*, in *L'Espresso*, 18 marzo 1979, e ora in *Salvatore Satta giurista-scrittore. Rassegna stampa*, a cura del Consorzio per la pubblica lettura “S. Satta”, Nuoro, 1989, p. 51.

³⁷ S. SATTA, *Il giorno del giudizio*, cit., p. 291.

³⁸ S. SATTA, *Il giorno del giudizio*, cit., p. 292.

rende ai morti impossibile essere e restare morti³⁹. È già la logica che avevamo seguito nella riflessione tomista: il giudizio, quello finale e ultimo, non avviene al momento della morte, ma più tardi, ed è questo che *condanna* la vita a non cessare con la morte, ma a continuare a esserci, a produrre conseguenze, anche dopo essa.

A questa condanna, noi stessi partecipiamo, ora che ricordiamo, che “giudichiamo”, che non cessiamo di interrogare Satta e la sua opera. Quel che Satta giunge a vedere, è l’ambivalenza, il dritto e il rovescio di tutto ciò. Ché, da un lato, il lavoro del ricordo, della rammemorazione, è ciò che “salva” dall’oblio, che restituisce la vita ai personaggi dimenticati, che permette di non dimenticarli – e di non dimenticare Satta stesso, a noi che ne parliamo. Dall’altro, però, proprio questa è la condanna a non poter morire, a dover ancora e sempre essere giudicati, a dover attendere, ancora dopo morti, il giudizio su chi si è stati e su come si è vissuto. Poco si riflette su questo secondo aspetto, che è quello che sembra però prevalere nelle pagine finali di Satta. Il nostro stesso ricordarlo, il continuare a scrivere su di lui, a confrontarci con le sue posizioni teoriche, significa sempre anche condannarlo a dover attendere un giudizio, che non cessa di venire e che pure non viene mai, non giunge mai come ultima parola su di lui.

5. *Innocenza e colpa*

Il “mistero” del processo non è altro che il nodo dell’aporia che costituisce il rapporto tra *diritto e vita*, in quanto:

- (i) da una parte, solo il giudizio è in grado di *giustificare*, e cioè di rendere “giusta” e rendere “giustizia” alla vita, di *separare* la vita colpevole dalla vita giusta. Senza giudizio, non c’è infatti distinzione tra colpevole e non-colpevole, tra condanna e assoluzione;
- (ii) dall’altra, però, il giudizio non può assolvere se non condannando, non può – ancor più propriamente – assolvere il giusto se non punendolo. Questo è il tema che Satta non cessa di riprendere: che non si può ottenere giustizia se non nella forma della punizione, della condanna a subire il giudizio, il processo.

La ragione di tale aporeticità è che il diritto non conosce *innocenza*, come abbiamo ricordato, ma soltanto *non-colpevolezza*. L’innocenza, cioè, è – come già osservava Cotta – sempre un «*posterius* rispetto al diritto, da questo definita *per negationem*: innocente è colui che non ha (o risulta non avere) violato

³⁹ Lo sottolinea chiaramente S. BRUGNOLO, *L’idillio ansioso. “Il giorno del giudizio” di Salvatore Satta e la letteratura delle periferie*, Cava de’ Tirreni, Avagliano, 2004, p. 132: «in ciò consiste l’originalità ultima del romanzo. In questa immagine dei morti disperati di non poter morire una volta per tutte, di non poter scomparire definitivamente, di non potersi “liberare in eterno dalla loro memoria”».

la legge e quindi non è passibile di una pena»⁴⁰. Si è “innocenti”, cioè, solo a seguito del giudizio. Il che, per Satta, significa: si è “innocenti” solo in quanto si è condannati a subire il processo. L’innocenza è già-da-sempre, allora, “perduta”, o meglio negata, dal diritto. Nessuna azione e nessun giudizio potrà mai recuperarla. Per il diritto non c’è che *colpa*, perché la vita è già da sempre colpevole, e per questo *condannata a essere giudicata*.

Se ciò appare come un “mistero”, è perché il diritto stesso non è in grado di giustificare, di dar *ragione* di tutto questo. La logica del diritto, detto in altri termini, non è in grado di rispondere al *perché* esso giudichi, al perché di questa condanna al giudizio. L’“innocente”, in fondo, non dovrebbe avere il *diritto* di non essere neppure processato, sottoposto a giudizio?

Le uniche risposte che il giurista può dare, sembra dire Satta, sono del tutto insoddisfacenti. È ovvio, cioè, che non si può *sapere* se qualcuno è “innocente” prima di averne *accertato* tale innocenza, e dunque prima di averlo giudicato. Ma questa non è una risposta, a ben vedere. È soltanto l’ammissione di un limite *epistemico*, di natura empirica, che vale solo a *spiegare* il perché, *di fatto*, si ricorre al giudizio, ma non vale a fornire una *ragione* (una giustificazione) del perché anche l’innocente dovrebbe essere processato.

Non che i giuristi non si siano accorti di simili difficoltà. Già nel 1931 Manzini osservava, rilevando il carattere paradossale della “presunzione d’innocenza”: «se si deve presumere l’innocenza dell’imputato, chiede il buon senso, perché dunque si procede contro di lui?»⁴¹. In effetti, come Rocco aveva ribadito, nessuno è “innocente” *prima* del processo⁴². La dottrina, soprattutto di marca processual-penalistica, ha a più riprese, del resto, difeso una concezione “normativa” della presunzione – che opera come regola di trattamento, probatoria e di giudizio –, sottolineando che “innocente” e “non colpevole”, in realtà, «rappresentano due varianti semantiche di un identico concetto»⁴³, sul piano del diritto.

E tuttavia, ciò non significa che i problemi non persistano. Ben più tardi delle intuizioni di Satta, autori come Larry Laudan⁴⁴, analizzando le logiche del processo statunitense, hanno osservato come la “presunzione di innocenza”

⁴⁰ S. COTTA, *Innocenza e diritto: un paradosso?*, ora in ID., *Itinerari essenziali del diritto*, Torino, 2014, p. 113.

⁴¹ V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale italiano secondo il nuovo codice*, I, Torino, 1931, p. 180.

⁴² Sul tema, cfr. L. GARLATI, *La nascita del codice di procedura penale del 1930*, in M. DONINI – L. GARLATI – M.N. MILETTI – R. ORLANDI (a cura di), *I cardini della modernità penale dai codici Rocco alle stagioni dell’Italia repubblicana*, Roma, 2024, pp. 143-193.

⁴³ P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, Torino, 2008, p. 59. Sul tema, si vedano anche V. GAROFOLI, *Presunzione d’innocenza e considerazione di non colpevolezza: la fungibilità delle due formulazioni*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, 41, 1998, pp. 1168-1200; R. ORLANDI, *La duplice radice della presunzione d’innocenza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 65, 2022, pp. 627-643.

⁴⁴ L. LAUDAN, *The Presumption of Innocence: Material or Probatory?*, in *Legal Theory*, 11, 4, 2005, pp. 333-361.

costituisca una nozione contraddittoria, in quanto comprende due differenti significati:

- (i) l'«innocenza materiale» (*material innocence*), che chiamiamo IM, la quale significa il fatto che l'imputato *non ha commesso* il crimine per il quale è accusato;
- (ii) l'«innocenza probatoria» (*probatory innocence*), che chiamiamo IP, per la quale “innocente”, invece, significa soltanto che l'accusa contro l'imputato non soddisfa i requisiti e gli standard probatori previsti dall'ordinamento per la condanna.

Come Laudan ha osservato, sistemi processuali come quello statunitense sono attraversati da una ambiguità di fondo. Da una parte, infatti, essi operano convertendo già da sempre l'innocenza in “non colpevolezza”. Tutto ciò, cioè, che il processo può e dichiara di accertare, al limite, è la non colpevolezza dell'imputato – la quale però non significa che esso non abbia commesso il fatto di cui è accusato (IM), ma soltanto che non è stato raggiunto lo standard probatorio per condannarlo (IP). Dall'altra, però, le giurie vengono istruite raccomandando loro di assumere che l'imputato, fino a prova contraria, non abbia commesso il fatto, e cioè a credergli in quanto *innocent member of the community*.

Diviene a questo punto evidente l'aporeticità che è al cuore del processo: per quale ragione la giuria dovrebbe presumere o credere che l'imputato sia materialmente innocente (IM) quando, assolvendolo, ne affermerà in realtà soltanto l'innocenza processuale (IP)? Ovviamente è perfettamente coerente immaginare una giuria che assolva l'imputato – ossia lo dichiari innocente nel senso di IP – pur essendo convinta che sia materialmente colpevole.

Secondo Laudan, è evidente che il processo non abbia in realtà mai a che vedere con l'innocenza «materiale» dell'imputato. L'assoluzione non è mai un'affermazione di innocenza IM, non è cioè mai una statuizione che *accerta il fatto* che l'imputato non ha commesso il crimine. Essa è sempre e soltanto una dichiarazione di non colpevolezza – che come tale è del tutto compatibile con il fatto che in realtà il crimine sia stato commesso. Detto in altri termini: non c'è alcuna contraddizione nell'affermare “IP e ~IM”.

Se Laudan si serve della distinzione tra IM e IP per criticare gli standard probatori proprio del processo statunitense, le sue osservazioni ci interessano, in realtà, in quanto tradiscono la tensione che Satta aveva individuato, e affrontato con ben maggiore radicalità e profondità. Il problema, infatti, non è semplicemente quello che Laudan denuncia, ossia che la nozione di «innocenza materiale» resterebbe presente, nel processo, perché non avremmo in fondo mai abbandonato l'idea che assolvere implichi in qualche modo convincersi, *credere* che l'imputato non ha fatto ciò di cui è accusato. Né, va detto, è quello di riconoscere come l'innocenza – così come la colpa – non sia uno stato di fatto, ma un concetto socialmente costruito. Ciò è vero, infatti, ma non vale a rispondere alla questione che Satta pone.

Il problema, infatti, non è soltanto che anche chi non ha commesso alcun fatto illecito o delittuoso non può comunque sottrarsi al giudizio. È, più radicalmente, che, se questo è vero, allora l' "innocente" – in senso "materiale": colui che nulla ha fatto – è sempre in realtà un "colpevole", dal momento che è sempre *condannato* dal diritto ad essere giudicato.

Per il diritto nessuno è innocente: è questa, per Satta, l'unica condizione alla quale può essere giustificata la necessità del processo e del giudizio. Ma – si aggiunga – è una condizione che il diritto stesso non può porre, né giustificare. Ed è questo il suo "mistero", la sua antinomia intrinseca: da una parte, il diritto funziona non condannando mai altri che il colpevole (dal momento che colpevole è chi è condannato, e non viceversa); dall'altra, per poterlo fare, deve condannare l'innocente a sottoporsi al suo giudizio.

A nulla vale, lo si ripete, obiettare che "innocenti" lo si può essere proprio *a seguito* del giudizio. E cioè: a rigore, non si è mai innocenti, ma lo si sarà *stati*. Se questo è vero, infatti, non fa che confermare che la legge presuppone proprio che nessuno sia mai innocente davanti ad essa. Del resto, se l'imputato è già qualcuno che è condannato a subire il giudizio, ciò che continua a chiedere Satta è: per *quale colpa*? Cosa ha fatto per meritarsi tale condanna?

Questo è ciò che di cui il diritto non può dar ragione: che io debba essere giudicato per poter dimostrare che non avrei dovuto esserlo.

6. *La letteratura*

Il punto essenziale per chiarire il Satta letterato, scrittore, narratore, è anidato qui. Dopotutto, Satta crede – o vuole ostinatamente credere – che il giudizio, in ultima istanza, sia giustificato. Che la vita *debba* essere giudicata.

Ma è, come si è detto, proprio questa giustificazione che il diritto, la sua logica, non può fornire. Non che essa non sia presente, nelle pagine del Satta giurista. Ma, se ben si osserva, ogni volta che, all'interno della sua analisi giuridica si innesta un discorso di giustificazione del giudizio, esso risponde, in realtà, ad argomentazioni in ultima istanza *teologiche*. Vi abbiamo già fatto cenno: è il suo cattolicesimo che opera come difesa della necessità, comunque, di essere giudicati, che dà una risposta al "mistero" del processo.

E tuttavia, Satta si è, proprio negli anni di stesura de *Il giorno del giudizio*, fatto progressivamente più cupo, e sfiduciato: «forse non ci sarà giudizio e la tela calerà su un mondo che non valeva la pena di creare e quindi non varrà la pena giudicare [...] l'individuo resta col suo mistero, con la sua irreale realtà. Il giudizio ci sarà forse, anzi ci dovrà essere. Non si può essere nati invano», scrive nel 1974 ad Albanese⁴⁵. Il giudizio *dovrà* esserci. Ma forse non ci sarà: che Dio lo rifiuti? Ciò che possiamo osservare, è che è la letteratura a permet-

⁴⁵ Lettera riportata in V. GAZZOLA STACCHINI, *Come in un giudizio. Vita di Salvatore Satta*, cit., p. 119.

tere a Satta di prolungare, e ri-dislocare, il “mistero” del giudizio. Privo di ogni speranza, come egli ammette sempre nel carteggio con Albanese, Satta affida alla scrittura il compito di salvare il giudizio – di dire la sua giustificazione, la sua necessità.

Lo si è detto: anche in tal caso, l'operazione è ambigua, e destinata al fallimento. È vero, come è stato osservato, che la scrittura, in Satta, è ciò che trasforma il «passato non ricordato», rimosso, non conciliato, e che quindi non riesce propriamente a passare, in passato finalmente «detto, raccontato, giudicato»⁴⁶, finalmente ri-conciliato con se stesso. Ma essa resta ossessionata dal suo rovescio: perché ricordare i morti significa impedir loro di morire, condannarli a restare in vita, pur da morti, per venir nuovamente giudicati. Se Satta, pertanto, chiama a raccolta, nel giorno del giudizio, i morti nuoresi, «l'assillo che lo tormenta non si annulla, però, ma si ripresenta. Che senso ha riportare alla memoria esistenze che aspirano a dimenticarsi e essere dimenticate?»⁴⁷. Come è stato notato, nel romanzo sattiano, sin dall'inizio «la volontà di raccontare appare contrastata dal desiderio di tacere»⁴⁸.

Ma questo non è altra dalla contraddizione del giudizio. Il suo mistero si ripresenta, infatti, ad un nuovo livello: bisogna essere giudicati, per far sì che il nostro passato sia finalmente *stato*, e possa passare, per poter far sì che la vita sia finalmente *compiuta*; eppure, proprio il giudizio è ciò che rende *incompiuta* vita, che rende impossibile morire⁴⁹. Ancora una volta, misuriamo la distanza del cattolico Satta da Benjamin: se per quest'ultimo, infatti, il ricordo – o meglio: la rammemorazione (*Eingedenken*) – è ciò che può “redimere” il passato proprio perché, da compiuto, lo rende incompiuto, e così lo rende disponibile a essere ri-attivato e ri-attualizzato, per Satta la redenzione non può, al contrario, che passare per il giudizio che *compie*, che definisce una volta per tutte ciò che è stato.

Ma è il giudizio stesso che, in realtà, non sembra mai potersi dare come realmente *ultimo*, come giudizio *finale*. Satta ha tolto dall'oblio la vita di quei morti, come Pietro Catte, e li ha così condannati ad essere ricordati ancora, da noi, e dunque a non poter morire, a esistere in un passato che non passa. La letteratura non salva né redime, pertanto; al contrario, condanna. Esattamente come il diritto.

⁴⁶ S. BRUGNOLO, *L'idillio ansioso*, cit., p. 132.

⁴⁷ V. SPINAZZOLA, *Il libro dei morti di Salvatore Satta*, in U. COLLU (a cura di), *Salvatore Satta, oltre il giudizio. Il diritto, il romanzo, la vita*, cit., p. 64.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Il tema è certamente presente anche in Kafka, come si è accennato, anche se declinato diversamente. Cfr. sul punto E. LISCIANI-PETRINI, «Confusione quotidiana». *Su Kafka*, in *Trovarsi accanto. Per gli ottant'anni di Vincenzo Vitiello*, Roma, 2017, pp. 455-470.

Abstract [Ita]

Il saggio ricostruisce il “mistero del processo” in Salvatore Satta come nodo aporetico del rapporto tra diritto e vita. Muovendo dall’analisi della tensione tra legge e giudizio, si mostra come il processo, lungi dall’essere strumento dell’attuazione normativa, si configuri in Satta come atto privo di scopo esterno, il cui fine coincide con il giudicare stesso. Da qui la tesi decisiva: la pena non segue il giudizio, ma è il giudizio. L’essere chiamati a rispondere costituisce già una forma di condanna, poiché il diritto non conosce innocenza, ma solo non-colpevolezza. Attraverso il confronto con Kelsen, Benjamin e Laudan, il contributo evidenzia come l’innocenza materiale resti strutturalmente eccedente rispetto alla logica processuale. L’aporia si radicalizza ne *Il giorno del giudizio*, dove la scrittura assume la funzione di ultimo tribunale: ricordare i morti significa insieme salvarli dall’oblio e condannarli a non poter morire. La letteratura prolunga così l’enigma del giudizio, senza risolverlo, mostrando l’ambivalenza di una giustizia che può giustificare la vita solo accusandola.

Parole chiave: Satta; giudizio; processo; innocenza; punizione.

