RIVISTA ANNUALE

N. 2/2026

ANNUARIO ITALO-BRASILIANO DI STUDI GIURIDICI

Direzione

Érico **ANDRADE** | Universidade Federal de Minas Gerais
Daniele **BUTTURINI** | Università di Verona
Andrea **CAPRARA** | Università di Verona
Elena **DE CARVALHO GOMES** | Universidade Federal de Minas Gerais
Marcelo **DE OLIVEIRA MILAGRES** | Universidade Federal de Minas Gerais
Mauro **TESCARO** | Università di Verona

DIKE GIURIDICA

© Copyright – DIKE s.r.l.
La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione
con qualsiasi mezzo (compresi i film, le fotocopie), nonché
la memorizzazione elettronica, sono riservate per tutti i Paesi

Il testo è curato con scrupolosa attenzione; l'Editore non è, tuttavia, responsabile per eventuali involontari errori e inesattezze. Con riferimento al dato normativo, inoltre, l'unico testo cui fare affidamento è quello pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale.

Questo volume è stato stampato nel mese di novembre 2026 in proprio presso:
DIKE s.r.l.
Via Montenuovo Licola Patria, 131/C - Pozzuoli (NA)

PREFAZIONE

Il secondo numero dell'*Annuario italo-brasiliano di studi giuridici* si apre con alcuni contributi che ruotano attorno a temi di carattere generale ma di significativo impatto pratico. Nel dibattito politico e giuridico europeo, a cui guarda con interesse anche la dottrina brasiliana, continua ad essere centrale la disciplina dello sviluppo sostenibile e della competitività. È discusso, infatti, se l'adesione a modelli sostenibili di gestione dell'impresa possa creare un aggravio di oneri per le imprese che ne limitano la capacità competitiva. In questo quadro diventa centrale tuttavia la stretta correlazione, anche sul piano giuridico, tra lo sviluppo sostenibile e l'innovazione a cui dedica il saggio di apertura Andrea Caprara. Naturali sviluppi dei temi ivi affrontati sono presenti nei contributi di Sofia Mansoldo e di Costanza Morato. La prima, in una prospettiva di diritto europeo e brasiliano, si sofferma sulla più recente evoluzione della disciplina in materia di rendicontazione di sostenibilità delle imprese. La seconda si sposta sul versante dell'innovazione vista nella prospettiva dell'AI Act, quale quadro normativo euro-unitario di portata generale e trasversale in materia di IA che l'autrice analizza quale supporto o (sostanziale) sostituzione dei procedimenti decisionali d'impresa.

Il tema dell'intelligenza artificiale si presta, come è noto, ad una lettura interdisciplinare dei fenomeni. Sebbene gli studi giuridici in argomento siano già sterminati, per non dire eccessivi, non sembra che si stato ancora indagato adeguatamente il rapporto tra il diritto europeo e quello brasiliano, nel quale è in corso un ampio processo di riforma concernente anche il tema in parola. Contribuisce ora a colmare questa lacuna Franco Trubiani, in prospettiva prevalentemente privatistica e specialmente di responsabilità civile.

Venendo più direttamente al diritto privato, un ambito in cui la comparazione italo-brasiliana è particolarmente consolidata è proprio quello della responsabilità civile. In tale ambito, è interessante la categoria autonoma del danno esistenziale, in Italia da tempo superata o comunque ridimensionata rispetto agli eccessi originariamente prospettati, ma di cui un orientamento continua a caldeggiare il trapianto in Brasile. Tula Wesendonck prende posizione in senso contrario, adducendo non solo la citata evoluzione del diritto italiano ma anche e soprattutto le non trascurabili specificità del diritto brasiliano.

Anche con riguardo alla responsabilità civile del professionista intellettuale, il diritto italiano, negli ultimi decenni, ha vissuto un mutamento di approccio simile a quello riscontrato in tema di danno esistenziale, passando da una fase nel complesso di continua espansione a una più recente consapevolezza della necessità di limitare in vari modi (peraltro non sempre condivisibili, perlomeno dal punto di vista tecnico giuridico) i risarcimenti, come evidenziato con incisiva sintesi da Giulio Ponzanelli. Si tratta di un mutamento meritevole di essere preso in considerazione anche in ordinamenti nei quali è invece ancora in corso una fase di allargamento della responsabilità civile, come sembra si possa dire per il diritto brasiliano.

Venendo ai diritti reali, il confronto italo-brasiliano è assai proficuo con riguardo alle immissioni, ovverosia l'indiretta e involontaria propagazione di fattori disturbanti tra vicini. Si è già rammentato che i trapianti di istituti da un ordinamento a un altro

debbono essere sempre valutati con molta cautela, ma in questo caso Mauro Tescaro dimostra come il diritto brasiliano offra un modello ben articolato e aggiornato di disciplina al quale il diritto italiano potrebbe conformarsi sia *de iure condendo* sia già solo *de iure condito*, con una rinnovata interpretazione dell'art. 844 c.c.

A cavallo tra il diritto civile – specialmente il diritto patrimoniale della famiglia – e il diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza si colloca quindi lo studio di Natália Cristina Chaves e Luiz Fernando Da Silva Martins Mata sul trattamento giuridico del coniuge dell'agricoltore in procedura di risanamento giudiziario. In questo caso sembra che sia invece il diritto italiano, specialmente l'art. 66 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, a poter rappresentare una utile fonte di ispirazione per il diritto brasiliano, che ancora non contiene una disciplina dettagliata in argomento.

Al tema della crisi di impresa è dedicato anche il contributo di Gustavo Oliva Galizzi, che si sofferma sulla evoluzione storica della disciplina applicabile alla vendita di "unità produttive isolate" nel caso di insolvenza. Nel contributo si presta particolare attenzione alla disciplina della sorte dei debiti dell'azienda (o di un ramo particolare di essa) ceduta nel diritto brasiliano.

Ad un diverso profilo di diritto dell'impresa si dedicano invece Fernanda Valle Versiani e Helena Penna Marzo, che trattano dell'utilizzo delle *sociedades em conta de participação* (SCP) come veicolo per la raccolta fondi anche in vista del rischio della loro classificazione come contratti di investimento collettivo (CIC). In questo contributo emergono, da un lato, l'importanza di individuare nuovi canali per attrarre investimenti e risorse per le imprese, ma anche, dall'altro, il rischio legale connesso all'utilizzo di tali strumenti innovativi.

Il tema della gestione del rischio è colto, da una diversa prospettiva, anche da Paula Andréa Forgioni, la quale vede nell'arbitrato uno spazio giuridico per la risoluzione delle controversie aziendali coerente con le scelte imprenditoriali fondate sulla razionalità economica e sulla fiducia nel mercato. Una prospettiva che, nonostante le istanze di avvicinare il giudizio privato a quello pubblico, impone di tenere ben separati l'arbitrato dal giudizio del giudice ordinario per garantire, soprattutto alle imprese, la possibilità di scegliere sulle modalità di gestione del rischio (anche del giudizio). Il contributo di Forgioni costituisce quindi un ideale punto di contatto tra la logica della gestione del rischio che guida le scelte imprenditoriali anche nella selezione del giudice privato e quella del processo regolato dal diritto pubblico, a cui sono dedicati i successivi contributi.

Lo scritto di José Carlos Baptista Puoli sviscera l'istituto della domanda processuale, indagando anche tutti quei profili nei quali il principio della conformità tra domanda e decisione è oggetto di deroghe.

Il saggio di Antonio Cabral analizza criticamente la teoria tradizionale della cosa giudicata, rilevando alcune incongruenze della teoria alla luce dei principi di trasformazione sociale e di equità.

L'analisi di Valentina Faggiani ha ad oggetto gli effetti della corruzione politica sui principi dello Stato di diritto secondo il diritto costituzionale dell'Unione europea e la necessità di una intensa cooperazione giudiziaria in materia penale fra gli Stati dell'UE.

Il contributo di Lino Panzeri si segnala per approfondire una tematica di notevole interesse costituzionalistico. L'analisi si incentra sul fondamento costituzionale delle lingue immigrate alla luce dell'art. 6 della Costituzione italiana.

Daniele Butturini
Andrea Caprara
Mauro Tescaro

INDICE

Andrea Caprara
Sviluppo sostenibile e innovazione: una prospettiva di diritto europeo Pag. 1

Sofia Mansoldo
Informativa societaria per lo sviluppo sostenibile: esperienza europea e brasiliana a confronto » 13

Costanza Morato
L'impatto dell'*AI Act* sulle decisioni d'impresa » 37

Franco Trubiani
Intelligenza artificiale e responsabilità civile: AI Act europeo e proposta di legge brasiliana PL 2338/2023 a confronto » 59

Tula Wesendonck
L'evoluzione e l'(in)applicabilità del danno esistenziale come figura autonoma di danno nel diritto civile italiano e brasiliano » 85

Giulio Ponzanelli
Brevi cenni sulla responsabilità civile del professionista intellettuale: dalla quasi totale irresponsabilità alle sempre più frequenti limitazioni di responsabilità disposte dal legislatore » 103

Mauro Tescaro
Immissioni: le sfide future per il diritto italiano e il modello brasiliano » 109

Natália Cristina Chaves, Luiz Fernando da Silva
L'agricoltore in procedura di risanamento giudiziario e il suo coniuge: dialogo tra il diritto fallimentare in Brasile e il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in Italia » 117

Gustavo Oliva Galizzi
Vendita di unità produttive isolate (upi) nell'ambito della riorganizzazione giudiziaria: passato, presente e futuro nell'ordinamento giuridico brasiliano » 147

Fernanda Valle Versiani e Helena Penna Marchi
Raccolta fondi tramite società in partecipazione e rischio di qualificazione come contratti di investimento collettivo: un'analisi comparata in prospettiva italo-brasiliana » 163

Paula Andréa Forgioni
L'arbitrato e la sua logica specifica: tra critiche e razionalità della scelta aziendale Pag. 181

José Carlos Baptista Puoli
Conformità, risultato equivalente e interpretazione della domanda nel diritto processuale civile brasiliano » 197

Antonio Cabral
Nuovi orientamenti sui limiti oggettivi e temporali della cosa giudicata » 209

Valentina Faggiani
Le nuove dimensioni della corruzione nel quadro della crisi dello stato di diritto nell'Unione europea » 227

Lino Panzeri
La tutela delle "lingue immigrate" in Italia » 255

Andrea Caprara
(Università di Verona)

Sviluppo sostenibile e innovazione: una prospettiva di diritto europeo (*) (**)

Sommario: 1. L'oggetto e gli obiettivi dell'indagine. - **2.** Lo sviluppo sostenibile e l'innovazione nei Trattati istitutivi dell'UE. - **3.** Profili sistematici della disciplina dello sviluppo sostenibile nel diritto UE. - **4.** Profili sistematici della disciplina dell'innovazione nel diritto UE: 4.1 Il Programma Quadro di ricerca e innovazione Orizzonte Europa (2021-2027); 4.2 L'approccio del diritto UE nella regolazione dell'organizzazione dell'impresa che utilizza ritrovati tecnici e innovativi. - **5.** Considerazioni (provvisoriamente) conclusive.

1. L'oggetto e gli obiettivi dell'indagine

Sviluppo sostenibile e *innovazione* sono locuzioni che presentano intuitivamente una stretta correlazione sul piano logico oltre che per i saperi scientifici (1), ma è da dimostrare che tale correlazione sia anche giuridicamente rilevante. Manca innanzitutto una precisa definizione delle fattispecie richiamate. Entrambe sono infatti il punto di arrivo di un percorso socio-economico, oltre che normativo, complesso (lo *sviluppo sostenibile* e la *sostenibilità*) (2) e, rispettivamente, una

(*) Lo scritto è destinato agli Atti del Seminario internazionale "Persona e ambiente. Prospettive storico-comparative" (Università di Brescia, Dipartimento di Giurisprudenza, in collaborazione con l'"Osservatorio su Persona e famiglia" del Centro di Studi Giuridici Latinoamericani-CSGLA dell'Università di Roma "Tor Vergata", 16 e 17 ottobre 2025).
(**) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

(1) Cfr. M. Alcaraz, S. Bell, *Sustainability and the Contribution of Innovation*, in *International Journal of Sustainable Development*, Vol. 7, n. 6, 2014, pp. 11 e ss.
(2) Sull'origine del concetto di sviluppo sostenibile cfr. F. La Camera, *Sviluppo sostenibile. Origini, teoria e pratica*, Roma, 2005. La definizione del rapporto Brundtland, presentato nel 1987 (Report of the World Commission on Environment and Development, intitolato Our Common Future), è ripresa nella *Resolution adopted by the General Assembly ONU on 25 September 2015, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, mentre si parla di *sostenibilità* nella Comunicazione della Commissione dell'11 dicembre 2019, Green Deal europeo. Sulla distinzione tra sviluppo sostenibile e sostenibilità cfr. P. De Pasquale, *Sostenibilità e trasformazione digitale: paradigmi a confronto nella disciplina dell'Unione europea*, in *Dir. Unione Europea*, 2022, pp. 67

formula di sintesi di fenomeni che trovano varie occasioni di disciplina (l'innovazione) (3).

Vi è però una prospettiva di osservazione che mette a contatto i due concetti: la competizione tra imprese nel mercato. Il principio dello sviluppo sostenibile è «un nucleo di caratteri identitari dell'ambiente e della sua disciplina giuridica» (4) che trova la sua realizzazione nella gara tra imprese. Quest'ultima è regolata dalla concorrenza, incentrata sulla crescita economica che, a sua volta, si basa sull'innovazione. Diventa importante quindi interrogare le fonti dell'ordinamento europeo per innervare il terreno di indagine con l'individuazione delle norme utili per delineare in modo più puntuale il senso giuridico dei concetti in esame.

L'obiettivo è quello di delimitare il terreno giuridico su cui insiste la relazione tra sviluppo sostenibile e innovazione. A tal fine ci si soffermerà su: *i)* le disposizioni più significative dei Trattati UE e *ii)* su alcune fonti di diritto derivato che trattano dello sviluppo sostenibile (e della sostenibilità) e, rispettivamente, dell'innovazione.

2. Lo sviluppo sostenibile e l'innovazione nei Trattati istitutivi dell'UE

Nei trattati costituzionali europei vigenti emerge una stretta correlazione tra sviluppo sostenibile e innovazione come concetti consustanziali al mercato. In questa sede è necessario soffermarsi principalmente su due disposizioni particolarmente significative: l'art. 3.3 Trattato sull'UE (TUE) per lo sviluppo sostenibile e l'art. 173 Trattato di funzionamento dell'UE (TFUE) per l'innovazione.

L'art. 3.3 TUE stabilisce, come è noto, che l'Unione si «adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico». Se ne può ricavare che:

– l'UE si *adopera* per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, ossia non si limita ad un mero atteggiamento passivo (non porre ostacoli alla diffusione dello stesso),

---

e ss. Sulle matrici culturali della sostenibilità cfr. R. Rolli, *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa. Modelli di governance e nuove responsabilità*, Bologna, 2021, p. 30, nota 52; sottolinea l'ambiguità dell'espressione E. Rimini, *Sostenibilità e nuova* governance *delle imprese azionarie nel diritto interno e comunitario tra realtà, criticità e* prospettive, in *Giur. comm.*, 2024, I, pp. 285 e ss.

(3) Nelle fonti europee l'innovazione, come si vedrà, è un concetto che, per un verso, si lega alla ricerca e, per l'altro, attraversa trasversalmente l'intera disciplina (e, ancor prima, la nozione stessa) dell'impresa e della competizione nel mercato.

(4) Cfr. M. Antonioli, *La sostenibilità dello sviluppo tra principi del diritto, proceduralizzazione, eticità e crescita economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, pp. 17 e ss., in part. pp. 18 e 22.

ma deve attivamente favorire o agevolare – mediante strumenti normativi di politica economica, industriale e sociale – lo sviluppo sostenibile;
– lo sviluppo sostenibile è basato su: *i)* il mercato, regolato dal principio dell'«economia sociale di mercato fortemente competitiva»; *ii)* un «elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente»; *iii)* una «crescita economica equilibrata»; *iv)* la «stabilità dei prezzi»;
– l'UE promuove il progresso scientifico e tecnologico nel contesto di una economia sociale di mercato fortemente competitiva (come conferma la Raccomandazione 2026/720/UE, del 18 marzo 2026, sulle definizioni di impresa innovativa, start-up innovativa e scale-up innovativa).

Queste proposizioni, che trovano ulteriore conferma nell'art. 119 TFUE, vanno a costruire una sorta di piramide al cui vertice si pone lo sviluppo sostenibile che, pur non definito, ha precipuamente nel mercato (regolato dal principio dell'economia sociale di mercato fortemente competitiva) il contesto giuridico in cui si radica e che lo connota (5). Se, quindi, la competizione si fonda sulla capacità innovativa (di prodotto e di processo) è chiaro che l'innovazione si innesta nel mercato per edificare il contesto giuridico in cui l'UE favorisce una crescita economica (*i.e.* lo sviluppo) sostenibile. Nell'art. 3 TUE la concorrenza, come nozione effettiva e dinamica, non è dunque un bene tutelato in sé (6), ma uno strumento che consente all'UE di realizzare i propri obiettivi, tra i quali vanno ricompresi la tutela dei beni giuridici della coesione economica e sociale (7), ma anche dell'ambiente. Una testuale conferma si ricava dall'art. 11 TFUE, per il quale le «esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile» (8). Le disposizioni richiamate attengono alla politica interna ma trovano piena corrispondenza nella disciplina nell'azione esterna dell'UE, negli artt. 3, comma 5 e 21, comma 2, lett. *d)*, TUE. Questo quadro normativo ha portato la dottrina a svilire il senso precettivo dello sviluppo sostenibile ridotto essenzialmente a «valore fondamentale

(5) Riferimenti nella ricostruzione operata da M. Libertini, v. *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, III, Milano, 2010, pp. 191 e ss.; Id., *A «highly competitive social market economy» as a founding element of European economic constitution*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, pp. 491 e ss.
(6) Sulla concorrenza come fine o mezzo per la realizzazione di una economia sociale di mercato cfr. M. Libertini, v. *Concorrenza*, cit., pp. 194 e ss.
(7) Cfr. G. Grisi, *Diritti e coesione sociale*, in *Persona e mercato*, 2014, pp. 131 e ss., nonché M. Libertini, *Concorrenza e coesione sociale*, in *Persona e mercato*, 2013, pp. 116 e ss. e G. Vettori, *Diritti e coesione sociale*, in *Persona e mercato*, 2012, pp. 89 e ss.
(8) Cfr., da ultima, M.R. Maiolo, *I principi europei in materia ambientale tra sostenibilità ed economia circolare*, in *Le sfide della sostenibilità*, a cura di M. Amusano, Torino, 2025, pp. 5 e ss., in part. pp. 7 e ss.

e onnicomprensivo» (9) o mero obiettivo dell'UE (10). Il *principio di sviluppo sostenibile* – come espressamente lo qualifica l'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione avente pari rango del Trattato (art. 6 TUE) – non si esaurisce in una formula di sintesi di contenuti normativi già enunciati in altri principi o regole (specie in materia ambientale). Il principio di sviluppo sostenibile può essere, infatti, da un lato, «tradotto in regole tecniche ed operative» e, dall'altro, una guida nelle «scelte politiche discrezionali» (11), ma non solo: il principio dello sviluppo sostenibile, se collocato al vertice della gerarchia assiologica delle norme che presiedono l'organizzazione e l'azione dell'UE (non solo nell'ambito ambientale), può contribuire altresì a superare le possibili antinomie tra i principi assiologicamente sotto ordinati (12).

Passando al versante dell'innovazione, l'art. 173 TFUE prevede, come è noto, che l'UE «e gli Stati membri provvedono affinché siano assicurate le condizioni necessarie alla competitività dell'industria dell'Unione. A tal fine, nell'ambito di un sistema di mercati aperti e concorrenziali, la loro azione è intesa […] a favorire un migliore sfruttamento del potenziale industriale delle politiche d'innovazione, di ricerca e di sviluppo tecnologico». È vietata «l'introduzione da parte dell'Unione di qualsivoglia misura che possa generare distorsioni di concorrenza […]».

Se ne può ricavare che l'UE e gli Stati membri, anche con riguardo all'innovazione, devono *favorire* la stessa assumendo un atteggiamento attivo, non meramente passivo (13). Devono essere create, quindi, con nuove norme e con risorse pubbliche, le condizioni per:

– la competitività dell'industria;
– lo sfruttamento del potenziale industriale;
– l'elaborazione e l'attuazione di politiche d'innovazione;
– la ricerca;
– lo sviluppo tecnologico.

---

(9) Così, testualmente P. De Pasquale, *Sostenibilità e trasformazione digitale: paradigmi a confronto nella disciplina dell'Unione europea*, cit., p. 68.

(10) Lo ricorda F. Ferraro, *I grandi principi del diritto dell'Unione europea in materia ambientale*, in *DPCE online*, 2/2023, pp. 41 e ss., in part. pp. 44 e ss., precisando che in tale prospettiva lo sviluppo sostenibile «svolge un ruolo di fattore di riconciliazione tra esigenze divergenti».

(11) Cfr. già M. Libertini, *Concorrenza e coesione sociale*, cit., pp. 127 e ss., da dove sono tratte le citazioni nel testo.

(12) Sul non semplice coordinamento tra principi ambientali v. F. Ferraro, *I grandi principi del diritto dell'Unione europea in materia ambientale*, cit., pp. 53 e ss.

(13) L'innovazione è, infatti, il risultato dell'iniziativa imprenditoriale, ma soprattutto dell'iniziativa pubblica, che non è quella dello Stato dirigista (cfr. M. Libertini, *Concorrenza e coesione sociale*, cit., p. 128), ma quella in cui lo Stato e la P.A., che dispongono di *patient capital* (cfr. M. Mazzucato, *The Entrepreneurial State. Debunking Public vs. Private Sector Myths*, London, 2013) operano «come committente e finanziatrice delle innovazioni fondamentali […]» (M. Libertini, *Funzioni e ancoraggi apicali della proprietà intellettuale*, in *www.orizzontideldirittocommerciale.it*, p. 9, ove riferimenti).

In una concezione dinamica della concorrenza, il benessere collettivo risiede nella crescita economica, in cui i fattori che «propiziano o condizionano l'innovazione tecnica o artistica» (14) diventano centrali per le imprese che operano nel mercato competitivo.

In conclusione, nella prospettiva dei Trattati costituzionali europei (TUE e TFUE) l'innovazione è strumentale allo sviluppo sostenibile e quindi al benessere collettivo, poiché:

– l'innovazione è decisiva per lo sviluppo del mercato;
– il mercato è regolato dal principio dell'economia sociale di mercato fortemente competitiva;
– l'economia sociale di mercato fortemente competitiva contribuisce a realizzare la crescita sostenibile e, in definitiva, il benessere collettivo. Ciò avviene favorendo le imprese più efficienti ed espellendo quelle inadeguate, attraverso un metodo di selezione che si basa su una premessa educativo-culturale (15): la concorrenza "dei moderni", è caratterizzata dalla eliminazione dal mercato dell'impresa che perde la gara per effetto del giudizio della massa dei consumatori (16). Le scelte di questi ultimi non sono però il frutto di un coordinamento tra individui o tra operatori di mercato, bensì di un approccio culturale socialmente condiviso (17). È quindi possibile affermare che lo sviluppo sostenibile esprime, sul piano giuridico, una matrice culturale che incide sulla selezione delle imprese nella competizione nel mercato per favorire una crescita economica non illimitata.

Descritto e dimostrato il nesso giuridico tra lo sviluppo sostenibile e l'innovazione nei Trattati istitutivi dell'UE, occorre ora spostare l'analisi su alcune fonti normative europee di diritto derivato che prevedono specifiche norme in materia di sviluppo sostenibile e, rispettivamente, di innovazione.

3. Profili sistematici della disciplina dello sviluppo sostenibile nel diritto UE

La disciplina della sostenibilità attua una linea politica articolata e in continua evoluzione sulla cui base si è elaborato un quadro normativo complesso. Ai

(14) Così P. Spada, *«Creazione ed esclusiva», trent'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, pp. 215 e ss., in part. p. 218. Cfr. inoltre M. Libertini, *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, in *AIDA*, 2005, pp. 50 e ss., in part. pp. 61 e ss.
(15) La valenza dell'«educazione alla responsabilità ambientale» è particolarmente sottolineata nella Lettera Enciclica Laudato Si' del Santo Padre Francesco sulla cura della casa comune, 2015, n. 211.
(16) Cfr. M. Libertini, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2013.
(17) Cfr. M. Libertini, *Concorrenza e coesione sociale*, cit., p. 125.

nostri fini ci si può limitare a richiamare alcune delle previsioni delle fonti più significative:

a) la rendicontazione societaria di sostenibilità (dir. 2022/2464/UE);
b) la responsabilità nelle catene di valore, c.d. due diligence (dir. 2024/1760/UE);
c) l'informativa sulla sostenibilità nei servizi finanziari e l'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili (reg. 2019/2088/UE del 27 novembre 2019 e reg. 2020/852/UE del 18 giugno 2020).

Due sono gli interrogativi di fondo che devono guidare l'interprete nell'esame delle disposizioni richiamate: *i)* la nozione di sviluppo sostenibile e *ii)* l'approccio normativo seguito dal legislatore UE nella disciplina degli interessi coinvolti.