Abstract [Eng]

The essay reconstructs the “mystery of the trial” in Salvatore Satta as the aporetic core of the relationship between law and life. Starting from the tension between law and judgment, it argues that, for Satta, the trial is not a mere instrument for the enforcement of norms but an act without an external purpose, whose end coincides with judging itself. From this follows the decisive thesis: punishment does not follow judgment; it is judgment. Being called to account already constitutes a form of condemnation, since law does not recognize innocence, but only non-guilt. Through a comparison with Kelsen, Benjamin, and Laudan, the essay shows how material innocence structurally exceeds procedural logic. The aporia becomes radical in *The Day of Judgment*, where writing assumes the function of a final tribunal: to remember the dead means both to rescue them from oblivion and to condemn them to an inability to die. Literature thus prolongs the enigma of judgment without resolving it, revealing the ambivalence of a justice that can justify life only by accusing it.

Keywords: Satta; judgment; trial; innocence; punishment.

Dalla mutualità all'agri-fintech: quale ruolo possono svolgere gli organismi collettivi di difesa?

Valerio Lemma

Sommario: 1. Premessa e ambito della ricerca. – 2. Gli organismi collettivi di difesa e le loro potenzialità sistemiche. – 3. Le sfide della geofinanza... – 4. (*segue*) tra innovazione e rischi.

1. *Premessa e ambito della ricerca*

Il dibattito giuridico sull'innovazione agricola si colloca in un contesto in cui i valori costituzionali rappresentano un riferimento imprescindibile per valutare l'impatto delle trasformazioni tecnologiche e finanziarie sui mercati agroalimentari¹. Trattasi, quindi, di un assunto che induce a coniugare tra loro i principi di prudenza, di tutela della salute, della libertà di iniziativa economica privata e, al contempo, a declinare i relativi corollari per indicare forme di contenimento costituzionalmente orientate, laddove appare comune la volontà politica di promuovere il progresso della società entro i limiti della sicurezza, della dignità umana e dell'ecofilia².

In tale prospettiva, appare chiaro che l'ordinamento giuridico abbia ormai mutato il proprio approccio all'attività agricola e al suo progresso, che da tempo non è soltanto una forma di specializzazione di un determinato imprenditore, ma assume ad elemento essenziale di un mercato improntato a canoni di responsabilità ambientale³.

¹ Si pubblica il testo della relazione tenuta al Convegno internazionale dal titolo "Blockchain, smart contract, agritech, tracciabilità, trasparenza e sicurezza nel settore agroalimentare", 14 aprile 2025, Università degli Studi di Napoli "Federico II".

² Utile muovere dalle considerazioni raccolte – nel volume AA. Vv., *La Sicurezza alimentare Profili normativi e giurisprudenziali tra diritto interno, internazionale ed europeo*, a cura di C. Bottari, Santarcangelo di Romagna, 2015 – in un momento in cui il tema era al centro della cronaca nazionale, anche in ragione del concomitante Expo 2015.

³ Anche da questa prospettiva di indagine si colgono i condizionamenti dell'innovazione tecnologica, sia a monte che a valle dei processi stessi. A monte, la digitalizzazione è plasmata dall'interesse sociale dell'imprenditore agricolo che si preoccupa della sua attività e della organizzazione ad essa relative; a valle, essa è delimitata dalle regole che presidiano il comparto

È, quindi, l'ordinamento stesso a dare forma all'agricoltura e non a subirne l'oggetto.

Da qui, il riscontro di un intervento pubblico ormai proteso verso la promozione di un modello imprenditoriale in cui il rispetto del benessere collettivo ha assunto un carattere intergenerazionale⁴, cui consegue l'esigenza che la regolazione delle innovazioni più recenti sia funzionale a orientare anche l'attività agricola verso l'utilità sociale⁵.

Sotto altro profilo, l'indagine deve muovere da un secondo punto fermo, riferibile al presente periodo storico, durante il quale si stanno acuendo le tensioni geopolitiche e si ridefiniscono le variabili demografiche di riferimento, mentre è in corso una trasformazione delle principali funzioni operative, mediante l'applicazione di soluzioni tecnologiche variegate⁶.

Sicché, l'analisi giuridica dell'innovazione agricola deve identificare le relazioni di causalità – e non talune mere correlazioni – tra le condizioni di mercato e le scelte del regolatore, avendo riguardo al fatto che – nel contesto che ci occupa – le une e le altre si influenzano reciprocamente; ciò, al fine di valutare quali siano gli ambiti di intervento che possano massimizzare l'utilità sociale dell'avvento dell'agritech⁷.

Alla luce di quanto precede appare possibile chiarire che la scelta dell'ipotesi da verificare ha riguardo alla valorizzazione degli “organismi collettivi di di-

agricolo. Ne risulta un'attenzione, per la trasformazione delle principali funzioni operative, che non può essere letta come pura espressione di evoluzione tecnologica, ma come un processo che condiziona e qualifica l'essenza dell'iniziativa economica e dal quadro regolatorio che governa l'agricoltura; cfr. MASINI, *Itinerari normativi in tema di tecnologie del vivente*, in *Rivista di Diritto Alimentare*, 2/2024, p. 7 ss.

In questa chiave di lettura, la responsabilità dell'imprenditore agricolo emerge precisamente nella capacità di riconoscere i limiti dell'opportunismo tecnologico, saperli gestire e orientare l'innovazione entro confini compatibili con l'interesse sociale e con i principi fondamentali dell'ordinamento; cfr. LUPO, *L'innovazione tecnologica nel sistema alimentare europeo tra principio di precauzione e sviluppo sostenibile*, in *Rivista di Diritto Alimentare*, 1/2023, p. 26 ss.

⁴ V. FAO, *Voluntary Guidelines to Support the Progressive Realization of the Right to Adequate Food in the Context of National Food Security*, Roma, 2004.

⁵ Cfr. G. ALPA, *Valori costituzionali e attività economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 345. L'autore sottolinea come l'utilità sociale rappresenti un criterio ordinante per l'attività d'impresa in contesti di rilevanza collettiva.

⁶ Va da sé che, in prospettiva, il comparto in considerazione – oltre alla fruizione della dimensione tecnica delle innovazioni tecnologiche – sarà investito dai relativi riflessi giuridici della digitalizzazione, intesa come una trasformazione delle principali funzioni operative, mediante l'applicazione di soluzioni tecnologiche variegate. Una chiave utile per interpretare la trasformazione digitale dei processi finanziari ha riguardo ai relativi condizionamenti, in quanto le attività high-tech non si manifestano in uno spazio libero e indeterminato, ma sono contenute entro strutture che la precedono e la vincolano: condizioni regolamentari, forme della supervisione, limiti del controllo.

⁷ Del resto, è ormai evidente anche il processo di finanziarizzazione dell'agricoltura, in base al quale l'influenza degli attori finanziari e degli strumenti finanziari (come fondi di *private equity*, *venture capital*, *private placement* e prodotti derivati) sul settore agricolo tende a promuovere la ricerca di rendimenti a breve termine, a scapito del reddito dei piccoli agricoltori e della sostenibilità a lungo termine delle condizioni ambientali di riferimento.

fesa” dei produttori agricoli e la possibilità che essi possano assolvere a funzioni informative, promozionali e facilitatorie rispetto alla trasmissione degli input di politica economica e regolamentari emessi dai *policy makers* interessati all'evoluzione tecnologica del comparto e alla salvaguardia dell'ambiente. A tal fine, appare essenziale la natura collettiva di tali organismi e, al contempo, la soggezione ad un complesso disciplinare volto a perseguire l'interesse comune. Non a caso, la loro organizzazione – unita all'elevata capacità di raccordarsi con le istituzioni e il tessuto imprenditoriale di riferimento – sembra idonea – non solo a consentire ai consorzi stessi di affrontare i rischi tipici dell'attività agricola che un *imprenditore piccolo* potrebbe non essere in grado di sostenere (eventi atmosferici, fitopatie, instabilità dei prezzi)⁸, ma anche – a divulgare le informazioni più utili in ordine al progresso del settore e, al contempo, a facilitare la diffusione delle migliori prassi.

A ben considerare, la funzione di tali organismi si è già estesa più volte: nel tempo, oltre alla mera stipula di polizze assicurative agevolate, sono arrivati a promuovere soluzioni mutualistiche, interventi di prevenzione e strumenti di sostegno finanziario connessi alla circolazione dei fondi pubblici. Non è questa la sede per soffermarsi oltre sul dato storico-giuridico che descrive compiutamente l'evoluzione delle forme tipologiche in parola; tuttavia, appare opportuno chiarire che gli organismi collettivi di difesa sembrano pronti a cogliere l'opportunità di estendere la propria attività sino alla competenza in materia di relazioni tra Stato e sistema agro-finanziario⁹.

Da qui, l'opportunità di condurre un'analisi giuseconomica al fine di valutare l'attenzione mostrata da tali enti per il progresso promosso dall'innovazione tecnologica e finanziaria. Ciò in quanto la trasformazione digitale porta con sé la promessa di una maggiore efficienza e trasparenza nella gestione delle filiere e nella circolazione dei capitali, anche se talune soluzioni operative sollevano questioni giuridiche e istituzionali. Sicché, il naturale approdo di questa indagine dovrà essere l'identificazione del ruolo che gli organismi dianzi indicati possono svolgere per mitigare i *need for protection* che si riscontrano per effetto di un arguto utilizzo delle soluzioni tecnologiche o digitali e di operazioni finanziarie di nuovo tipo rispetto a quelle tipiche di un sistema banco-centrico.

⁸ Cfr. F.G. SANTERAMO, *La gestione del rischio in agricoltura: evoluzione e prospettive*, in *QA Rivista dell'Associazione Rossi-Doria*, 2018, p. 23. L'autore evidenzia la crescente interazione tra strumenti finanziari globali e meccanismi nazionali di sostegno, con particolare riferimento ai Consorzi di difesa.

⁹ Ne consegue che queste considerazioni introduttive si orientano verso una duplice constatazione. Da un lato, l'innovazione incontra limiti specifici nell'agricoltura, in quanto le finalità pubblicistiche assumono specifico rilievo in virtù della sua natura essenziale per la vita delle comunità e per l'equilibrio del mercato interno. Dall'altro, non v'è dubbio che il comparto in parola soggiace al principio di sicurezza evocato dall'art. 41 Cost. e, quindi, ogni adattamento alle esigenze della modernità apre la strada a nuove forme di tutela che il pubblico deve implementare attraverso un equilibrato incontro di saperi, atti a coniugare diritto, tecnologia e mercato.

2. *Gli organismi collettivi di difesa e le loro potenzialità sistemiche*

Nel mercato agroalimentare, gli organismi collettivi di difesa dei produttori agricoli rappresentano una tipologia di operatori che si occupa della promozione di strumenti di gestione del rischio in agricoltura, al fine della tutela del reddito degli imprenditori, promuovendo pratiche tuzioristiche ed ispirano la loro azione ai principi della mutualità, solidarietà, sussidiarietà e trasparenza. Inoltre, tali organismi si occupano di altre attività, iniziative e progetti riferibili al comparto in parola, anche attraverso una gestione diretta; tutti finalizzati alla difesa – delle produzioni agricole, vegetali e zootecniche – dalle calamità naturali, dalle avversità atmosferiche, dagli incidenti ambientali e da altri eventi che possono incidere negativamente sull'economia agricola.

In presenza di tale tipologia di operatori appare utile interrogarsi se essi possano assolvere a funzioni ulteriori, avendo la possibilità di seguire il progresso e la finanziarizzazione del settore, in vista di iniziative di difesa attiva e passiva delle produzioni che affrontino anche rischi di nuovo tipo, anche di matrice tecnologica o finanziaria. Del resto, quel che appare evidente è la comunanza di rischi tra le nuove sfide e quelle che, negli anni Sessanta e Settanta del Novecento, hanno spinto gli agricoltori a perseguire soluzioni collettive per la copertura assicurativa contro i danni da calamità naturali.

Al fine di rispondere all'interrogativo che precede, appare utile aver riguardo allo sviluppo storico degli organismi in esame, sì da cogliere la capacità del comparto di dotarsi di forme di cooperazione capaci di valorizzare la solidarietà, di integrare le politiche pubbliche e di predisporre soluzioni innovative per la tutela dei produttori agricoli. Utile anche considerare che tale capacità è stata valorizzata dal legislatore italiano, il quale ha cristallizzato il ruolo degli organismi in parola attraverso il d.lgs. 29 marzo 2004, n. 102, che ha posto le basi per un sistema integrato di interventi a sostegno delle imprese agricole¹⁰.

Si versa, infatti, in presenza di organismi che devono travalicare la soglia del vaglio pubblico, in quanto l'idoneità allo svolgimento dell'attività loro riservata è oggetto di verifica da parte della rispettiva regione o provincia autonoma (e la relativa valenza è limitata al territorio regionale o della provincia autonoma ove l'ente ha la sede legale, *ex art. 11, comma 2, d. lgs. 102 del 2004*). Invero, tale attività può esser svolta anche da parte delle cooperative agricole di raccolta, trasformazione e commercializzazione di prodotti agricoli e da loro consorzi (nonché da altri soggetti giuridici, previa modifica del proprio statuto), ovviamente previo vaglio della relativa idoneità (*ex art. 11, comma 3, d. lgs. 102 del 2004*).

¹⁰ Tale decreto non si è limitato a disciplinare le assicurazioni agevolate, ma ha anche attribuito ai Consorzi compiti di coordinamento e gestione dei fondi mutualistici, rendendoli parte integrante della politica pubblica di gestione del rischio; si veda, sul punto, ISMEA, *Rapporto sulla gestione del rischio in agricoltura 2022*, Roma, 2023. Il rapporto evidenzia il ruolo dei Consorzi nella gestione dei fondi mutualistici e nell'accesso alle assicurazioni agevolate.

Oggetto del vaglio di idoneità è lo statuto dell'organismo, che deve declinare gli scopi sociali e contenere le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione (art. 12, d. lgs. 102 del 2004). Trattasi di una verifica finalizzata rispetto alle predette finalità e, come tale, non si presenta come una 'barriera all'entrata' che potrebbe riflettersi sulla concorrenzialità del mercato. Peraltro, è prevista la vigilanza delle Regioni o delle Province autonome, a seconda del caso, che può rappresentare un elemento volto a motivare la fiducia delle persone che, a vario titolo, si relazionano con gli organismi in parola (art. 13, d. lgs. 102 del 2004)¹¹.

Centrale, nella regolazione della materia, appare la declinazione degli interventi prescritti dalla legge a favore degli associati (che dà contenuto all'art. 14, d. lgs. 102 del 2004)¹². Ed invero, agli organismi è riconosciuta la facoltà di scegliere, con deliberazione dell'assemblea, le forme di difesa e gli interventi da adottare, nonché gli strumenti di attuazione degli stessi che saranno ritenuti più opportuni nell'interesse degli associati. In tale contesto, appare di significativo interesse la scelta di approfondire il dettaglio della legge sino a disciplinare la possibilità che gli organismi in parola deliberino di far ricorso a forme assicurative mediante contratti da stipulare in nome e per conto dei relativi soci. A ben considerare, appare possibile ritenere che la norma rifletta una prassi operativa che consentiva agli organismi di intervenire *immediatamente* per tutelare gli agricoltori che non riuscivano a reperire le opportune coperture per i loro rischi. Ciò, secondo una modalità che appare idonea a generare economie di scala e, quindi, meritevole di apprezzamento sul piano dell'analisi economica.

¹¹ L'intervento pubblico si giustifica, dunque, non come forma di distorsione, ma come correzione necessaria di squilibri strutturali, in quanto gli organismi in esame operano in questo contesto come meccanismi di riduzione dei costi di transazione: aggregando la domanda, essi consentono di ottenere condizioni economiche più favorevoli e di rendere accessibili le coperture anche ai piccoli imprenditori agricoli.

Per vero, l'economia delle istituzioni dimostra, infatti, che forme di cooperazione collettiva aumentano l'efficienza del sistema, riducendo fenomeni di selezione avversa e moral hazard. Da qui, l'utilità di una prospettiva di *law and economics* volta a mettere in relazione le scelte normative con gli incentivi economici e gli effetti redistributivi che ne derivano. Soprattutto se si ha riguardo al fatto che è di comune accettazione la considerazione secondo cui l'agricoltura, per sua natura, è un settore esposto a fallimenti di mercato: le calamità naturali, la volatilità dei prezzi, le epidemie fitosanitarie e le asimmetrie informative tra produttori, assicuratori e istituzioni pubbliche rappresentano fattori che impediscono al mercato di garantire da solo un livello adeguato di copertura dei rischi.

¹² Un ulteriore profilo di analisi riguarda la redistribuzione degli oneri e dei benefici. L'intervento degli organismi collettivi genera effetti distributivi: da un lato, si deve proteggere il piccolo imprenditore agricolo, contraente debole rispetto alle grandi compagnie assicurative e finanziarie; dall'altro, occorre evitare che il sistema avvantaggi in misura sproporzionata le imprese più strutturate, capaci di sfruttare meglio gli incentivi. È dunque necessaria una riflessione critica sul principio di equità, affinché le risorse pubbliche destinate agli scopi in parola non si traducano in forme di sostegno regressivo.

Del resto, va considerato che il Governo era delegato ad adottare uno o più decreti legislativi per completare il processo di modernizzazione del settore agricolo (art. 1, co. 1, l. 38 del 2003), previa indicazione dell'obiettivo di «favorire l'accesso ai mercati finanziari delle imprese agricole... al fine di sostenerne la competitività e la permanenza stabile sui mercati, definendo innovativi strumenti finanziari, di garanzia del credito e assicurativi finalizzati anche alla riduzione dei rischi di mercato, nonché favorire il superamento da parte delle imprese agricole delle situazioni di crisi determinate da eventi calamitosi o straordinari» (art. 1, co. 2, lett. I, l. 38 del 2003). Va, tuttavia, considerato che nelle intenzioni del delegante v'era anche l'ammodernamento delle filiere agroalimentari gestite direttamente dagli imprenditori agricoli (lett. s), nonché la selezione dei principi fondamentali per la riorganizzazione della ricerca scientifica e tecnologica in materia di pesca e acquacoltura (lett. g).

In definitiva, sembra possibile ravvisare nell'ordinamento italiano i presupposti normativi di una figura istituzionale dotata di una peculiare attitudine a coordinare esigenze sociali, dinamiche di mercato e politiche pubbliche. Invero, la struttura collettiva degli organismi di difesa, l'assoggettamento a verifiche di idoneità e ad una forma di vigilanza pubblica, nonché la capacità di operare in nome e per conto degli associati possono consentire di interpretare un ruolo propulsivo nell'ordinare l'evoluzione tecnologica e finanziaria del comparto agricolo. In ciò si ravvisano le condizioni affinché l'ampliamento delle competenze degli organismi suddetti possa consentire di affrontare collettivamente le nuove sfide dell'agritech e della finanziarizzazione, con l'effetto di trasformare l'innovazione in un bene condiviso, garantendo razionalizzazione dei costi informativi, diffusione delle migliori pratiche e altre utilità.

3. *Le sfide della geofinanza...*

L'agricoltura, riconosciuta dalla costruzione europea come un settore bisognoso di protezione, si trova oggi al centro di una serie di sfide che travalicano i confini tradizionali della variabilità meteo o fitopatica, per intrecciarsi con questioni solitamente riferibili al rapporto tra politica, finanza e territori¹³.

Ed invero, le dinamiche agroalimentari hanno corso su una dimensione transfrontaliera, poiché la loro capacità di soddisfare la popolazione di riferimento dipende dall'interazione con i flussi globali di scambio. Tuttavia, la globalizzazione – che per lungo tempo aveva favorito l'apertura dei mercati agricoli e il miglioramento della diversità alimentare – sembra ora subire una battuta d'arresto: i fenomeni di “aggressione politica” (che hanno corso me-

¹³ Cfr. S. CASSESE, *Geopolitica del diritto e mercati globali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, p. 451. L'autore sottolinea come i rapporti economici siano oggi sempre più condizionati da strategie geopolitiche e tecnologiche, con riflessi diretti sui settori regolamentati.

dianze dazi, restrizioni quantitative e misure protezionistiche)¹⁴ si affiancano alle nuove forme di “aggressione tecnologica” (legate al controllo delle infrastrutture satellitari e spaziali, alla gestione dei dati strategici, all’opacità degli algoritmi). Appare, quindi, significativo il pericolo sollevato da guerre e dazi, in quanto – dopo decenni in cui le istituzioni multilaterali hanno perseguito la riduzione delle barriere commerciali – si assiste oggi a una nuova fase di impedimenti commerciali, durante la quale le prerogative doganali sono utilizzate come leva di pressione nei negoziati internazionali. Da qui, il rilievo dei condizionamenti che possono colpire alcune aree del pianeta, siano esse di matrice storica (e.g. guerre) o politica (e.g. dazi o sanzioni)¹⁵.

In questo scenario, entrano in crisi taluni presupposti della regolazione agroalimentare europea e, in particolare, quelli che assumono il fatto che il mercato si collocasse in un contesto di pace e cooperazione globale, laddove quest’ultimo – ora – si trova in un ambiente conflittuale e competitivo. Tale nuova condizione introduce rischi di nuovo tipo, per cui lo studio delle relazioni tra politica, finanza e territori assume a presupposto di un intervento normativo volto a rivedere gli assunti e i presupposti della regolazione di un settore che – a ben considerare – sembra sempre più un campo di battaglia di interessi nazionali volti a garantire il proprio benessere alimentare.

Si auspica, quindi, che i risultati degli studi di geopolitica e geofinanza possano cogliere i nuovi bisogni di protezione dei cittadini, nonché i fallimenti di mercato che minano il fruttuoso esercizio dell’attività agricola¹⁶. Va da sé che gli esiti di tali studi potranno muovere i *policy maker* verso il riscontro di nuovi ambiti dell’intervento pubblico, che – probabilmente – dovranno valorizzare la digitalizzazione delle filiere¹⁷, la finanziarizzazione dell’agricoltura e ogni altra soluzione operativa che possa migliorare l’efficienza e la sostenibilità delle attività in parola¹⁸. Ovviamente, il regolatore potrà declinare queste

¹⁴ V. FAO, *The State of Agricultural Commodity Markets 2022*, Roma, 2022. La relazione mostra come i dazi e le restrizioni commerciali stiano nuovamente assumendo un ruolo centrale nei rapporti internazionali.

¹⁵ V. WORLD BANK, *Future of Food: Harnessing Digital Technologies to Improve Food System Outcomes*, Washington, 2021. Lo studio illustra come i flussi finanziari globali condizionino sempre più le scelte degli operatori agricoli.

¹⁶ Sulla dimensione geofinanziaria delle dinamiche agricole, in quanto queste ultime – pur essendo ancorate a logiche produttive territoriali – risultano sempre più dipendenti da flussi finanziari globali: fondi di investimento, strumenti di copertura dei rischi, accesso al credito e mercati assicurativi internazionali.

¹⁷ Cfr. BATTELLI, *Innovazione tecnologica e gestione della filiera agroalimentare*, in *Diritto agroalimentare*, 3/2024, p. 45 ss.

¹⁸ In particolare, appare utile mettere in evidenza che si assiste a una progressiva e irreversibile omogeneità nei comportamenti e a una conseguente scomparsa delle tradizionali differenze tra le politiche commerciali e gli atteggiamenti dei consumatori a livello nazionale o regionale; dall’altro, le imprese sono maggiormente in grado di sfruttare rilevanti economie di scala a seguito del processo socio-tecnico cumulativo che da contenuto alla digitalizzazione, mediante il quale attività, beni e relazioni economico-giuridiche vengono rappresentati, processati e coordinati tramite dati digitali, infrastrutture informatiche, macchine computa-

nuove politiche in un compendio di controlli che possano presidiare anche la sovranità alimentare e la resilienza strategica del Paese¹⁹.

In questo contesto, può dirsi che gli elementi dianzi indicati (i.e. efficienza, sostenibilità, sovranità e resilienza) si compendiano nel tema della sicurezza²⁰, declinabile in una pluralità di questioni pratiche riferibili ad elementi tecnici di significativo rilievo (dall'uso di satelliti all'applicazione dell'intelligenza artificiale, dalle minacce informatiche alle interruzioni nelle catene di approvvigionamento). Si tratta di una declinazione che potrebbe destare l'attenzione del giurista oltre la misura necessaria ad identificare nuovi *need for protection* e nuove esigenze di intervento, ma che deve comunque esser accennata per comprendere che l'innovazione e la finanziarizzazione agroalimentare richiedono forme di supervisione pubblica, vista la rilevanza degli interessi coinvolti²¹.

Tornando all'ipotesi che qualifica la nostra indagine, occorre osservare che la supervisione sugli organismi collettivi di difesa è rimessa alla competenza di Regioni e Province autonome (*ex art. 13, d. lgs. 102 del 2004*). Non v'è dubbio che tale scelta risponda all'impianto del nostro ordinamento costituzionale; tuttavia, occorre considerare se le tensioni geopolitiche inducono a riflettere sulla dimensione dell'intervento collettivo, ipotizzando un organismo centrale che, da un lato, assolva ad un ruolo di coordinamento e, dall'altro, sia espressione di tutte le territorialità, ma che – in quanto tale – prenda a riferimento il territorio e le politiche nazionali che si propongono di tutelare gli interessi dei cittadini all'esistenza di un comparto agroalimentare sano. Del resto, la dimensione nazionale appare appropriata anche ad affrontare le problematiche che gravano sulla progettualità degli organismi di difesa; sicché, la presenza di un organismo di vertice potrebbe favorire la gestione dei rischi geopolitici e geofinanziari testé indicati, insieme all'implementazione delle migliori innovazioni tecnologiche.

zionali e algoritmi, con effetti riedificanti su catene del valore e poteri di mercato. Da qui, la necessità di considerare gli effetti della digitalizzazione sui diritti di proprietà intellettuale della produzione, sull'accessibilità e sull'intelligibilità dell'informazione (d'interesse per i produttori agricoli), nonché sugli altri profili negoziali dei rapporti economici e degli assetti di potere che coesistono all'interno delle filiere in esame; cfr. COSTATO, *Il diritto agrario europeo*, Milano, 2019, p. 112.

¹⁹ V. OECD, *Building the resilience of Italy's agricultural sector to drought*, Parigi, 2021. L'analisi dell'OCSE dimostra come le nuove vulnerabilità climatiche e commerciali stiano incidendo in modo significativo sulla stabilità del settore agricolo europeo.

²⁰ Cfr. PAOLONI, *Sostenibilità e innovazione in agricoltura. Dilemma o opportunità?*, in *Diritto agroalimentare*, 3/2024, p. 569 ss.

²¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Strategic Foresight Report 2023: Sustainability and people's wellbeing at the heart of Europe's Open Strategic Autonomy*, Bruxelles, 2023. Il documento individua l'agricoltura e l'alimentazione come ambiti prioritari per la sicurezza strategica europea.

4. (segue) *tra innovazione e rischi*

Di fronte alle sfide poste dall'innovazione tecnologica e dalla geofinanza, gli imprenditori agricoli sono tenuti ad affrontare – e auspicabilmente risolvere – questioni (in ordine all'assunzione di rischi e al reperimento di risorse economiche) che non esauriscono la loro valenza all'interno della relativa organizzazione, ma si estendono sino a condizionare sia il mercato agroalimentare²², sia quello dei capitali. In particolare, gli imprenditori dovranno selezionare la tipologia di attività da portare avanti, individuare il livello di tecnologia da applicare e, per effetto di tali scelte, reperire le risorse atte a sostenere il funzionamento della loro azienda, unitamente alle coperture per i rischi che non intendono assumere direttamente²³.

Con particolare riferimento all'*agritech*, viene in considerazione la posizione espressa dall'Unione Europea con riguardo a soluzioni trasformative che vanno oltre il metodo agricolo tradizionale²⁴. Trattasi di una posizione che, sul piano della *soft law*, solleva la necessità di implementare i progressi della tecnica, compresi gli approcci di supporto decisionale (DSS), di *deep learning* (DL) e di *machine learning* (ML). A ben considerare, si versa in presenza di indicazioni univoche volte a rimodellare l'agricoltura convenzionale verso una struttura che sia trasparente ed efficace rispetto agli obiettivi di sviluppo sostenibile. Appare difficile che tali indicazioni portino la politica a scegliere una forma di intervento che possa prevedere il controllo della struttura organizzativa e dei processi aziendali delle imprese agricole; tuttavia, appare ormai evidente la preferenza del regolatore europeo per pratiche agricole di precisione, approfondimenti basati su dati, analisi predittive e sistemi automatici di sicurezza alimentare.

Si riscontra, quindi, una posizione che pone in capo all'imprenditore agricolo il la necessità di reperire i fondi necessari a sostenere eventuali investimenti nella digitalizzazione della propria attività. Non si tratta, quindi, di affrontare le questioni riferibili all'età, all'educazione e all'apertura mentale degli agricoltori (che, a prima vista, potrebbero apparire come un caso particolare di *digital divide*), ma di soffermarsi a considerare che la necessità di nuovi investimenti ascrive una rinnovata centralità alle dinamiche dei flussi di cassa ed alla capacità di generare un cospicuo ritorno economico. Ovviamente, tale necessità pone le premesse economiche per l'avvio di un processo strutturale in cui la finanza – nelle sue molteplici articolazioni (mercati, intermediari, strumenti,

²² Cfr. BATTELLI, *Innovazione tecnologica e gestione della filiera agroalimentare*, cit., p. 455 ss.

²³ Cfr. FALERI, *Le sfide della transizione digitale nel lavoro agricolo*, in *federalismi.it*, 25/2022, p. 116 ss.

²⁴ Cfr. SINGH GILL et al., *The agritech revolution: Artificial intelligence reshaping the agriculture*, in *Current Plant Biology*, 4 Nov 2025, reperibile all'indirizzo <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2214662825001227>.

logiche di valutazione) – possa estendersi sino a permeare ambiti dell'agricoltura tradizionalmente estranei all'intermediazione finanziaria in senso stretto²⁵.

Conseguentemente, appare possibile prevedere che l'indicato processo possa aumentare il peso relativo delle attività finanziarie rispetto a quelle produttive, in quanto imprese dall'elevato fabbisogno tecnologico potrebbero ricorrere a strumenti finanziari per allocare risorse, gestire rischi, remunerare gli investitori²⁶; ciò, con l'effetto che gli agricoltori potrebbero modulare le proprie strategie operative sulla base delle aspettative dei mercati, con effetti sui raccolti, sulla trasformazione e sulla distribuzione del prodotto.

In definitiva, digitalizzazione e finanziarizzazione sono due chiavi di lettura delle trasformazioni in corso che potrebbero spostare il baricentro della *corporate governance* dalle funzioni produttive a quelle finanziarie, con conseguente rafforzamento del ruolo degli investitori istituzionali e delle metriche di mercato rispetto a quello dell'agricoltore.

Da quanto precede appare opportuno approfondire l'ipotesi formulata in premessa, al fine di verificare se gli organismi collettivi di difesa possano assolvere ad una funzione che supporti gli agricoltori nel processo di digitalizzazione e finanziarizzazione. Si tratta, quindi, di riconoscere loro la facoltà di estendere gli interventi a favore degli associati sino a ricomprendere le attività di difesa attiva e passiva delle produzioni che siano basate sulle nuove tecnologie, unitamente al supporto nelle operazioni volte a coprire il relativo fabbisogno economico. Va da sé che un'interpretazione così estensiva, potrebbe proiettare gli organismi in parola verso un ruolo propulsivo che può produrre esternalità positive per la società civile. Ovviamente, essa rappresenta anche uno stimolo verso l'acquisizione di conoscenze specifiche, nonché verso lo sviluppo di una capacità di divulgazione che possa trovare accoglienza presso gli agricoltori stessi.

Del resto, sembra evidente che gli organismi collettivi abbiano tessuto una rete tra gli appartenenti al settore, per cui appare altrettanto chiara la possibilità che il regolatore possa promuovere una loro evoluzione verso forme di intermediazione di nuovo tipo, atte a promuovere la circolazione di innovazioni e capitali.

²⁵ È possibile, quindi, concludere sul punto che il connubio tra agricoltura, tecnologia e finanza rappresenti un ambito di particolare complessità; anche se l'intersezione dei dati di campo con le analisi finanziarie potrebbero recare benefici di vario ordine e grado, in quanto un ampliamento dell'oggetto delle analisi potrebbe attenuare l'incertezza sulle relazioni esistenti tra la produzione agricola, i flussi di cassa e gli effetti economico-finanziario, anche al fine di favorire l'accesso a capitali a costo competitivo o di abilitare investimenti in miglioramenti specifici (e.g. irrigazione di precisione, meccanizzazione efficiente, pratiche conservative del suolo, etc.).

²⁶ Cfr. CARMIGNANI, *Sostenibilità e credito agrario: un binomio difficile?*, in *Rivista di Diritto Alimentare*, 4/2024, p. 57 ss. ove l'A. conclude che la nuova agricoltura – per essere efficiente, tecnologica, “smart” e innovativa, in linea con i propositi della PAC 2023-2027 – richiede un adeguato supporto in termini di accesso al credito.

Potrebbe, quindi, supporre – in chiave *de iure condendo* – una revisione mirata del d.lgs. 29 marzo 2004, n. 102, volta ad ampliare espressamente il perimetro funzionale degli organismi collettivi di difesa, attribuendo loro (oltre alle tradizionali funzioni di gestione mutualistica del rischio, anche) compiti di supporto tecnico-scientifico e di divulgazione informativa, nonché talune prerogative in materia di intermediazione finanziaria al fine di favorire gli investimenti in tecnologie agritech, sistemi di agricoltura di precisione e strumenti di gestione predittiva del rischio. Tuttavia, una simile estensione normativa andrebbe calibrata sulla crescente integrazione tra digitalizzazione dei processi produttivi e finanziarizzazione del comparto agroalimentare, in modo tale che queste nuove attività possano produrre esternalità positive con riguardo alla diffusione dell'innovazione e alla canalizzazione dei capitali necessari alla sua adozione.

Abstract [Ita]

Il saggio analizza il ruolo degli organismi collettivi di difesa dei produttori agricoli nel contesto delle trasformazioni indotte dall'innovazione tecnologica e dalla crescente finanziarizzazione del settore agroalimentare. Muovendo da una lettura costituzionalmente orientata dell'attività agricola e dalla valorizzazione dei principi di utilità sociale, sostenibilità e responsabilità intergenerazionale, l'indagine si concentra sulle potenzialità sistemiche di tali organismi quali intermediari istituzionali tra imprenditori agricoli, politiche pubbliche e mercati finanziari. Dopo aver ricostruito il quadro normativo di riferimento, con particolare attenzione al d.lgs. 29 marzo 2004, n. 102, il lavoro esamina l'evoluzione funzionale degli organismi collettivi di difesa, evidenziandone la progressiva estensione oltre la gestione mutualistica del rischio verso attività informative, preventive e di supporto finanziario.

Parole chiave: organismi collettivi di difesa; agritech; regolazione; innovazione tecnologica; finanziarizzazione; geofinanza.