La rendicontazione societaria di sostenibilità, centrale nella disciplina europea (18), nel considerando 30, stabilisce che le imprese «dovrebbero essere tenute a comunicare informazioni sulla loro strategia aziendale e sulla resilienza del modello e della strategia aziendali relative ai *rischi* connessi alle questioni di sostenibilità […]» (corsivo aggiunto). L'art. 19bis dir. cit. prevede che la rendicontazione di sostenibilità contenga «una descrizione dei principali *rischi* per l'impresa connessi alle questioni di sostenibilità […]» (corsivo aggiunto).

Nella disciplina della responsabilità nelle catene di valore, vi sono ulteriori indicazioni normative utili ai nostri fini: il considerando 20 e l'art. 5 dir. 2024/1760/UE precisano che la società deve esercitare «il dovere di diligenza basato sul *rischio* in materia di diritti umani e di ambiente». L'art. 5 cit. chiarisce, inoltre, in quali termini il dovere di diligenza debba basarsi sulla *gestione del rischio* descrivendo in modo preciso le diverse fasi che devono essere seguite. Ancora, l'art. 7 dir. ult. cit., dedicato all'*integrazione del dovere di diligenza nelle politiche e nei sistemi di gestione dei rischi della società*, stabilisce che «ciascuna società integri il dovere di diligenza in tutte le sue pertinenti politiche e i suoi pertinenti sistemi di gestione dei rischi e abbia predisposto una politica relativa al dovere di diligenza che garantisca un dovere di diligenza basato sul rischio».

Infine, nella disciplina dell'informativa sulla sostenibilità nei servizi finanziari e l'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili l'art. 1 reg. 2019/2088/UE introduce «norme armonizzate sulla trasparenza per i partecipanti ai mercati finanziari e i consulenti finanziari per quanto riguarda l'*integrazione dei rischi di sostenibilità* e la considerazione degli effetti negativi per la sostenibilità *nei loro processi* e nella comunicazione delle informazioni connesse alla sostenibilità relative ai prodotti finanziari» (corsivo aggiunto).

(18) L'informazione, come descritta nei documenti normativi europei, diventa infatti «elemento di valutazione della gestione dei rischi da parte dell'impresa». Così, testualmente, M. Rescigno, *Note sulle regole dell'impresa sostenibile. Dall'informazione non finanziaria all'informativa sulla sostenibilità*, in *AGE*, 1/2022, pp. 165 e ss., in part. p. 172.

Le norme richiamate confermano che la disciplina della sostenibilità nel diritto UE dell'impresa offre elementi utili alla definizione della fattispecie dello sviluppo sostenibile e dell'approccio normativo seguito a livello europeo. Circa la prima, lo sviluppo sostenibile si presenta come fattore propulsivo della competitività delle imprese. Ne consegue la necessità che, in linea con la politica di Industria 5.0 (19), le tecnologie (grazie alla ricerca e all'innovazione sviluppata dalle imprese e dall'intervento pubblico nei limiti in cui lo stesso è ammesso) possano rispondere all'esigenza sempre più impellente di riduzione dei costi sociali e ambientali e di accrescimento della competitività (20). Lo sviluppo sostenibile induce, in altre parole, ad adottare una prospettiva umanocentrica e a ridurre l'impatto socio-ambientale, senza rinunciare ad accrescere la competitività (anche) grazie all'*innovazione sostenibile*.

Circa l'approccio normativo, lo sviluppo sostenibile richiede di adottare una modalità di organizzazione e gestione *basata sul rischio*.

4. Profili sistematici della disciplina dell'innovazione nel diritto UE

Spostandosi sul versante dell'innovazione, il diritto dell'UE è particolarmente frastagliato; anche in questo caso la lente dalla quale esaminare le fonti è duplice: la nozione di innovazione e l'approccio normativo seguito dal legislatore per imporre all'impresa specifici obblighi organizzativi. In mancanza di una definizione normativa di portata generale di innovazione, si ritiene significativo selezionare alcune fonti che consentano, da un lato, di mettere in evidenza la complessità del concetto e, dall'altro, di trarre utili indicazioni per tentare di ricostruire la trama sistematica in cui si colloca l'ordito della disciplina. Nel diritto europeo l'innovazione può essere considerata da diversi versanti per cui può essere utile prendere in considerazione due ambienti normativi: *i)* Orizzonte Europa, IX programma quadro pluriennale dell'Unione per la ricerca e l'innovazione per il settennato 2021-2027 e *ii)* le principali fonti europee che regolano l'organizzazione di impresa.

L'obiettivo è quello di rispondere al quesito sulla nozione di innovazione e sul ruolo che la ricerca (come premessa dell'innovazione) assume rispetto allo sviluppo sostenibile (§4.1), nonché cogliere l'approccio che il diritto europeo adotta per regolare l'organizzazione che l'impresa deve adottare rispetto all'utilizzo dell'innovazione nella gestione dell'attività economica (§4.2).

---

(19) Cfr. European Commission: Directorate-General for Research and Innovation, *Industry 5.0 – Towards a sustainable, human-centric and resilient European industry*, Publications Office of the European Union, 2021, *https://data.europa.eu/doi/10.2777/308407*.

(20) Cfr., seppur dal lato della trasformazione digitale, P. De Pasquale, *Sostenibilità e trasformazione digitale: paradigmi a confronto nella disciplina dell'Unione europea*, cit., pp. 72 e ss.

4.1 Il Programma Quadro di ricerca e innovazione Orizzonte Europa (2021-2027)

Nel considerando 31 del regolamento istitutivo del Programma Quadro (21) l'innovazione è definita richiamando il manuale di Oslo, elaborato dall'OCSE e da Eurostat, «che adotta un ampio approccio comprendente l'innovazione sociale e il design» (22). Tale definizione prende in considerazione l'innovazione tanto come attività quanto come risultato dell'attività (23). Il concetto di innovazione è presentato con una specifica finalità (la misurabilità) e una aspecificità riguardo il soggetto che la produce (imprese, ma anche attività economiche non lucrative, pubblica amministrazione, famiglie e individui). Questo approccio rende difficile, da un lato, riconoscere nella citata definizione di innovazione una fattispecie di portata generale e, dall'altro, trovare punti di contatto con il concetto, altrettanto ampio e complesso, dello sviluppo sostenibile.

Peraltro, il Programma Quadro tra gli obiettivi si propone di «sostenere e potenziare l'adozione e la diffusione di soluzioni innovative e sostenibili nell'economia dell'Unione […], affrontare le sfide globali, compresi i cambiamenti climatici e gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite». Si vogliono quindi «promuovere tutte le forme di innovazione, comprese quelle pionieristiche, nonché la diffusione sul mercato di soluzioni innovative, e ottimizzare la realizzazione di tali investimenti per aumentare l'impatto nell'ambito di un SER [Spazio europeo della ricerca] rafforzato» (24).

In conclusione, per rispondere al primo quesito, si può affermare che la disciplina della ricerca (civile, ma anche militare e a "duplice uso") (25), pur richiamando una nozione ampia di innovazione, fa emergere, sul piano giuridico, una rilevante declinazione della finalità della stessa: l'innovazione per essere favorita dall'UE e dagli Stati membri si deve sviluppare entro il contesto dello sviluppo sostenibile, ossia l'innovazione deve porsi in coerenza con gli obiettivi dell'Agenda 2030 e del Green Deal Europeo.

---

(21) Reg. 2021/695/UE del 28 aprile.

(22) Per la nozione di ricerca, ivi compreso lo sviluppo sperimentale, per il considerando 31, cit., si dovrebbe far riferimento al «manuale di Frascati elaborato dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE)».

(23) Cfr. OECD, Eurostat, *Oslo Manual 2018: Guidelines for Collecting, Reporting and Using Data on Innovation, 4th Edition*, The Measurement of Scientific, Technological and Innovation Activities, OECD Publishing, Paris, 2018 (*https://doi.org/10.1787/9789264304604-en*).

(24) Considerando 2 del reg. 2021/695/UE del 28 aprile. Cfr., inoltre, l'art. 3 dedicato agli obiettivi del programma.

(25) Cfr. Considerando 60, Reg. 2021/697/UE del 29 aprile 2021 *che istituisce il Fondo europeo per la difesa* e lo studio ESIR, *Making the most of EU Research and Innovation Investments: Rethinking dual use*, 2025 (*https://op.europa.eu/en/web/eu-law-and-publications/publication-detail/-/publication/9d84f730-516c-11f0-a9d0-01aa75ed71a1/language-en*).

4.2 L'approccio del diritto UE nella regolazione dell'organizzazione dell'impresa che utilizza ritrovati tecnici e innovativi

La disciplina di alcuni profili dell'organizzazione dell'impresa in presenza di utilizzo di ritrovati innovativi, consente di cogliere, al di là della specifica fattispecie, l'approccio del diritto europeo rispetto a tali fenomeni. È sufficiente a tal proposito richiamare, tra le altre:

i) il Regolamento su IA che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (reg. 2024/1689/UE del 13 giugno 2024);
ii) il Regolamento GDPR relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (reg. 2016/679/UE del 27 aprile 2016);
iii) il Regolamento DORA relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario (reg. 2022/2554/UE del 14 dicembre 2022);
iv) la Direttiva sulla *cybersecurity* relativa a misure per un livello comune elevato di cibersicurezza nell'Unione (dir. 2022/2555/UE del 14 dicembre 2022).

Nel Regolamento su IA (26) si distinguono i sistemi di IA in quattro categorie differenti basate sul livello di rischio che presentano: inaccettabile, alto, specifico (di impersonificazione o di inganno) e limitato o minimo. L'art. 9, comma 1 e 2, Reg. cit. prevede che, nell'ipotesi di sistemi IA ad alto rischio, sia «istituito, attuato, documentato e mantenuto un *sistema di gestione dei rischi*», inteso come «un processo iterativo continuo pianificato ed eseguito nel corso dell'intero ciclo di vita di un sistema di IA ad alto rischio, che richiede un riesame e un aggiornamento costanti e sistematici» (enfasi aggiunta). Il regolamento IA – come già la *Strategia europea sui dati 2030* (27) – si colloca tra le discipline (*dell'organizzazione*) del rischio di impresa, esattamente come il suo «precedente illustre» (28): il Regolamento 2016/679/UE del 27 aprile 2016 – GDPR). Anche quest'ultimo adotta infatti un approccio basato sul rischio (cfr. art. 24 Regolamento 2016/679/UE), obbligando altresì alla costituzione di precipui presidi organizzativi quali il *chief technical officer* (CTO) e il *data protection officer* (DPO) (29).

La disciplina dell'IA impatta anche su altri profili quali la responsabilità per danno da prodotti difettosi (v. oggi la dir. 2024/2853/UE del 23 ottobre 2024) e

(26) Cfr., però, EDPB-EDPS, *Joint opinion 2/2026 On the Proposal for a Regulation as regards the simplification of the digital legislative framework (Digital Omnibus)*, 10 February 2026.
(27) Cfr. P. Falletta e A. Marsano, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali: il rapporto tra Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale e GDPR*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1/2024, pp. 119 e ss.
(28) Così, testualmente, B. Carotti, *Le finzioni dell'intelligenza senza corpo, o dell'AI Act*, in *Giornale dir. amm.*, 2025, pp. 31 e ss., in part. p. 42.
(29) Il CTO e il DPO sono previsti dagli artt. 4, n. 8, 28 e, rispettivamente, dall'art. 37 e ss. Regolamento GDPR.

tiene in considerazione gli «sviluppi legati alle nuove tecnologie, compresa l'intelligenza artificiale (IA), ai nuovi modelli imprenditoriali dell'economia circolare e alle nuove catene di approvvigionamento globali» (considerando 3 dir. ult. cit.), e persegue il fine «di garantire una giusta ripartizione dei rischi» tra gli operatori economici (v. ancora dir. cit.), come si precisa, in molte occasioni, nella dir. 2024/2853/UE (30).

Nel Regolamento DORA si stabilisce che nell'affrontare «i rischi informatici è opportuno che le entità finanziarie seguano lo stesso approccio e le stesse norme basate su principi, tenendo conto delle loro dimensioni e del loro profilo di rischio complessivo, nonché della natura, della portata e della complessità dei loro servizi, delle loro attività e della loro operatività» (considerando 13).

Infine, nella Direttiva *cybersecurity* si pone l'accento sulla rilevanza culturale dell'approccio basato sul rischio (v. considerando 124 e art. 31), tanto che si ritiene «opportuno promuovere e sviluppare una cultura della gestione dei rischi, che comprenda valutazioni dei rischi e l'attuazione di misure di gestione dei rischi di cibersicurezza adeguate ai rischi esistenti» (considerando 77 e art. 21).

Dalle fonti ora richiamate emerge che il diritto UE disciplina l'innovazione acquisita dall'impresa imponendo un approccio basato sul rischio (*risk management*). L'impresa è considerata, in altre parole, una modalità di organizzazione dei rischi per la durevole permanenza dell'attività economica nel mercato competitivo e tanto l'innovazione quanto la sostenibilità sono tecnicamente rischi che, come gli altri, vanno gestiti con i presidi organizzativi adeguati.

5. Considerazioni (provvisoriamente) conclusive

Dalle superiori considerazioni sono emersi alcuni profili utili per spiegare il rapporto tra innovazione e sviluppo sostenibile.

Si può infatti affermare che:

– il sintagma "sviluppo sostenibile", come definito nel rapporto Brundtland, presenta margini di ambiguità, ma ciò non esclude che lo stesso possa essere elevato, da un lato, a obiettivo di politiche industriali che fanno leva sulla declinazione dello scopo dell'impresa e, dall'altro, a principio giuridico in senso proprio che presieda alla validità di atti legislativi o amministrativi e alla liceità dei comportamenti degli operatori economici (31);

(30) Sul raccordo con il regolamento sull'IA cfr. B. Carotti, *Le finzioni dell'intelligenza senza corpo, o dell'AI Act*, in *Giornale dir. amm.*, 2025, pp. 31 e ss., in part. p. 33 nonché R. Petruso, *La nuova direttiva UE sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi: una prima lettura*, in *Riv. Dir. Econ., Trasporti e Ambiente*, 2024, pp. 545 e ss.

(31) Cfr. M. Antonioli, *Sviluppo sostenibile e giudice amministrativo tra tutela ambientale e governo del territorio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2019, pp. 201 e ss.

– l'innovazione, ancorché venga in considerazione nella disciplina della ricerca, non si sovrappone alla stessa (32) e produce un impatto significativo sul piano del mercato e dell'organizzazione dell'impresa;
– in ordine al rapporto tra sostenibilità e innovazione si rinvengono nella disciplina rilevanti punti di contatto: *i)* il contesto in cui entrambi i termini operano (il mercato), *ii)* la circostanza che entrambi sono fonti di rischio che per l'impresa che deve gestire gli stessi con un approccio basato sul rischio (*risk based approach*). Le conclusioni qui rassegnate sono necessariamente provvisorie stanti, da un lato, l'instabilità geopolitica globale e, dall'altro, le proposte di semplificazione in parte già tradotte in disposizioni giuridiche (33). Inoltre, nelle superiori considerazioni si è potuta dare una rappresentazione solo parziale e limitata delle questioni, trascurando profili sistematici di rilievo: dall'impatto delle linee guida EBA alle ricadute della elaborazione dei principi per la rendicontazione volontaria di sostenibilità.

Il saggio indaga il nesso tra innovazione e sviluppo sostenibile nell'ordinamento dell'Unione europea, evidenziando come la sostenibilità emerga quale obiettivo trasversale dell'azione normativa e come l'innovazione ne rappresenti uno strumento essenziale di attuazione. L'analisi mostra il ruolo centrale della regolazione del rischio quale paradigma comune di governo dei processi economici e tecnologici.

The essay explores the nexus between innovation and sustainable development in European Union law, showing how sustainability has evolved into a cross-cutting objective of EU regulation and how innovation serves as a key instrument for its implementation. The analysis highlights risk regulation as the common governance paradigm underpinning economic and technological development.

(32) Cfr. G. De Michelis, A. Fuggetta, *Ecosistema dell'innovazione ed intervento pubblico. Il caso dei Competence Center Industria 4.0*, in *ASTRID Rassegna*, n. 3/2020, p. 6, i quali osservano che mentre la «ricerca mira a *creare nuova conoscenza*», l'innovazione mira a realizzare «un *impatto concreto sulla società*, sia esso di natura economica, sociale o culturale».
(33) Cfr. da ultima la Direttiva 2026/470/UE del 24 febbraio 2026.

Sofia Mansoldo
(Università di Verona)

Informativa societaria per lo sviluppo sostenibile: esperienza europea e brasiliana a confronto (*) (**)

Sommario: 1. L'informativa societaria di sostenibilità. - **2.** La rendicontazione di sostenibilità nel contesto europeo: dalla *Non-Financial Reporting Directive* alla *Corporate Sustainability Reporting Directive*. - **3.** Segue: Le semplificazioni del Pacchetto *Omnibus*. - **4.** L'informativa di sostenibilità nel contesto brasiliano. - **5.** Verso un modello di impresa sostenibile: profili di convergenza e divergenza nel quadro normativo dell'informativa di sostenibilità. - **6.** Considerazioni conclusive. - **7.** Segue: Una "postilla" sul recente ritorno alla rendicontazione volontaria in Brasile.

1. L'informativa societaria di sostenibilità

In diversi ordinamenti giuridici si registra una crescente attenzione verso iniziative volte ad ampliare la disponibilità e la diffusione di informazioni attinenti alla sostenibilità delle imprese, sebbene attraverso modelli non pienamente omogenei e nell'ambito dei più ampi quadri normativi tesi a promuovere una crescita economica più duratura, inclusiva e sostenibile (1). Si tratta di una moderna dimensione dell'informativa societaria, espressione della più recente evoluzione dell'attività d'impresa (specialmente quella di grande dimensione e quotata), che è orientata a ricercare un punto di equilibrio tra la natura lucrativa, o comunque egoistica, degli scopi tradizionalmente propri del modello societario e l'adozione

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

(**) Il presente scritto rientra nelle attività di ricerca svolte nell'ambito del Progetto PR Veneto FSE+ 2021-2027, Priorità 2, Obiettivo "Istruzione e formazione", Inquadramento nella S3 2021-2027, Driver trasversale «Servizi per l'innovazione e nuovi modelli di business», Dgr 553/2023, Codice Progetto 2120-0006-553-2023: «*L'integrazione dei fattori ESG nelle fondazioni di partecipazione: un nuovo modello per lo sviluppo sostenibile*», Responsabili scientifici Prof. Gianluca Sicchiero e Prof. Giovanni Meruzzi, soggetti beneficiari Dott.ssa Giulia Travan (Università Cà Foscari Venezia) e Dott.ssa Sofia Mansoldo (Università di Verona).

(1) Cfr. F. Trimarchi Banfi, *Considerazioni sulla sostenibilità della crescita economica (in attesa delle semplificazioni)*, in *Dir. amm.*, 2026, p. 3.

di criteri di gestione allineati con gli obiettivi di sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite (2).

Rileva anzitutto notare che il fenomeno della trasparenza delle imprese, in relazione al proprio impegno ambientale e sociale, nasce come conseguenza dell'intensificarsi del dibattito sulla teoria della *Corporate Social Responsibility*, la quale, com'è risaputo, spinge le attività economiche ad assumere volontariamente un maggiore impegno nella riduzione degli impatti negativi della loro operatività sul contesto sociale e ambientale (3). In ragione della sempre più accentuata urgenza delle problematiche connesse alla tutela dei diritti umani e dell'ambiente, la concezione esclusivamente volontaristica, o moralmente orientata della CSR, ha recentemente lasciato spazio a una effettività di tutela degli interessi coinvolti nel noto acronimo

(2) U.N., *The 17 Sustainable Development Goals*, reperibile in *https://sdgs.un.org/goals*.
Il processo di profonda trasformazione che sta attraversando l'attività d'impresa, sulla scorta del paradigma della sostenibilità, ha rafforzato il dibattito, mai sopito e oggi di strettissima attualità, sugli interessi che gli amministratori sono tenuti a perseguire e proteggere nell'esercizio delle loro funzioni e, più in generale, sull'interesse sociale. Di grande rilievo, al riguardo, sono gli studi di T. Ascarelli, *Interesse sociale e interesse comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1951, p. 1145; L. Mengoni, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*, in *Riv. soc*., 1956, p. 434; G. Minervini, *Sulla tutela dell'«interesse sociale» nella disciplina delle deliberazioni assembleari e di consiglio*, in *Riv. dir. civ*., 1956, I, p. 314; A. Mignoli, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc*., 1958, p. 725; A. Asquini, *I battelli del Reno*, in *Riv*. *soc*., 1959, p. 617; P.G. Jeager, *L'interesse sociale*, Milano, 1964; Id., *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm*., 2000, I, p. 795; F. D'Alessandro, *Il diritto delle società da i "battelli del Reno" alle "navi vichinghe"*, in *Foro it*., 1988, V, c. 48. Nel contrapporsi tra teorie di matrice contrattualista e istituzionalistica o, in termini più moderni, tra *shareholderism* e *stakeholderism*, si è recentemente consolidato un orientamento che respinge una visione dell'interesse sociale fondata esclusivamente sul perseguimento del profitto nell'interesse dei soci. Sull'evoluzione del dibattito sull'interesse sociale in rapporto allo sviluppo sostenibile v., per tutti, E. Barcellona, Shareholderism versus stakeholderism. *La società per azioni contemporanea dinanzi al "profitto"*, Milano, 2022, pp. 57 e ss.
(3) Il Libro Verde della Commissione Europea del 18 luglio 2001, *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità delle imprese*, COM (2001) 366 def., reperibile in *www.europarl.europa.eu*, definisce la CSR come «integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate». La Commissione europea nella più recente Comunicazione del 25 ottobre 2011, *Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese*, COM (2011) 681 def., reperibile in *www.europarl.europa.eu*, superando l'approccio esclusivamente volontaristico, definisce la CRS come «responsabilità delle imprese per il loro impatto sulla società». In dottrina sulla CSR, a mero titolo esemplificativo, v. R. Costi, *La responsabilità sociale dell'impresa e il diritto azionario italiano*, in AA.VV., *La responsabilità dell'impresa*, Convegno per i trent'anni di Giurisprudenza Commerciale, Bologna, 8-9 ottobre 2004, Milano, 2006, pp. 83 e ss.; G. Conte, *Codici etici e attività d'impresa nel nuovo spazio globale di mercato*, in *Contr. impr*., 2006, pp. 120 e ss.; M. Libertini, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc*., 2009, pp. 1 e ss.; C. Angelici, *Divagazioni sulla "responsabilità sociale" d'impresa*, in *Riv. soc*., 2018, pp. 3 e ss.; S. Rossi, *Il diritto della* Corporate Social Responsibility, in *Rivista ODC*, 1/2021, pp. 99 e ss.; C. Amatucci, *Responsabilità sociale dell'impresa e nuovi obblighi degli amministratori. La giusta via di alcuni legislatori*, in *Giur. comm*., 2022, I, pp. 612 e ss.

E(*nvironmental*) *S*(*ocial*) *G*(*overnance*), valorizzando il contributo degli operatori economici ai fini della transizione verso un'economia sostenibile (4).

È proprio in questa evoluzione che nelle politiche legislative degli ultimi anni, a livello sia internazionale che europeo, e poi interno, si è assistito al passaggio da un approccio inteso a considerare come essenzialmente facoltativa l'adozione di modelli di gestione orientati allo sviluppo sostenibile dell'impresa (tramite, ad esempio, codici etici o codici di condotta), a una prospettiva che invece impone di perseguire indirizzi gestionali ispirati ai fattori ambientali, sociali e di *governance* (5). Nel contesto attuale, così ridefinito, gli obiettivi ESG assumono dunque una posizione centrale per orientare le imprese verso l'adozione di politiche improntate ai valori della sostenibilità, portando all'implementazione di una cornice normativa che, attraverso nuovi modelli di *governance*, supporta l'esigenza di rafforzare la trasparenza e l'intellegibilità delle informazioni relative alle implicazioni sociali e ambientali delle attività economiche (6).

Nell'attuale assetto normativo, in linea con tale evoluzione, accanto ai doveri informativi aventi ad oggetto dati finanziari, tradizionalmente oggetto del bilancio, si è imposto alle imprese un obbligo di trasparenza che riguarda anche informazioni su fatti non aventi diretta derivazione nella contabilità, consistenti nella descrizione di circostanze o dati di natura per lo più qualitativa, relativi ad aspetti ambientali e sociali dell'attività esercitata (7). Tale rendicontazione, attinente alle tematiche ESG, intende informare i consumatori, gli investitori e gli altri *stakeholders* circa gli impatti socio-ambientali delle attività economiche, contribuendo, in

(4) Come rileva precisamente R. Rolli, *L'impatto dei fattori ESG sull'impresa, Modelli di* governance *e nuove responsabilità,* Bologna, 2020, p. 7, nota (1), nonché Id., *Dalla* Corporate Social Responsibility *alla* Sustainability, *alla* Environmental, Social and Governance, in *Rivista di Corporate Governance*, 2022, p. 42, nota (1), «*Environmental* comprende la tutela dell'ambiente, gli aspetti connessi al *climate change*, alle emissioni di CO_2, all'inquinamento e alla deforestazione; *Social* comprende le politiche inclusive e di genere, la tutela dei diritti umani, il rispetto degli standards lavorativi, la considerazione delle comunità locali e, più in generale, degli *stakeholders* rilevanti nell'attività dell'impresa; *Governance* fa riferimento al governo societario, comprendendo le politiche retributive dei manager, la composizione del CdA, le condotte dei vertici, le procedure e i sistemi di controllo».
(5) Il superamento della concezione volontaristica della sostenibilità viene rilevato, tra i tanti, da I. Speziale, *Il nuovo paradigma dell'impresa sostenibile*, in *Contr. impr*., 2022, p. 758; L. Calvosa, *La sfida della sostenibilità*, in *Riv. dir. soc.*, 2024, p. 7; C. Amatucci, *Responsabilità sociale dell'impresa e nuovi obblighi degli amministratori*, cit., p. 621; S. A. Cerrato, *Appunti per una "via italiana" all'ESG: l'impresa "costituzionalmente solidale" (anche alla luce dei "nuovi" artt. 9 e 41 Cost.)*, in *Governance e mercati.* Studi in onore di Paolo Montalenti, a cura di M. Callegari, S.A. Cerrato e E.R. Desana, I, Torino, 2022, p. 230; L. Sacconi, *Governo di impresa sostenibile e nuova analisi economica del diritto*, in *Rivista ODC,* 2023, p. 644; E. Rimini, *Sostenibilità e nuova* governance *delle imprese azionarie nel diritto interno e comunitario tra realtà, criticità e prospettive*, in *Giur. comm*., 2024, I, p. 285.
(6) Sul punto v. C. Presciani, *L'evoluzione normativa in tema di informativa di sostenibilità*, in *Sostenibilità e informazioni al mercato*, a cura di M. Siri, D. Lenzi, Milano, 2026, p. 3.
(7) Cfr. P. Butturini, *Rischi d'impresa e informativa non contabile nel bilancio d'esercizio: alcune osservazioni alla luce del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Rivista ODC*, 3/2020, p. 801.

linea generale, ad attenuare le preoccupazioni legate a un approccio alla sostenibilità da parte delle imprese meramente utilitaristico o, per meglio dire, di facciata (c.d. *greenwashing*) (8).