Abstract [Eng]

This article examines the role of collective defence organisations of agricultural producers in the context of technological innovation and the increasing financialisation of the agri-food sector. Adopting a constitutionally oriented approach to agricultural activity and emphasising principles such as social utility, sustainability and intergenerational responsibility, the analysis focuses on the systemic potential of these organisations as institutional intermediaries between farmers, public policies and financial markets. After reconstructing the relevant legal framework, with particular reference to Legislative Decree No. 102 of 29 March 2004, the paper explores the functional evolution of collective defence organisations, highlighting their gradual expansion beyond traditional mutual risk-management mechanisms towards informational, preventive and financial support activities.

Keywords: collective risk management organizations; agritech; regulation; technological innovation; financialization; geofinance.

Rassegna: *Identidad Latinoamericana*
Dall'Europa all'America Latina e dall'America Latina all'Europa:
diritto, cultura e storia (Roma 7-8 aprile 2025)

Flaviana Monti

Nelle giornate del 7 e 8 aprile si è tenuto, presso la Facoltà di Giurisprudenza Sapienza Università di Roma, il Convegno dal titolo “IDENTIDAD LATINOAMERICANA. Dall'Europa all'America Latina e dall'America Latina all'Europa: diritto, cultura e storia”, organizzato dal professor Antonio Sacoccio in onore del suo maestro, professor Sandro Schipani.

L'evento, a cui hanno partecipato numerosi illustri giuristi provenienti da diverse università del mondo, maggiormente dall'America Latina, è nato con l'obiettivo di stimolare un profondo dibattito sull'identità latinoamericana strettamente collegata con i principi giuridici del diritto romano.

Il Convegno si è aperto formalmente con i saluti istituzionali della professoressa Mirzia Bianca, Direttrice del Dipartimento di Scienze Giuridiche, seguiti dagli interventi della Direttrice del CUIA, la professoressa Carla Masi Doria e del Direttore del Dipartimento di Diritto e Società Digitale di Unitelma Sapienza, il professore Mario Carta.

La prima sessione è stata introdotta dalle autorevoli parole del professor Sandro Schipani, presidente della stessa, che ha voluto evocare gli incontri più significativi dai quali è scaturito il suo interesse per lo studio del diritto latinoamericano. In particolare, ha richiamato alla memoria il convegno del 1975 tenutosi a Buenos Aires, organizzato dal professor Vinischi, in cui è emersa la volontà di approfondire e analizzare il valore del sistema giuridico, riconoscendone l'identità, le radici e i fondamenti nel diritto romano.

Ha poi ricordato il VII Congresso di diritto romano e diritto cinese, svoltosi a Pechino il 22-24 settembre 2024, intitolato “Un codice per un nuovo diritto comune”, incentrato sulla riflessione circa la possibilità di considerare i codici giuridici non come strumenti di legalismo statale, chiusi e autoreferenziali, ma come contributi utili alla costruzione di un diritto comune. Da questa prospettiva è scaturita la sua riflessione sul Codice civile dell'Ecuador, ispirato al Codice civile cileno di Andrés Bello, dove i vuoti normativi vengono colmati mediante il rinvio ai principi generali del diritto universale, fondati sul diritto romano, poiché – come affermato dal Maestro – “*el derecho romano hay que estudiarlo como base de derecho universal*”.

Successivamente, ha preso la parola il professore Antonio Saccoccio, il quale ha introdotto il tema dell'identità latinoamericana, facendo riferimento primariamente al significato contemporaneo di "sistema giuridico latinoamericano" inteso come l'insieme di principi e norme comuni ai popoli situati tra il Rio Bravo e Cabo de Hornos, isole comprese.

Per rappresentare il concetto di identità latinoamericana, il professor Saccoccio ha analizzato la figura di Calibano, protagonista della commedia "La Tempesta" di Shakespeare, presentata nel 1611 alla corte di re Giacomo I. In questa opera, Calibano è rappresentato come un mostro ripugnante, schiavo di Prospero, mentre nelle epoche successive, la sua figura viene reinterpretata come simbolo della natura libera e selvaggia dell'uomo, nonché della lotta anti-colonialista. Molti autori, tra cui Robert Browning, Oscar Wilde, James Joyce e Fernando Pessoa, hanno difatti rielaborato il personaggio, attribuendogli diversi significati, dalla rappresentazione del "buon selvaggio" rousseauiano al simbolo della democrazia moderna in Pessoa.

In merito allo sviluppo dell'identità latinoamericana, il professor Saccoccio ha individuato quattro tappe significative legate a diversi studiosi:

1. Ernest Renan, nell'opera *Caliban*, presenta il personaggio come un barbaro incapace di autodeterminarsi, lasciando emergere la *ratio* giustificatrice della missione civilizzatrice dell'Europa. In questa lettura paternalistica, Calibano rappresenta l'altro, destinato a essere governato.
2. José Enrique Rodó, nel suo saggio *Ariel*, contrappone Calibano – simbolo delle tendenze negative della società – allo spirito etereo e positivo di Ariel. L'autore esprime chiaramente la sua critica all'influenza del Nord America, denunciando l'utilitarismo e il materialismo *yankee*, e affermando l'importanza della cultura e dell'identità regionale latinoamericana.
3. Aimé Césaire, nell'opera *La Tempesta*, attribuisce a Calibano il ruolo di libero e ribelle. La sua narrazione si conclude con il rifiuto del protagonista di tornare servizio di Prospero, divenendo il simbolo della liberazione dal colonialismo.
4. Roberto Fernández Retamar, che pubblica nel 1971 il saggio *Calibán*, in cui il personaggio diventa emblema della resistenza e dell'autodeterminazione. Lo scrittore afferma che i popoli latinoamericani, appropriandosi della cultura dei colonizzatori, non si sottomettono, bensì rivendicano la propria identità.

Nel concludere il suo intervento, il professor Saccoccio ha sottolineato che, alla luce di tale analisi, la vera sfida odierna del giurista latinoamericano consiste nel ripensare il ruolo del diritto come strumento di emancipazione, liberandosi dalle imposizioni esterne e reinterpretando il diritto in chiave autonoma, in relazione alla realtà specifica delle singole società latinoamericane.

Successivamente il presidente della sessione ha ceduto la parola alla Professoressa Patrizia Giunti, ordinaria di Diritto romano e Fondamenti del di-

ritto europeo presso l'Università di Firenze, la quale ha svolto una relazione dal titolo «I processi migratori di fine Ottocento e l'identità italo-brasiliana».

In apertura, la relatrice ha richiamato un recente fatto di cronaca del 28 marzo 2025 riguardante la richiesta di cittadinanza italiana da parte del calciatore Lionel Messi, episodio che le ha consentito di introdurre la questione, più ampia e strutturale, delle attuali politiche italiane in materia di diritto di cittadinanza e delle recenti riforme legislative attuate dal governo, volte a limitarne il riconoscimento. Secondo la relatrice i veri destinatari di queste disposizioni limitatrici sono, di fatto, i discendenti degli emigrati italiani in Brasile, per i quali la possibilità di accedere alla cittadinanza italiana ha sempre costituito una questione centrale. Lo Stato di San Paolo, nel 2013, vantava circa 20 milioni brasiliani di origine italiana, divenendo il cuore del fenomeno italo-brasiliano, ovvero il punto di contatto tra due identità che hanno dato origine ad un modello socio-culturale nuovo.

A fondamento di questo processo vi è la grande emigrazione italiana verso San Paolo, tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo. La professoressa ha richiamato, in particolare, le testimonianze degli italiani che nel giungere nella stazione ferroviaria della città, venivano piacevolmente colpiti dalla presenza diffusa di dialetti della loro lingua madre, che facevano percepire quell'ambiente più simile all'Italia che al Brasile. Proseguendo nella sua analisi, la stessa ha illustrato come, all'inizio del Novecento, si sia verificata una fusione di lingue e dialetti, che ha generato forme linguistiche ibride, tra cui l'"italina", un'interessante commistione tra il veneto e il portoghese. Questo fenomeno linguistico ha aperto la strada a una riflessione più ampia incentrata sulla natura complessa della composizione sociale dei migranti italiani.

La relatrice ha poi distinto tra migranti rurali e urbani: i primi, spesso isolati e difficilmente raggiungibili, impiegati nelle coltivazioni agricole o nei progetti di colonizzazione; i secondi, invece, partecipanti attivi allo sviluppo del capitale industriale brasiliano, alla formazione di una borghesia cittadina e alle prime lotte sindacali, promotori della costruzione di nuovi assetti politici del paese.

Due eventi storici ravvicinati – l'abolizione della schiavitù (13 maggio 1888) e la fine della monarchia con la proclamazione della Repubblica (15 novembre 1889) – costituirono il contesto favorevole per la massiccia immigrazione italiana. Con la fine della schiavitù, lo Stato brasiliano mise in atto una politica migratoria orientata, come ribadito dalla studiosa, a sostituire la manodopera servile con lavoratori "bianchi", gli italiani immigrati che diventarono il fulcro di importanti sviluppi economici e demografici.

Successivamente l'intervento si è articolato su due direttrici interpretative fondamentali: una di tipo giuridico, l'altra di tipo religioso. Sul piano giuridico, la presenza di una forte tradizione romanistica – condivisa con l'Italia – facilitò la formazione di un nuovo Codice civile in Brasile. Sul piano religioso, la Chiesa cattolica svolse un ruolo centrale, in particolare grazie all'opera del vescovo di Piacenza, Giovanni Battista Scalabrini, fondatore della Congregazione dei missionari per gli emigrati. Il Vaticano mostrò fin da subito grande attenzione

al fenomeno migratorio italiano, come si evince dall'enciclica di Papa Leone XIII che denunciava il dramma degli emigranti lontani dalla patria e dalla fede, e sollecitava l'invio di missionari in Brasile per sostenere spiritualmente e culturalmente queste comunità. Infine, la Professoressa Giunti ha ricordato la promulgazione dell'enciclica *Rerum Novarum* del 15 maggio 1891, con cui Papa Leone XIII diede una nuova sensibilità per le questioni sociali e il mondo del lavoro, ponendo così anche la questione migratoria al centro della dottrina sociale della Chiesa.

La seconda relazione della prima sessione è stata affidata al professor Jorge Mena Brito Paz dell'Universidad Nacional Autónoma de México, che ha presentato un intervento dal titolo «*La identidad en Octavio Paz. Paráfrasis para el jurista mexicano*».

Il relatore ha aperto il suo contributo illustrando il breve profilo biografico di Octavio Paz: poeta, saggista, diplomatico e intellettuale tra i più influenti del XX secolo, nato a Città del Messico nel 1914 e insignito del Premio Nobel per la Letteratura nel 1990.

Proseguendo, lo studioso ha delineato la visione dell'identità messicana secondo Paz, dove il messicano non rappresenta un'essenza, ma un processo storico. L'identità non è un mero dato, ma un movimento, una relazione dinamica con il passato. Tale riflessione si struttura attorno a cinque assi fondamentali:

1. la conoscenza storica non è solo quantitativa;
2. le circostanze storiche spiegano il nostro carattere tanto quanto il carattere spiega le circostanze storiche;
3. la realtà storica si nasconde, spesso mostrandosi sotto gli occhi di tutti;
4. ogni mito storico nasce impermeabile alla critica;
5. ogni giudizio su fatti o accadimenti storici è sterile se non si riconoscono le ambiguità e contraddizioni che ne fanno parte.

Tra i molti nuclei concettuali dell'opera di Paz, il relatore ne ha selezionati alcuni particolarmente significativi. L'origine storica del Messico moderno si configura come frutto di una doppia oppressione: quella precoloniale, esercitata da Montezuma, e quella coloniale, imposta da Carlo V. La conquista del Messico fu il risultato dell'alleanza tra gruppi indigeni soggiogati dagli Aztechi e un ridotto numero di conquistadores spagnoli.

La colonizzazione spagnola è spesso denunciata per i suoi abusi, ma – ha osservato il professore, riecheggiando Paz – è importante ricordare che la stessa portò alla rottura dell'isolamento che connaturava le diverse popolazioni. La successiva evangelizzazione ebbe un ruolo importante non tanto per aver indotto negli indigeni la rassegnazione cristiana al male, quanto perché attraverso il battesimo gli stessi trovarono un senso di appartenenza e una collocazione cosmica.

Difatti l'errore più grave commesso dalla “Nuova Spagna” fu quello di non offrire ai popoli indigeni alcun posto, neppure subordinato, nell'ordine sociale. La rivoluzione messicana, inizialmente diretta contro l'alta burocrazia spagnola, fu in realtà una rivoluzione di classe che mancò di universalismo e tolle-

ranza. La causa profonda, secondo Paz, va cercata nella formazione culturale e intellettuale del mondo ispanoamericano, condizionata dalla controriforma e dalla neoscolastica, che soffocarono lo spirito critico.

La prima rivoluzione messicana lasciò il potere nelle mani dell'*élite* erede del vecchio ordine coloniale, incapace di creare una società moderna. Solo con la rivoluzione liberale della metà dell'Ottocento si ebbe un riesame delle basi storiche e filosofiche della società, che tuttavia portò a una triplice negazione: dell'eredità spagnola, del passato indigeno e del cattolicesimo. Il risultato fu una solitudine identitaria: il Messico della fine del XIX secolo, privo di radici e impossibilitato a dialogare con gli Stati Uniti (dominati dalla logica della forza) o con la Spagna, si ridusse a una pallida imitazione della Francia.

La successiva rivoluzione del primo Novecento non colmò questo vuoto. Secondo Paz, la storia politica del Messico è una storia di fallimenti, che proprio nella critica – e dunque nel dialogo – radica la propria speranza. «L'uomo non è nella storia: è storia», ricorda il professore citando Paz.

In chiusura, il professore Paz ha rivolto un appello ai giuristi presenti, sottolineando la portata critica del pensiero di Octavio Paz. Ha richiamato le parole di Ulpiano: "...*Qui nos sacerdotes appellet*" (D. 1.1.1.1), poiché anche il giurista, come il poeta, esercita una funzione critica: coltiva la giustizia, discerne l'equo dall'iniquo, il lecito dall'illecito. L'identità del giurista coincide con la coscienza stessa della propria funzione.

A concludere la prima sessione del convegno è stato il Professor José Félix Chamie dell'Universidad Externado de Colombia, con la relazione «*Bolívar y el derecho romano como claves para interpretar la identidad latinoamericana: la Nueva Roma indígena entre universalidad y particularidad*», sul ruolo del diritto romano e del pensiero bolivariano nella costruzione dell'identità latinoamericana.

Il relatore ha aperto la sua esposizione con una riflessione sulla genesi del termine America Latina, oggi ampiamente consolidato nel lessico giuridico, politico e culturale. Il termine *Amérique Latine* è comparso per la prima volta in Francia nel XIX secolo, nel contesto delle trasformazioni geopolitiche seguite all'indipendenza delle colonie spagnole. A coniarlo furono intellettuali vicini al pensiero di Henri de Saint-Simon, in particolare Michel Chevalier, che nella sua opera *Amérique du Nord* (1836) scriveva: «Le razze latine dell'America condividono la grande origine linguistica e spirituale che le distingue nettamente dalle razze anglosassoni del Nord».

Accolta con finalità difensiva nel mondo ispano-americano, la nozione venne adottata come strumento culturale di resistenza all'egemonia anglosassone. Il primo a utilizzarla in lingua spagnola fu il colombiano José María Torres Caicedo, che nel poema *Las dos Américas* (1856) scriveva: "*¡Levántate, raza latina, y marcha hacia el porvenir glorioso!*". In questo passaggio vi è un salto concettuale decisivo: la "*Latinoamérica*" diventa un progetto identitario e

politico para-americano, fondato su una comune matrice linguistica, religiosa (il cattolicesimo), giuridica (il diritto romano) e culturale (l'umanesimo).

Il relatore ha quindi richiamato le parole di José Martí per ribadire la necessità di costruire un'identità di pensiero realmente autonoma: "Pensare è prevedere, e prevedere significa assumere la nostra storia e cultura come elementi costitutivi del pensiero stesso". In quest'ottica, l'epistemologia latinoamericana deve emanciparsi dallo sguardo coloniale e partire dalle proprie realtà storiche e spirituali.

In questo quadro si colloca la figura di Simón Bolívar, *El Libertador*, che – come sottolineato dal professore – rappresenta una svolta fondamentale nella costruzione dell'identità politico-giuridica dell'America Latina. Bolívar guidò il processo di indipendenza della Nuova Granada (l'attuale Colombia) e pose le basi per la nascita delle nuove repubbliche.

Tre sono le dimensioni fondamentali del suo pensiero secondo quanto riferito da José Félix Chamie:

1. La storia come fondamento dell'identità. Bolívar concepiva l'identità latinoamericana come una sintesi storica culturale.
2. Il diritto e le istituzioni come strumenti di coesione. Per lo scrittore, la libertà non può esistere senza disciplina e legalità e senza un sistema giuridico solido e duraturo, ispirato ai principi del diritto romano e arricchito dall'esperienza moderna.
3. La concittadinanza e il dovere civico come espressione di appartenenza. Seguendo il modello romano repubblicano, Bolívar valorizza la partecipazione attiva alla vita politica, militare e giuridica. In tal senso, propone una nuova forma di concittadinanza per l'America postcoloniale, fondata sull'educazione, sul senso civico e sulla responsabilità collettiva.

In conclusione, il professor Chamie ha ribadito come Bolívar non volesse imitare sterilmente l'Europa, ma creare un'America Latina capace di elaborare un proprio pensiero politico e giuridico, autonomo e radicato nella sua esperienza: "la sfida, oggi, non è solo quella di riprendere l'eredità bolivariana, ma di reinterpretarla, proiettandola nel futuro". In quest'ottica, il richiamo al diritto romano non va inteso come un atto di sottomissione alla tradizione occidentale, ma come un dialogo critico capace di dar vita a una nuova Roma indigena, in cui universalità e particolarità possano coesistere armonicamente.

Dopo la pausa caffè, ha preso avvio la seconda sessione della giornata, presieduta dal Professor Matteo Nacci, che ha introdotto il primo relatore della stessa, il Professor Adolfo Wegmann Stockebrand della Pontificia Universidad Católica de Chile. L'intervento, dal titolo «*Ciencia jurídica latinoamericana y derecho comparado: algunas reflexiones a propósito del mos latinoamericanus iura legendi de Alejandro Guzmán Brito*», riguarda la riflessione e il pensiero del giurista cileno Alejandro Guzmán Brito, e in particolare alla sua concezione del mos latinoamericanus iura legendi, ovvero del peculiare approccio latinoamericano allo studio del diritto.

Il Professor Wegmann ha aperto la sua relazione soffermandosi sul significato del titolo del suo intervento, chiarendo come esso intenda riprendere e sviluppare l'idea, cara a Guzmán Brito, di un metodo di lettura del diritto romano specifico per il contesto latinoamericano, capace di confrontarsi sia con la tradizione romanistica che con le moderne codificazioni.

Nel pensiero di Guzmán Brito, si trova una profonda riflessione sulla dialettica tra *mos italicus* e *mos gallicus*, e sulla possibilità di reinterpretare tali modelli alla luce della realtà giuridica dell'America Latina. Prima dell'affermarsi dei codici moderni, il diritto applicato nelle Americhe non differiva radicalmente da quello europeo, poiché poggiava anch'esso sul *Corpus Iuris Civilis*. Proprio questa continuità spiega la persistenza del diritto romano come riferimento fondamentale nella pratica giuridica latinoamericana.

Il professor Wegmann ha quindi esposto le quattro ragioni principali individuate da Guzmán Brito per spiegare la perdurante rilevanza del diritto romano in America Latina:

1. Fondamento interpretativo e applicativo. Il *Corpus Iuris Civilis* è stato considerato una base essenziale per comprendere e applicare il diritto, fungendo da riferimento per la formazione di concetti giuridici e principi generali.
2. Formazione dei giuristi. La cultura giuridica si è sviluppata a partire dalla tradizione romanistica. Questo ha influenzato la costruzione del diritto positivo e la sua applicazione, generando una produzione normativa e dottrinale ispirata alla romanità ma adattata al contesto ispano-americano (*producción jurídica a la romana castellanizada*).
3. Criterio di equità e giustizia. Il diritto romano è stato utilizzato come parametro per valutare l'equità. Esempio è il caso del Codice civile cileno, i cui articoli 19–24 stabiliscono criteri interpretativi che richiamano direttamente lo “spirito generale della legislazione” e il “diritto naturale”, in linea con la tradizione romanistica.
4. Percezione di superiorità del diritto romano. Diffusa è la convinzione, ancora viva, che il diritto romano costituisca una “ragione scritta” di straordinario valore, dotata di una coerenza e una razionalità esemplari.

Sulla scia di queste considerazioni, il Professor Wegmann ha evidenziato come le riflessioni di Guzmán Brito si possano efficacemente estendere anche al diritto comparato. Esso, al pari del diritto romano, svolge un ruolo di supporto e di interpretazione nel diritto contemporaneo, assumendo una funzione sussidiaria e critica.

In America Latina – ha spiegato il relatore – il diritto comparato si configura come una disciplina autonoma, utilizzata come fonte argomentativa di supporto. In Cile, ad esempio, esso serve da strumento ausiliario nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale; caso emblematico è l'utilizzo della dottrina civilistica italiana e, in particolare, del pensiero giuridico di Emilio Betti, per dirimere le questioni su tematiche non espressamente disciplinate dal codice, come la nullità parziale del contratto.

Il Professor Wegmann ha infine affermato che tanto il diritto romano, quanto il diritto comparato devono essere intesi come scienze vive, capaci di svolgere una funzione critica nel diritto contemporaneo, attraverso un approccio comparatistico tanto diacronico quanto sincronico.

Tuttavia – ha osservato con tono provocatorio – tale uso del diritto comparato può assumere anche i tratti di un colonialismo giuridico autoimposto: sono infatti gli stessi giuristi latinoamericani a ricorrere a paradigmi stranieri per fondare le proprie costruzioni teoriche e pratiche, rinunciando talvolta alla valorizzazione piena delle proprie tradizioni e specificità.

La seconda sessione del convegno è proseguita con la relazione della professoressa Sabrina Lanni, ordinaria di Diritto privato comparato presso il Dipartimento di Studi internazionali, giuridici e storico-politici dell'Università degli Studi di Milano. Il suo intervento, dal titolo «I popoli indigeni e l'identità del diritto latinoamericano nel sistema di *civil law*», ha snodato la riflessione giuridica e culturale sul ruolo dei popoli indigeni nella definizione dell'identità giuridica latinoamericana.

La relazione ha preso l'avvio richiamando il pensiero di Antonio Montesino, e la sua riflessione etica sulla conquista e sull'alterità dell'uomo occidentale. La relatrice ha messo in luce come i popoli indigeni siano stati identificati nel tempo con molteplici denominazioni: popoli nativi, tribali, ancestrali o primitivi; tali etichette, spesso imprecise e fuorvianti, in certi contesti, sono state adottate dagli stessi soggetti cui si riferiscono, anche in ambito statale e internazionale.

Nel campo del diritto comparato, la questione identitaria si affronta anche attraverso il concetto di traduttologia giuridica, in particolare intorno ai termini popolo e indigeno. La stessa Dichiarazione ONU sui diritti dei popoli indigeni non offre una definizione puntuale del termine indigeno, rimanda piuttosto tale compito al criterio di autoidentificazione: i popoli indigeni hanno il diritto di definire la propria identità e appartenenza secondo le loro tradizioni e costumi. Il riferimento ai popoli indigeni, e non a minoranze indigene, è segno – ha osservato la professoressa Lanni – di un riconoscimento implicito della loro soggettività giuridica autonoma. Una posizione, questa, che individua i popoli indigeni come una terza categoria rispetto a popoli e minoranze.

Tuttavia, ha spiegato la relatrice, permane una difficoltà di sovrapposizione tra il concetto di popolo indigeno e quello tradizionale di popolo, che nella dottrina giusinternazionalistica si è sviluppato su base statale e territoriale.

La professoressa ha quindi posto un interrogativo cruciale: qual è la tappa fondamentale di questo processo di riconoscimento? La risposta è rinvenuta nel concetto di *pacha mama*, madre terra, che ha assunto un rilievo normativo in diverse costituzioni latinoamericane contemporanee – in particolare in quella dell'Ecuador e della Bolivia – fungendo da punto di convergenza tra diritto indigeno, spiritualità e protezione ambientale.

Negli ultimi decenni, i diritti dei popoli indigeni hanno vissuto una rielaborazione dottrinale profonda, fondata sulla necessità di un incontro tra culture giuridiche e sul passaggio dal multiculturalismo all'interculturalismo, ovvero dalla semplice convivenza di culture alla loro interazione reciproca. Un esempio paradigmatico è rappresentato dalla Costituzione boliviana, che ha riconosciuto esplicitamente la diversità culturale come fondamento dello Stato plurinazionale comunitario, e ha affermato il valore dell'interculturalità come strumento per garantire coesione e convivenza armonica tra i popoli.

La professoressa ha sottolineato come il riconoscimento dei diritti dei popoli indigeni nelle costituzioni latinoamericane sia avvenuto in forme autonome rispetto al diritto internazionale. Emblematici in tal senso sono il linguaggio normativo e la semantica dei diritti: nella Costituzione brasiliana si parla di diritti originari, e non semplicemente di diritti fondamentali, mentre in quella colombiana si mantiene una distinzione esplicita tra tali categorie. Questo nuovo paradigma giuridico ridefinisce anche il concetto di uguaglianza, non più come uniformità davanti alla legge, ma come eguaglianza nella differenza, alla base di una democrazia plurale e partecipativa.

La relatrice ha poi delineato le meta-costanti delle tradizioni giuridiche indigene: l'oralità, l'assenza di istituzioni formali, il ruolo centrale della famiglia e della collettività, il ruolo consultivo degli anziani, la presenza di un diritto informale e non istituzionalizzato, e una profonda visione cosmologica del mondo che funge da antidoto alla mercificazione delle risorse naturali.

In questa prospettiva si colloca anche il riferimento alla *chacana*, la croce andina pre-cristiana che rappresenta i quattro livelli del *pacha* e simboleggia il centro della vita.

Infine, la professoressa Lanni ha sottolineato come il concetto di *pacha mama* sia oggi parte integrante del linguaggio legislativo latinoamericano, in particolare nelle norme che pongono l'accento sul diritto alla natura e sulla sua riparazione come espressione di un'etica ambientale. Il preambolo della Costituzione boliviana del 2009, con l'espressione "*colgamos esta sagrada tierra con la fortaleza de nuestra pacha mama*", è, in questo senso, rivelatore. La *pacha mama* non è più oggetto, ma soggetto di diritti. In questo senso, la Costituzione brasiliana ha introdotto un significativo cambiamento: dal concetto di riserva indigena si è passati a quello di territorio indigeno, riconosciuto come realtà autonoma e vivente.

Un ulteriore passo è stato compiuto dal nuovo Codice civile argentino, dove all'articolo 18 si riconosce per la prima volta, all'interno del sistema *civil law*, il diritto alla terra indigena.

In chiusura, la professoressa ha lanciato una provocazione riflessiva: Cosa insegnano i popoli indigeni al sistema giuridico latinoamericano? In un'epoca dominata dal consumo, mercificazione e degrado ambientale, essi richiamano l'uomo contemporaneo a rivedere il proprio rapporto con la terra. La corsa cieca verso la distruzione ci sta portando contro un muro: i popoli indigeni ci esortano a scendere prima che sia troppo tardi.

Il presidente della sessione ha poi ceduto la parola al professore Rafael Santa Maria, Decano e Direttore Accademico della Facoltà di Derecho, Universidad Católica San Pablo (Arequipa, Perù), per il terzo intervento dal titolo «I diritti degli indigeni e la sintesi culturale peruviana: contributi all'identità latinoamericana»

Il professore Rafael Santa Maria ha aperto la sua relazione sottolineando due aspetti principali: il primo relativo al consolidamento della figura dell'indigeno in Perù come espressione della sintesi culturale; il secondo, la sintesi culturale stessa come esempio emblematico di identità latinoamericana. Egli ha evidenziato come l'incontro tra due culture abbia generato la creazione di un nuovo diritto, il diritto indigeno; ha quindi ricordato il momento storico cruciale del 1532, anno in cui l'arrivo di Francisco Pizarro in Perù aprì al dialogo non solo l'ambito sociale e culturale, ma anche l'ambito giuridico. In questo contesto, il relatore ha voluto sottolineare alcuni aspetti fondamentali legati sia alla tradizione spagnola che a quella peruviana; in primo luogo, ha analizzato i contributi culturali e giuridici della Spagna al Perù nel XVI secolo. Prima del XVI secolo, il diritto ispanico si fondava su una ricca tradizione giuridica di matrice romanistica, evolutasi dopo la caduta dell'Impero Romano d'Occidente, influenzata dall'invasione araba e dalla successiva riconquista. Particolarmente rilevante fu il consolidamento dello *ius commune*, influenzato dalla scuola di Bologna e sviluppato nelle Università spagnole di Valladolid e Salamanca. Il diritto ispanico si presentava come un sistema giuridico complesso, comprendente diritto civile e diritto canonico. Nel 1265, il re Alfonso X, conosciuto come "il saggio" promulgò la *Ley de las Siete Partidas*, scritta in castigliano e basata su fonti romane e canoniche, espressione fondamentale del diritto comune in Spagna. Successivamente, nel 1348, l'Ordinamento di Alcalá stabilì la gerarchia delle fonti del diritto, ponendo al primo posto la legge del Regno. Con la riconquista e la scoperta dell'America, la Spagna non mirava solo all'unità politica e religiosa, ma anche a quella giuridica: nacque così, all'interno dello *ius commune*, il *ius indiano* o diritto indiano. Fondamentale fu la promulgazione nel 1512 della *Lega dei Burgos*, il primo corpus normativo sul trattamento degli indigeni nel Nuovo Mondo. Con questi presupposti gli spagnoli si approcciarono all'Impero Inca.

Successivamente il professore Santa Maria ha ricordato la realtà peruviana antecedente alla conquista: il Perù moderno non esisteva, ma vi era l'Impero *Tawantinsuyu*, una cultura autoctona, indipendente dall'Occidente e influenzata solo da culture pre-incaiche. All'apice della sua espansione comprendeva Perù, Argentina, Bolivia, Colombia, Cile ed Ecuador. Dal punto di vista giuridico, la consuetudine era la fonte principale del diritto, che rifletteva una visione comunitaria e relazionale della norma, spesso intrecciata con aspetti religiosi ed economici. La caduta dell'impero nel XVI secolo fu in parte causata da divisioni interne, in particolare nella nobiltà Inca, e ciò favorì l'alleanza di alcuni indigeni con gli spagnoli. L'arrivo di Pizarro nel 1533 segnò la fine dell'Impero Inca e comportò una crisi etica della conquista. Dopo le lotte

interne tra conquistatori e la creazione del Vicereame del Perù, si sviluppò una struttura politica e giuridica collegata alla Spagna, che impose il sistema giuridico europeo anche in America. In questo quadro, si affermò il concetto di Repubblica come insieme delle leggi che regolavano gruppi sociali distinti, tutti soggetti allo stesso re. In America nacquero così la Repubblica degli spagnoli e quella degli indigeni. La Corona riconobbe il diritto degli indigeni a conservare parte della loro organizzazione sociale e a mantenere i propri costumi purché non contrastassero con la legge naturale e la fede cristiana. Il diritto indiano emerse come un sistema giuridico che integrava norme specifiche per gli indigeni, con prevalenza del diritto indigeno e uso sussidiario del diritto castigliano. Con la creazione del vicereame, tale sistema si consolidò istituzionalmente, riconoscendo però gli indigeni come soggetti di diritto considerati “miserabili” e inferiori. Nel 1542, la promulgazione delle leggi di Carlo I (Carlo V) rappresentò un tentativo di difesa dei diritti indigeni.

Tuttavia, con l'influenza borbonica cambiò il paradigma: si passò da un modello corporativo pluralista a un modello centrato sull'individuo e sull'efficienza economica. Il Vicereame terminò con la nascita della Repubblica, che nel 1823 adottò la prima Costituzione peruviana, riconoscendo i peruviani quali cittadini, soggetti di diritto, mentre, nei confronti degli indigeni mantenne una sostanziale inferiorità sociale. In particolare, nonostante il Codice civile sancisse formalmente l'uguaglianza, nel diritto fiscale, tale uguaglianza non venne applicata, in quanto prevedeva per i suddetti condizioni discriminatorie, almeno fino al 1920, anno in cui vennero riconosciuti formalmente e costituzionalmente i loro diritti.

Il professor Santa Maria ha infine evidenziato come, nonostante i cambiamenti storici, il diritto indigeno peruviano abbia mantenuto la sua natura plurale e sincretica, integrando elementi ispanici e incaici e conservando nella consuetudine una forte presenza identitaria. L'attuale Costituzione del Perù riconosce infatti l'autorità delle comunità indigene nell'esercizio della giurisdizione secondo il diritto consuetudinario. Il relatore ha concluso affermando che la storia giuridica peruviana rappresenta una sintesi culturale di grande valore, dove il rispetto della dignità umana e il principio di uguaglianza sono alla base della convivenza sociale, espressione di un'identità che è al tempo stesso peruviana e latinoamericana.

A conclusione dell'ultima sessione della giornata l'intervento del professor Ignazio Castellucci dell'Università di Teramo, intitolato «L'identità latinoamericana nel prisma del diritto al nome in Argentina». Il relatore Ignazio Castellucci ha proposto un intervento originale, capovolgendo il consueto approccio giuridico: invece di analizzare il diritto attraverso la società, ha scelto di esaminare la società latinoamericana, e in particolare quella argentina, attraverso uno specifico istituto giuridico, il diritto al nome. Un vero e proprio “prisma” – così lo ha definito – attraverso cui osservare un secolo di storia, cultura e identità. Riprendendo un contributo da lui scritto, Castellucci ha

evidenziato come il diritto al nome, uno dei più identitari del diritto civile, sia storicamente sfuggente nella sua natura: nella tradizione argentina, infatti, non è stato sempre inquadrato né come un vero diritto, né come un dovere, ma piuttosto come una posizione sui generis, in costante tensione tra il soggetto e lo Stato.