Sul piano empirico, la comunicazione da parte delle imprese di informazioni attinenti alle questioni ESG sta assumendo un ruolo sempre più rilevante nei sistemi di *reporting* aziendale, riflettendo una maggiore consapevolezza sia degli impatti che le imprese possono produrre sull'ambiente e sulla società, sia degli effetti che i fattori ESG possono generare sul piano economico e finanziario dell'impresa (9). Nella prassi di governo societario (segnatamente con riguardo alle società di maggiore dimensione e quotate) si assiste, invero, a un progressivo consolidamento dell'impiego della rendicontazione di sostenibilità come leva strategica di primaria rilevanza per la crescita economica nel medio-lungo termine, in quanto idonea a promuovere un dialogo trasparente e costruttivo con gli *stakeholders*, a rafforzare la credibilità e l'immagine aziendale presso i consumatori e le comunità di riferimento, a facilitare l'attrazione di investitori sensibili alle tematiche ESG e a migliorare l'accesso al capitale finanziario (10).

Si realizza in questo modo, benché non possa non rilevarsi una parziale inversione di rotta, su scala mondiale (11), una convergenza verso un modello d'im-

---

(8) Nel contesto delle comunicazioni al pubblico dei consumatori, in funzione di consentire agli stessi di prendere decisioni di acquisto consapevoli e quindi di contribuire a una maggiore sostenibilità dei consumi, assume centrale rilievo a livello europeo la Dir. 2024/825/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 febbraio 2024, che modifica le Direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione, (c.d. Direttiva *Greenwashing*). Sul tema v., per tutti, M. Cian, *Educare (informando) il consumatore per educare le imprese: la Direttiva UE 825/2024 sulla transizione verde*, in *Giur. comm*., 2025, I, pp. 61 e ss.

(9) Sull'impatto dell'integrazione dei fattori ESG nei processi decisionali aziendali di società quotate italiane, anche in relazione ai cambiamenti del quadro normativo di riferimento, v. Consob, *Rapporto sulla rendicontazione di sostenibilità delle società quotate italiane*, aprile 2026, reperibile in *https://www.consob.it/documents/d/area-pubblica/rs2025*, ove complessivamente emerge una trasformazione strutturale dei processi di *reporting* e della *governance* verso modelli più orientati alla sostenibilità.

(10) Risulta ravvisabile, sebbene la questione sia oggetto di dibattito, una tendenziale correlazione positiva tra la sostenibilità socio-ambientale e la *performance* dell'impresa. Sul tema, sotto il profilo più strettamente giuridico, v. D. Lenzi, *La gestione del rischio di danno ambientale per le società di capitali*, in *Impresa e rischio. Profili giuridici del risk management*, a cura di S.A. Cerrato, Torino, 2019, p. 242; M. Maugeri, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, in *Riv. soc*., 2019, p. 1019; P. Vernero, *Spunti di riflessione su sostenibilità aziendale, responsabilità sociale dell'impresa e la sua continuità: il sistema bancario quale settore di elezione dei fattori ESG. L'impatto sul modello 231*, in Governance *e mercati.* Studi in onore di Paolo Montalenti, cit., II, p. 1215.

(11) Il principale punto di riferimento, in questa inversione di tendenza, è sicuramente rappresentato degli Stati Uniti, ove le *climate rules* (*The Enhancement and Standardization of Climate-Related Disclosures for Investors*) della *Securities and Exchange Commission* (SEC) del 6 marzo 2024, che avrebbero introdotto l'obbligo, per i soggetti vigilati, di includere nelle relazioni periodiche un'ampia informazione in materia climatica, sono state impugnate con procedimento instaurato presso la U.S. *Court of Appeals* (Iowa v. SEC, No. 24-1522 (8th Cir.)). La SEC, dopo averne tem-

presa che coglie i profili dello sviluppo sostenibile, attraverso un progressivo rafforzamento dell'informativa societaria, quale strumento in grado di indirizzare i complessi produttivi verso la valorizzazione e il perseguimento di obiettivi legati alla sostenibilità (12). In chiave sia europea che globale, la panoramica dei più recenti interventi normativi tende dunque a trasformare la rendicontazione di sostenibilità da semplice strumento informativo a parte integrante della *governance* aziendale, imponendo alle imprese, specialmente se di maggiori dimensioni o con maggiore impatto, di integrare i valori connessi alla sostenibilità nelle proprie strategie e nei sistemi di controllo interno e di gestione dei rischi (13).

2. La rendicontazione di sostenibilità nel contesto europeo: dalla *Non-Financial Reporting Directive* alla *Corporate Sustainability Reporting Directive*

Nel contesto normativo europeo la rendicontazione di informazioni di carattere non finanziario era inizialmente disciplinata dalla Direttiva 2014/95/CE (*Non-Financial Reporting Directive* o NFRD), che modificava la Direttiva 2013/34/UE (c.d. Direttiva *Accounting*), inserendosi nel solco dei copiosi interventi normativi orientati a promuovere il principio dello sviluppo sostenibile nell'ambito dell'esercizio delle attività d'impresa (14). La NFRD, recepita nell'ordinamento italiano con D.Lgs. 254/2016, ha rappresentato il primo concreto tentativo da parte delle istituzioni europee di regolamentare la condotta delle imprese, in riferimento ai fattori ESG, attraverso la previsione di obblighi di trasparenza finalizzati a consentire agli *stakeholders* di accedere a informazioni riguardanti le strategie aziendali implementate sotto il profilo ambientale, sociale e di governo societario (15).

---

poraneamente sospesa l'applicazione, con decisione del 27 marzo 2025 ha annunciato di rinunciare alla difesa delle *climate rules* (cfr. *SEC Votes to End Defense of Climate Disclosure Rules*, Press Release 2025-58, marzo 2025, *https://www.sec.gov/newsroom/press-releases/2025-58*). In argomento, v. anche G. Balp, *Rendicontazione di sostenibilità e partecipanti al mercato finanziario: prospettive e problemi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2025, p. 967, nota (1). In data 29 maggio 2026 la SEC ha proposto l'abrogazione delle climate rules, giacché, tra le altre cose, impongono costi considerevoli alle società, che non sono giustificati dai benefici che possono fornire (cfr. *SEC Proposes Rescission of Climate-Related Disclosure Rules*, Press Release 2026-49, maggio 2026, *https://www.sec.gov/newsroom/press-releases/2026-49-sec-proposes-rescission-climate-related-disclosure-rules*).

(12) Sul punto v. M. Libertini, *Prefazione*, in *La trasparenza societaria per lo sviluppo sostenibile. Il D.Lgs. 125/2024 sul rendiconto di sostenibilità*, a cura di A. Genovese, Firenze, 2025, p. 12.

(13) *Amplius infra*, §5.

(14) Dir. 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014 recante modifica della Direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni, reperibile in *https://eur-lex.europa.eu*.

(15) Cfr. S. Bruno, *Dichiarazione "non finanziaria" e obblighi degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 974; M. Maugeri, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, cit., p. 992; S. For-

In tale prospettiva, la NFRD imponeva agli enti di interesse pubblico rilevanti di fornire una dichiarazione di carattere non finanziario contenente almeno informazioni ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani, alla lotta contro la corruzione attiva e passiva in misura necessaria alla comprensione dell'andamento dell'impresa, dei suoi risultati, della sua situazione e dell'impatto della sua attività. Nella NFRD veniva chiaramente sottolineata la rilevanza della comunicazione di informazioni di carattere non finanziario da parte delle imprese a più elevato impatto ESG per gestire la transizione verso un'economia globale sostenibile, coniugando redditività a lungo termine, giustizia sociale e protezione dell'ambiente (16).

Va opportunamente evidenziato che la NFRD seguiva il principio del *comply or explain*, sicché le imprese che non applicavano politiche in relazione a uno o più degli aspetti ESG erano tenute a fornire nella dichiarazione di carattere non finanziario una spiegazione chiara e articolata delle ragioni di tale scelta (17). La dichiarazione di informazioni di carattere non finanziario, disciplinata dalla NFRD, si connotava pertanto da un'ampia flessibilità, derivante anche dalla possibilità riconosciuta alle imprese di selezionare autonomamente gli *standard* da adottare ai fini della *disclosure*, potendo pure scegliere di impiegare un proprio metodo di rendicontazione, purché adeguatamente motivato e articolato (18).

Per far fronte all'aumento della domanda di informazioni societarie relative alle tematiche ESG, da parte degli *stakeholders* e in special modo dalla comunità degli investitori, la Commissione europea, con comunicazione dell'11 dicembre 2019, nota come "Il *Green Deal* europeo", si è impegnata, tra le altre cose, a una revisione organica della disciplina sulla dichiarazione non finanziaria, come parte del progetto per rafforzare la finanza sostenibile (19). La disciplina della NFRD è stata dunque sostituita dalla più recente Direttiva 2022/246/UE (c.d. *Corporate Sustainability Reporting Directive* o CSRD) sulla pubblicazione delle informazioni sulla sostenibilità delle imprese, recepita nell'ordinamento italiano con D.Lgs.

---

tunato, *L'informazione non-finanziaria nell'impresa socialmente responsabile*, in *Giur. comm.*, 2019, I, p. 415.

(16) Considerando n. 3 NFRD.

(17) Sulla disciplina delle informazioni non finanziarie v., ad esempio, G. Mollo, *La comunicazione di informazioni di carattere non finanziario quale strumento di attuazione della Responsabilità Sociale dell'Impresa*, in *Riv. dir. impr.*, 2019, pp. 317 e ss.; F. Denozza, A. Stabilini, *Informazione non finanziaria e* stakeholder empowerment, in *Il caleidoscopio dell'informazione nel diritto societario e dei mercati*, a cura di P. Marchetti, F. Ghezzi, R. Sacchi, Milano, 2020, pp. 225 e ss.; M. Palmieri, *L'informazione non finanziaria e il bilancio di sostenibilità*, in *Rivista ODC*, 2023, pp. 273 e ss.

(18) Considerando n. 9 NFRD.

(19) Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Il* Green Deal *Europeo*, COM (2019) 640 def., 11 dicembre 2019, reperibile in *http://eur-lex.europa.eu*.

125/2024, che ha abrogato il D.Lgs. 254/2016, riguardante la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario (20).

È importante osservare che il passaggio dalla NFRD alla CSRD ha determinato un cambiamento sostanziale nell'approccio europeo e negli obiettivi dell'informativa per lo sviluppo sostenibile, prevedendo, anzitutto, un ampliamento dei destinatari degli obblighi informativi, con l'inclusione di un numero rilevante di società in precedenza non obbligate, tra cui imprese di grandi dimensioni non quotate e piccole e medie imprese quotate (21). Ampliando l'ambito di applicazione a un contesto consolidato, la CSRD ha inoltre previsto la rendicontazione a carico di società madri di gruppi di grandi dimensioni, richiedendo una rendicontazione delle attività e delle operazioni del gruppo nel suo complesso ed esonerando dall'obbligo informativo le altre imprese del gruppo, eventualmente tenute alla *disclosure* sulla sostenibilità (22).

In un'ottica di crescente integrazione dei fattori ESG, la CSRD impone anche a imprese non europee, che svolgono una parte significativa della loro attività nel territorio dell'Unione, di fornire informazioni sulla sostenibilità, in modo da garantire che le imprese di Paesi terzi siano responsabili del loro impatto sulle persone e sull'ambiente e che vi siano condizioni di parità per le imprese che operano nel mercato interno (23). Ancora dal punto di vista soggettivo, va segnalato che, in base alle previsioni della CSRD, pure le imprese non direttamente obbligate alla rendicontazione di sostenibilità possono subire alcune conseguenze da tale regolamentazione, poiché, se operano nella catena di valore di un'impresa che rientra nell'ambito di applicazione della CSRD, potrebbero essere tenute a strutturarsi in modo da condividere con l'impresa obbligata informazioni utili sulla sostenibilità (24).

---

(20) Cfr. D. Stanzione, *Le nuove frontiere dell'informazione societaria*, in *Nuovo dir. soc.*, 2025, pp. 1453 e ss. In argomento v. altresì Assonime, *La nuova disciplina sugli obblighi di rendicontazione e informativa societaria in materia di sostenibilità*, Circolare del 7 novembre 2024, n. 21, reperibile in *www.assonime.it*.

(21) In argomento v. A. Genovese, S. Scalzini, *Il D.Lgs. 254/2016 di recepimento della Non Financial Reporting Directive (NFRD) 2014/95/UE e la Corporate Sustainability Reporting Directive (CSRD) 2464/2022 a confronto*, in *Astrid Rassegna*, n. 383, 2023, pp. 1 e ss.; A. Caprara, *I soggetti tenuti alla rendicontazione di sostenibilità (individuale e consolidata)*, in *La trasparenza societaria per lo sviluppo sostenibile*, cit., pp. 21 e ss.

(22) Sulla rendicontazione consolidata v., in particolare, L. Rocco di Torrepadula, *Rendicontazione consolidata di sostenibilità e gruppi societari*, Napoli, 2025, pp. 91 e ss.; M.V. Zammitti, *Rendicontazione consolidata di sostenibilità e responsabilità della capogruppo*, in *Riv. dir. soc.*, 2026, pp. 53 e ss.

(23) Considerando n. 20 CSRD.

(24) Sull'impatto della CSRD lungo la catena di attività v. C. Presciani, *L'evoluzione normativa in tema di informativa di sostenibilità*, cit., p. 27; G. Manca, F.S. Cordeddu, *La sostenibilità nella* supply chain, in *La CSR nel* business model *delle aziende. Impatti sulle performance economico-finanziarie e sulla capacità di essere resilienti*, a cura di A. Ezza, G. Ennas, M. Pinna e G. Pischedda, Milano, 2024, p. 21; N.M. Bacaro, M. Russotto, C. Saporetti, L. Solimene, *La* Corporate

Nel quadro dell'ampliamento della trasparenza a carico delle imprese, vi è altresì da notare che la CSRD ha significativamente esteso il contenuto dell'informativa sulla sostenibilità, abbandonando il principio del *comply or explain*, adottato dalla precedente NFRD, secondo il quale, come si è già visto, le imprese potevano anche non applicare politiche di sostenibilità, a condizione di spiegare in modo chiaro e articolato le ragioni di tale scelta (25). In particolare, rispetto alla disciplina della NFRD, caratterizzata da un ampio margine di flessibilità e dall'assenza di *standard* uniformi di *disclosure*, la CSRD ha introdotto un sistema di rendicontazione più analitico e strutturato, fondato sull'adozione di principi per la rendicontazione di sostenibilità (c.d. *European Sustainability Reporting Standards* o ESRS), elaborati dall'EFRAG (*European Financial Reporting Advisory Group*) (26).

L'introduzione dei principi ESRS risponde all'esigenza di superare alcune criticità della dichiarazione di carattere non finanziario della NFRD, garantendo maggiore specificità contenutistica alla trasparenza informativa, sì da assicurare la divulgazione di informazioni rilevanti sulla sostenibilità e, nel medesimo tempo, da favorire l'attendibilità e la comparabilità delle informazioni sulle tematiche ESG (27). I principi di rendicontazione ESRS, in base al principio della «doppia materialità» (c.d. *double materiality*), richiedono alle imprese di comunicare informazioni in relazione sia all'impatto delle proprie attività sulle persone e sull'ambiente, secondo una prospettiva *outside-in* (*impact materiality* o *environmental and social materiality*), sia al modo in cui le questioni di sostenibilità incidono sull'impresa, secondo una prospettiva *outside-out* (*financial materiality*) (28).

Ulteriore elemento di innovazione della CSRD è rappresentato dall'obbligo delle imprese di includere la rendicontazione di sostenibilità all'interno della relazione sulla gestione, e quindi non in un documento a sé stante, come invece era possibile sotto la vigenza della previgente NFRD, al fine di garantire una maggiore integrazione tra informazioni sulla sostenibilità e informazioni finanziarie (29). Nel definire una sinergica connessione tra l'informazione di sostenibilità e

---

Sustainability Reporting Directive (CSRD), in *Riv. dott. comm.*, 2024, p. 467; A. Caprara, *I soggetti tenuti alla rendicontazione di sostenibilità (individuale e consolidata)*, cit., p. 47; E. Pedersoli, *Gli obblighi informativi sulla sostenibilità della "catena del valore" e responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2025, p. 234.

(25) Cfr. A. Genovese, *Rendiconto di sostenibilità e gestione sostenibile dell'impresa azionaria (anche di gruppo)*, in *La trasparenza societaria per lo sviluppo sostenibile*, cit., 2025, p. 193.

(26) In argomento v. F. Urbani, *Gli* European Sustainability Reporting Standards, in *Sostenibilità e informazioni al mercato*, cit., p. 57.

(27) Sul punto v. A. Briguglio, *Informazione sulla sostenibilità e responsabilità esterna degli amministratori*, Milano, 2025, p. 52.

(28) Cfr. A. Briguglio, *Informazione sulla sostenibilità e responsabilità esterna degli amministratori*, cit., p. 69.

(29) Al riguardo v. C. Presciani, *L'evoluzione normativa in tema di informativa di sostenibilità*, cit., p. 28.

la tradizionale informazione finanziaria, assume rilievo anche l'obbligo introdotto dalla CSRD di rendere digitali le informazioni sulle tematiche ESG, utilizzando il linguaggio XHTML, con linguaggio di marcatura XBRL, funzionale a migliorare la comparabilità dei dati e ad aumentarne la diffusione presso gli *stakeholders* in un formato aperto e accessibile che faciliti la lettura (30).

Favorendo un ulteriore allineamento tra le informazioni sulla sostenibilità e quelle di carattere finanziario, la CSRD è pure intervenuta per rafforzare il livello di affidabilità della rendicontazione di sostenibilità, sottoponendola a una specifica attestazione di conformità, da parte di un revisore anche diverso da quello che esegue la revisione legale del bilancio (31). Il legislatore europeo con la CSRD ha adottato un approccio graduale per migliorare il livello di attestazione delle informazioni sulla sostenibilità, ritenendo sufficiente la previsione di una *limited assurance*, nelle more dell'elaborazione di *standard* di revisione che permettano di raggiungere una *reasonable assurance*, sì da garantire un livello di attestazione analogo a quello dell'informativa finanziaria (32).

Alla luce di quanto osservato, risulta dunque evidente come nel contesto europeo il passaggio dalla NFRD alla CSRD abbia segnato una profonda evoluzione del quadro normativo in materia di rendicontazione sulla sostenibilità delle imprese, improntata su una maggiore armonizzazione, trasparenza e affidabilità delle informazioni sulle tematiche ESG, nonché su una più compiuta integrazione di tali informazioni nel sistema informativo aziendale (33). La trasparenza sui fattori ESG, nei termini in cui è stata prevista dalla CSRD, si inserisce in modo organico nella più ampia cornice europea in materia di sviluppo sostenibile delle imprese – che comprende anche la regolamentazione degli investimenti (Regolamenti 2019/2088/UE e 2020/852/UE), del dovere di diligenza (Direttiva 2024/1760/UE) e della comunicazione ai consumatori (Direttiva 2024/825/UE) –, contribuendo a delineare un sistema più definito e coerente, in funzione di orientare le attività economiche verso maggiori livelli di trasparenza e quindi di sostenibilità (34).

---

(30) Considerando n. 55 CSRD.

(31) Considerando n. 61 CSRD.

(32) Considerando n. 60 CSRD. Sul tema v. I. Demuro, *I controlli sulla rendicontazione di sostenibilità*, in *Sostenibilità e informazioni al mercato*, cit., p. 395; M. Senese, "*Finanziarietà" delle informazioni di sostenibilità e responsabilità del revisore*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2026, p. 95.

(33) Cfr. A. Briguglio, *Informazione sulla sostenibilità e responsabilità esterna degli amministratori*, cit., p. 56; E.R. Desana, *Dalla* Corporate social responsibility *alla rendicontazione di sostenibilità*, in *L'*engagement *nelle responsabilità sociali di imprese ed enti. Nuove norme cogenti,* soft law, *metriche e pratiche per la sostenibilità*, a cura di E.R. Desana, S. Scamuzzi e M. Callegari, Napoli-Torino, 2025, p. 24.

(34) CNDCEC, *Sostenibilità,* governance *e finanza dell'impresa: impatto degli ESG con particolare riferimento alle PMI. Evoluzione degli scenari.* Business continuity, *nuove opportunità, creazione di valore: oltre la* compliance, 17 aprile 2025, reperibile in *www.commercialisti.it*, p. 8.

3. Segue: Le semplificazioni del Pacchetto *Omnibus*

La traiettoria regolatoria europea connessa alle tematiche ESG, entro cui si inserisce anche la disciplina della rendicontazione di sostenibilità della CSRD, ha recentemente registrato un significativo rallentamento, considerando l'impatto economico che la richiesta dell'implementazione degli obiettivi di sostenibilità ha portato con sé, con riguardo, in particolare alle piccole e medio imprese (35). Si fa riferimento, a questo proposito, al pacchetto di proposte normative pubblicato dalla Commissione europea in data 26 febbraio 2025 (c.d. *Omnibus Simplification Package*), con l'obiettivo di semplificare e razionalizzare il quadro normativo UE in materia di sostenibilità per le imprese e di rafforzare la competitività dell'economia europea (36).

L'*Omnibus Package* ha rappresentato un passo significativo nella creazione di un contesto imprenditoriale più favorevole per aiutare le imprese dell'UE a crescere, innovare e creare posti di lavoro di qualità, coniugando gli obiettivi in materia ambientale e di competitività, in un'ottica di maggiore proporzionalità delle regole e degli oneri di implementazione della disciplina unionale. È opportuno precisare che il pacchetto *Omnibus* non intende eliminare gli obblighi ESG per le imprese, ma mira a riequilibrarli, nel tentativo di conciliare la transizione sostenibile con le esigenze di competitività del sistema economico europeo, in un contesto geopolitico più complesso rispetto a quello che caratterizzava la fase iniziale del *Green Deal* (37).

In questo scenario, il Pacchetto *Omnibus* si pone l'obiettivo di realizzare uno sforzo di semplificazione di vasta portata in tema di sostenibilità in rapporto alle imprese, introducendo modifiche rilevanti anche (ma non solo) alla CSRD, pur senza abbandonare del tutto l'obiettivo strategico di trasformare l'economia unionale per un futuro sostenibile. In tale direzione, gli interventi di semplificazione intendono ridurre la complessità dei requisiti dell'UE per le imprese, in special modo per le PMI e le piccole imprese a media capitalizzazione, ponendo al centro del quadro normativo sulla sostenibilità le imprese più grandi, che sono le più importanti in termini di impatti ESG e, al con-

(35) Sul tema v. A. Genovese, *Dottrine generali della sostenibilità. Rendiconto di sostenibilità, doveri degli amministratori e interessi alieni*, in *Riv. soc.*, 2025, p. 461; G. Strampelli, *Sostenibilità, semplificazione e armonizzazione: il difficile equilibrio tra gli obiettivi della disciplina europea in materia di finanza sostenibile*, *ivi*, 2025, p. 486.

(36) Per un'analisi delle principali novità del Pacchetto *Omnibus*, con riferimento alla rendicontazione di sostenibilità, si rinvia a CNDCEC, *La proposta Omnibus Package per la rendicontazione di sostenibilità. Analisi dello scenario in evoluzione*, Informativa Reporting di Sostenibilità n. 13, marzo 2025, reperibile in *www.commercialisti.it*; Assonime, *Atto europeo omnibus in materia di sostenibilità. Osservazioni e proposte*, Position Papers 1/2025, reperibile in *www.assonime.it*.

(37) Cfr. J. Finco, *La grande impresa azionaria tra sostenibilità e competitività: dal* Green Deal *al pacchetto* Omnibus, in *Società*, 2025, pp. 1013 e ss.

tempo, sono generalmente in grado di assorbire i costi associati agli obblighi di sostenibilità (38).