Nel suo excursus storico-giuridico, il professore ha illustrato come, all'inizio del Novecento, in Argentina mancasse una disciplina normativa scritta sul nome: la regolazione avveniva per via giurisprudenziale, tramite richiami a tradizioni iberiche o al diritto romano. La giurisprudenza si muoveva in un quadro di pluralismo giuridico fluido, riflettendo la natura composita e multiculturale del paese, alimentata da un'immigrazione imponente e variegata. A partire dal 1945, ha spiegato il professore, un governo militare di fatto introduce per decreto una prima disciplina esplicita sul nome, orientata però a una politica identitaria ispanocentrica: i nomi stranieri e persino quelli autoctoni venivano vietati, in nome di una "tutela dell'identità nazionale". Questa impostazione, come ha notato Castellucci, ha avuto scarso successo effettivo ma ha lasciato un'impronta duratura, alimentando un conflitto tra esigenze individuali di identità e funzione pubblica di identificazione. Sotto la guida del giurista Guillermo Borda, venne varata una riforma più sistematica, ma comunque ancorata a una visione del nome come questione di ordine pubblico e polizia amministrativa, separata dal diritto civile propriamente detto. Il nome restava disciplinato da una legge speciale, autonoma rispetto al Codice civile, in un quadro in cui l'identificazione era considerata una prerogativa statale piuttosto che un diritto individuale. Bisognerà attendere gli anni Ottanta e la fine della dittatura militare perché inizi un lento processo di riforma. Una prima apertura si ha con la possibilità, seppur limitata, di attribuire nomi provenienti dalla tradizione autoctona o latinoamericana. Tuttavia, ha sottolineato il relatore, si tratta sempre di una riforma carica di implicazioni politiche: l'ammissione di certi nomi diventa una dichiarazione di riconoscimento culturale. È solo con la riforma del Codice civile del 2015 che il diritto al nome viene finalmente collocato tra i diritti fondamentali della persona, all'interno del titolo sui diritti personalissimi. La disciplina si evolve da una concezione di ordine pubblico verso un riconoscimento pieno dell'identità individuale. Sebbene le regole tecniche non siano molto diverse da quelle precedenti, è cambiata la gerarchia dei valori: il diritto al nome non è più subordinato alla funzione di controllo dello Stato, ma espressione dell'identità personale. Il professore ha concluso con due esempi emblematici del nuovo corso normativo argentino: oggi è possibile cambiare nome senza necessità di motivazione nei casi di: incongruenza con l'identità di genere; quando il nome che si porta è frutto di una soppressione di stato. Questi casi, ha affermato, rappresentano l'emersione della persona sulla funzione pubblica, e testimoniano un percorso evolutivo in cui il diritto al nome ha progressivamente smesso di essere uno strumento di identificazione imposto, per divenire espressione dell'identità del singolo.

La seconda giornata del convegno si è aperta sotto la presidenza della professoressa Rosanna Ortu, ordinaria di Diritto romano, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Sassari, che ha introdotto i lavori salutando e ringraziando il professor Schipani e il professor Saccoccio e tutti i colleghi presenti.

A inaugurare la prima sessione è stato l'intervento del professor Stefano Tedeschi dell'Università Sapienza di Roma, dedicato alla figura e all'opera dello scrittore argentino Elias Castelnuovo con una relazione dal titolo «L'esperienza del carcere minorile nei racconti di Elias Castelnuovo».

Il professore ha presentato una raccolta dal titolo *Larvas*, pubblicata nel 1931 in Argentina, composta da otto testi incentrati sull'esperienza del carcere minorile, narrata con uno stile crudo, realistico, e fortemente orientato alla denuncia sociale. Per comprendere appieno il valore e la particolarità di quest'opera, Tedeschi ha inquadrato l'autore e il contesto storico-letterario in cui si colloca.

Fin dai primi del Novecento, in America Latina si delineò una corrente nota come letteratura proletaria, che si è sviluppata su due fronti: da una parte, la descrizione della vita delle classi lavoratrici con i toni del verismo e naturalismo; dall'altra, la scrittura di autori provenienti essi stessi dal proletariato, che usavano la letteratura come strumento di emancipazione e diffusione culturale.

In Argentina, questa corrente si è organizzata, negli anni venti, nel cosiddetto Gruppo di Boedo, dal nome della via della tipografia della casa editrice *Claridad*, legata al movimento sindacale anarchico. Gli scrittori di Boedo si opponevano idealmente al gruppo elitario e sostenevano il principio secondo il quale "i nuovi tempi richiedono nuovi modi di vita". Elías Castelnuovo, figura centrale di Boedo, rivendicava con orgoglio il suo contributo alla nascita della letteratura proletaria in Argentina in un momento in cui ancora "nessuno ne parlava".

Castelnuovo, nato in Uruguay da una famiglia di migranti italiani, fu tipografo, insegnante, attivista sindacale e promotore culturale. Nel 1933 fondò *La Unión de Escritores Proletarios*. L'esperienza del carcere minorile da lui narrata nei racconti di *Larvas* è frutto di un anno di servizio che ha svolto personalmente in un istituto correzionale, e ciò ha conferito ai suoi testi valore testimoniale.

I racconti sono narrati in prima persona da una figura di insegnante o educatore carcerario e si intitolano con il soprannome dei protagonisti, ad eccezione dell'ultimo, dedicato all'unica ragazza del gruppo, Annamaria. I personaggi sono minorenni abbandonati, reclusi, segnati dalla malattia, dalla povertà e da un destino già compromesso. Castelnuovo evita qualsiasi forma di sentimentalismo: il suo realismo è crudo, spietato, ironico e spesso permeato da scetticismo.

Il carcere minorile, così come descritto dall'autore, non è uno spazio rieducativo, ma un ambiente che riproduce e intensifica la marginalità, trasforman-

do vittime in mostri. Il professore ha poi precisato come lo sguardo dell'autore non indulge né nella pietà né nella retorica dell'infanzia innocente: le storie sono presentate nella loro brutale materialità, come vite su cui il potere ha agito unicamente attraverso la reclusione.

Tra i racconti, spicca quello di Annamaria, unico spiraglio di solidarietà e possibile riscatto. Difatti la giovane, figlia di una prostituta, si impegna nel superare l'eredità materna, cercando una via d'uscita dalla miseria morale e sociale.

Tedeschi ha riconosciuto che Castelnuovo, attraverso l'esasperazione dei toni, sfociando talvolta nel grottesco, è riuscito a rappresentare l'indicibile: l'annientamento della volontà individuale nei luoghi di reclusione. I personaggi non agiscono liberamente, ma come ingranaggi di un sistema che li ha disumanizzati. Questo approccio letterario pone l'autore in continuità con quella che sarà, decenni dopo, la letteratura testimoniale latinoamericana, di cui Castelnuovo rappresenta una precoce e consapevole anticipazione.

In conclusione, Tedeschi ha evidenziato come i racconti diventino così maschere narrative, strumenti per far emergere l'orrore e l'abisso umano senza scadere nella retorica, offrendo una riflessione ancora oggi attuale sul potere, sull'educazione e sull'abbandono sociale.

A seguire, la professoressa Rosanna Ortu ha dato la parola alla professoressa Lucy Bell dell'Università Sapienza di Roma per il secondo intervento della giornata intitolato «Raccontarsi dal carcere. Una riflessione su progetti culturali con detenute, tra Messico e Italia».

La relatrice Lucy Bell ha aperto il suo intervento con una riflessione sul carcere nella contemporaneità e sull'importanza della scrittura come pratica trasformativa dell'individuo, all'interno delle strutture detentive. A tale affermazione è pervenuta grazie alle molteplici esperienze che ha vissuto in prima persona come volontaria all'interno delle carceri. Ha raccontato la sua prima esperienza in carcere nel 2019, in collaborazione con una casa editrice "cartonera" – parte di una rete editoriale latinoamericana che realizza libri con cartone riciclato – il cui obiettivo è rendere accessibile il mondo della lettura e dell'editoria anche a chi vive in condizioni di marginalità sociale.

Quella prima esperienza, ha dichiarato la studiosa mostrando alcune immagini, le ha fatto scoprire la forza della scrittura e dell'editoria come pratiche collettive all'interno del carcere. In seguito, la relatrice, ha introdotto la sua seconda esperienza tramite la partecipazione al progetto *Prisoner Publishing*, nato in collaborazione con l'Università di Cardiff e tre case editrici, tra cui la collettiva *Hermanas en la Sombra*. Lo scopo del predetto progetto era quello di esplorare l'uso della scrittura autobiografica – la *historia de vida* – come strumento trasformativo, sia a livello individuale sia comunitario, capace di scardinare l'immagine stereotipata e mostruosa della persona incarcerata. In questo contesto, la scrittura diviene anche un atto politico: non è la detenuta a dover essere rieducata, ma la società a dover cambiare sguardo.

Bell ha poi spiegato il concetto di “doppia pena”, elaborato dall’antropologa messicana Marcela Lagarde, secondo cui le donne detenute pagano non solo per la violazione della legge, ma anche per aver trasgredito il ruolo sociale di madri e mogli. Le donne vengono spesso punite più duramente degli uomini per gli stessi reati.

Le tre esperienze che hanno maggiormente coinvolto la relatrice:

1. Il carcere di Puente Grande in Messico: in questo laboratorio, svolto nel cortile – spazio comunitario per eccellenza – i prodotti realizzati erano collettivi, espressione di esperienze condivise. Il progetto ha avuto un impatto tanto positivo per la comunità carceraria che il direttore ha autorizzato l’ingresso delle televisioni in carcere, offrendo alle donne detenute la possibilità di essere testimoni e autrici in prima linea non apparendo più come mostri o vittime.
2. Il collettivo *Hermanas en la Sombra*: fondato da donne indigene che, non sapendo scrivere in spagnolo, hanno raccontato le proprie storie a donne meticce affidando a quest’ultime il compito di trascriverle. È stato un esempio virtuoso di co-produzione del sapere, lontano dalle dinamiche estrattive della ricerca accademica tradizionale. Il progetto ha anche contribuito a ricostruire reti sociali spezzate dall’esperienza carceraria, promuovendo la sorellanza come strumento politico.
3. Il progetto Spazio Dentro presso il carcere femminile di Rebibbia, Italia: ha coinvolto studentesse e studenti in un percorso interdisciplinare tra architettura, studi dello spettacolo e letteratura. Le detenute hanno contribuito direttamente al ridisegno dello spazio centrale del carcere, ispirando anche la realizzazione di un giardino, nato proprio dal racconto di una detenuta.

La professoressa ha sottolineato l’importanza, come ricercatrice, di non fare un’attività di semplice “ricerca estrattiva”, ma di produrre insieme ai protagonisti attraverso le loro esperienze, degli strumenti letterari, saperi e narrazioni: per esempio, nel progetto *Hermanas* sono stati redatti manuali per condividere pratiche replicabili in altri contesti carcerari. A questo si aggiunge l’esperienza della traduzione collaborativa di alcuni testi con gli studenti della Sapienza e il tentativo – riuscito solo in Argentina – di scrivere una memoria di un detenuto attraverso incontri telematici tramite la piattaforma Zoom.

In chiusura, la studiosa ha evidenziato come, nonostante le crescenti difficoltà e le condizioni sempre più critiche delle carceri (in Messico, Inghilterra, Italia), questi progetti abbiano rappresentato per molte donne un percorso di riappropriazione di sé: persone che all’inizio si presentavano solo con il numero identificativo del carcere, alla fine si riscoprivano con nome, voce e identità, parte attiva di un collettivo.

Al termine della prima sessione della giornata, la professoressa Elena Riondale dell’Università Sapienza di Roma ha preso la parola esponendo il suo intervento intitolato «Ricordo della morte, di Miguel Bonasso, e il racconto infernale della dittatura Argentina».

Il romanzo *Ricordo della morte di Miguel Bonasso*, pubblicato in Argentina nel 1984, in concomitanza con il ritorno alla democrazia, definito romanzo reale dallo stesso autore, si configura come un'opera ibrida a metà tra testimonianza e finzione, costruita su esperienze autentiche, che rappresenta un esempio paradigmatico della cosiddetta "letteratura testimoniale".

Negli ultimi anni – osserva la relatrice – si è assistito a una fioritura di studi sul rapporto tra letteratura e diritto, e tra letteratura e diritti umani, con particolare attenzione alle dittature militari dei paesi del Cono Sud. Tali ricerche si intrecciano con quelle dedicate alla memoria e alla post memoria, quest'ultima focalizzata sulle narrazioni della generazione dei figli (*i músicos* in spagnolo).

Ritondale propone una lettura del romanzo attraverso una lente transdisciplinare, basata su prospettive teoriche europee e latinoamericane, in grado di decifrare rappresentazioni della violenza di Stato. Presenta brevemente l'autore, Miguel Bonasso (Buenos Aires, 1940), giornalista e scrittore, militante nei Montoneros (ala politica) e fondatore del quotidiano *Noticias*. Condannato a morte dalla giunta militare, Bonasso visse in clandestinità dal 1974 al 1977, per poi rifugiarsi prima in Italia e successivamente in Messico.

Il romanzo *Ricordo della morte* nasce da una serie di interviste condotte tra il 1981 e il 1983 con diversi protagonisti, tra cui Dri, sopravvissuto al centro di detenzione e tortura della ESMA (*Escuela de Mecánica de la Armada*). Le interviste non sono trascritte direttamente, ma trasposte in forma narrativa, il che conferisce al testo una struttura eterodiegetica con occasionali incursioni del narratore in prima persona (Bonasso stesso), la cui presenza tematizza il processo di scrittura segnato dall'esilio condiviso con l'informatore.

Accanto alla narrazione principale, Bonasso inserisce episodi riguardanti altri detenuti, anche deceduti al momento della stesura, e utilizza materiali documentari (articoli, lettere, documenti reali) mescolati a elementi di finzione. Fondamentale è poi l'intertestualità con la Divina Commedia di Dante, che fornisce una struttura metaforica per rappresentare la discesa agli inferi vissuta dai prigionieri.

Il racconto inizia a Roma nel 1979, con una riunione della dirigenza montonera che riesce a depistare le spie della Marina argentina inviate per catturare Dri. Da qui il romanzo si sviluppa per flashback che rievocano eventi reali, spesso vissuti direttamente da Bonasso. Il contesto storico è quello della dittatura militare argentina (1976–1983), inserita però in una cornice più ampia: quella della Guerra Fredda e delle operazioni transnazionali anticomuniste.

La relatrice ha introdotto quindi alcuni riferimenti teorici fondamentali. In primo luogo, Michel Foucault, con la sua analisi del potere disciplinare e del controllo sui corpi, concetti centrali nella rappresentazione dei centri di detenzione. Il potere – osserva Foucault – si manifesta nei suoi estremi, si fa capillare, e produce i suoi effetti nei soggetti. Tuttavia, il paradigma foucaultiano, nato nel contesto europeo della modernità (carceri, manicomi, scuole), può risultare parziale nei contesti geopolitici come quello latinoamericano, dove dominano meccanismi di repressione militare e politica più evidenti.

A partire da Foucault, Ritondale ha richiamato anche gli studi di Achille Mbembe, in particolare la sua concettualizzazione del necropotere e del regime necropolitico. Secondo Mbembe, il potere coloniale (prima ancora dei campi nazisti) ha istituito lo stato di eccezione come norma, normalizzando la distruzione dei corpi, ridotti a oggetti usa e getta, eccedenti la nuda vita. In queste dinamiche, il nemico viene fittiziamente costruito e la sua eliminazione diventa giustificata. La morte – nel contesto necropolitico – entra a far parte dell'economia del potere.

Il romanzo di Bonasso evidenzia esemplarmente questi topoi: la creazione del nemico, la sua disumanizzazione, la valorizzazione della morte come forma di controllo. Ne è emblematica la cattura del protagonista, narrata in forma intensa: l'angoscia, la perdita di diritti, l'annullamento della speranza, la riduzione del corpo a oggetto privo di identità. I detenuti vengono privati di riferimenti temporali e spaziali, sottoposti a privazioni, dolore e manipolazione psichica.

Nel microcosmo del centro di detenzione, i corpi degli aguzzini controllano quelli dei prigionieri, con l'obiettivo di trasformare i barbari in corpi docili, arruolando ex montoneros per partecipare alla repressione dei loro stessi compagni. La disciplina carceraria regola gli spazi, il tempo, i comportamenti. In questo contesto, la voce del protagonista emerge con forza, in una confessione che ha valore autobiografico: "Prima di cadere credevo che per resistere al tradimento fossero fondamentali le convinzioni ideologiche. Sì, sono importanti, ma ancor più conta la paura di non essere più te stesso".

Nelle sue conclusioni, la professoressa Ritondale sottolinea come la Divina Commedia fornisca al testo un modello ermeneutico e al contempo etico: consente di dire l'indicibile attraverso immagini simboliche riconoscibili, rendendo comprensibile l'incomprensibile. Ricordo della morte si pone così tra realtà e finzione: fondata su fonti verificabili, ma ricondotta a una forma narrativa necessaria per rendere l'orrore raccontabile.

Dopo una breve pausa si è proceduto con la seconda sessione dell'ultima giornata del convegno presieduta dalla professoressa Rosanna Ortu la quale ha ceduto la parola alla relatrice Catalina Salgado Ramírez, che ha espresso un ringraziamento per il professor Saccoccio, sottolineando l'importanza del confronto tra tradizioni giuridiche.

La studiosa, partendo da un'osservazione dello studioso Eugen Bucher per esplicitare la sua relazione intitolata «Dall'America Latina all'Europa? Considerazioni sul ricorso di *Amparo*, le azioni popolari e il diritto di accesso alle informazioni. Il caso colombiano», ha messo in evidenza il disequilibrio che caratterizza gli studi giuridici comparati: mentre i giuristi latinoamericani considerano il diritto europeo continentale come parte integrante del proprio patrimonio culturale, non si può dire lo stesso per i giuristi europei, che raramente si interessano al diritto dell'America Latina. Questo eurocentrismo ha contribuito a rendere invisibili le peculiarità giuridiche dell'America Latina,

eccezion fatta – ha sottolineato – per il lavoro di Sandro Schipani, che ha rappresentato una voce controcorrente.

La studiosa nel contestare l'idea unidirezionale del diritto, secondo la quale una condizione di sottosviluppo economico debba necessariamente implicare un sottosviluppo giuridico, ha proposto una prospettiva bidirezionale, fondata sullo studio di istituti che, a partire dalla tradizione romanistica, si sono arricchiti in America Latina, o su elementi di diritto indigeno che hanno influenzato esperienze europee. Su queste basi, la professoressa ha presentato tre figure giuridiche sviluppatesi in Colombia: le azioni popolari, l'azione di amparo (o tutela) e il diritto di petizione.

Nell'ordinamento colombiano, le azioni popolari hanno ricevuto particolare attenzione e sviluppo, a differenza di quanto avvenuto in altre esperienze europee dove, pur presenti nella tradizione romanistica e castigliana esse sono progressivamente scomparse. In Colombia, al contrario, le azioni popolari sono state valorizzate come strumenti di protezione diretta degli interessi collettivi, e non soltanto come strumenti di rappresentanza mediata o pubblicistica. Il loro impianto si è diffuso anche in altri ordinamenti, come quello boliviano, che nella Costituzione del 2009 (artt. 135 e 136) ha formalmente accolto le azioni popolari per la tutela dei diritti collettivi, ispirandosi esplicitamente al modello colombiano codificato nella legge n. 472 del 1998.

A differenza di quanto stabilito nella maggior parte degli ordinamenti europei – dove la tutela di interessi collettivi è riservata all'intervento pubblico – in Colombia qualsiasi cittadino ha la possibilità di attivarsi, anche in assenza di un interesse personale o diretto, per tutelare beni comuni o interessi diffusi. Si tratta, ha spiegato la professoressa, di un retaggio della tutela pretoria romana, che ha influenzato il diritto castigliano e, quindi, la codificazione latinoamericana. Le azioni popolari si rinvengono in diverse parti del Codice civile colombiano: nei diritti del nascituro, nella tutela dei beni pubblici, nella responsabilità extracontrattuale. La dottrina cilena ha proposto di recuperare un'azione generale a tutela degli interessi collettivi, ma tale proposta è rimasta in larga parte inattuata.

L'evoluzione dell'azione popolare in Colombia, formalizzata nella legge del 1998 (a sette anni dalla nuova Costituzione del 1991), ha attribuito a tale strumento finalità tanto preventive quanto restitutorie, rafforzandone il ruolo nella prassi giudiziaria e nella cultura giuridica. Secondo la relatrice, si tratta di un esempio che meriterebbe una seria riflessione anche da parte del diritto europeo.

La seconda figura illustrata nel corso della relazione è stata quella dell'azione di Amparo, che la relatrice ha definito una delle espressioni più identitarie del costituzionalismo latinoamericano. Si tratta di uno strumento giurisdizionale per la protezione diretta dei diritti fondamentali, nato in Messico nel XIX secolo. La sua prima formulazione risale alla Costituzione dello Stato dello Yucatán del 1841, da cui si è sviluppata attraverso le successive esperienze

costituzionali federali messicane e, da lì, ha trovato diffusione in gran parte del continente.

La professoressa ha rimarcato la paternità dell'America Latina della suddetta azione, screditando la comune credenza, quale quella di attribuirle origine europea. Difatti la Spagna ha introdotto l'azione di *amparo* nella Costituzione del 1931, ripresa successivamente nella Costituzione del 1978, grazie all'opera del giurista messicano Rodolfo Reyes, importante promotore della conoscenza di questo strumento giuridico, rifugiatosi nella penisola iberica per ragioni politiche.

La relattrice osserva che la dottrina messicana rintraccia le radici storiche dell'*amparo* in una figura di epoca coloniale, nella quale si può cogliere un'affinità con le procedure interdittali romane. Nel corso del tempo, tale istituto si è progressivamente ampliato, fino a comprendere forme più astratte di tutela contro qualsiasi sopressamento – materiale o spirituale – dei diritti.

Nella maggior parte degli ordinamenti latinoamericani, l'*amparo* è il meccanismo privilegiato per la tutela dei diritti costituzionali. È caratterizzato da una procedura sommaria, che rappresenta un tratto distintivo della giustizia costituzionale latinoamericana, distaccandosi nettamente dal dettato della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che, all'art. 13, prevede un ricorso effettivo non sommario.

La Colombia ha adottato questa attività giuridica solo nel 1991, chiamandola "azione di tutela", ispirandosi in via diretta alle esperienze dei paesi vicini.

Oltre alla sua semplicità procedurale, il modello colombiano prevede che l'azione possa essere promossa anche nei confronti di soggetti privati: non solo quando questi erogano servizi pubblici, ma anche qualora si trovino in una posizione dominante oppure sussistano rapporti di subordinazione o condizioni di vulnerabilità. Tale impostazione ha determinato sviluppi rilevanti anche nell'ambito del diritto privato. Infine, la relattrice ha illustrato la figura del diritto di petizione, strumento costituzionale radicato fin dall'epoca dell'indipendenza (1812) e regolamentato poi nel 1959. Oggi è riconosciuto all'art. 23 della Costituzione del 1991. Si tratta di un diritto fondamentale che consente a qualsiasi persona, fisica o giuridica, di rivolgersi alla pubblica amministrazione (e in alcuni casi anche a privati) per chiedere informazioni, documenti, provvedimenti o chiarimenti, dove il soggetto interpellato ha l'obbligo di rispondere entro un termine breve, generalmente indicato tra 10 e 30 giorni lavorativi.

Un ulteriore elemento di interesse, ha sottolineato, è che l'obbligo di risposta può estendersi anche a soggetti privati, ad esempio scuole private o soggetti che esercitano un potere dominante.

A conclusione di quanto esposto, la professoressa Salgado ha affermato che il diritto latinoamericano non dovrebbe essere oggetto di studio solo per curiosità scientifica, ma come parte integrante di una tradizione giuridica comune che può arricchire anche l'esperienza europea. In materia di tutela dei diritti fondamentali e di azioni collettive, l'America Latina ha molto da offrire: "Il

diritto romano ha fornito il cuoio con cui l'America Latina ha fabbricato scarpe che le hanno permesso di affrontare e superare molte sfide”.

A seguire l'intervento del relatore Pietro Paolo Onida, professore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Sassari, dal titolo: «La rilevanza del principio di fraternità per l'identità latinoamericana».

Lo studioso ha richiamato l'importanza centrale che il principio di fraternità ha rivestito nella tradizione giuridica occidentale sin dall'età romana. Ha tuttavia osservato che, dopo la Rivoluzione francese e l'affermazione del celebre trittico “*Liberté, Égalité, Fraternité*”, tale principio è andato incontro a un progressivo processo di marginalizzazione, fino a determinare quella che può essere definita una vera e propria eclissi della fraternità nella riflessione giuridica moderna.

Questo oscuramento, ha spiegato, è riconducibile in parte all'influenza dell'Illuminismo, che ha voluto privilegiare, in contrapposizione, il concetto di solidarietà, divenuto poi uno dei pilastri del diritto costituzionale contemporaneo.

Ciononostante, studiosi come Antonio Maria Baggio hanno evidenziato come la solidarietà sia, in realtà, una versione laica della fraternità; mentre la solidarietà presuppone un rapporto tra diseguali – tra chi è in posizione di forza e chi è svantaggiato – la fraternità assume l'uguaglianza tra soggetti diversi posti sullo stesso piano.

L'intervento è poi proseguito con un'analisi delle fonti romane: l'esempio del *consortium ercto non cito* citato da Gaio, dove i *fratres*, alla morte del *pater familias*, sceglievano volontariamente di non dividere il patrimonio comune, costituendo una prima forma di fraternità giuridica basata sul vincolo naturale. Su questo modello originario si è innestato, secondo Gaio, una forma di vincolo artificiale, tutelato attraverso una *legis actio* (probabilmente una *in iure cessio*) che contava anche a soggetti non legati da vincoli di sangue di costituire una *fraternitas* giuridica, fondata sul consenso.

Il principio dello *ius fraternitatis* è poi ripreso da Ulpiano, che lo collega al tema della responsabilità limitata nei rapporti societari. Tale costruzione giuridica, ha osservato Onida, si pone in continuità tra il vincolo naturale originario e quello artificiale della *societas*.

In netta contrapposizione si colloca l'antica concezione della *societas*, elaborata già nell'ambito dello *ius gentium* e dello *ius naturale*, nella quale le parti – denominate *soci* – instaurano un rapporto fondato sulla piena parità. Diversamente da quanto accade in altri contratti di scambio, in cui le parti assumono denominazioni e posizioni differenti (come creditore e debitore, oppure locatore e conduttore), nella *societas* l'eguaglianza tra i contraenti costituisce un elemento essenziale.

Questa idea della *societas* romana è divenuta, secondo il relatore, fondamento della costruzione della città come istituzione giuridico-politica, a riprova la testimonianza di Cicerone nel *De Republica* (1.25.39), dove il *populus* è de-

scritto come una *societas*. In ambito mediterraneo, tale nozione si è tradotta nella fondazione dei municipi, e successivamente nella rete dei comuni medievali, orientati al perseguimento del *bonum commune*, anticipando i concetti del contratto sociale moderno e la visione repubblicana di Rousseau.

Da qui il riferimento a Giorgio La Pira, figura centrale nel XX secolo per la visione della città come luogo di pace e fraternità. In particolare, Onida ha ricordato due episodi: l'invito del Re del Marocco rivolto a La Pira nel 1956 di convocare presso Firenze i popoli del Mediterraneo per promuovere una soluzione solidale ai problemi comuni; e il discorso del 1973 a Cagliari, nel quale La Pira sintetizzava la sua missione profetica in favore della pace tra i popoli.

La seconda parte della relazione si è incentrata sull'approfondimento di alcuni riferimenti latinoamericani al ruolo delle città: Francisco de Miranda, già nel 1788, 1801 e 1808, elaborava progetti costituzionali fondati sull'organizzazione cittadina; Simón Bolívar, nel discorso al Congresso Costituente di Bolivia (1826), affermava che le nazioni sono fatte da città e villaggi, e che dalla loro prosperità dipende la felicità dello Stato; José Martí, padre dell'indipendenza cubana, considerava l'istituzione municipale romana come la radice della libertà in *Nuestra América*.

In chiusura, il professor Onida ha proposto una lettura attuale del principio di fraternità nell'ambito costituzionale latinoamericano richiamando la Costituzione del Messico, che esplicitamente indica la fraternità come ideale da perseguire assieme all'uguaglianza, e la Costituzione del Brasile (art. 3), che promuove la costruzione di una società libera, giusta e solidale, senza discriminazioni di sorta; ha ricordato esperienze concrete in cui il principio della fraternità è valorizzato come strumento di risoluzione alternativa dei conflitti, come accade in Perù nei conflitti tra contadini e imprese, secondo quanto riferito da Pulman Barrón, direttore del Centro per la risoluzione dei conflitti della Pontificia Universidad Católica del Perú.

Il principio di fraternità, ha concluso, è anche al centro della riflessione cristiana ed evangelica, a partire da San Francesco, fino alla recente enciclica "Laudato Si'" del defunto Papa Francesco, in cui si legge che "se il nostro cuore non è aperto alla comunione universale, nulla può essere escluso dalla fraternità". Un messaggio, ha detto, che ci invita a rileggere l'identità latinoamericana alla luce di un'antica, e insieme attualissima, idea di fraternità.

Per il terzo intervento della sessione, la presidentessa, professoressa Patrizia Lanni, ha dato la parola a Julio Lococo, professore presso la Pontificia Universidad Católica Argentina. Il relatore ha aperto il suo intervento con un caloroso saluto al professor maestro Sandro Schipani, ricordando di averlo incontrato, venticinque anni prima, in occasione di un corso post-laurea organizzato e tenuto dallo stesso maestro, rivolto a un gruppo di giovani avvocati latinoamericani. A nome di quel gruppo, ha voluto esprimere sincera gratitudine e rinnovata stima.

Subito dopo, ha proseguito nel presentare la sua relazione intitolata «Il cattolicesimo come elemento identitario dell'America Latina» ponendosi una prima domanda: esiste effettivamente questa identità latinoamericana? La sua risposta è stata affermativa, benché abbia preferito non elencare tutti gli argomenti possibili a sostegno della tesi, scegliendo piuttosto un esempio immediato e concreto, tratto dalla propria esperienza.

Quando un argentino arriva all'estero, ha osservato, si accorge con sorpresa che molte Vie hanno gli stessi nomi delle strade del proprio paese. Questo perché, in Argentina come altrove, si è dovuto forgiare artificialmente un'identità nazionale. Non vi era, infatti, un'identità nazionale preesistente: non c'era alcuna vera ragione storica o culturale per cui l'Argentina, l'Uruguay, il Cile, la Bolivia, il Perù, la Colombia o il Venezuela dovessero costituirsi come nazioni diverse. Le differenze reali erano minime. Al contrario, vi erano – e vi sono – molti più elementi di unione tra questi popoli, elementi che formano ciò che oggi possiamo chiamare identità latinoamericana.

Uno degli elementi fondamentali di questa identità comune, ha dichiarato Lococo, è proprio il cattolicesimo.

Prima dell'arrivo della Spagna, infatti, non esisteva nelle Americhe alcun elemento capace di creare un legame tra i diversi popoli indigeni. È stata la Spagna a fornire questo elemento unificante, e già pochi anni dopo l'arrivo di Cristoforo Colombo – precisamente nel 1503 – venne autorizzato il matrimonio tra spagnoli e indigeni, un fatto da lui definito “meraviglioso”. Da questa unione è nato un nuovo uomo latinoamericano, sintesi di tre radici culturali: indigena, europea e africana.

Lococo ha posto un ulteriore interrogativo: quale Spagna arrivò in America? Ha ricordato i sette secoli di dominio islamico e enfatizzato la riconquista della stessa e il forte sentimento cristiano che l'ha caratterizzata. Fu quella Spagna devota alla fede a giungere nel Nuovo Mondo, con lo scopo esplicito di evangelizzare le popolazioni native.

Questo obiettivo è emerso con chiarezza in numerosi documenti storici citati dal relatore: nel testamento della regina Isabella di Castiglia, in cui si promuoveva l'evangelizzazione quale obiettivo principe della conquista; nella bolla papale di Alessandro VI (1493), che autorizzava i sovrani spagnoli a condurre i popoli indigeni alla fede cattolica; in una lettera del re Ferdinando al figlio di Colombo (1509), in cui si ribadiva l'interesse per la conversione degli indiani; negli scritti di Carlo V (1526), nei quali si sottolinea non solo la necessità di conversione, ma anche il rispetto dovuto agli indigeni, da trattarsi al pari del popolo spagnolo.

I gesuiti giunsero in America e promossero un'opera evangelizzatrice profondissima. Si dedicarono all'apprendimento delle lingue indigene, e in molti casi furono loro stessi a creare la grammatica e la scrittura di quelle lingue. Non imposero la cancellazione delle culture locali, ma si impegnarono a riscattarne e valorizzarne l'identità.

È in questi secoli – tra il XVI e il XVIII – che si gettano le basi della cultura latinoamericana, fondata su un sostrato profondamente cattolico.

Una prova della profondità dell'evangelizzazione fu il fatto che, nel momento in cui esplosero i movimenti di indipendenza nel XIX secolo, non si verificò una rottura con la Chiesa cattolica. Anzi, molti rivoluzionari e governanti repubblicani cercarono di ereditarne il ruolo, reclamando i privilegi del Patronato regio, ossia il diritto di nomina dei vescovi, che la Santa Sede aveva concesso alla monarchia spagnola. In tal modo, la relazione con la Chiesa fu impiegata come strumento di legittimazione delle nuove repubbliche.

Alla fine del XIX secolo, con la fine del patronato, la Santa Sede avviò un processo di romanizzazione, culminato con la fondazione, da parte di Pio IX, del Pontificio Collegio Pio Latinoamericano a Roma.

Oggi, ha ricordato Lococo, l'America Latina ospita il 27,4% dei cattolici del mondo, contro il 20,4% dell'Europa. È ormai il continente più cattolico del pianeta, e Papa Francesco stesso – primo Papa latinoamericano, gesuita e di origine italiana – rappresenta una sintesi perfetta di questo lungo processo storico e culturale.

Il relatore ha concluso sottolineando che questo profondo elemento cattolico si riflette anche nel diritto latinoamericano, per esempio nel senso sociale della proprietà, nella solidarietà come principio giuridico, nella tutela dei più deboli, tutti elementi che compongono un patrimonio comune e rappresentano la conseguenza diretta della presenza storica del cattolicesimo come fattore identitario dell'America Latina.