Nel quadro delle iniziative volte a ridurre gli oneri a carico delle imprese e a rafforzare la competitività, si inserisce innanzitutto la Direttiva 2025/794/UE (c.d. *Stop the clock*), che ha modificato la CSRD al fine di disporre, nelle more del processo di revisione normativa orientato alla semplificazione della trasparenza richiesta alle imprese, una dilazione dei termini di applicazione degli obblighi di informativi in materia ESG. La rapida approvazione di tale Direttiva, recepita nell'ordinamento italiano con D.L. 95/2025, convertito nella L. 118/2025, ha disposto il rinvio di due anni (fino al 2028) degli obblighi di rendicontazione di sostenibilità per le imprese di grandi dimensioni diverse dagli enti di interesse pubblico e per le piccole e medie imprese quotate tenute al *reporting* di sostenibilità (39).

Rientra nel Pacchetto *Omnibus* anche la più recente Direttiva 2026/470/UE (c.d. Direttiva *Omnibus* I), che ha introdotto modifiche di maggiore portata alla disciplina della CSRD, riducendo in modo significativo l'onere della rendicontazione di sostenibilità e limitando le ripercussioni di tale regolamentazione sulle imprese più piccole e con minore impatto ESG (40). La Direttiva *Omnibus* I dovrà essere recepita dagli Stati membri, con specifico riferimento alle modifiche apportate in tema di rendicontazione di sostenibilità, entro la data del 19 marzo 2027 e troverà applicazione dagli esercizi finanziari aventi inizio dal 1° gennaio 2027 (41).

La modifica più rilevante introdotta dalla Direttiva *Omnibus* I, in funzione di ridurre gli oneri di trasparenza a carico delle imprese e conseguire gli obiettivi di sostenibilità in modo più proporzionato, riguarda sicuramente la restrizione dell'ambito di applicazione degli obblighi di rendicontazione, che vengono limitati alle imprese che raggiungono soglie dimensionali più alte (oltre 1.000 dipendenti e 450 milioni di Euro di ricavi netti delle vendite e delle prestazioni) rispetto a quelle previste originariamente dalla CSRD, escludendo dall'obbligo di rendicontazione le piccole e medie imprese quotate (42). Tale ambito di applicazione

(38) Al riguardo v. C. Amatucci, Due diligence societaria (CS3D) *e amministratori: il binomio archiviato dall'UE e la dottrina europea*, in *Giur. comm.*, 2025, I, pp. 1041 e ss.

(39) Sull'impatto della Direttiva 2025/794/UE v. Assirevi, *Aspetti relativi agli incarichi di attestazione della rendicontazione di sostenibilità nel contesto del provvedimento di recepimento della Prima Direttiva* Omnibus (*c.d.* "Stop the Clock"), Documento di Ricerca n. 263, Dicembre 2025, reperibile in *www.assirevi.com*.

(40) Direttiva 2026/470/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 febbraio 2026 che modifica le direttive 2006/43/CE, 2013/34/UE, 2022/2464/UE e 2024/1760/UE per quanto riguarda taluni obblighi relativi alla rendicontazione societaria di sostenibilità e taluni obblighi relativi al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità.

(41) Art. 5 Direttiva *Omnibus* I.

(42) Art. 2, par. 1, lett. *a)*, nonché Considerando n. 11, Direttiva *Omnibus* I.

più mirato, declinato su base consolidata, si applica anche ai fini dell'obbligo di rendicontazione di sostenibilità gravante in capo alle imprese madri di un gruppo di grandi dimensioni e quindi con maggiore impatto in termini ESG (43).

Sempre nell'ambito del ridimensionamento dell'ambito di applicazione, la Direttiva *Omnibus* I ha limitato gli obblighi di rendicontazione a carico delle imprese di Paesi terzi, prevedendo un fatturato netto superiore a 450 milioni di Euro per l'impresa madre non UE e superiore a 200 milioni di Euro per la controllata UE (o, in caso di assenza di una controllata, per la succursale) (44). La Direttiva ha inoltre alleggerito gli obblighi per le imprese lungo la catena del valore, le quali possono rifiutarsi di fornire informazioni ulteriori rispetto a quelle specificate nell'ambito del perimetro informativo definito dagli *standard* volontari di rendicontazione di sostenibilità (*Sustainability Reporting Standard for Voluntary Use*) (45), adottati con Regolamento Delegato UE 2026/1560, pubblicato in GUUE in data 21 settembre 2026, che, per quanto riguarda il limite per la catena del valore, si applica a decorrere dagli esercizi aventi inizio il 1° gennaio 2027 o in data successiva (46).

Tra le altre innovazioni di maggiore rilievo, introdotte dalla recente Direttiva *Omnibus* I, va segnalata anche la revisione degli *standard* ESRS, operata, tenendo conto, nella misura più ampia possibile, dell'esigenza di interoperabilità con i principi globali di rendicontazione di sostenibilità, tramite la semplificazione dei contenuti informativi richiesti di carattere generale e l'eliminazione dei principi di rendicontazione settoriali (47). Merita evidenziare, a tal riguardo, che il Regolamento Delegato UE 2026/1563, pubblicato nella GUUE in data 21 settembre 2026, ha introdotto la versione semplificata degli *standard* di rendicontazione di sostenibilità, che troveranno applicazione a decorrere dall'esercizio finanziario 2027.

Per quanto riguarda la revisione legale e l'*assurance*, il più recente intervento operato dalla Direttiva *Omnibus* I ha confermato l'obbligo di *limited assurance* per l'attestazione circa la conformità della rendicontazione di sostenibilità e rinvia alla data del 1° luglio 2027 l'adozione degli *standard* europei di *assurance* (48). Per evitare l'aumento dei costi di attestazione a carico delle imprese che rientrano nell'ambito applicativo della disciplina sul *reporting* attinente alle tematiche ESG, la Direttiva *Omnibus* I ha invece eliminato l'obbligo futuro di passare alla *reasonable assurance* sulla conformità della rendicontazione di sostenibilità (49).

---

(43) Art. 2, par. 5, lett. *a)*, nonché Considerando n. 7, Direttiva *Omnibus* I.
(44) Art. 2, par. 13, nonché Considerando n. 26, Direttiva *Omnibus* I.
(45) Art. 2, par. 4, nonché Considerando n. 12, Direttiva *Omnibus* I.
(46) EFRAG, *Voluntary Standard for SMEs (VSME)*, 17 dicembre 2024, reperibile in *www.efrag.org*.
(47) Considerando n. 18 Direttiva *Omnibus* I.
(48) Art. 1, par. 3, nonché Considerando n. 4, Direttiva *Omnibus* I.
(49) Considerando n. 5 Direttiva *Omnibus* I.

Si può, dunque, in sintesi, osservare come gli interventi del Pacchetto *Omnibus* abbiano complessivamente segnato un forte arretramento del disegno politico inizialmente coltivato dal legislatore unionale, imposto dal nuovo clima geopolitico, ma che rischia di lasciare le imprese dell'UE (specialmente se fuori dal perimetro di applicazione degli obblighi rendicontazione) meno preparate ad affrontare le complesse sfide ESG, che restano attive nello scenario globale (50). L'aspetto che richiede particolare attenzione, a fronte del mutato approccio del legislatore europeo, che ha reso volontaria la rendicontazione di sostenibilità per una quota rilevante delle imprese, consiste nel fatto che la *disclosure* sulle tematiche ESG continua in ogni caso a rappresentare un importante fattore competitivo per mitigare i rischi operativi e reputazionali e un elemento necessario per la creazione di valore economico delle imprese (51).

Assume particolare rilievo, a tal riguardo, la Raccomandazione 2025/1710/UE della Commissione europea su un principio volontario di rendicontazione di sostenibilità per le piccole e medie imprese, che incoraggia le microimprese e le PMI non quotate, che desiderano comunicare volontariamente informazioni sulla sostenibilità, ad attenersi al principio volontario di rendicontazione di sostenibilità elaborato dall'EFRAG, il quale riprende le medesime questioni di sostenibilità oggetto degli ESRS, riproporzionando le corrispondenti richieste di informazione (52). In linea con l'obiettivo della transizione verde e digitale delle PMI, viene in particolare evidenziato che la comunicazione volontaria di informazioni sulla sostenibilità, oltre che fornire informazioni che consentono di rispondere alle esigenze di dati delle grandi imprese, che chiedono lungo la catena di attività informazioni sulla sostenibilità, può anche facilitare l'accesso alla finanza sostenibile e aiutare le imprese a comprendere e monitorare le proprie prestazioni in termini di sostenibilità, migliorando la resilienza e la competitività a breve, medio e lungo termine (53).

4. L'informativa di sostenibilità nel contesto brasiliano

L'evoluzione della disciplina europea in materia di rendicontazione di sostenibilità si pone in linea con una tendenza regolatoria diffusa sul piano internazionale, seppur, come si è già anticipato, con non marginali ripensamenti nell'attuale scenario economico e geopolitico, consistente nell'imporre alle imprese obblighi

(50) In argomento v. S. Fortunato, *Rendicontazione di sostenibilità e "imprese culturali e creative"*, in *Rivista ODC*, 2026, p. 9.
(51) In argomento v. *amplius infra* §5.
(52) Raccomandazione 2025/1710/UE della Commissione del 30 luglio 2025 su un principio volontario di rendicontazione di sostenibilità per le piccole e medie imprese, reperibile in *https://eur-lex.europa.eu.*
(53) Sul tema v. CNDCEC, *Il* reporting *di sostenibilità per le PMI italiane: evidenze, sfide e prospettive del modello VSME*, IRS n. 19, novembre 2025, p. 11, reperibile in *https://commercialisti.it*.

di *disclosure* attinenti alle tematiche ESG. In particolare, si osserva che anche in Brasile, in piena sintonia con l'esperienza europea, il cambiamento verso un modello di impresa più sostenibile risulta guidato da interventi normativi orientati ad assicurare una maggiore trasparenza e uniformità alla rendicontazione ESG delle imprese di maggiore impatto nel contesto socio-ambientale (54).

Con riferimento all'evoluzione della trasparenza con riguardo ai fattori ESG, va anzitutto rilevato che la *Comissão de Valores Mobiliários* o CVM (*Securities and Exchange Commission*), autorità di vigilanza del mercato dei capitali in Brasile, in data 22 dicembre 2021 approvava la *Resolução* No. 59, che, a partire da gennaio 2023, imponeva alle società quotate di comunicare informazioni sulla sostenibilità nel *Formulário de Referência* (*Brazilian Reference Forms*), vale a dire nel documento informativo elaborato e pubblicato periodicamente da tali società per fornire al mercato un quadro completo sulle proprie attività (55). Tale provvedimento riconosceva alle società quotate la facoltà di scegliere tra la rendicontazione delle pratiche ESG adottate oppure, in alternativa, la motivazione della loro mancata implementazione, secondo un approccio di tipo *comply or explain*, vicino a quello inizialmente previsto a livello europeo dalla disciplina della dichiarazione di informazioni di carattere non finanziario della NFRD (56).

In tale contesto, il Brasile adottava pertanto un approccio volontario di *disclosure*, secondo il quale la rendicontazione di sostenibilità non veniva imposta alle imprese, ma risultava incentivata attraverso logiche di trasparenza verso investitori e *stakeholders*, mediante l'impiego di *standard* internazionali di *reporting*, in particolare quelli elaborati dalla *Global Reporting Initiative* (GRI *Standards*) (57). Più di recente, in perfetta linea con gli sviluppi registrati nel quadro normativo europeo, segnati dal passaggio dalla NFRD alla CSRD, la disciplina brasiliana in materia di rendicontazione di sostenibilità ha conosciuto una significativa evoluzione, trainata dalla crescente attenzione verso i criteri ESG nei mercati finanziari (58).

Seguendo tali linee di sviluppo, la *Comissão de Valores Mobiliários*, con la *Resolução* del 20 ottobre 2023, n. 193 e sue successive modifiche, ha previsto che la

(54) OECD, *Sustainability Policies and Practices for Corporate Governance in Brazil*, Corporate Governance, Paris, 2022 p. 46.

(55) *Comissão de Valores Mobiliários*, Resolução CVM 59, 22 de dezembro de 2021, reperibile in *www.conteudo.cvm.gov.br*.

(56) *Supra* §2.

(57) Sul tema v. anche F.D.R. Murcia, A. dos Santos, *Determinants of Corporate Voluntary Disclosure in Brazil*, January 11, 2010, reperibile in *https://ssrn.com/abstract=1531767*.

(58) Cfr. A.S.E. Khatib, *Adoption Of Ifrs Sustainability Standards (Ifrs-S) In Brazil: Contributions To The Development Of Climate-Related Disclosure Indicators*, in *Revista de Gestão Social e Ambiental*, vol. 18, 2024, p. 2; F.D.R. Murcia, *Are Brazilian Companies Ready For The Issb Standards? Analysis Of Sustainability-Related Financial Information Required by Ifrs*, in *Revista de Direito Contábil Fiscal*, vol. 7, 2025, p. 149; P.H. de O. Santos, M.M. Belli, L. E. Gaio, *Relationship Between Systematic Risk and ESG in Brazil*, in *Revista Catarinense Da Ciência Contábil*, vol. 25, 2026, p. 2.

comunicazione di informazioni relative alla sostenibilità debba avvenire adottando gli *standards* CBPS 01 (*Requisitos Gerais para Divulgação de Informações Financeiras Relacionadas à Sustentabilidade*) e CBPS 02 (*Divulgações Relacionadas ao Clima*), elaborati dal *Comitê Brasileiro de Pronunciamentos de Sustentabilidade* (CBPS), i quali riproducono gli *standard* internazionali IFRS S1 (*General Requirements for Disclosure of Sustainability-related Financial Information*) e IFRS S2 (*Climate-related Disclosures*), elaborati dall'*International Sustainability Standards Board* (ISSB) (59). Nel contesto brasiliano l'adozione degli *standard* ISSB/CBPS di rendicontazione per l'informativa sulla sostenibilità delle imprese è ammessa su base volontaria già a decorrere dal 1° gennaio 2024, mentre il loro utilizzo è divenuto obbligatorio per le società quotate e gli istituti finanziari a partire dal 1° gennaio 2026 (60).

Un aspetto di centrale rilievo, nell'attuale assetto regolatorio brasiliano, è rappresentato proprio dal passaggio da un sistema di rendicontazione volontaria a uno obbligatorio per le società di maggiore impatto ESG, nell'ambito di un processo di convergenza verso gli *standard* internazionali elaborati dall'ISSB, che è finalizzato a migliorare la comparabilità delle informazioni e a favorire l'accesso ai mercati internazionali dei capitali. Occorre notare che gli *standard* CBPS 01 e CBPS 02, riproducendo gli *standard* IFRS S1 e IFRS S2, si basano su un approccio di *investor-focused materiality*, il quale considera soltanto le informazioni relative a fenomeni che possono influenzare la decisione degli investitori di fornire risorse finanziarie, differenziandosi dall'impostazione europea della CSRD, fondata invece sulla *double materiality*, che include anche l'informativa degli impatti dell'impresa sul contesto ambientale e sociale (61).

Più precisamente, secondo una prospettiva di materialità finanziaria (*single materiality*), le società brasiliane, destinatarie del più recente assetto regolatorio, sono tenute a fornire informazioni sui rischi e sulle opportunità connessi alla sostenibilità che potrebbero ragionevolmente incidere sui flussi di cassa, sull'accesso ai finanziamenti o sul costo del capitale nel breve, medio o lungo termine. Il *report* contenente le informazioni finanziarie connesse alla sostenibilità, redatto conformemente agli *standard* ISSB/CBPS, deve essere chiaramente identificato, oltre che presentato separatamente rispetto alle altre informazioni e ai bilanci (62), e viene sottoposto a un'attestazione di conformità, con il passaggio dalla *limited assurance* alla *reasonable assurance* a partire dal 1° gennaio 2026 (63).

---

(59) *Comissão de Valores Mobiliários*, Resolução CVM 193, 20 de outubro de 2022, reperibile in *www.conteudo.cvm.gov.br*.

(60) IFRS Foundation, *IFRS Sustainability Disclosure Standards (ISSB Standards). Application Around the World, Jurisdictional Profile: Brazil*, June 2025, reperibile in *www.ifrs.org*. In argomento v. anche F.D.R. Murcia, *Are Brazilian Companies Ready for The Issb Standards?*, cit., p. 152.

(61) Cfr. F.D.R. Murcia, *Are Brazilian Companies Ready For The Issb Standards?*, cit., p. 153.

(62) Art. 4, §1, *Resolução* CVM 193.

(63) Art. 6 *Resolução* CVM 193.

Tutto considerato si riscontra dunque, pur nelle diversità di approccio talora sensibili, un sostanziale allineamento tra l'ambiente normativo brasiliano e quello europeo nell'evoluzione dell'informativa di sostenibilità verso il superamento del metodo *comply or explain*, attraverso l'elaborazione di *standard* comuni di rendicontazione, con requisiti informativi più analitici, e il rafforzamento dei controlli tesi a certificare il contenuto della *disclosure* su aspetti ESG. Si evidenzia, in particolare, come il superamento di un sistema di rendicontazione volontaria, a favore di obblighi informativi più dettagliati e stringenti, nel contesto brasiliano, come in quello dell'Unione Europea, abbia inteso assicurare una più compiuta integrazione delle informazioni sulle tematiche ESG nell'apparato informativo dell'impresa, attribuendo loro un ruolo strutturalmente connesso ai processi decisionali e di gestione del rischio e una rilevanza sostanzialmente analoga a quella delle tradizionali informazioni economico-finanziarie.

5. Verso un modello di impresa sostenibile: profili di convergenza e divergenza nel quadro normativo dell'informativa di sostenibilità

Come si è visto, gli interventi tanto del legislatore europeo, e poi interno, quanto di quello brasiliano hanno contribuito a consolidare una lettura della rendicontazione sulla sostenibilità quale strumento di governo delle tematiche ESG dell'esercizio dell'attività dell'impresa, valorizzando specialmente i profili finanziari di tale informativa, relativi quindi all'impatto del contesto socio-ambientale sulla stabilità dell'impresa. Si osserva, inoltre, che la più recente evoluzione della normativa europea e brasiliana tende ad attribuire alle informazioni di carattere non finanziario una rilevanza equiparabile a quella delle informazioni finanziarie, promuovendo una lettura integrata e sinergica delle due dimensioni informative e, nel contempo, rafforzando il livello di affidabilità dell'informativa ESG, attraverso una *limited assurance* nel contesto europeo e una più rigorosa *reasonable assurance* in quello brasiliano (64).

In questa convergenza, non va sottaciuto che se una parte della dottrina rileva una positiva correlazione tra la qualità delle informazioni ESG e i risultati economico-finanziari dell'impresa, altra parte ritiene invece che la rendicontazione sulla sostenibilità possa avere un effetto negativo sull'andamento delle imprese che devono adeguarsi alle nuove norme, in conseguenza dei costi, anche elevati, per generare e diffondere informazioni sulle pratiche sostenibili (65). Con specifico riguardo al contesto europeo, viene in evidenza come il passaggio dalla NFRD alla

(64) *Supra* §2, 3 e 4.
(65) Cfr. S. Fortunato, *Rendicontazione di sostenibilità e "imprese culturali e creative"*, cit., p. 8.

CSRD abbia generato diffuse perplessità tra gli operatori economici, soprattutto a causa della maggiore complessità del nuovo assetto normativo e dei costi legati all'innalzamento degli *standard* di trasparenza e di qualità dell'informativa, con un impatto particolarmente gravoso sulle piccole e medie imprese (66).

Sulla base di queste preoccupazioni, come si diceva, la Commissione europea nel febbraio 2025 ha adottato il Pacchetto *Omnibus*, ispirato ai principi di proporzionalità, semplificazione e competitività, che ha aperto una nuova fase della traiettoria politica ed economica verso la creazione di un contesto imprenditoriale più sostenibile. A livello unionale, le semplificazioni delle norme operate dagli interventi dell'*Omnibus Package* hanno indubbiamente segnato un momento di svolta nella regolamentazione in materia di sostenibilità – e secondo alcuni anche un significativo passo indietro nel percorso verso lo sviluppo sostenibile –, riflettendo una nuova e importante consapevolezza, vale a dire la necessità di bilanciare gli obiettivi ambientali e sociali con la sostenibilità economico-finanziaria delle imprese (67).

È importante rilevare che le semplificazioni introdotte nell'impianto normativo unionale riducono sicuramente gli oneri legati alla rendicontazione, ma comunque non eliminano il tema della trasparenza ESG, che, come confermato anche dall'esperienza brasiliana, assume una crescente rilevanza strategica, con la conseguenza che le imprese sono chiamate a integrare gli aspetti ambientali, sociali e di *governance* nelle proprie politiche aziendali, anche in assenza di un obbligo diretto. In altri termini, la rendicontazione di sostenibilità, pur essendo stata alleggerita a livello europeo, a seguito dell'adozione della Direttiva *Omnibus* I, resta in ogni caso uno strumento di sostenibilità che, sotto il profilo della corretta gestione, si suppone messo in atto dall'esigenza delle imprese di acquisire una più compiuta conoscenza del contesto in cui operano e dei rischi (ivi inclusi quelli di natura ambientale e sociale) cui esse risultano esposte (68).

Alla luce sia dell'esperienza europea che di quella brasiliana, appare invero evidente che le imprese, per elaborare e comunicare le informazioni sulla sostenibilità, sono tenute a organizzare la propria attività e impostare una politica aziendale e una strategia coerenti con una gestione dei rischi ESG, prendendo quindi in considerazione fattori finanziari, ma pure ambientali e sociali (69). In tale ottica, l'informativa sulla sostenibilità risulta non più limitata a una pro-

(66) *Supra* §3.
(67) *Supra* §3.
(68) Sul punto sia consentito il rinvio a S. Mansoldo, *Prevenzione della crisi e gestione sostenibile dell'impresa*, Milano, 2025, pp. 214 e ss.
(69) In argomento v. A. Caprara, *I soggetti tenuti alla rendicontazione di sostenibilità (individuale e consolidata)*, cit., p. 40; A. Genovese, *Rendiconto di sostenibilità e gestione sostenibile dell'impresa azionaria (anche di gruppo)*, cit., p. 193.

spettiva (diciamo, più tradizionale) di comunicazione esterna (quindi destinata ad essere comunicata ai soci, ai potenziali investitori e agli altri portatori di interessi), bensì anche, più strategicamente, sul piano interno della gestione, per supportare il processo decisionale, con riguardo alla definizione degli obiettivi, al governo dei rischi e alla comprensione dell'andamento dell'impresa e dei suoi risultati (70).

Per meglio dire, la rendicontazione degli impatti dei fattori ESG sull'attività d'impresa (e, in ambito unionale, anche in senso inverso) assolve una funzione più ampia e sostanziale rispetto a quella meramente divulgativa nei confronti degli *stakeholders*, incidendo direttamente sulla gestione dei rischi e delle opportunità legati alle questioni ambientali e sociali, per consentire di gestire correttamente l'impresa, in coerenza con gli obiettivi di sviluppo sostenibile (71). Nella prospettiva qui accolta, nel solco della tradizionale contrapposizione fra *shareholderism* e *stakeholderism*, viene anche in rilievo come la trasparenza in materia di sostenibilità, in linea con il più ampio disegno normativo orientato a favorire la transizione verso un modello economico più sostenibile, non si ponga in contrapposizione con una dimensione lucrativa dell'impresa, in quanto la prevenzione e la gestione dei rischi (inclusi quelli ambientali e sociali) rappresentano elementi strumentali proprio al conseguimento dello scopo di lucro (72).

In tale convergenza verso un modello di impresa sostenibile, occorre tuttavia considerare con attenzione la relazione tra gli *standard* IFRS S1 e IFRS S2 (elaborati dall'ISSB e recepiti dagli *standard* brasiliani CBPS 01 e CBPS 02) e gli *standard* ESRS (predisposti dall'EFRAG e adottati in ambito europeo dalla rendicontazione prevista dalla CSRD), in funzione di evitare che le imprese operanti sia a livello unionale che su scala globale siano esposte al rischio di una doppia rendicontazione, secondo due diversi *standard*, con conseguente incremento degli oneri connessi all'informativa (73). Va notato che, al fine di rispondere alla necessità di un maggiore allineamento tra diversi *standard* di rendicontazione, l'ISSB e l'EFRAG hanno sviluppato una guida all'interoperabilità tra IFRS *Sustainability Disclosure Standard* e ESRS, che, per quanto sia focalizzata sul *reporting* di *climate-related*, in linea di principio dovrebbe consentire alle imprese di risultare

(70) Al riguardo v. D. Stanzione, *Le nuove frontiere dell'informazione societaria*, cit., p. 1480.
(71) Cfr. M. Rescigno, *Note sulle regole dell'impresa sostenibile. Dall'informazione non finanziaria all'informativa sulla sostenibilità*, in *Analisi giuridica dell'economia,* 2022, p. 173.
(72) In senso conforme v. G Riolfo, *Sostenibilità sociale/ambientale dell'attività d'impresa: la proposta di direttiva sul "dovere di diligenza ai fini della sostenibilità" e l'esperimento delle società* benefit, in *Contr. impr*., 2023, p. 184; Id., *L'impresa "sostenibile". La rilevanza esterna degli obblighi e delle responsabilità degli amministratori*, Milano, 2024, p. 85.
(73) Su tema v. G. Strampelli, *L'informazione non finanziaria tra sostenibilità e profitto*, in *Analisi giuridica dell'economia,* 2022, p. 149; Id., *ESG*, disclosure *di sostenibilità e* stewardship *degli investitori istituzionali*, in *Riv. soc*., 2023, p. 834.

conformi, con un'unica dichiarazione, con le previsioni di entrambi i *set* di rendicontazione (74).