A seguire il quarto intervento della sessione a cura della relatrice Emanuela Calore, professoressa dell'Università di Roma Tor Vergata, dal titolo «Diritti individuali e interesse collettivo. Dall'Europa all'America Latina, dall'America Latina all'Europa. Alcuni esempi». Il contributo si è concentrato sull'evoluzione e sul reciproco scambio di modelli giuridici tra Europa e America Latina, con particolare riferimento al diritto di proprietà, inteso come spazio paradigmatico di tensione tra diritto individuale e interesse collettivo. L'intervento ha preso avvio dall'esperienza argentina, con un'analisi del Codice civile di Dalmacio Vélez Sársfield, adottato nel XIX secolo. Sebbene influenzato dal modello francese – e non, come spesso si crede, da quello romano – il codice argentino esprimeva un'enfasi maggiore del potere assoluto del proprietario rispetto al dettato del *Code Napoléon*. L'art. 516 del codice argentino riconosceva al proprietario il diritto di possedere, disporre, usare, godere, degradare o persino distruggere il bene, secondo la propria volontà. Si trattava di una concezione fortemente individualistica, che rifiutava qualunque controllo esterno sull'uso della cosa, considerando pericoloso il ruolo del governo come arbitro di eventuali abusi. Anche il Codice civile brasiliano del 1916, redatto da Clóvis Beviláqua, risentiva dell'impronta liberal-borghese, garantendo al proprietario un potere ampio sebbene adottasse una formulazione meno estrema rispetto al modello argentino. Difatti Beviláqua stesso, pur consapevole della necessità di contemperare gli interessi individuali con quelli sociali, vide il suo progetto, nella sua versione definitiva, modificato in senso più individualista. In parti-

colare, la previsione “entro i limiti tracciati dalla legge” venne soppressa, e il verbo usare fu sostituito con il verbo disporre, accrescendo così la portata soggettiva del dominio. La professoressa ha poi illustrato i segnali di cambiamento che, sebbene temporanei, emersero a partire dalla Costituzione argentina del 1949 e dalla Costituzione brasiliana del 1934, influenzate dal costituzionalismo sociale. In Argentina, tuttavia, la riforma costituzionale del 1949 venne abrogata nel 1957, mentre in Brasile la prospettiva sociale della proprietà venne interrotta dalla Costituzione del 1937 e recuperata solo successivamente, con la Costituzione del 1946 e l'emendamento del 1969, che riconobbe la funzione sociale della proprietà come principio di ordine sociologico. Una svolta si ebbe con il Codice civile brasiliano del 2002 e successivamente con il Codice civile e commerciale argentino del 2014. Entrambi si collocano nel solco di un costituzionalismo sociale e ambientale ormai consolidato in America Latina, che si distingue per l'integrazione tra diritti individuali e interesse collettivo, e in particolare per l'attenzione alla tutela dell'ambiente. In Brasile, l'art. 1228 del nuovo Codice ha stabilito che il diritto di proprietà deve essere esercitato in coerenza con le sue finalità economiche e sociali, in modo da preservare ambiente, fauna, flora, beni naturali e patrimonio culturale. L'articolo vieta atti emulativi, prevede espropriazioni per interesse pubblico e introduce una forma innovativa di perdita della proprietà (talvolta considerata una usucapione collettiva) in caso di possesso prolungato, in buona fede, da parte di una collettività che si sia impegnata ad apportare miglioramenti di rilevante interesse sociale. È previsto un equo compenso per il proprietario, qualora venga espropriato, e la sentenza del giudice funge da titolo per il trasferimento. Anche il Codice civile e commerciale argentino del 2014, nel solco della Costituzione argentina, che già riconosce i diritti di incidenza collettiva, disciplina il contemperamento tra diritti individuali e interesse collettivo. Gli articoli 10 e 14 collegano il principio dell'abuso del diritto con la tutela dell'ambiente e dell'interesse pubblico, mentre l'art. 240 prevede che i diritti individuali devono essere esercitati in modo compatibile con i diritti di incidenza collettiva, e nel rispetto delle normative pubbliche, ambientali, e amministrative. L'art. 1941 definisce la proprietà come il diritto reale che riconosce al titolare la facoltà di usare, godere e disporre del bene entro i limiti previsti dalla legge. Secondo la professoressa Calore, questa evoluzione legislativa evidenzia una convergenza verso una concezione più vicina al diritto romano, che sin dalle origini prevedeva limiti all'uso della cosa propria nell'interesse della collettività. Non si tratta solo di un richiamo alla funzione sociale della proprietà, ma di una sua effettiva attuazione attraverso strumenti concreti e innovativi, come l'usucapione collettiva, l'equilibrio tra i poteri del proprietario e gli obblighi verso la società e l'ambiente. Attraverso questi esempi, la professoressa ha evidenziato come il diritto latinoamericano non debba più essere solo oggetto di trapianto giuridico, ma possa diventare esso stesso sorgente di innovazione e ispirazione per l'Europa, soprattutto nell'ambito della sostenibilità ambientale e della giustizia sociale. Per il penultimo contributo la presidentessa ha

ceduto la parola allo studioso Alessandro Somma, professore dell'Università Sapienza di Roma, con l'intervento «L'identità latinoamericana tra tradizione ortonica e tradizione giuridica occidentale», il quale ha aperto il suo intervento ricordando, con commozione, la commemorazione del collega professore Guido Alpa, scomparso un mese prima, svoltasi nella stessa giornata presso l'Università "La Sapienza" di Roma. Entrando nel merito della sua relazione, il professor Somma ha adottato un approccio comparatista, riflettendo su una delle categorie fondamentali della disciplina: la classificazione dei sistemi giuridici, ovvero la cosiddetta sistemologia. Ha sottolineato come la classificazione sia una pratica propria di tutte le scienze, ma che nella comparazione giuridica riveste un ruolo costitutivo, soprattutto nel momento in cui la disciplina si afferma come campo autonomo, tra Otto e Novecento. È proprio in quell'epoca – ha osservato – che la sistemologia si forma, sotto l'influenza di forti tensioni evolucionistiche ed etnocentriche; si credeva in un'evoluzione unilineare dei sistemi giuridici, con l'Occidente come modello evolutivo ultimo, da imitare. Un esempio è offerto dal lessico stesso utilizzato nella comparazione: la parola "tassonomia", di derivazione dalle scienze dure, presuppone una classificazione gerarchica.

Questo meccanismo, ha osservato Somma, porta spesso i comparatisti a trasformare la classificazione in classifica, ovvero a produrre vere e proprie gerarchie tra famiglie giuridiche e a loro volta a riproporle al loro interno. Si parla infatti di "famiglie di sistemi", o di "cerchi giuridici", e ciò implica centri e periferie, ordini di appartenenza e marginalità. Questa gerarchizzazione ha un impatto diretto sulla percezione dell'America Latina all'interno delle sistemologie giuridiche. Sebbene si dica comunemente che il diritto latinoamericano appartenga alla tradizione giuridica occidentale, esso vi è sì collocato, ma costantemente in posizione periferica. Il relatore ha poi richiamato le due classificazioni più note e tuttora influenti – quella del francese René David e quella dei tedeschi Zweigert e Kötz – notando come entrambe collochino l'America Latina ai margini dell'Occidente giuridico. Questo schema si ritrova anche nelle classificazioni più recenti, che pur tentando di superare l'approccio statalecentrico, permettendo l'attribuzione di un ordinamento a più categorie, finiscono per riprodurre gerarchie analoghe. In particolare, una recente classificazione fondata sui modelli di controllo sociale: qui, i sistemi giuridici occidentali sono caratterizzati da egemonia professionale (ossia dalla separazione tra diritto e politica, e dal ruolo tecnocratico dei giuristi), mentre i sistemi latinoamericani vengono ricondotti all'area dell'egemonia politica, dove il diritto è ancora strettamente intrecciato alla sfera politica. Anche se in tale classificazione l'America Latina occupa una posizione centrale all'interno della propria categoria, tale categoria è gerarchicamente subordinata rispetto a quella occidentale. Il professor Somma ha quindi problematizzato la nozione stessa di periferia, spesso legata all'idea di "cattiva imitazione": si dice che l'America Latina abbia imitato male il federalismo e il presidenzialismo (per il diritto pubblico) o che sia rimasta ancorata a un formalismo codicistico superato (per

il diritto privato). Ma questo giudizio – ha osservato lo studioso – presuppone un'idea etnocentrica di centralità, ignorando che ciò che si definisce come “cattiva imitazione” è spesso solo espressione di una diversa identità giuridica. La costruzione delle famiglie giuridiche è quindi un'operazione culturale e politica, non scientifica in senso neutro: gli strumenti classificatori sono artefatti, e come tali veicolano rapporti di potere e di subalternità. Tuttavia, ha sottolineato il Somma, esistono tentativi alternativi di classificazione più sensibili alla pluralità delle esperienze, quali in particolare, la classificazione di Patrick Glenn, fondata sulle tradizioni giuridiche e non su sistemi. Glenn introduce, accanto alle tradizioni conosciute, la tradizione ctonia, ossia primordiale, che si fonda su una dimensione orale, comunitaria, non statuale e non scritta del diritto, strettamente legata alle credenze collettive e al rapporto con la madre terra. Questa tradizione è comunemente definita premoderna, e a volte viene assimilata alla cultura giuridica medievale europea. Tuttavia, l'idea che vi sia un contrasto radicale tra modernità occidentale e tradizione ctonia è, a suo avviso, errata. Ciò che davvero distingue le due visioni è l'ordine entro cui l'individuo è inserito: nella tradizione ctonia l'individuo è sciolto nell'ordine di natura, mentre nella modernità neoliberale, è sciolto nell'ordine di mercato. Da qui, la riflessione finale: la modernità neoliberale non è affatto incompatibile con la cultura ctonia, perché entrambe hanno una dimensione comunitarista e olistica. La differenza non sta nel rapporto tra individuo e collettività, ma nell'ordine di riferimento: natura da un lato, mercato dall'altro. Ha concluso osservando che i cultori del diritto privato tendono a escludere la compatibilità tra le categorie occidentali e i diritti collettivi propri delle esperienze ctonie (come la proprietà collettiva), mentre tra i costituzionalisti si nota una maggiore apertura, anche grazie all'adozione del concetto plurale di “costituzionalismi”. Alla luce di ciò, l'identità giuridica latinoamericana va riconosciuta come una commistione originale tra elementi occidentali e ctonii. Non si tratta di una cattiva imitazione, ma di un'identità distinta, da cui anche l'Occidente può imparare. In particolare, può apprendere una concezione olistica dell'ordine giuridico, fondata sullo scioglimento dell'individuo nell'ordine di natura, e non semplicemente nell'ordine di mercato «Possiamo e dobbiamo imparare dall'America Latina – ha concluso – un'idea di giuridicità che sciolga l'individuo nell'ordine di natura, anziché nell'ordine di mercato».

L'ultima relazione del convegno è stata affidata al professore Juan Carlos Prado Rodríguez, della Universidad Francisco de Quito, che ha presentato un contributo dal titolo «*La aequitas contributionis* come fondamento del divieto di arricchirsi a danno altrui nella *lex Rhodia de iactu*: il suo rilievo nel *ius privatum* castigliano-indiano».

Il relatore si è soffermato sul Codice civile e sul Codice commerciale ecuadoriano, al fine di evidenziare come alcuni principi giuridici antichi abbiano influenzato in via diretta le normative moderne, soprattutto nel campo del diritto privato patrimoniale.

Ha ricordato come già a partire dal III secolo a.C., con l'intensificarsi del traffico commerciale romano nel Mediterraneo, si svilupparono dinamiche di scambio rapido tra i diversi paesi con cui Roma intratteneva rapporti commerciali. Tra i primi rischi del commercio marittimo romano vi erano le difficoltà legate alle imbarcazioni, le condizioni climatiche avverse e la minaccia dei pirati, fattori che ponevano seri problemi di sicurezza per le merci e per gli equipaggi.

Già in epoca romana, il traffico marittimo era considerato una vera e propria impresa, gestita da figure specializzate come il *dominus navis*, l'*exercitor navis*, il *magister navis* e il *gubernator navis*. Alla base di questa attività c'era il contratto di *locatio operis*, che non si limitava al trasporto o al deposito, ma comprendeva una molteplicità di obbligazioni e subcontratti.

In questo contesto nacque una prassi consuetudinaria, nota come *lex Rhodia*, che i Romani adottarono dal diritto greco, applicandola ai traffici mediterranei. Essa si fondava su una logica di equità e di *ratio naturalis*, principi che avrebbero influenzato il diritto privato patrimoniale successivo.

La *lex Rhodia de iactu* disciplinava i casi di pericolo per la nave: in situazioni critiche, era legittimo abbandonare parte del carico per salvare equipaggio e imbarcazione. Questo principio è citato nel Digesto, 14.12. dove emerge anche il concetto di *aequitas contributionis*. Infatti, quando si sacrificava parte del carico per salvare il resto, al momento dell'arrivo in porto si applicava il principio di equità, che imponeva una ripartizione proporzionale del danno tra i proprietari delle merci. Chi aveva subito la perdita veniva quindi risarcito dagli altri, secondo un criterio contributivo.

Il processo giuridico che regolava questa materia era complesso: il Digesto riferisce che Paolo prevedeva un'*actio locati* contro il *magister navis*, il quale a sua volta poteva agire con un'*actio conducti* contro i proprietari della merce salva. Un importante contributo interpretativo viene da Servio Sulpicio Rufo, che riconosceva al *magister navis* il diritto di trattenere la merce, facilitando così il ristoro proporzionale tra le parti coinvolte.

Il professore ha inoltre sottolineato che il *magister navis*, per esperienza e logica, organizzava il carico in modo strategico, disponendo i beni più pesanti come i primi da sacrificare in caso di emergenza. Alcune fonti antiche indicano persino come, in casi estremi, venissero gettati in mare anche gli schiavi, a riprova dell'importanza sociale ed economica che essi avevano all'epoca.

Prado Rodríguez ha poi richiamato il pensiero di Aristotele, fondamentale per comprendere il concetto di giustizia distributiva e contributiva alla base di questa prassi, e ha evidenziato come già in epoca repubblicana romana il pensiero aristotelico fosse noto e influente.

Arrivando ai tempi moderni, il relatore ha rimarcato come questo principio sia stato integralmente mantenuto e ripreso, fino a tradursi in una regola di diritto naturale sintetizzata da Pomponio nel Digesto (50.17.206): "*Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores*" – secondo il diritto naturale, è giusto che nessuno si arricchisca a danno di un altro.

Questo principio fonda la *lex Rhodia* e l'istituto della *aequitas contributio- nis*, ovvero il divieto di arricchimento ingiustificato a spese altrui.

Con riferimento all'identità giuridica latinoamericana, il professore ha evidenziato come tale principio sia presente già nelle *Siete Partidas* e nel diritto ispano-indigeno: nella *Quinta Partida*, titolo IX, è infatti previsto un criterio di ripartizione del danno derivante dalla perdita della merce per cause climatiche, con chiari riferimenti alla contribuzione tra i proprietari delle merci. Analogamente, la dottrina e il diritto indiano prevedono un criterio contributivo "pro rata" per la riparazione delle perdite.

Anche *las Ordenanzas de Bilbao* si rifà a questo principio, stabilendo nel diritto marittimo (titoli 16 e 20) il dovere di pagare proporzionalmente alla perdita subita.

Il professore ha infine sottolineato come il recente Codice del commercio ecuadoriano, in vigore da circa dieci anni, continui questa tradizione giuridica. A partire dall'articolo 1808, nel titolo dedicato alla *contribución por avería gruesa*, e fino all'articolo 1905, il codice esprime e regola in modo chiaro il criterio della contribuzione, confermando la continuità tra il diritto romano e il diritto moderno.

Prado Rodríguez ha concluso sottolineando con meraviglia come il diritto romano viva ancora oggi nelle normative contemporanee latinoamericane, incarnando una vera e propria eredità giuridica e culturale.

Abstract [Ita]

Il convegno “IDENTIDAD LATINOAMERICANA. Dall’Europa all’America Latina e dall’America Latina all’Europa: diritto, cultura e storia”, tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza – Sapienza Università di Roma, organizzato dal professor Antonio Saccoccio in onore del professor Sandro Schipani, ha costituito un significativo momento di confronto scientifico, imperniato sull’analisi dei processi storici, normativi e culturali che hanno concorso alla formazione dell’identità latinoamericana. Dai contributi dei relatori è emersa la centralità del diritto romano nella strutturazione dei sistemi giuridici dell’America Latina, come elemento di coesione e continuità tra tradizioni normative eterogenee. Accanto alla dimensione giuridico-istituzionale, particolare attenzione è stata riservata alla letteratura testimoniale, strumento privilegiato per l’interpretazione delle memorie collettive e delle dinamiche sociali del continente. La prospettiva critica che ha caratterizzato l’incontro ha condotto all’assunzione dell’identità latinoamericana come categoria complessa e stratificata, in costante ridefinizione, esito di interazioni e processi di contaminazione culturale entro i quali il diritto e la narrazione assumono un ruolo strutturante.

Parole chiave: identità latinoamericana; diritto romano; ordinamenti latinoamericani; Facoltà di Giurisprudenza – Sapienza Università di Roma; processi di ibridazione culturale.

Abstract [Eng]

The conference “IDENTIDAD LATINOAMERICANA. Dall’Europa all’America Latina e dall’America Latina all’Europa: diritto, cultura e storia”, organized by Professor Antonio Saccoccio in honor of Professor Sandro Schipani, at the Facoltà di Giurisprudenza – Sapienza Università di Roma, constituted a significant forum for academic debate, about the analysis of the historical, legal, and cultural processes that have contributed to the formation of Latin American identity. The speakers’ underscored the central role of Roman law in the development of Latin American legal systems, serving as a factor of cohesion and continuity across heterogeneous normative traditions. Alongside the legal-institutional dimension, particular attention was devoted to testimonial literature, regarded as a privileged lens through which to interpret the continent’s collective memories and social dynamics. The critical perspective led to the conceptualization of Latin American identity as a complex and stratified category, constantly evolving and emerging from interactions and processes of cultural hybridization, within which law and narrative play a structuring role.

Keywords: Latin American identity; Roman Law; Latin American legal systems; Facoltà di Giurisprudenza – Sapienza Università di Roma; processes of cultural hybridization.