Tuttavia, nonostante, gli sforzi di allineamento tra IFRS *Sustainability Disclosure Standard* e ESRS, l'effettivo grado di interoperabilità tra i due diversi *standard* di rendicontazione rimane limitato, a causa, soprattutto, del differente approccio che li caratterizza con riguardo al contenuto dell'informazione sulla sostenibilità, con una maggiore complessità della rendicontazione europea fondata sul principio della doppia materialità (75). Occorre invero considerare che il principio della *single materiality* di matrice *investor-focused*, su cui fondano gli IFRS *Sustainability Disclosure Standard*, si discosta significativamente dalla *double materiality*, adottata invece in ambito europeo dagli EFRS, che, in aggiunta agli impatti delle questioni ESG sull'impresa, previsti dalla materialità finanziaria degli IFRS, include nell'informativa anche gli impatti dell'impresa sul contesto socio-ambientale (76).

Da questo punto di vista, il legislatore europeo, pur avendo introdotto delle rilevanti semplificazioni con la Direttiva *Omnibus* I, non sembra aver affrontato in maniera sufficientemente incisiva l'aspetto dell'interoperatività dei principi di rendicontazione, lasciando dunque irrisolto un ostacolo importante al processo di armonizzazione internazionale degli *standard* che, se realizzato, renderebbe più facilmente comparabile l'informazione di sostenibilità resa da imprese operanti in diversi ordinamenti. Per garantire una piena convergenza verso un modello di impresa sostenibile, appare dunque fondamentale intensificare il processo di armonizzazione dei diversi *standard* di rendicontazione, in particolare tra IFRS *Sustainability Disclosure Standard* e ESRS, così da ridurre gli oneri gravanti sulle imprese operanti a livello globale e da favorire l'afflusso di investimenti internazionali verso tali imprese, rendendo più agevole e immediata la comprensione e la valutazione delle relative *performance* di sostenibilità (77).

---

(74) EFRAG-IFRS Foundation, ESRS-ISSB *Standards Interoperability Guidance*, 2 maggio 2024, reperibile in *www.efrag.org*.

(75) In argomento v. G. Balp, *Rendicontazione di sostenibilità e partecipanti al mercato finanziario*, cit., p. 997.

(76) Al riguardo v. S. Fortunato, *Rendicontazione di sostenibilità e "imprese culturali e creative"*, cit., p. 22.

(77) Sul punto G. Strampelli, *Sostenibilità, semplificazione e armonizzazione: il difficile equilibrio tra gli obiettivi della disciplina europea in materia di finanza sostenibile*, cit., p. 505, osserva che la guida all'interoperabilità tra gli ESRS e gli IFRS *Sustainability* sviluppata dall'ISSB e dall'EFRAG, pur rappresentando un utile strumento, non appare sufficiente e (una volta introdotti i necessari allineamenti a tal fine) sarebbe opportuno prevedere accordi volti a riconoscere la formale equivalenza dei diversi *standard* di rendicontazione di sostenibilità.

6. Considerazioni conclusive

Il riassetto del quadro normativo europeo e internazionale comporta nuove e rilevanti sfide per le imprese, richiedendo un significativo adeguamento dei propri assetti organizzativi e delle procedure interne alle crescenti e sempre più stringenti esigenze di tracciabilità e di trasparenza informativa in ambito ESG. Tale trasparenza, contribuendo alla gestione dei rischi ESG, nonché dei relativi impatti sul piano economico e finanziario dell'impresa, rappresenta un elemento essenziale per assicurare la creazione di valore economico nel medio-lungo periodo e per governare la transizione verso un'economia globale sostenibile (78).

L'evoluzione dell'informativa sulla sostenibilità rappresenta un cambiamento di centrale rilievo nel campo della rendicontazione societaria, con riflessi significativi non soltanto sui rapporti esterni dell'impresa, ma anche, come si è evidenziato, sui processi interni e sugli assetti di *governance*, supportando la costruzione di sistemi di controllo integrati, capaci di connettere sostenibilità, rischio operativo e solidità organizzativa. In un contesto globale segnato da trasformazioni climatiche, sociali ed economiche sempre più rapide e incisive, la rendicontazione sulle tematiche ESG rappresenta perciò uno strumento strategico di primaria importanza per le imprese orientate a percorsi di crescita sostenibile, migliorando la trasparenza e la qualità informativa verso consumatori, investitori e altri *stakeholders*.

In tale evoluzione, non si possono, tuttavia, non considerare le inversioni di tendenza determinate dalle incertezze indotte dall'instabilità del contesto economico e geopolitico e dalle differenti scelte normative operate in altri ordinamenti, che rendono necessario un intervento, attraverso specifiche misure di difesa commerciale, volto a riequilibrare le condizioni competitive per le imprese soggette alla regolamentazione sulla trasparenza in materia di sostenibilità (79). A fronte di tale scenario, va comunque considerato che un intervento di riduzione degli obblighi di rendicontazione o delle informazioni richieste, come quello recentemente operato nel contesto normativo europeo, non modifica la direzione intrapresa dal sistema economico, il quale richiede in modo sempre più stabile informazioni ESG affidabili e comparabili, ormai divenute un elemento essenziale per il corretto funzionamento dei mercati.

La catena del valore, il sistema del credito e gli investitori integrano già oggi i criteri di sostenibilità nei propri processi di selezione e valutazione, contribuendo in modo determinante a definire la concreta domanda informativa rivolta alle imprese, indipendentemente dall'ampiezza degli obblighi di rendicontazione sulle tematiche ESG. In un contesto caratterizzato da un progressivo incremento della richiesta di informazioni in materia ESG, come si è visto, assume particolare rilievo il tema

(78) Cfr. M. Rescigno, *Note sulle regole dell'impresa sostenibile*, cit., p. 170.
(79) In merito v. M. Libertini, *Prefazione*, cit., p. 12.

dell'interoperabilità degli *standard* di rendicontazione, specialmente per le imprese che operano in contesti normativi diversi, per garantire coerenza e comparabilità delle informazioni ESG a livello internazionale, al fine di facilitare l'accesso ai capitali e sostenere una più efficace integrazione dei criteri di sostenibilità nei mercati globali.

In definitiva, il processo evolutivo del *reporting* di sostenibilità a livello europeo e internazionale restituisce complessivamente il senso di un contesto normativo ancora in assestamento e caratterizzato anche da parziali inversioni di tendenza nel percorso di transizione sostenibile, ma che, sul piano operativo, conferma l'esigenza di promuovere una più ampia diffusione di tale forma di rendicontazione, attraverso la sua progressiva integrazione nel sistema informativo delle imprese. In tale ottica, risulta fondamentale rafforzare la cultura delle imprese in materia di identificazione, valutazione e gestione dei rischi ESG, così da favorire un'integrazione effettiva e sistematica dell'informativa sulla sostenibilità nei processi interni, strategici e decisionali, non solo in adeguamento ai requisiti normativi, ma attraverso l'adozione di pratiche di rendicontazione volontaria (80).

Si tratta dunque di avviare un virtuoso processo strategico, orientato su una prospettiva di lungo periodo, ben inquadrato con obiettivi di sviluppo sostenibile, e fondato sulla disponibilità di informazioni ESG sempre più complete e affidabili, idonee a supportare in modo efficace le scelte gestionali e le decisioni strategiche dell'impresa. Un tale processo è in grado di produrre effetti positivi sia sul piano interno all'impresa, migliorando la qualità dei processi decisionali e gestionali e orientandoli più efficacemente alla creazione di valore economico, sia sul piano esterno, contribuendo a una maggiore trasparenza e affidabilità dei mercati e, in senso più ampio, promuovendo la creazione di valore condiviso a beneficio dell'intero sistema economico e sociale.

7. Segue: Una "postilla" sul recente ritorno alla rendicontazione volontaria in Brasile

Si segnala che, mentre questo scritto era già in bozze, la *Comissão de Valores Mobiliários con con la Resolução* del 29 maggio 2026, n. 244, ha modificato le norme che regolano l'informativa sulla sostenibilità a partire dagli esercizi finanziari che iniziano dal 1° gennaio 2026, eliminando l'obbligo per le società quotate di divulgare informazioni sulla sostenibilità e tornando a una rendicontazione volontaria (81). L'ordinamento brasiliano reintroduce pertanto un meccanismo

(80) Cfr. D. Stanzione, *Le nuove frontiere dell'informazione societaria*, cit., p. 1484. In argomento v. altresì S. Scamuzzi, *Culture d'impresa per nuove responsabilità sociali*, in *L'*engagement *nelle responsabilità sociali di imprese ed enti*, cit., pp. 27 e ss.

(81) *Comissão de Valores Mobiliários, Resolução* CVM 244, 29 de maio de 2026, reperibile in *www.conteudo.cvm.gov.br*.

fondato sul principio del *comply or explain*, che impone alle società che optano di non fornire l'informativa sulla sostenibilità di giustificare la loro decisione con un comunicato al mercato. Il più recente quadro normativo, ripristinando un regime di rendicontazione volontario, mantiene comunque alcuni vincoli per le società che decidono di divulgare le informazioni finanziarie relative alla sostenibilità, imponendo di utilizzare gli *standard* ISSB e di garantire la rendicontazione per almeno tre esercizi finanziari consecutivi (82).

Va sottolineato che le modifiche introdotte nel più recente quadro normativo brasiliano mirano a migliorare il modello di rendicontazione volontaria, preservando la trasparenza e la comparabilità, derivanti dalla necessità di conformarsi ai principi di rendicontazione, ma garantendo al contempo il rispetto della libertà delle società di stimare i costi e i benefici attesi dalle loro decisioni di rendicontazione. Il ritorno a un sistema di rendicontazione su base volontaria segna evidentemente un'inversione di tendenza nell'ordinamento brasiliano, che si inserisce nel più ampio indirizzo internazionale volto alla semplificazione degli obblighi informativi sulla sostenibilità, confermato anche in ambito europeo dal ridimensionamento degli obblighi di rendicontazione della CSRD, in risposta all'esigenza di ridurre i costi di compliance e di preservare la competitività delle imprese.

In data 29 ottobre 2026 la *Comissão de Valores Mobiliários* ha avviato una consultazione pubblica (*Edital de Tomada Pública de Subsídios* ASA/CVM 02/2026), al fine di raccogliere dati, studi ed evidenze per verificare l'impatto del regime di rendicontazione delle informazioni finanziaria relative alla sostenibilità, alla luce del recente intervento della *Resolução* del 29 maggio 2026, n. 244 e delle possibili evoluzioni del quadro normativo di riferimento (83). L'iniziativa è orientata a valutare l'opportunità di mantenere l'attuale regime volontario di rendicontazione o di introdurre soluzioni normative alternative, tenendo conto, tra le altre cose, della persistente carenza di informazioni finanziarie relative alla sostenibilità e del rischio che un sistema di rendicontazione su base volontaria non sia in grado di assicurare un livello adeguato di completezza, affidabilità e comparabilità delle informazioni fornite dalle imprese.

In sostanza, l'evoluzione della normativa brasiliana riflette una nuova traiettoria regolativa in materia di informativa sulla sostenibilità, analoga a quella già osservata nel contesto europeo, nella quale il rafforzamento della trasparenza e

(82) *Comissão de Valores Mobiliários, Ofício-Circular/CVM/SNC/SEP 02/26, Esclarecimentos sobre a aplicação da Resolução CVM n. 244/2026, que alterou a Resolução CVM n. 193/2023*, reperibile in *https://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/snc-sep/oc-snc-gnc-0226.html*.

(83) *Comissão de Valores Mobiliários, Edital de Tomada Pública de Subsídios* ASA/CVM 02/2026. *Eventual AIR - Regime de Elaboração e Divulgação do Relatório de Informações Financeiras Relacionadas à Sustentabilidade - Assessoria de Análise Econômica, Gestão de Riscos e Integridade da CVM (outubro de 2026)*, reperibile in *https://www.gov.br/cvm/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/edital_tps_resolucao_193.pdf/view*.

della qualità delle informazioni si confronta con la necessità di impedire che gli obblighi di rendicontazione si traducano in un onere eccessivo per le imprese, specialmente nel contesto geopolitico attuale. In questa prospettiva, le più recenti scelte normative compiute nel contesto brasiliano, come in quello europeo, riflettono il tentativo di delineare un quadro regolatorio capace di preservare la funzione strategica dell'informativa sulla sostenibilità, senza però trascurare gli impatti economici di tale informativa, nella consapevolezza che i costi di *compliance* potrebbero incidere sulla competitività e sulla capacità delle imprese di perseguire gli obiettivi connessi alla sostenibilità nel medio-lungo termine.

In conclusione, la recente inversione di tendenza registrata nell'ordinamento brasiliano, con la Resolução del 29 maggio 2026, n. 244, e la revisione della disciplina europea della CSRD, ad opera dell'*Omnibus Package*, sembrano convergere verso il progressivo riaffermarsi della rendicontazione volontaria (se non altro, nel contesto unionale, per una quota significativa di imprese), rendendo al contempo necessario rafforzare la cultura d'impresa per promuovere l'informativa sulla sostenibilità come strumento di governo strategico, indipendentemente da un obbligo normativo in tal senso. La principale sfida della più recente evoluzione dei sistemi di rendicontazione risiede invero proprio nella capacità delle imprese di assumere volontariamente la decisione di divulgare informazioni riguardanti le questioni di sostenibilità, presupponendo una piena consapevolezza da parte delle imprese del valore che tale informativa è in grado di produrre, assicurando una più consapevole gestione dei rischi e delle opportunità connesse allo sviluppo sostenibile.

Il saggio esamina, in una prospettiva di diritto europeo e brasiliano, la più recente evoluzione della disciplina in materia di rendicontazione di sostenibilità delle imprese. Attraverso il confronto tra l'esperienza dell'Unione Europea e quella brasiliana, l'indagine evidenzia una progressiva convergenza verso l'affermazione di un modello di impresa sostenibile, nel quale l'informativa sulle tematiche ESG assume una funzione sempre più centrale per migliorare la qualità dei processi decisionali e gestionali e per orientare in modo più efficace la creazione di valore economico nel medio-lungo termine.

Tuttavia, a fronte di questa progressiva convergenza, il contributo mette in evidenza come permangano ancora rilevanti differenze tra i due ordinamenti esaminati con riguardo agli standard adottati ai fini della rendicontazione di sostenibilità, riconducibili principalmente alle diversità di contenuto e di estensione delle informazioni richieste in relazione ai fattori ambientali, sociali e di governance. L'indagine evidenzia, pertanto, come il contenuto dell'informativa ESG non risulti ancora pienamente armonizzato a livello globale, con inevitabili ripercussioni sulla comparabilità dei

dati e sulla valutazione delle performance di sostenibilità delle imprese operanti in diversi ordinamenti.

The paper examines, from a European and Brazilian legal perspective, the most recent developments in the regulation of corporate sustainability reporting. Through a comparative analysis of the European Union and Brazilian experiences, the study highlights a gradual convergence towards the emergence of a sustainable business model, in which ESG-related disclosures play an increasingly central role in enhancing the quality of decision-making and managerial processes, as well as in more effectively steering the creation of economic value over the medium to long term.

However, notwithstanding this progressive convergence, the analysis underscores that significant differences still persist between the two legal systems examined with regard to the standard adopted for sustainability reporting, mainly due to variations in the content and scope of the information required concerning environmental, social, and governance factors. The analysis therefore shows that ESG disclosure content has not yet been fully harmonised at a global level, with inevitable implications for data comparability and for the assessment of the sustainability performance of companies operating across different jurisdictions.

Costanza Morato
(Università Ca' Foscari di Venezia)

L'impatto dell'*AI Act* sulle decisioni d'impresa (*)

Sommario: 1. L'oggetto dell'indagine: l'IA a supporto delle decisioni d'impresa. - **2.** I sistemi "ad alto rischio" ai sensi dell'*AI Act* e la correlazione con (alcune) decisioni d'impresa. - **3.** Le vie per un'estensione applicativa dell'*AI Act* alle (altre) decisioni d'impresa: 3.1 I codici di condotta e i codici di buone pratiche; 3.2 Il rilievo ricostruttivo dei requisiti tecnici e dei doveri di condotta previsti dall'*AI Act*. - **4.** Considerazioni conclusive.

1. L'oggetto dell'indagine: l'IA a supporto delle decisioni d'impresa

La "democratizzazione" dell'intelligenza artificiale, intesa come volano di celerità e di efficienza nell'assunzione delle decisioni, ha determinato un impatto dirompente sui processi dell'impresa sia individuale e sia, soprattutto, collettiva. Tale evoluzione impone al giurista l'individuazione di un quadro normativo idoneo a governarne l'impiego, conducendo un'analisi che si snodi tra il diritto vigente (*de jure condito*) e le prospettive di riforma, anzitutto sul piano ermeneutico e applicativo (*de jure condendo*), rese necessarie dalle peculiarità della tecnologia.

Sotto il primo profilo, è prioritario vagliare la tenuta dell'attuale diritto societario, con particolare riferimento agli assetti di *governance* alla base della c.d. *CorpTech* (1), espressione nata dalla crasi dei termini *corporate governance* e *technology*. Il fenomeno, allo stato privo di un compiuto riconoscimento nel diritto positivo, è caratterizzato, secondo la dottrina, dal «complessivo e variegato uso delle tecnologie *DLT*, dell'intelligenza artificiale e del *machine learning* nelle funzioni di *corporate governance*», nel cui ambito vengono isolate, in particolare, «tutte quelle soluzioni algoritmiche che non sono applicate ai processi produttivi, ma piuttosto ai procedimenti decisionali e

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

(1) Il termine è stato coniato da L. Enriques e D. Zetzsche, *Corporate Technologies and the Tech Nirvana Fallacy*, in *Hastings Law Journal*, 2020, p. 59.

alle funzioni di monitoraggio che vi sono connesse» (2). In questo senso, l'IA fa ingresso nei procedimenti interni, da un lato, quale strumento tecnico di rilevazione ed elaborazione dei fatti di gestione e, dall'altro, quale strumento di supporto istruttorio all'adozione di decisioni strategiche, gestorie ed organizzative (3).

Ancora, riveste un ruolo preminente il reg. (UE) 2024/1689 (di seguito anche solo *AI Act*), come modificato dal reg. (UE) 2026/1744, in quanto primo testo normativo eurounitario di portata generale e trasversale in materia di IA e, pertanto, in quanto fonte quantomeno astrattamente suscettibile di applicazione anche in relazione alla tecnologia utilizzata dalle imprese nonché, e più diffusamente, dagli amministratori di società di capitali. Il concetto di IA adottato dal Regolamento è, d'altronde, piuttosto ampio. Al considerando n. 4 il legislatore eurounitario mostra di prendere in considerazione una vera e propria «famiglia di tecnologie in rapida evoluzione».

A fini definitori, all'art. 3, par. 1, n. 1 si fa riferimento ad *i)* un sistema automatizzato, *ii)* che opera con livelli di autonomia variabili, *iii)* adattabile nel corso del suo utilizzo *iv)* al fine di perseguire obiettivi espliciti o impliciti, *v)* capace di comprendere, sulla base di *input* (dati) ricevuti, come dedurne un determinato *output* (previsioni, contenuti, raccomandazioni, decisioni), *vi*) suscettibile di influenzare l'ambiente fisico o virtuale circostante. La scomposizione adottata è volta ad isolare i singoli elementi, ciascuno tanto fondamentale quanto di per sé complesso, che definiscono l'identità della tecnologia in esame. Proprio a partire da tali componenti, attentamente vagliate dal *European Law Institute* con le linee guida pubblicate l'11 dicembre 2024 (4) e poi dalla Commissione europea con la comunicazione del 29 luglio 2025 (5), emergono le caratteristiche chiave dell'IA, sussumibili nei lemmi "capacità inferenziale" (6), "autonomia" (7), "adattabilità"

---

(2) L. Marchegiani, *Automazione della* governance *societaria e discrezionalità amministrativa*, in *Riv. società*, 2022, p. 112.

(3) In questi termini v. L. Enriques e A. Zorzi, *Intelligenza artificiale e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. dir. soc.*, 2023, pp. 17-18.

(4) Eli, *Commission Guidelines on the Application of the Definition of an AI System and the Prohibited AI Practices Established in the AI Act. The concept of 'AI system' under the new AI Act: Arguing for a Three-Factor Approach*, 11 dicembre 2024, documento consultabile alla pagina *web www.europeanlawinstitute.eu*.

(5) Commissione europea, Orientamenti della Commissione sulla definizione di sistema di intelligenza artificiale stabilita dal regolamento (UE) 2024/1689 (regolamento sull'IA), 29 luglio 2025, C(2025) 5053 *final*, documento consultabile alla pagina *web www.digital-strategy.ec.europa.eu*.

(6) La Commissione europea ha fornito una chiave di lettura comune sul significato operativo delle caratteristiche riconosciute all'IA dal legislatore eurounitario. Tra queste, la c.d. capacità inferenziale viene descritta essenzialmente "in negativo", ovverosia escludendo dal novero dei sistemi di IA tutte le tecnologie (*i.e.* sistemi di mera ottimizzazione matematica, di elaborazione di dati di base, di euristica classica) che risultano prive sia della capacità di ricavare modelli o algoritmi e sia, per questo verso, di generare *output* specifici sulla base di *input* o di dati attraverso un approccio di apprendimento automatico (Commissione Europea, *ult. op. cit.*, §26 e ss.).

(7) I sistemi di IA dispongono *necessariamente* «di un certo grado di autonomia di azione rispetto al coinvolgimento umano e di capacità di funzionare senza l'intervento umano» (considerando n. 12

(8) e "opacità" (9). Tra questi, di particolare importanza è l'elemento dell'autonomia, poiché solleva rilevanti questioni sia in tema di responsabilità per gli *output* generati sia di autodeterminazione dei soggetti che con essa interagiscono. D'altronde, entro il *genus* dell'IA sono riconducibili diverse *species* di sistemi che si differenziano anche e proprio in base al grado di autonomia decisionale della macchina e, segnatamente, alla tipologia di *output* da questa prodotto.

L'*AI Act* utilizza infatti diverse espressioni per indicare il risultato elaborato dall'IA – *previsione*, *raccomandazione*, *contenuto* e *decisione* – pur senza fornirne le rispettive specifiche definizioni. In particolare, il Regolamento ritiene che alle *sub-*

---

dell'*AI Act*). Tuttavia, onde sgomberare il campo da facili suggestioni, occorre precisare che l'autonomia in questione è, evidentemente, solo parziale: occorre che il sistema sia esternamente attivato, in un dato momento e in relazione ad un dato obiettivo, per quanto poi modificabile o ampliabile dalla macchina. In questo senso, il «fatto che l'attuale sodalizio tra uomini e macchine richieda tanto un problema definibile quanto un obiettivo valutabile ci consente di non temere macchine onniscienti capaci di controllare tutto: tali invenzioni rimangono materia di fantascienza» (H.A. Kissinger, E. Schmidt e D. Huttenlocher, *L'era dell'Intelligenza artificiale. Il futuro dell'identità umana*, Milano, 2021, p. 23). Quanto rilevato porterebbe, secondo la dottrina, a definire l'IA come sistema "automatizzato", più che "autonomo". Lo precisa, in particolare, E. Arezzo, *Di brevetti, invenzioni e intelligenza artificiale*, in *Dir. ind.*, 2025, p. 64, cui si rinvia per ulteriori riferimenti dottrinali sul punto. In particolare, rileva l'autrice che il «problema tecnico che l'invenzione si propone di risolvere, superando le conoscenze di cui si compone lo stato della tecnica, verrà sempre formulato dall'uomo e poi proposto alla macchina» (Id., *ult. op. cit.*, p. 68).

(8) L'IA, come meglio precisato nello stesso Regolamento, può «cambiare durante l'uso» (considerando n. 12), così conducendo a risultati diversi da quelli che sarebbero stati prodotti in una fase iniziale di utilizzo, anche se sulla scorta dei medesimi *input*. L'adattabilità è, tuttavia, un requisito meramente opzionale dei sistemi di IA. Il documento pubblicato dal *European Law Institute* (ELI, *Commission Guidelines on the Application of the Definition of an AI System and the Prohibited AI Practices Established in the AI Act*, cit., pp. 13-14) distingue, infatti, tra *i) fixed models*, i quali, una volta addestrati, vengono integrati in un'applicazione di IA e utilizzati dal *deployer*, generando *output* che variano a seconda degli *input* forniti e sulla base di quanto appreso durante la fase di *training*, senza che si verifichi alcuna forma di "adattamento"; *ii) fixed models with updates*, i quali vengono ulteriormente sviluppati e perfezionati dopo la fase di addestramento, grazie ai dati raccolti durante l'utilizzo del sistema, determinando degli aggiornamenti simili a quelli che frequentemente richiedono i *software* oggi comunemente usati; *iii) online self-optimisation models*, non molto diffusi, che prevedono adattamenti in tempo reale sulla base della relazione di volta in volta innescata tra *input* e *output*.

(9) E. Pellecchia, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della* black box society: *qualità dei dati e leggibilita dell'algoritmo nella cornice della* responsible research and innovation, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1217 rileva, sulla base di un attento esame della prolifica dottrina sul tema, tre concetti di opacità: *i)* l'opacità intenzionale, derivante dall'applicazione del segreto industriale al codice algoritmico; *ii)* l'opacità tecnica, derivante dalle competenze tecniche specifiche necessarie per decifrare l'algoritmo; *iii)* l'opacità derivante dal processo di autoapprendimento e di implementazione dell'algoritmo, operanti sulla base di logiche ignote agli stessi sviluppatori. Il triplice livello di opacità (intellettiva, intenzionale e intrinseca) si deve a J. Burrell, *How the machine "thinks": Understanding opacity in machine learning algorithms*, *Big Data & Society*, 2016, pp. 1 ss., ed è attentamente esaminato anche da C. Tabarrini, *Comprendere la "*big mind*": il GDPR sana il divario di intelligibilità uomo-macchina?*, in *Dir. informazione e informatica*, 2019, pp. 555 e ss.

categorie così individuate corrispondano diverse *funzioni* svolte dai sistemi di IA che le formulano (10) ma, al contempo, non ne fa discendere diverse conseguenze sul piano giuridico: né diversi *standard* tecnici applicabili e né diversi doveri di condotta, quantomeno ad eccezione dei sistemi di IA per finalità generali, capaci di generare *contenuti* (11) e per i quali si applicano le disposizioni di cui al capo V.

In argomento sono intervenute le linee guida elaborate dalla Commissione europea attivando la previsione di cui all'art. 96, par. 1, lett. *f)*, *AI Act* (12), pubblicate nel tentativo di chiarire il significato delle accezioni di risultato algoritmico utilizzate dal Regolamento. Queste si differenziano, segnatamente, in punto di «livello diverso di coinvolgimento umano» (13). In particolare, *i)* la *previsione* è definita dalla stima di un dato ignoto (*output*) a partire da una serie di dati noti (*input*); *ii)* il *contenuto* si riferisce invece alla generazione di nuovi "materiali" come testi, immagini, video, brani musicali e così via; *iii)* la *raccomandazione* comprende i suggerimenti del sistema aventi ad oggetto specifiche azioni, prodotti o servizi rivolti agli utilizzatori sulla base delle loro preferenze, dei loro comportamenti ovvero di altri *input* a loro riferiti; *iv)* la *decisione* si riferisce, infine, alle scelte effettuate dallo stesso sistema di IA, sulla scorta di un procedimento interamente automatizzato (14).

La distinzione tra *previsione*, *raccomandazione* e *decisione* appare particolarmente interessante. La tipologia di risultato prodotto dipende infatti, come detto, dal raccordo tra il ruolo del decisore-persona fisica e il ruolo del sistema di IA, con particolare riferimento al grado e alla tipologia del coinvolgimento del primo nel procedimento istruttorio-decisionale attuato dal secondo. In primo luogo, variano infatti le modalità di controllo operativo, a seconda che lo stesso sia «totalmente esterno (e, dunque, estraneo al sistema) piuttosto che interno (ma limitato) o autoprogrammato (quindi marcatamente autonomo)» (15). In secondo luogo, varia il rapporto tra *output* algoritmico e *output* (formalmente) adottato dall'essere umano: il primo può porsi, rispetto al secondo, come mera *previsione* di uno scenario futuro ovvero come *raccomandazione* di una determinata soluzione, nonché infine come *decisione* idonea ad essere assunta e applicata in via automatizzata.

---

(10) Cfr. considerando n. 12.

(11) Cfr. considerando n. 105.

(12) La disposizione prevede che la Commissione europea elabori orientamenti sull'attuazione pratica del Regolamento e, in particolare, sulla «applicazione della definizione di sistema di IA di cui all'art. 3, punto 1)».

(13) Commissione europea, Orientamenti della Commissione sulla definizione di sistema di intelligenza artificiale stabilita dal regolamento (UE) 2024/1689 (regolamento sull'IA), cit., §53.

(14) Cfr. Commissione europea, *op. ult. cit.*, §54-58. In tutti i casi descritti, i sistemi di IA sono capaci di «gestire relazioni e modelli complessi nei dati» e, per questo verso, di «generare output più dettagliati rispetto ad altri sistemi, ad esempio facendo leva sui modelli appresi durante l'addestramento o utilizzando regole definite da esperti per prendere decisioni, offrendo un ragionamento più sofisticato in ambienti strutturati» (§59).

(15) G. Di Rosa, *Quali regole per i sistemi automatizzati "intelligenti"?*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 833.

Per comprendere meglio le possibili configurazioni del rapporto tra *output-algoritmico* e *output-umano*, appare utile riprendere la felice distinzione tra *i)* decisioni basate-su-algoritmi (*algorithm-based decisions*) che, pur basandosi su informazioni in tutto o in parte elaborate dal sistema di IA, vengono assunte dal decisore umano, *ii)* decisioni guidate-da-algoritmi (*algorithm-driven decisions*), in cui l'essere umano si limita a recepire una decisione assunta dal sistema e, infine, *iii)* decisioni determinate-da-algoritmi (*algorithm-determined decisions*), assunte direttamente dal sistema di IA (16).

Le decisioni assunte dalla persona fisica e determinate in tutto o in parte sulla base di un *output* algoritmico possono essere qualificate come *decisioni predittive*. Le decisioni assunte direttamente dal sistema di IA, invece, possono più correttamente essere qualificate come *decisioni automatizzate*. In particolare, le decisioni predittive possono essere basate-su-algoritmi e, quindi, su *output*-previsioni, ovvero guidate-da-algoritmi, dunque da *output*-raccomandazioni. Le decisioni automatizzate sono, invece, determinate-da-algoritmi e, quindi, da *output*-decisioni.

Tra le *algorithm-driven decisions* e le *algorithm-determined decisions*, dunque tra *raccomandazioni* e *decisioni*, il confine appare tuttavia particolarmente labile, al punto che la stessa Commissione europea ha precisato che se le raccomandazioni «sono applicate automaticamente, diventano decisioni» (17).

Tutti i sistemi sin qui descritti possono essere variamente utilizzati nel contesto d'impresa (18) e determinano, con ogni evidenza, un impatto diverso sui procedimenti decisionali e sui doveri degli organi sociali coinvolti, imponendo, di conseguenza, considerazioni diverse sia in punto di vaglio della tenuta del sistema normativo attuale e sia in sede di valutazione di opzioni (anche interpretative) innovative. In ogni caso, anche ove il sistema, caratterizzato da un grado di autonomia decisionale ridotto, sia qualificabile come mero strumento istruttorio, di elaborazione di informazioni utilizzabili in sede decisionale, sono ravvisabili talune caratteristiche peculiari che non rendono meno impellenti le richiamate riflessioni.

Ed invero, in ogni caso, una caratteristica essenziale dell'IA – che la distingue dalle tecnologie che svolgono funzioni meramente computazionali o dalle più tradizionali tecniche di *data analytics* – consiste nella capacità di generare *output* che richiedono un certo margine di discrezionalità (*rectius*, di elaborare una soluzione a un problema che un essere umano affronterebbe esercitando discrezionalità).

---

(16) Cfr. S. Amato, *Biodiritto 4.0. Intelligenza artificiale e nuove tecnologie*, Torino, 2020, p. 87.
(17) Commissione europea, Orientamenti della Commissione sulla definizione di sistema di intelligenza artificiale stabilita dal regolamento (UE) 2024/1689 (regolamento sull'IA), cit., §57.
(18) Si rinvia, in ordine all'importanza del livello di autonomia decisionale dell'IA nel contesto d'impresa, a G. Vetrugno, C. Sottoriva, *Amministratori e Intelligenza Artificiale: verso un nuovo paradigma della diligenza professionale*, in *Corporate Governance*, 2025, pp. 777 e ss., in part. pp. 789-791.

L'IA affronta infatti *quaestiones*, riassunte sotto-forma di *input*, cui non corrisponde una «*formal definition of the solution*» (19) e, dunque, neppure *una sola* risposta o *una sola* soluzione corretta. Piuttosto, un sistema risulta sussumibile nella categoria dell'IA se capace di compiere inferenze i cui esiti presentano un certo grado di indeterminatezza e variabilità e, pertanto, il cui risultato può essere alternativamente percepito come corretto o scorretto (o, meglio ancora, opportuno o inopportuno) dal suo utilizzatore, che ne esamina la validità in fase di sua applicazione (20). E fa tutto ciò, tuttavia, senza esercitare discrezionalità alcuna (21).

Una corretta gestione dell'IA, sia in fase organizzativa e sia in fase di utilizzo, richiede che tali aspetti siano opportunamente valorizzati, adottando, anche nel contesto d'impresa, un approccio differenziato a seconda delle precipue caratteristiche del sistema implementato e del ruolo ad esso in concreto attribuito nell'ambito del procedimento decisionale.

In ogni caso, quantomeno ad un primo livello di indagine e specie nella dimensione *de jure condito*, si ritengono opportune alcune considerazioni di carattere generale.

2. I sistemi "ad alto rischio" ai sensi dell'*AI Act* e la correlazione con (alcune) decisioni d'impresa

L'*AI Act* definisce, da un lato, gli *standard* tecnici richiesti per l'implementazione di sistemi di IA antropocentrici ed affidabili e, dall'altro lato, le norme di condotta funzionalmente predisposte a darvi attuazione, sia in fase di implementazione – i destinatari sono, in questo caso, i c.d. *providers* – sia in fase di utilizzo, con riferimento ai c.d. *deployers*. Si tratta, in entrambi i casi, di regole dal contenuto generale e dalla portata applicativa oggettiva limitata; circostanze, ambedue, che assumono diretto rilievo rispetto alla funzione di *compliance* all'interno delle imprese che impiegano tale tecnologia, in quanto incidono, segnatamente, sui margini di discrezionalità riconosciuti agli amministratori nell'adeguamento alla normativa di riferimento.

Anzitutto, quanto al contesto applicativo, il legislatore eurounitario ha adottato, come noto, un approccio normativo differenziato in base alla tipologia di sistema, fondando la necessaria classificazione non tanto sul grado di autonomia

(19) Eli, *op. ult. cit.,* p. 17.
(20) Cfr. Eli, *op. ult. cit.,* p. 21.
(21) Cfr. Eli, *op. ult. cit.,* p. 12, ove si legge che «*the AI-system itself is a strict algorithmic system that does not have any freedom for discretion in its processing. Mere stochasticity (randomness of dices) should not be mistaken as intentional discretion. The room for discretion that a human would have in creating such output is 'eaten up' intentionally or unintentionally by the design process of the AI, which is controlled by human engineers*».

della tecnologia – profilo che, come visto, determina invece conseguenze significative sul raccordo operativo tra macchina e decisore umano e, più in generale, sulle dinamiche di *governance* – quanto, piuttosto, sul livello di rischio e di pericolosità connesso al suo impiego (22). In questo senso, sia i requisiti tecnici sia le regole di comportamento per fornitori e utilizzatori, individuate agli artt. 8 e ss. del Regolamento, sono destinate ai sistemi definiti come "ad alto rischio" secondo la lista di cui all'allegato III, ritenuti, sulla base di una valutazione operata *ex ante* dallo stesso legislatore eurounitario, non pericolosi a tal punto da ingenerare rischi di manipolazione – come, invece, per i sistemi di cui al capo II, vietati all'interno del mercato unico europeo – e, al contempo, meritevoli di azioni, specie di natura organizzativa e preventiva, volte a ridurre al minimo taluni rischi, individuati sulla base non solo della funzione astrattamente attribuita al sistema, ma anche e soprattutto delle concrete modalità e finalità del suo utilizzo (23).

Il "rischio" cui la classificazione fa riferimento è definito, in particolare, come «la combinazione della probabilità del verificarsi di un danno e la gravità del danno stesso» (art. 3, par. 1, n. 2, *AI Act*). Ne deriva una traslazione dell'esigenza definitoria, sorta al fine di circoscrivere correttamente il campo applicativo del Regolamento, dalla nozione di "rischio" alla nozione di "danno". In questo senso, anzitutto, viene riservata alla Commissione europea la competenza ad aggiungere o modificare i casi d'uso di cui all'allegato III se, in particolare, sono individuati sistemi ulteriori e diversi che «presentano un *rischio di danno* per la salute e la sicurezza, o di impatto negativo sui diritti fondamentali, e tale rischio è equivalente o superiore al *rischio di danno* o di impatto negativo presentato dai sistemi di IA ad alto rischio di cui all'allegato III» (art. 7, par. 1, lett. *b)*, *AI Act*; corsivo d'enfasi aggiunto). Ancora, seppur l'elenco di cui all'allegato III sia descritto in modo

(22) All'apice della gradazione si collocano *i)* i sistemi a rischio inaccettabile, vietati all'interno del mercato unico europeo in quanto manipolatori e pregiudizievoli dal punto di vista fisico e psicologico degli utilizzatori (Capo II); *ii)* a seguire i sistemi ad alto rischio, i più interessati dalla normativa, la cui produzione e il cui utilizzo sono consentiti a livello eurounitario ove siano rispettati *standard* tecnici e doveri di condotta posti a carico tanto dei fornitori quanto degli utilizzatori (Capo III); *iii)* infine, i sistemi a rischio basso o minimo, per i quali si auspica l'emanazione di codici di condotta che orientino i produttori e gli utilizzatori a rispettare, a propria discrezione e nel rispetto dei criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, tutti o alcuni dei parametri normativi previsti per i sistemi ad alto rischio (Capo IV e Capo X), *iv)* ai sistemi così elencati si debbono aggiungere, per completezza, i c.d. sistemi per finalità generali, in particolare ove suscettibili di determinare un rischio sistemico (Capo V), definito come «un rischio specifico per le capacità di impatto elevato dei modelli di IA per finalità generali, avente un impatto significativo sul mercato dell'Unione a causa della sua portata o di effetti negativi effettivi o ragionevolmente prevedibili sulla salute pubblica, la sicurezza, i diritti fondamentali o la società nel suo complesso, che può propagarsi su larga scala lungo l'intera catena del valore» (art. 3, par. 1, n. 65).

(23) Cfr. D. Chiappini, *Intelligenza Artificiale e responsabilità civile: nuovi orizzonti di regolamentazione alla luce dell'*Artificial Intelligence Act *dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. inf.*, 2022, pp. 101-103.

puntuale sulla base di una valutazione per "settori" (24), ovverosia tenendo conto degli ambiti di applicazione ritenuti astrattamente e preliminarmente "rischiosi" dal legislatore eurounitario, il rischio in questione deve essere sottoposto ad un'ulteriore valutazione operata "in concreto". Lo si desume dal disposto dell'art. 6, par. 3 del Regolamento, ove si prevede che i sistemi di cui all'allegato III *non* siano considerati ad alto rischio se *non* presentano «un *rischio significativo di danno* per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone fisiche, anche nel senso di non influenzare materialmente il risultato del processo decisionale» (corsivo d'enfasi aggiunto).

La previsione appare particolarmente significativa sotto diversi profili. In primo luogo, la derogabilità all'elencazione di cui all'allegato III e, dunque, la possibilità di escludere la classificazione di un sistema ivi compreso come "ad alto rischio" indirettamente impone agli amministratori, che intendono acquisire l'IA e utilizzarne gli *output*, di ponderare attentamente, anche seguendo il modello di valutazione disposto dall'art. 27 *AI Act* e con l'ausilio di esperti esterni all'organigramma societario, il livello di rischio sussistente in concreto, al fine di verificare l'eventuale non applicabilità, in relazione al caso specifico di utilizzo, delle misure tecniche e organizzative imposte ai *deployers* dall'art. 26 (25), anche al fine di conseguire un notevole risparmio di costi.

In secondo luogo, la disposizione dianzi citata è interessante per la precisazione di chiusura, meglio descritta nel prosieguo dell'art. 6, par. 3 da cui emerge, ancora ai fini della corretta qualificazione del sistema come "ad alto rischio", la necessaria sussistenza del requisito di *causalità* dell'*output* prodotto dalla macchina rispetto alla decisione della persona fisica e, pertanto, rispetto al danno (*rectius*, al rischio di danno) a questi derivato. In particolare, devono essere esclusi i sistemi che *non influenzano materialmente il risultato del processo decisionale* in quanto, al-

(24) L'allegato III all'*AI Act* individua come sistemi ad alto rischio quelli destinati ad essere utilizzati *i)* per l'identificazione biometrica remota delle persone fisiche; *ii)* come componenti di sicurezza nella gestione del traffico stradale e nella fornitura di acqua, gas, riscaldamento ed elettricità; *iii)* al fine di determinare l'accesso o l'assegnazione di persone fisiche agli istituti di istruzione e formazione professionale, ovvero per valutare gli studenti e i partecipanti alle prove richieste per l'ammissione agli stessi istituti; *iv)* per l'assunzione o la selezione di persone fisiche, in particolare attraverso il vaglio delle candidature o la valutazione durante colloqui o prove, nonché per adottare decisioni in materia di promozione, cessazione dei rapporti contrattuali di lavoro, assegnazione di compiti, monitoraggio e valutazione delle prestazioni; *v)* ai fini dell'accesso a prestazioni e servizi pubblici e privati essenziali; *vi)* nell'ambito di attività di contrasto al fine di valutare i rischi di recidiva e l'affidabilità degli elementi probatori nel corso delle indagini; *vii)* nella gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere; *viii)* nell'amministrazione della giustizia, ovverosia come ausilio nell'attività di ricerca e d'interpretazione dei fatti e del diritto.

(25) Occorre considerare, in proposito, che l'art. 6, par. 4, *AI Act* dispone che «Un fornitore che ritiene che un sistema di IA di cui all'allegato III non sia ad alto rischio ne documenta la valutazione prima che tale sistema sia immesso sul mercato oppure messo in servizio».

ternativamente, *a)* destinati ad eseguire un compito procedurale limitato ovvero *b)* a migliorare il risultato di un'attività umana precedentemente completata, o ancora, in particolare, ove *c)* non finalizzati a sostituire o ad influenzare la valutazione umana precedentemente completata, ed infine se *d)* destinati ad eseguire un compito meramente preparatorio per la valutazione svolta dalla persona fisica, seppur nei settori di cui all'allegato III. Nell'alveo di tale elencazione rientrano molteplici sistemi adottati a supporto dei procedimenti decisionali d'impresa e, in particolare, l'attenzione è rivolta a quelli funzionali a svolgere attività di tipo istruttorio, che predispongono (parte del)la base informativa per l'assunzione di una specifica decisione strategica o gestoria. Si osserva, in questo senso, il rischio elusivo insito nell'applicazione di tale clausola di esclusione, sicché ne risulta opportuna un'*interpretazione restrittiva*, volta a coordinare l'impatto materiale sul procedimento decisionale, richiesto ai fini della qualificazione dell'"alto rischio", con il principio di supervisione umana di cui all'art. 14 *AI Act*, che impone in ogni caso il coinvolgimento, nella fase sia antecedente sia susseguente all'elaborazione dell'*output* (26), della persona fisica che assume la decisione. Occorre, in altri termini, valutare in concreto la funzione attribuita all'*output* prodotto dall'IA nell'ambito del procedimento decisionale, anche sulla base dei regolamenti e delle linee guida interne adottate dall'organo gestorio e, pur tuttavia, senza mai limitarsi ad indagarne il profilo meramente formale, onde identificare il ruolo specifico svolto dal sistema e l'effettiva capacità di condizionarne ed indirizzarne gli esiti.

Ebbene, il "rischio di danno", che rileva solo se rapportato ad un *quid* di riferimento, viene puntualmente individuato dal legislatore in relazione alla salute, alla sicurezza e ai diritti fondamentali delle persone fisiche. È in questo senso che deve essere correttamente interpretato il considerando n. 26 del Regolamento, per cui la tipologia e il contenuto delle regole di condotta andrebbero adeguati «all'intensità e alla portata dei *rischi che possono essere generati dai sistemi di IA*» (corsivo d'enfasi aggiunto). Tale impostazione manifesta l'espresso intento di bilanciare l'esigenza di garantire un livello elevato di protezione dei diritti fondamentali delle persone fisiche con l'esigenza di promuovere l'innovazione e la diffusione di sistemi affidabili (cfr. considerando n. 1) (27). A tal fine, il legislatore sceglie infat-

(26) Nell'ipotesi di strumenti utilizzati con finalità istruttoria, gli utilizzatori sono infatti tenuti, a fronte delle misure adottate dal *provider* ed eventualmente per il tramite di ausiliari competenti *ex* art. 26, par. 2, *AI Act*, a valutare *ex ante* le capacità e i limiti del sistema, a monitorane il funzionamento *on-going*, se del caso interrompendone l'utilizzo, nonché, infine, ad interpretare *ex post* l'*output* e a decidere, in autonomia, se conformarsi ad esso.

(27) Si noti, in proposito, che la L. 132/2025 recante "Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale" evidenzia la necessità di promuovere «lo sviluppo e l'utilizzo dell'intelligenza artificiale come strumento per migliorare l'interazione uomo-macchina, anche mediante l'applicazione della robotica, nei settori produttivi, la produttività in tutte le catene del valore e le funzioni organizzative, nonché quale strumento utile all'avvio di nuove attività economiche e di

ti di «imprimere allo sviluppo tecnologico il rispetto di precise opzioni di fondo», attraverso la formulazione di regole giuridiche solo ove si presenta la necessità di tutelare i diritti fondamentali delle persone fisiche coinvolte nel (o dal) procedimento decisionale algoritmico, lasciando altrimenti alle imprese un significativo margine di discrezionalità, potendo le stesse spostare verso l'alto o verso il basso la soglia di tutela predefinita (28). E ciò, sia direttamente in quanto utilizzatori e sia per il tramite dello strumento contrattuale, imponendo ai fornitori specifici requisiti tecnici in particolare nel caso di sistemi caratterizzati da un elevato livello di autonomia, rispetto ai quali gli amministratori hanno minore capacità di controllo e di intervento.

A partire dalle considerazioni dianzi svolte in punto di personalizzazione del rischio individuato dall'*AI Act*, la dottrina ha escluso che nell'alveo di tale categoria debbano essere ricondotti, salvo talune specifiche ipotesi, i sistemi utilizzati dagli amministratori nell'ambito dei propri procedimenti decisionali (29). Ciò in quanto nel classificare i sistemi di IA il Regolamento considera i soli «rischi di natura personale, relegando su un piano distinto, e marginale, i rischi economici» (30), derivanti invece dagli strumenti utilizzati a supporto delle decisioni gestorie. Sicché, molti dei casi d'uso connessi alla dimensione gestoria e strategica imprenditoriale non rientrano nella definizione di cui all'art. 6, sia perché esterni ai settori operativi individuati all'allegato III e sia per l'assenza del "rischio di danno" specifico ivi descritto, nonché, in ogni caso, nelle ipotesi in cui siano utilizzati per i soli scopi di cui al par. 3 della norma.

La conseguenza operativa è, con ogni evidenza, che i requisiti tecnici e le regole di comportamento imposte a *providers* e *deployers* dagli artt. 8 e ss. dell'*AI Act* non sono vincolanti in relazione a (buona) parte dei sistemi utilizzati a supporto delle decisioni d'impresa. Restano invece rilevanti *i)* il dovere di alfabetizzazione

---

supporto al tessuto nazionale produttivo, costituito principalmente di microimprese e di piccole e medie imprese, al fine di accrescere la competitività del sistema economico nazionale e la sovranità tecnologica della Nazione nel quadro della strategia europea», nonché di facilitare «la disponibilità e l'accesso a dati di alta qualità per le imprese che sviluppano o utilizzano sistemi di intelligenza artificiale e per la comunità scientifica e dell'innovazione» (art. 5, comma 1, lett. *a)* e *c)*).

(28) Si esprime in questi termini, con riferimento alla regolamentazione di Internet e, in particolare, dei dati personali A. Mantelero, *Regole tecniche e regole giuridiche: interazioni e sinergie nella disciplina di* internet, in *Contr. impr.*, 2005, p. 674.

(29) Cfr., *inter alia*, G. Schneider, *Intelligenza artificiale*, governance *societaria e responsabilità sociale d'impresa: rischi e opportunità. Prima parte,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, p. 717; N. Abriani e G. Schneider, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla* Fintech *alla* Corptech, Bologna, 2021, pp. 185-186; G. Schneider, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: le possibili ripercussioni sull'attività d'impresa*, in *L'impresa nell'era dell'intelligenza artificiale: un'evoluzione tranquilla o nulla sarà più lo stesso?*, a cura di M. Rescigno, Milano, 2023, pp. 34-35; G. Sica, Corporate Technologies *e automazione dei processi decisionali: profili di responsabilità civile degli amministratori*, in *Danno e resp.*, 2026, p. 18.

(30) N. Abriani e G. Schneider, *ult. op. cit.*, p. 186.

di cui all'art. 4, parte delle "Disposizioni generali" e, in quanto tale, applicabile a prescindere dalla classificazione basata sul livello di rischio (31); *ii)* il dovere di trasparenza nei confronti delle persone fisiche che interagiscano con il sistema di cui all'art. 50 e gli altri obblighi ivi previsti per «determinati sistemi di IA»; *iii)* nonché, con specifico riferimento ai sistemi per finalità generali, gli obblighi previsti in capo ai fornitori dall'art. 53.

Tra le circostanze in cui l'IA, ove impiegata a supporto dell'attività gestoria di società di diritto comune (32), può essere qualificata come "ad alto rischio" alla

---

(31) Anche se, «una lettura sistemica della previsione – che richiama il riferimento ai "diritti e obblighi nel contesto del [...] regolamento" di fornitori, deployer e persone interessate di cui alla definizione di AI *literacy ex* art. 3, par. 1, n. 56 – potrebbe, invero, far ritenere la disposizione applicabile solo in presenza di diritti e obblighi ai sensi del regolamento» (G. Franco, AI Literacy*: l'alfabetizzazione sull'intelligenza artificiale nel prisma degli obblighi di formazione sul lavoro*, in *Lav. nella giur.*, 2025, p. 650).

(32) Nelle società bancarie e assicurative si rinviene, in particolare, l'ipotesi in cui l'IA sia utilizzata ai fini della valutazione del merito creditizio o assicurativo (c.d. *algorithmic credit scoring*), su cui v. F. Mattassoglio, *Innovazione tecnologica e valutazione del merito creditizio del consumatore. Verso un* social credit system*?*, Milano, 2018; M. Seng Ah Lee e L. Floridi, *Algorithmic Fairness in Mortgage Lending: from Absolute Conditions to Relational Trade-offs*, in *Minds and Machines*, 2021, pp. 165 e ss.; G. L. Greco, Credit scoring *5.0, tra* Artificial Intelligence Act *e Testo Unico Bancario*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, pp. 74 e ss.; P. Manes, Credit scoring *assicurativo,* Machine Learning *e profilo di rischio: nuove prospettive*, in *Contr. impr.*, 2021, pp. 469 e ss.; L. Ammannati e G.L. Greco, *Il* credit scoring *alla prova dell'intelligenza artificiale*, in *Lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, a cura di U. Ruffolo, Torino, 2021, pp. 373-386; Id., *Il credit scoring "intelligente": esperienze, rischi e nuove regole*, in *La finanza nell'età degli algoritmi*, a cura di L. Ammannati e A. Canepa, Torino, 2023, pp. 1 e ss.; D. Di Sabato e G. Alfano, *L'impiego dell'IA per condizionare e valutare le persone tra limitazioni e divieti: qualche considerazione critica sulla proposta di Regolamento sull'IA elaborata dalla Commissione europea*, in *Riv. dir. impresa*, 2022, pp. 281 e ss.; M. Chironi, *La responsabilità della banca creditrice per la errata valutazione del merito creditizio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, pp. 932 e ss.; M. Rabitti, Credit scoring *via* machine learning *e prestito responsabile*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, I, pp. 175 e ss.; F. D'Orazio, *Il* credit scoring *e l'art. 22 del GDPR al vaglio della Corte di giustizia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, pp. 410 e ss.; W. Addy, A. Ajayi-Nifise, B. Bello, S. T. Tula, O. Odeyemi e T. Falaiye, *AI in credit scoring: A comprehensive review of models and predictive analytics*, in *Global Journal of Engineering and Technology Advances*, 2024, pp. 118 e ss.; A. G. Grasso, *Decisioni automatizzate e merito creditizio: la Corte di giustizia sul* credit scoring, in *Banca borsa*, 2024, II, pp. 730 e ss.; N. M. F. Faraone, *Spunti ricostruttivi in materia di profilazione e valutazione del merito creditizio nella nuova strategia europea dei dati*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2025, pp. 267 e ss.; M. Lembo, *L'intelligenza artificiale e i contratti bancari: il caso del* credit scoring, in *Contratti*, 2025, pp. 401 e ss.; M. Zappatore, *Il* credit scoring *alla prova dell'intelligenza artificiale: quali profili di responsabilità per l'intermediario?*, in *Contr. impr.*, 2026, pp. 200 e ss. Il fenomeno è preso in considerazione al n. 5, lett. *b)* e *c)* dell'allegato III dell'*AI Act*, con riferimento ai «sistemi di IA destinati a essere utilizzati per valutare l'affidabilità creditizia delle persone fisiche o per stabilire il loro merito di credito, a eccezione dei sistemi di IA utilizzati allo scopo di individuare frodi finanziarie» e ai «sistemi di IA destinati a essere utilizzati per la valutazione dei rischi e la determinazione dei prezzi in relazione a persone fisiche nel caso di assicurazioni sulla vita e assicurazioni sanitarie». Non si tratta, con ogni evidenza, di ipotesi di utilizzo *diretto* del sistema da parte degli amministratori e, pur tuttavia, a questi può essere imputata la decisione organizzativo-gestoria, a monte, di ricorso all'IA.

luce delle ipotesi formulate dall'allegato III dell'*AI Act* si rilevano: *i)* le decisioni di assunzione del personale ai diversi livelli dell'organigramma societario, di promozione, demansionamento o successiva interruzione del rapporto di lavoro, di attribuzione o avocazione delle deleghe, di nomina degli amministratori in caso di cooptazione, tutte rientranti nella macro-area dei sistemi di IA «destinati a essere utilizzati per l'assunzione o la selezione di persone fisiche», ovvero «per adottare decisioni riguardanti le condizioni dei rapporti di lavoro, la promozione o cessazione dei rapporti contrattuali di lavoro, per assegnare compiti sulla base del comportamento individuale o dei tratti e delle caratteristiche personali», o ancora dei sistemi utilizzati «per monitorare e valutare le prestazioni e il comportamento delle persone nell'ambito di tali rapporti di lavoro » (n. 4, lett. *a*) e *b*)); *ii)* le decisioni riguardanti la formazione del personale, specificatamente presa in considerazione al n. 3 dell'allegato citato.

È possibile, peraltro, individuare alcune "ipotesi limite", le quali, quantomeno indirettamente, coinvolgono i settori ritenuti critici dal legislatore eurounitario: si pensi, a titolo esemplificativo, *i)* alle decisioni assunte, sulla base di un *output* algoritmico, dagli amministratori di società che operano nel settore delle infrastrutture critiche di cui al n. 2 dell'allegato III e dalle quali derivi un impatto diretto sul traffico stradale, ovvero sulla fornitura di acqua, gas, riscaldamento o elettricità; *ii)* similmente, alle decisioni assunte dagli amministratori di società private – in quanto tali non direttamente rientranti nell'alveo del n. 5 del documento – con cui vengano selezionati i clienti e/o i fornitori di servizi essenziali.

3. Le vie per un'estensione applicativa dell'*AI Act* alle (altre) decisioni d'impresa

3.1 I codici di condotta e i codici di buone pratiche

Ebbene, alla luce della limitazione del campo applicativo oggettivo dell'*AI Act* si coglie l'importanza di quanto disposto dall'art. 95 del Regolamento, che istituisce un quadro per l'elaborazione di codici di condotta (33) «intesi a promuovere l'applicazione volontaria ai sistemi di IA diversi dai sistemi di IA ad alto rischio, di alcuni o di tutti i requisiti di cui al Capo III, Sezione 2» (par. 1) (34). Il testo

(33) D'altronde, gli «strumenti di *soft law* (codici etici, guidelines, ecc.) assumono importanza fondamentale nel campo dei processi decisionali dell'Ia e anche all'interno dell'organizzazione societaria essi costituiscono uno strumento propulsivo di forme e sistemi sempre più efficienti di modellizzazione del *risk management*» (R.M. Agostino, *Intelligenza artificiale e processi decisionali. La responsabilità degli amministratori di società*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2020, p. 393).

(34) Il rischio insito nell'affidamento all'autoregolamentazione in materia è tuttavia ben sottolineato da G. Resta, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, pp. 219-220.

legislativo, in questo modo, assume un'innovativa *natura mista*: in parte affidata a disposizioni direttamente applicabili (sistemi "ad alto rischio") e in parte affidata, attraverso l'applicazione volontaria e differita di tali disposizioni, ad un approccio di co-regolazione (sistemi "a rischio basso" o "minimo") (35). Tale metodologia, d'altronde, era stata valorizzata sin già nella *Relazione introduttiva* alla Proposta di regolamento sull'IA, in linea con la nota politica euro-unitaria di *better regulation* (36). L'opzione regolamentare prescelta dalla Commissione è, infatti, quella indicata con il numero "3+" del menzionato documento, caratterizzata dallo «strumento legislativo orizzontale dell'UE che segue un approccio proporzionato basato sul rischio + codici di condotta per i sistemi di IA non ad alto rischio».

Ebbene, i codici di condotta rappresentano la massima espressione della co-regolazione, come fenomeno regolatorio a mezza via tra gli approcci di *hard* e *soft law*, ove il ruolo dei privati viene significativamente valorizzato entro un perimetro predeterminato dalle autorità pubbliche: se a queste ultime spetta l'individuazione del *cosa* realizzare (gli obiettivi, il risultato), è ai primi che viene riservata la specificazione del *come*. In particolare, i codici richiamati dall'art. 95 sono rivolti sia ai produttori sia agli utilizzatori dei sistemi di IA, i quali devono tenere conto, segnatamente, «delle soluzioni tecniche disponibili e delle migliori pratiche del settore che consentono» l'applicazione, ai sistemi "a rischio basso" o "minimo", dei requisiti previsti obbligatoriamente per i sistemi "ad alto rischio" e, in particolare, dei principi di cui agli orientamenti etici per un'IA affidabile elaborati dal Gruppo indipendente di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale nel 2019 (cfr. considerando n. 27).

A questi il Regolamento affianca i diversi codici di buone pratiche previsti dall'art. 56 per i modelli di IA per finalità generali, entro cui vengono ricompresi i noti sistemi di IA c.d. generativa. L'elaborazione dei codici in questione può vedere la partecipazione sia dei *providers* privati sia delle autorità pubbliche nazionali (art. 56, par. 3, *AI Act*), le quali sono chiamate a tenere conto degli *stakeholders* coinvolti e, segnatamente, della funzione affidata all'ufficio interno per l'IA, istituito nell'ambito della Commission europea. Quest'ultima mantiene, pertanto, un ruolo significativo nell'elaborazione di tali testi regolamentari, verificandone il contenuto (par. 4) e, successivamente alla loro adozione, monitorando periodicamente l'effettivo raggiungimento degli obiettivi in essi contenuti (par. 6). A tale ultimo fine, è posto in capo ai soggetti che hanno partecipato all'elaborazione dei codici di cui all'art. 56 un obbligo di periodica *disclosure* rivolta alla Commissione

(35) Cfr. A. Simoncini, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, pp. 1044-1045.

(36) I documenti pubblicati dalla Commissione e dal Consiglio dell'Unione europea a fronte dell'accordo "Legiferare meglio" sono molteplici: per una panoramica si rinvia all'indirizzo *web https://www.consilium.europa.eu/it/policies/better-regulation/*.

stessa, circa l'attuazione degli impegni e delle misure adottate e gli esiti raggiunti sulla base degli "indicatori chiave di prestazione", predefiniti ai sensi del par. 4 della medesima disposizione. La Commissione inoltre valuta l'adeguatezza dei codici di buone pratiche (par. 6) e invita, attraverso l'ufficio per l'IA, i fornitori di modelli di IA per finalità generali che presentano rischi sistemici ad aderirvi (par. 7) o ad elaborare, in alternativa, norme armonizzate per l'attuazione dei pertinenti obblighi (par. 9).

I fornitori di modelli di IA per finalità generali con rischio sistemico potrebbero, così, dimostrare di essere *compliant* con gli obblighi per essi previsti dal Regolamento sulla scorta *a)* delle norme armonizzate ovvero, *b)* in mancanza, dei codici di buone pratiche adottate e *c)* in caso di mancata conformità alle prime o di mancata adesione ai secondi, con mezzi alternativi adeguati (art. 55, par. 2, *AI Act*).

Ne emerge una certa asimmetria di disciplina tra "codici di condotta" e "codici di buone pratiche", che va oltre alla diversità del contesto applicativo. In particolare, emerge l'attitudine dei secondi, pur ove elaborati dai privati e, dunque, all'apparenza riconducibili entro lo stesso modello di co-regolazione descritto con riferimento ai primi, ad acquisire un'efficacia strategica per l'intero settore dei modelli di IA per finalità generali. Un approccio normativo di questo tipo appare non distante dal modello di c.d. *incorporation model*, ove le norme elaborate dai soggetti privati finiscono per integrare l'ordinamento sovranazionale (37).

Quanto ai "codici di condotta", in particolare, occorre interrogarsi sulla forma con cui gli stessi possono essere in concreto declinati nel contesto societario. I principi previsti dall'*AI Act* potrebbero, infatti, essere recepiti dalle imprese attraverso l'adozione di codici etici o regolamenti interni (38), sollevando, così, alcune questioni già tradizionalmente note agli studiosi della materia, in punto di effica-

(37) Cfr. P. Inturri, *Intelligenza artificiale e* soft law*. Il ruolo dei codici di comportamento nell'*Artificial Intelligence Act, in *Nuove Autonomie*, 2025, p. 362.

(38) Diversa è l'ipotesi di un'integrazione dei principi previsti dal Regolamento in materia di IA nell'ambito dei Codici di Autodisciplina adottati dalle società quotate e soggetti al principio del *comply or explain*. Il tema, in sé particolarmente complesso, è estraneo all'oggetto del presente contributo. Ci si limita pertanto a segnalare che il Codice di *corporate governance* italiano attualmente in vigore non prende in considerazione il tema della digitalizzazione delle funzioni societarie. A rilevarlo è, in particolare, N. Abriani, *Il nuovo codice di corporate governance*, in *La nuova società quotata: tutela degli* stakeholders*, sostenibilità e nuova* governance, a cura di P. Montalenti e M. Notari, Milano, 2022, pp. 149 e ss., il quale spiega che tale mancanza è una caratteristica della maggior parte dei Codici europei, con alcune limitate eccezioni: il *Codigo de buen gobierno de las societades cotizadas* spagnolo del 2016, riformato nel 2020, e il coevo Codice di *Corporate Governance* olandese. Altri riferimenti al profilo della tecnologia nel governo societario si rinvengono, come segnalato da M.L. Passador, *Il consiglio di amministrazione nell'era dell'intelligenza artificiale: l'importanza della motivazione rafforzata*, in *Giur. it.*, 2022, pp. 2016-2018, nei codici ucraino, malese, belga, lituano e australiano.

cia di tali testi e di responsabilità degli amministratori che violano le prescrizioni in essi contenute, una volta adottati (39). Essi assumerebbero, d'altronde, un ruolo di non poco momento per le imprese che ricorrono all'IA nell'ambito dei procedimenti decisionali gestori, poiché le disposizioni ivi contenute potrebbero, se capaci di definire con sufficiente precisione le condotte dovute dagli amministratori (40), contribuire a concretizzare il contenuto dei doveri generali ad essi imposti dal Codice civile (41).

3.2 Il rilievo ricostruttivo dei requisiti tecnici e dei doveri di condotta previsti dall'*AI Act*

Si è detto, infatti, che i requisiti tecnici e le regole di comportamento derivanti dall'*AI Act* non sono necessariamente vincolanti con riferimento agli strumenti utilizzati con finalità istruttoria dagli amministratori di società di capitali e, più in generale, a supporto o per la diretta assunzione di decisioni di tipo produttivo, organizzativo, strategico o gestorio in senso stretto. Gli stessi amministratori, tuttavia, sono (indirettamente) chiamati a *ponderare* e *modulare* la *compliance* rispetto alle disposizioni previste dal Regolamento anche oltre la sua diretta e limitata portata applicativa, eventualmente per il tramite, come visto, dell'adozione di un codice etico (42).

---

(39) Per una ricostruzione delle posizioni principali si rinvia a A. Scotti, *I codici di condotta tra mercato, impresa e contratto*, Milano, 2019, in part. pp. 4 e ss. In particolare, attribuisce efficacia vincolante ai codici di condotta G. Marasà, *Appunti su regole di deontologia professionale e codici etici in materia societaria*, in *Codici deontologici e autonomia privata*, a cura di G. Alpa e P. Zatti, Milano, 2006, p. 138. Precisa A. Caprara, *I principi di corretta amministrazione. Struttura, funzioni e rimedi*, Torino, 2021, pp. 233-234 che «le norme componenti qualsiasi modello organizzativo (volontario o legale), se adottate, sono *effettive*. Tali fonti private sono da intendersi quali *standard* di esigibilità atteso della prestazione, ma soprattutto obbligano gli amministratori a tenerne conto nella programmazione d'impresa, ossia nelle scelte strategiche».

(40) Rileva i rischi derivanti dall'adozione di codici eccessivamente generici F. Benatti, *L'evoluzione dei codici etici: dalla funzione promozionale alla valenza giuridica*, in *Banca borsa*, 2015, I, pp. 248-249.

(41) Cfr., in part., L. Balestra, *Il ruolo dei codici etici nell'autoregolamentazione del mercato*, in *Giur. comm.*, 2018, I, p. 226.

(42) In proposito rileva N. Abriani, *Intelligenza artificiale e diritto societario*, in *Enc. dir.*, *Società*, diretto da C. Angelici, Milano, 2025, p. 626 che, pur non essendo sostenibile «un'applicazione diretta generalizzata delle regole (e dei principi) dell'AI Act», ciò «non significa, però, che il regolamento si collochi, rispetto alla *corporate governance*, su un piano di totale irrilevanza». Ancora, F. Abrate, *La* corporate governance *al* test *dell'intelligenza artificiale: il consiglio d'amministrazione*, in *Riv. dir. impresa*, 2024, p. 46, ritiene che un «approccio doverosamente precauzionale all'intelligenza artificiale richiede […] di considerare, accanto alle molte opportunità offerte dall'utilizzo di tali strumenti, anche i rischi peculiari ad essi associati, sollecitando le società a valutarli adeguatamente e a regolamentarne l'utilizzo: una valutazione e regolamentazione che dovrà essere effettuata dagli organi societari e, in particolare, dall'organo di gestione, entro margini di discrezionalità tecnica e in considerazione del rapporto costi/benefici […]».

Ed invero, gli *standard* tecnici e i doveri di condotta desumibili dal regolamento in materia di IA devono essere valutati da parte dell'organo gestorio nell'ottica di applicare (*rectius*, *concretizzare* (43)), in particolare, i doveri a contenuto generale di istituzione di assetti adeguati e di rispetto dei principi di corretta amministrazione, nonché, posta la funzione istruttoria cui il sistema di IA è sovente preposto, di agire in modo informato. I doveri in questione, in quanto aventi natura di clausole generali, consentono infatti di evitare, quali norme di «chiusura del sistema legislativo», che sia «considerato permesso ogni comportamento che nessuna norma vieta», ovvero che sia considerato «solo facoltativo ogni comportamento che nessuna norma di legge rende obbligatorio» (44).

Si pensi, in particolare, alle disposizioni, fondamentali nell'architettura dell'*AI Act*, che richiedono l'adeguatezza dei sistemi di IA rispetto ai requisiti – più o meno puntualmente declinati – di qualità dei dati (art. 10), di trasparenza, cybersicurezza, accuratezza e robustezza del sistema (artt. 11 e 15), di supervisione umana sull'elaborazione e sull'utilizzo dell'*output* prodotto (art. 14). Tali *standard*, unitamente alle regole di comportamento che ne garantiscono l'implementazione, rilevano, come detto, non (sempre) per la loro diretta portata vincolante – posti i limiti sopra considerati – bensì per il loro *valore ricostruttivo*. Esse fungono, infatti, da fonte condivisa – in quanto «regole di comune opinione» (45) – di integrazione di clausole generali di diritto comune e di diritto societario: (anche) quelle, appunto, che governano la prestazione gestoria degli amministratori. La diffusione di una serie di parametri e la loro cristallizzazione nel disposto regolamentare è indice, d'altronde, dell'evoluzione verso un'idea condivisa e, per questo verso, in corso di formazione delle buone prassi di utilizzo di sistemi algoritmici, quali «comportamenti, criteri operativi, prassi e oggettive regole di condotta» (46) nell'ambito delle pratiche del mercato e dei relativi operatori.

In questo senso, le clausole generali e le norme elastiche si rivelano elementi essenziali sia della globalizzazione(47) in senso lato, sia della rivoluzione digitale,

(43) Cfr., *ex multis*, S. Patti, *Il giudice e le clausole generali*, in *Princìpi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, a cura di F. Ricci, Milano, 2018, p. 125. Come precisato dall'autore, è stato osservato il rischio, per il tramite dell'attività di c.d. concretizzazione, di svilimento della clausola generale, «perché a una regola specifica che il legislatore avrebbe potuto prevedere si sostituisce una regola specifica posta dal giudice. La critica tuttavia non appare condivisibile perché la clausola generale continua a esistere e a svolgere la sua funzione: il giudice può sempre richiamarla per modificare la regola a cui si è pervenuti con la concretizzazione, oppure al fine di configurare una nuova regola specifica per un caso che presenta diverse caratteristiche e che pertanto non appare riconducibile alla norma concreta che si è formata muovendo dalla clausola generale».

(44) F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Milano, 2015, p. 648.

(45) L'espressione è di G. Meruzzi, *Rilievi parasistematici sul fondamento e sui limiti di costituzionalità delle clausole generali del diritto societario*, in *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, I, Napoli, 2014, p. 485.

(46) G. Meruzzi, *ult. op. cit.*, p. 485.

(47) Cfr., sul punto, G. Meruzzi, *L'*Exceptio doli *dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005, p. 37.

ponendosi come efficiente alternativa ad eccessi di regolamentazione, poco flessibili e pertanto inadatti a disciplinare fenomeni in costante evoluzione. Al contempo, esse consentono il rispetto di regole «anche tecniche e non solo giuridiche» (48), sulla scorta di una costante interazione multi-sistemica (49).

L'enucleazione delle regole di condotta, anche per il tramite del rinvio all'*AI Act*, spetta invero (anzitutto) al giudice di merito che, ove chiamato a pronunciarsi in punto di responsabilità degli amministratori, deve riempire di contenuto le clausole generali che ne governano l'attività, individuando "subnorme" di diritto oggettivo sindacabili dalla Cassazione per errore di diritto *ex* art. 360, n. 3, c.p.c. (50). Tuttavia, il giudice interviene «solo in caso di lite»(51), di tal che, in ogni caso, i primi destinatari delle clausole generali restano gli stessi *cives*. D'altra parte, l'attività gestoria richiede di stabilire, a monte, gli *standard* di condotta cui gli amministratori devono conformarsi nell'esercizio della propria funzione e al precipuo fine di adempiere ai propri doveri, specie ove definiti dalla legge in termini

(48) P. Montalenti, *I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella* corporate governance *delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016, p. 6.

(49) Cfr. F. Forcellini e A. Iuliani, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, p. 455.

(50) Cfr. G. Meruzzi, *L'*Exceptio doli *dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., pp. 130 e ss.; Id., *L'adeguatezza degli assetti*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella* corporate governance *delle società di capitali*, cit., p. 48. In tal senso, cfr. già F. Galgano, *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in *Contr. impr.*, 1999, pp. 893 e ss. e Id., *Le clausole generali fra diritto comune e diritto societario*, in *Le clausole generali nel diritto societario*, a cura di G. Meruzzi e G. Tantini, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. econ. Galgano*, Padova, 2011, pp. 5-6; D. Maltese, *Norma elastica, giudizio di legittimità e "*stare decisis*"*, in *Contr. impr.*, 2000, pp. 1 e ss., cui si rinvia anche per ulteriori e fondamentali richiami bibliografici; A. Caprara, *La giurisprudenza e le fonti del diritto commerciale: le clausole generali e l'approccio sostanziale alla teoria delle fonti*, in *Le clausole generali nel diritto societario*, cit., p. 53; S. Fortunato, *Clausole generali e informazione contabile fra integrazione giurisprudenziale e integrazione professionale*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 477. Sul ruolo della Corte di legittimità nella concretizzazione delle clausole generali v. in part. P. Rescigno, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, p. 5. Quello del giudice è, secondo L. Rovelli, *Principi, clausole generali, concetti indeterminati nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di A. D'Amico, Milano, 2017, pp. 10-11, un *giudizio sintetico a priori*, «perché chi esprime il giudizio tiene conto sia del programma normativo, sia dei dati della realtà; esprime in tal modo una regola (che è legittimato ad esprimere ma) che non deriva interamente dalla norma […]. Il giudice (e più in generale l'interprete) in tal caso non è passivo ripetitore di una volontà che si vuole compiutamente espressa dal legislatore. Il giudice partecipa alla determinazione del concetto e così alla definizione della regola».

(51) E. Scoditti, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di Cassazione e* stare decisis, in *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, cit., p. 182. D'altra parte, come precisato da M. Libertini, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Princìpi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, cit., p. 213, «la giurisprudenza affronta i problemi sociali soltanto nel prisma della lite, che è una parte importante della realtà, ma fornisce anche una visione parziale (e talora distorta) dei fenomeni sociali in cui le liti nascono».

generali (52), adottando gli opportuni comportamenti anche ove non declinati in norme dal contenuto specifico direttamente vincolanti (53).

Si pensi, in questa stessa direzione, alle implicazioni operative della *corporate social responsibility doctrine* e, per questo verso, della *corporate digital responsibility doctrine* (54), *species* della prima. Tale dottrina pone infatti in capo agli amministratori la necessità di orientare la propria attività di gestione nel rispetto del c.d. *principio di precauzione*, adottando le «preventive misure tecnico-scientifiche necessarie per un governo efficiente del peculiare rischio tecnologico» (55), nonché del *principio di proporzionalità* (56), adoperando, se del caso, uno «sforzo ulterio-

(52) Cfr. G.D. Mosco e S. Lopreiato, *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci nelle società di capitali*, in *Riv. società*, 2019, p. 126.

(53) Ed invero, gli interpreti, anche e in particolare nel contesto della digitalizzazione, «scrivono le regole accanto ed insieme ai regolatori, facendo vivere le norme nella *law in action*, dando voce a chi delle regole sperimenta efficienze e limiti nell'operatività concreta». Sul punto v. P. Manes, *Un percorso per la* compliance *e il* risk management *dell'intelligenza artificiale*, in *Intelligenza artificiale affidabile.* Compliance *e* risk management *per il governo dei rischi*, a cura di P. Manes, Torino, 2025, p. 20.

(54) Cfr. G. Schneider, *Intelligenza artificiale,* governance *societaria e responsabilità sociale d'impresa: rischi e opportunità. Prima parte*, cit., p. 925; N. Abriani, *Intelligenza artificiale e fattori ESG*, in *Giur. it.*, 2022, pp. 2022-2023; K. Elliott et al., *Towards an Equitable Digital Society: Artificial Intelligence (AI) and Corporate Digital Responsibility (CDR)*, in *Society*, 2021, pp. 179 e ss.; N. Abriani e G. Schneider, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale*, cit., pp. 275-279, ove si legge che dalla considerazione dell'area di responsabilità nota come *corporate social responsibility*, *sub specie* di *corporate digital responsibility*, emerge la necessità di «compliance alle normative che si riferiscono alla gestione della tecnologia», tra cui il regolamento GDPR, il *Cybersecurity Act*, l'*AI Act*. Il riferimento è «a tutti quei requisiti strutturali e di design che le tecnologie impiegate devono rispettare in conformità a precisi obblighi normativi».

(55) R. Santagata, *Intelligenza artificiale, adeguatezza degli assetti "tecnici" e principio di precauzione nell'amministrazione delle società quotate*, in *Riv. dir. impresa*, 2022, p. 316, richiamato sul punto altresì da R. Rolli, *L'intelligenza artificiale e le perduranti insidie della soggettività giuridica. Personalità elettronica, processi decisionali degli amministratori e* business judgement rule*: verso un*'AI judgement rule*?*, in *Riv. società*, 2025, p. 675.

Sul principio di precauzione con riferimento alle IA v. anche G. Mobilio, *La co-regolazione delle nuove tecnologie, tra rischi e tutela dei diritti fondamentali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2024, p. 253 per cui esso «può essere declinato in una duplice accezione, ovvero "forte" o "debole": nei suoi significati "forti", il principio in questione opera come "regola per decidere", postulando un obbligo di cautela, di adozione di misure preventive, al limite di astensione dalle attività di cui siano ignoti i potenziali effetti negativi; nei suoi significati "deboli", invece, il principio di precauzione opererebbe come "regola per procedere", che impone un obbligo di presa in considerazione dell'incertezza scientifica, nell'ambito di una analisi costi/benefici in cui pesano anche i costi dei margini di errore non prevedibili». Ancora, si vedano, in tema di principio di prevenzione e di precauzione connessi all'utilizzo delle nuove tecnologie, M. Gambini, *Algoritmi e sicurezza*, in *Giur. it.*, 2019, p. 1727, in part. nota 1 e F. Pacileo, *Intelligenza artificiale nell'impresa. Tra organizzazione e spersonalizzazione*, Milano, 2025, pp. 177 e ss., entrambi anche per ulteriori riferimenti bibliografici, nonché L. D'Amico, *La misura della (im)prevedibilità*, *Modelli d'imputazione della responsabilità al tempo dell'intelligenza artificiale*, Napoli, 2025, pp. 83 e ss.

(56) Cfr. G. Mobilio, *ult. op. cit.*, pp. 253 e ss. Il principio di proporzionalità «offre il criterio per trovare il giusto bilanciamento tra gli obiettivi perseguibili, con una certa disciplina legislativa o l'uso di una tecnologia, e il conseguente sacrificio dei diritti».

re» rispetto alle prescrizioni di legge (57). Seguendo tale impostazione, i doveri civilistici, di portata generale, consentirebbero già di guidare l'*agere* gestorio, sia sotto il profilo delle modalità – si veda, in questo senso, il criterio di diligenza *ex* art. 2392, comma 1, c.c. – sia sotto il profilo del contenuto della condotta richiesta – si vedano, in particolare, i doveri di istituire adeguati assetti, di agire in modo informato e in modo trasparente *ex* artt. 2381bis, 2381ter e 2391 c.c., nonché nel rispetto dei principi di corretta amministrazione *ex* art. 2396quinquies c.c. (58) – verso il rispetto degli *stakeholders* variamente considerati, valorizzando obiettivi di sostenibilità sul breve e lungo termine (59) e, per questo verso, anche di un utilizzo affidabile, sicuro ed efficiente degli strumenti tecnologici.

Considerazioni analoghe a quelle svolte in tema di "sostenibilità" possono, d'altronde, essere estese anche al settore della "digitalizzazione" nel contesto dell'impresa individuale e collettiva. Ed invero, come visto, anche in tale ultimo ambito, specie con riferimento alle decisioni gestorie, si rileva un effettivo vuoto di tutela, talvolta descritto come una forma di "*substantial deregulation*" (60). Al contempo, nemmeno la digitalizzazione si colloca in uno spazio privo di regole: essa rientra in una cornice giuridica già esistente, delineata in particolare dalle clausole generali del diritto societario, le quali ben consentono di ricavare criteri operativi di comportamento per gli amministratori responsabili dell'utilizzo dell'IA. In tale prospettiva, i doveri gestori possono essere interpretati nel senso di imporre un utilizzo efficiente, consapevole e responsabile degli strumenti digitali, inclusi quelli basati sull'intelligenza artificiale, soprattutto nelle fasi istruttorie del processo decisionale. Ne deriva che, anche in assenza di una disciplina dettagliata vincolante, è possibile orientare l'azione dell'organo gestorio verso una gestione tecnologica corretta e affidabile.

In altri termini, gli amministratori (prima ancora che il giudice) sono tenuti a prendere spunto (anche) dall'ordinamento eurounitario nell'ottica di tipizzare le "subnorme" di diritto positivo, ovverosia le regole di condotta, in cui si concretizzano le clausole generali civilistiche cui è vincolato il loro operato, in relazione ai mezzi di volta in volta utilizzati nell'adempimento della propria funzione. La

(57) V. Bevivino, *Nuovi* inputs *euro-unitari. La sostenibilità come ponderazione normativa degli interessi di* shareholders *e* stakeholders, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2022, p. 116.
(58) Tutti come modificati dall'art. 9, comma 1, lett. *f)* e *u)* del D.Lgs. 27 marzo 2026, n. 47, con cui è stata data attuazione alla L. 21/2024 (c.d. Legge Capitali).
(59) Cfr. U. Tombari, Corporate purpose *e diritto societario: dalla "supremazia degli interessi dei soci" alla libertà di scelta dello "scopo sociale"?*, in *Riv. società*, 2021, p. 13. Per una ricostruzione degli obblighi sociali/ambientali come veri e propri doveri degli amministratori di società per azioni si rinvia al lavoro monografico di G. Riolfo, *L'impresa "sostenibile". La rilevanza esterna degli obblighi e delle responsabilità degli amministratori*, Padova, 2024.
(60) G. Sica, Corporate Technologies *e automazione dei processi decisionali: profili di responsabilità civile degli amministratori*, cit., p. 18.

conformità ai requisiti previsti dall'*AI Act* deve essere considerata, tuttavia, in termini relativi, ovverosia rapportandone la misura – similmente a quanto rilevato con riferimento agli assetti organizzativi civilistici (61) – ad un *quid* esterno, nel rispetto dei «principi (di metodo)» di ragionevolezza e di proporzionalità (62). È lo stesso legislatore eurounitario, in questo senso, a prevedere i primi termini del rapporto, in particolare all'art. 8, par. 1. A mente di tale disposizione, i fornitori devono tenere conto, nel rendere i sistemi di IA *compliant* rispetto agli *standard* individuati, delle «previste finalità» del sistema e dello «stato dell'arte».

4. Considerazioni conclusive

Si assiste, così, ad un'evoluzione delle imprese come luogo di sperimentazione normativa (63). Diverse società di capitali, infatti, hanno adottato negli ultimi anni più o meno evolute *policy* in materia di IA, anticipando i parametri individuati dal legislatore eurounitario ovvero ampliandone il campo applicativo (64).

Sono le imprese, in questo senso, a dover selezionare gli *standard* e i doveri di condotta appropriati rispetto agli specifici rischi identificati, nel rispetto dei principi di diligenza, ragionevolezza (65) e proporzionalità. Principi, questi ulti-

(61) Come rilevato, su tutti, da M. Rabitti, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004, p. 60, «non è possibile prescrivere modelli organizzativi universalmente ottimali, specie con riguardo a strutture eterogenee e connotate da un diverso grado di complessità aziendale».
(62) A. Caprara, *I principi di corretta amministrazione*, cit., pp. 102-105. Secondo l'autore, «la proporzionalità e la ragionevolezza, in quanto principi di metodo, operano in *funzione* dell'applicazione dei principi di corretta amministrazione, senza confondersi con essi; senza condurre quindi alla sindacabilità nel merito della scelta». La dottrina non è tuttavia unanime sul punto: si rinvia, per una ricostruzione delle principali posizioni sul tema, allo stesso autore citato, in particolare p. 103, nota (118) e p. 105, nota (123).
(63) D'altronde, lo «sviluppo di un'IA affidabile […] ha oggi quanto mai bisogno dell'apporto delle imprese che possono agire da interpreti consapevoli e responsabili del cambiamento, attraverso strumenti di autoregolazione in dialogo costante e costruttivo con il regolatore e con gli *stakeholders*» (P. Manes, *Un percorso per la* compliance *e il* risk management *dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 21). In questo senso, «sono le imprese a guidare l'innovazione nella governance dell'IA, spinte dalla necessità concreta di gestire i rischi reputazionali e tecnologici» (Id., *ult. op. cit.*, p. 31).
(64) La logica anticipatoria ovvero espansiva del dettato del regolamento eurounitario emerge dal *report* pubblicato il 31 gennaio 2025 da European Artificial Intelligence Office, *Living Repository of AI Literacy Practices*, disponibile all'indirizzo *https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/repository-ai-literacy-practices*, ove vengono prese in considerazione diverse imprese operanti sul territorio dell'Unione europea e aderenti al c.d. *AI Pact*, con il quale la Commissione europea ha inteso incentivare le imprese all'implementazione delle misure adottate dal regolamento sull'IA sin da prima della sua entrata in vigore (v. l'indirizzo *https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/ai-pact*). Dal *report* emerge come diverse imprese che utilizzano per varie finalità sistemi di IA ritenuti *non* ad alto rischio hanno deciso, per le ragioni esplicitate dalle diverse società, di implementare le misure previste dal Regolamento.
(65) A rilevare la funzionalità della ragionevolezza nell'interpretare e concretizzare le clausole generali è, in part., G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 114.

mi, la cui applicazione richiede necessariamente una base informativa adeguata, acquisita attraverso strumenti istruttori idonei e che tenga conto, in particolare, *i)* dei precipui rischi alla cui prevenzione le misure organizzative e attuative sono preordinate, *ii)* dello stato dell'arte in punto sia di norme vincolanti e di prassi di autoregolamentazione, sia di tecnologie in concreto disponibili.

Deve essere valorizzata, in questo senso, «la persistenza della discrezionalità valutativa di impresa anche a fronte di standard di condotta che, pur limitandola, si deve ritenere non la elidano» (66). In questa direzione procede, d'altronde, lo stesso legislatore eurounitario, il quale si è premurato di rilevare, al considerando n. 5 del reg. (UE) 2026/1744 e se pur con specifico riferimento al tema dell'alfabetizzazione, l'impossibilità di individuare una soluzione univoca (la c.d. "*one size fits all*") sia per tutti i *providers* che per tutti i *deployers*. Il rischio da evitare è, segnatamente, quello di un approccio formale, oneroso ed indifferenziato e, per questo verso, l'imposizione di un livello di *compliance* eccessivo rispetto agli obiettivi prefigurati dalla normativa, specie ove applicata alle imprese di minori dimensioni.

L'*AI Act* mira, d'altronde, come più volte sottolineato, a prevenire gli specifici rischi sopra individuati, lasciando invece scoperti o, meglio, relegando alla normativa di riferimento esistente la tutela degli altri rischi, tra cui proprio quelli connessi all'attività d'impresa. In questo senso, l'attuazione dei doveri di condotta, definiti attraverso le clausole generali del diritto societario, integra un limite alla discrezionalità concessa dal legislatore eurounitario rispetto all'utilizzo dell'IA nell'ambito della *CorpTech*. Peraltro, proprio l'attuazione delle norme di contenuto generale civilistiche può essere indirizzata nel senso di adeguare l'*agere* gestorio, attraverso la tipizzazione di regole di condotta differenziate, al grado di autonomia dello specifico sistema di IA utilizzato, tenendo così conto anche di quelle variabili non direttamente e puntualmente prese in considerazione a livello euro-unionale.

Il saggio vaglia il ruolo dell'AI Act, quale quadro normativo eurounitario di portata generale e trasversale in materia di IA, nel disciplinare la tecnologia utilizzata, a seconda del precipuo grado di autonomia, a supporto o in (sostanziale) sostituzione dei procedimenti decisionali d'impresa. Dall'analisi emerge che il Regolamento mira a prevenire e mitigare, nello specifico, i rischi per i diritti fondamentali delle persone fisiche, lasciando un apparente vuoto di tutela rispetto ai rischi, prima di tutto economici, tipicamente connessi alle decisioni d'impresa. Tale apparente "deregulation" può tuttavia essere colmata attraverso, in particolare, le clausole generali del diritto societa-

(66) L. Miotto, *Organizzazione di impresa e gestione dei dati personali*, Torino, 2023, p. 105.

rio, che consentono di enucleare puntuali regole di condotta anche e proprio a partire dall'AI Act, le cui disposizioni, da attuarsi nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, assumono così un importante valore ricostruttivo.

The essay examines the role of the AI Act, as a general and cross-sectoral EU regulatory framework on artificial intelligence, in governing the technology used – depending on its specific degree of autonomy – to support or (substantially) replace corporate decision-making processes.

The analysis shows that the Regulation is specifically aimed at preventing and mitigating risks to the fundamental rights of natural persons, thereby leaving an apparent gap in protection regarding the risks, primarily economic in nature, that are typically associated with business decisions.

This apparent "deregulation," however, may be addressed mainly through the "general clauses" of corporate law, which make it possible to identify specific rules of conduct also and precisely on the basis of the AI Act. The provisions of the latter, to be implemented in compliance with the principles of proportionality and reasonableness, thus acquire significant interpretative and reconstructive value.

Franco Trubiani
(Università degli Studi di Napoli «Parthenope»)

Intelligenza artificiale e responsabilità civile: AI Act europeo e proposta di legge brasiliana PL 2338/2023 a confronto (*)

Sommario: 1. Premessa: dal governo dell'I.A. all'allocazione privatistica del rischio. - **2.** L'approccio regolatorio "risk-based" europeo e quello brasiliano basato sui principi generali della buona fede, dignità ed affidabilità. - **3.** Categorizzazione del rischio e pratiche vietate. - **4.** *Governance*, valutazione d'impatto e prevenzione del danno algoritmico. - **5.** Responsabilità civile, onere della prova e criteri di imputazione. - **6.** Il diritto di informazione e "spiegabilità" tra l'art. 86 AI Act e gli artt. 7-11 PL brasiliano. - **7.** Dal governo del rischio algoritmico ad un diritto privato della responsabilità da I.A.?

1. Premessa: dal governo dell'I.A. all'allocazione privatistica del rischio

L'intelligenza artificiale si colloca, nel panorama contemporaneo, come uno dei principali fattori di riflessione etica e giuridica (1) nonché di riconcettualizzazione di molte categorie classiche del diritto privato (2), incidendo, tra le altre,

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

(1) Sul punto per una profonda riflessione sul fenomeno dell'I.A. si veda l'Enciclica "Magnifica Humanitas" di Papa Leone XIV del 15 maggio 2026 (consultabile in https://www.vatican.va/content/leo-xiv/it/encyclicals/documents/20260515-magnifica-humanitas.html) ad avviso del quale "*Perché l'IA rispetti la dignità umana e serva davvero il bene comune, è essenziale che siano chiare le responsabilità in tutti i passaggi: da chi progetta e addestra i sistemi fino a chi li utilizza e a chi decide di affidare ad essi le scelte concrete. In molti casi, tuttavia, i processi interni che conducono a un risultato possono essere poco trasparenti, e ciò rende più difficile attribuire responsabilità e correggere gli errori. È qui che diventa decisivo ciò che chiamiamo accountability: la possibilità di identificare chi deve "rendere conto" delle decisioni, motivarle, controllarle e, quando necessario, contestarle e rimediare ai danni che ne derivano*".

(2) Come, ad esempio, l'istituto del contratto che vede il passaggio "*dall'homo videns all'homo artificialis*", sul punto v. N. Irti, *L'ultima transizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, pp. 205 e ss., secondo cui "*Siamo immersi nell'ultima transizione della modernità: dall'homo loquens all'homo videns, dall'homo videns all'homo machinalis o artificialis. Sempre uomo, poiché l'apparato tecnico non è l'inumano o*

anche sulle strutture profonde dell'imputazione giuridica. Si è, difatti, in presenza di un fenomeno che interroga la tenuta delle categorie fondamentali del sistema risarcitorio, imponendo una riconsiderazione critica del fondamento e delle funzioni stesse della responsabilità civile (3).

In tale prospettiva, difatti, la responsabilità civile costituisce un luogo privilegiato di osservazione di tale crisi (4). Essa, infatti, si è storicamente costruita attorno alla centralità dell'azione umana, intesa come comportamento volontario e controllabile, cui è possibile ricondurre un evento dannoso secondo criteri di prevedibilità ed evitabilità (5). Il modello codicistico italiano, ad esempio, pur nelle sue evoluzioni giurisprudenziali e dottrinali, continua a presupporre che l'imputazione del danno si fondi su una relazione tra soggetto agente e fatto lesivo, nella quale il primo sia in grado di governare il secondo (6).

---

disumano, ma il pienamente umano: non dell'umanesimo di fatui cortigiani e di anime belle, ma dell'umanesimo costruttivo, che ci giunge da Galileo e Leonardo, il quale dichiaravasi "omo sanza lettere", e teneva per sola maestra la "sperienzia". Questo è l'autentico umanesimo del nostro tempo, che avvolge anche le tecniche della produzione e dello scambio, e conferisce al diritto una nuova forma".

(3) Tema assai complesso e discusso negli ultimi anni, non solo in dottrina ma anche in giurisprudenza: v. Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601 (in *Giur. it*., 2017, pp. 1787 e ss., con nota di A. Di Majo, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*; in *Banca borsa tit. cred*., 2017, pp. 568 e ss., con nota di Fra. Benatti, *Benvenuti danni punitivi* […] *o forse no!*; in *Jus civile*, 2018, p. 42 ss., con nota di G. Ponzanelli, *Danni punitivi: oltre la delibazione di sentenze straniere?*) che ha enunciato il seguente principio di diritto: "*Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile*". Specificamente sui danni punitivi, tra tutti, v. R. Carleo, *Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana*, in *Contr. impr*., 2018, pp. 259 e ss. L'importanza e la modernità della "questione funzionale" furono ben poste in evidenza già negli anni '80 del secolo scorso, come è noto, da C. Salvi, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1983, pp. 165 e ss., che attribuì all'analisi funzionale dell'istituto il ruolo di "*componente essenziale di una moderna indagine sulla responsabilità civile*". Più di recente, tra i tanti, si rimanda alle riflessioni di M. Grondona, *La polifunzionalità della responsabilità civile e l'ubi consistam ordinamentale dei "risarcimenti punitivi"*, in *Pol. dir*., 2018, pp. 52 e ss., ad avviso del quale "*non ci dovrebbero essere dubbi che la legittimità ordinamentale della funzione sanzionatorio-punitiva e dei "risarcimenti punitivi" è variabile dipendente dall'assetto generale della responsabilità civile; quest'ultimo è tale non perché costruito in un certo modo dal legislatore di ieri o di oggi, ma perché risponde ad un'esigenza sociale che, nel momento in cui sia ravvisabile, deve ottenere una risposta proprio dall'esperienza giuridica*"; Id., *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale*, Napoli, 2017.

(4) Interessanti riflessioni si colgono in A.M. Benedetti, voce *Danno ingiusto. A) Profili ricostruttivi generali*, in C. Scognamiglio (a cura di), *Enc. dir*., I, *I tematici*, VII, *La responsabilità civile*, Milano, 2024, pp. 368 e ss.

(5) Sul punto, per tutti, si rimanda a C.M. Bianca, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, III ed., Milano, 2021, pp. 169 e ss.

(6) Sull'imputazione giuridica e sul concetto di danno si veda, di recente, l'analisi di M. Orlandi, *Il problema della solidarietà*, Torino, 2026, pp. 226 e ss., spec. pp. 23 e ss., secondo cui "*al diritto non interessa la statica classificazione di danni e diminuzioni. Al diritto interessa erigere il titolo della responsabilità, ossia l'effetto della prestazione risarcitoria. Donde la necessità del fatto, quale costruzione causale che conduce l'osservatore dal comportamento all'evento*".

L'intelligenza artificiale, in particolare i sistemi di c.d. I.A. agentica (7), sembra incrinare tale presupposto in modo radicale. I sistemi algoritmici avanzati, in particolare quelli basati su tecniche di apprendimento automatico, operano secondo logiche che non si esauriscono nella mera esecuzione di istruzioni predeterminate, ma si sviluppano attraverso processi di adattamento e auto-correzione che rendono l'*output* parzialmente o, talvolta, indipendente dalla volontà originaria del programmatore oppure, proprio nei casi di I.A. agentica, invece di richiedere istruzioni passo dopo passo, dopo aver ricevuto un obiettivo generale pianificano autonomamente le fasi necessarie per completarlo.

Ne deriva, pertanto, una progressiva perdita di trasparenza e controllabilità che potrebbe incidere direttamente sulla possibilità di stabilire un nesso imputativo tra comportamento umano ed evento dannoso (8).

Questa trasformazione si inserisce in una traiettoria evolutiva più ampia del diritto civile, nella quale già il passaggio dalla società agricola a quella industriale aveva imposto, come è noto, un ripensamento delle categorie tradizionali, determinando l'emersione di modelli di responsabilità fondati sul rischio d'impresa (9).

Tuttavia, mentre in quel contesto il rischio rimaneva comunque ancorato all'esercizio di un'attività umana, nell'ambito dell'intelligenza artificiale esso si disloca all'interno di sistemi complessi, nei quali la relazione tra soggetto ed evento appare mediata e, talvolta, opaca.

Il modello classico, fondato sulla triade condotta-evento-colpa, presuppone, di norma, che il danno sia riconducibile a una decisione umana consapevole e controllabile. L'intelligenza artificiale, e in particolare i sistemi di *machine* e *deep learning*, incrinano tale presupposto, introducendo forme di autonomia decisionale che rendono problematico stabilire un nesso lineare tra comportamento umano e risultato lesivo. Ne deriva una tensione sistemica tra esigenza di imputazione e perdita di centralità del soggetto agente, che impone una riconsiderazione critica del fondamento stesso della responsabilità.

L'irruzione dell'intelligenza artificiale nel tessuto delle relazioni giuridiche contemporanee non può pertanto essere ridotta a fenomeno settoriale o a mera innovazione tecnologica suscettibile di assorbimento entro gli schemi normativi

(7) Per una interessante lettura del fenomeno v. L. Floridi, *La differenza fondamentale. Artificial Agency: una nuova filosofia dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2026.

(8) A. Albanese, *Le categorie del diritto privato alla prova delle nuove tecnologie. Contratto e "torto" nell'economia digitale*, in *Nuovo dir. civ.*, 2024, p. 12. In giurisprudenza sulla distinzione tra l'accertamento della responsabilità rilevante nel rapporto fra comportamento del soggetto agente ed evento e la delimitazione delle conseguenze risarcibili v. già Cass. 15 ottobre 1999, n. 11629, in *Foro it.*, I, 2000, cc. 1917 e ss., con nota di E. Scoditti, *Danni conseguenza e rapporto di causalità*; in dottrina, tra i tanti, v. G. Villa, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 707 e ss.

(9) P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, *passim*.

esistenti. Essa si presenta, piuttosto, come fattore di trasformazione sistemica, capace di incidere sulle strutture profonde del diritto privato e, in particolare, sul paradigma dell'imputazione della responsabilità civile (10). Non solo la responsabilità oggettiva, ma anche una nuova concezione della colpa, come difetto di adeguata organizzazione (11). Sembrano trovare, quindi, progressivo riconoscimento normativo ipotesi in cui chi svolge attività suscettibili di generare particolari rischi deve dotarsi di assetti organizzativi adeguati a monitorarli, prevenirli e mitigarne le eventuali concretizzazioni dannose (12).

Il legislatore europeo sul punto, dopo l'assai discusso ritiro nel mese di febbraio 2025 della proposta di direttiva sulla responsabilità civile da I.A., è rimasto silente poiché l'AI Act europeo, ossia il Regolamento (UE) 2024/1689 pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 12 luglio 2024, ha introdotto un quadro giuridico uniforme per sviluppo, immissione sul mercato, messa in servizio e uso dei sistemi di I.A. nell'Unione, promuovendo un'I.A. antropocentrica e affidabile (13) e garantendo un livello elevato di protezione di salute, sicurezza e diritti fondamentali (14), ma non dettando una disciplina organica della responsabilità civile per i danni causati da sistemi di I.A. Il PL brasiliano 2338/2023, invece, è una proposta legislativa ancora in itinere (15): il progetto, approvato dal Senato brasiliano, è stato trasmesso alla Câmara dos Deputados nel marzo 2025, dove risulta pendente nel relativo *iter* parlamentare (16).

La tesi qui sostenuta è che i due modelli condividano una medesima matrice – antropocentrica, *risk-based* e orientata alla prevenzione – ma divergano nel modo

(10) Con specifico riferimento alle applicazioni di sistemi di I.A. in medicina v. M. Faccioli, *Intelligenza artificiale e responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2023, pp. 732 e ss. il quale rileva che il livello di autonomia del dispositivo intelligente dipende dal grado di complessità tecnica che lo caratterizza; Id., *I.A. e responsabilità civile in ambito sanitario*, in F. Trubiani (a cura di), *Sistemi di I.A. in medicina verso lo Spazio europeo dei dati sanitari. Un dialogo multidisciplinare*, Torino, 2025, pp. 51 e ss.

(11) Così A. Albanese, *La prevenzione dei danni da utilizzo dell'intelligenza artificiale tra responsabilità civile e regole europee di risk management*, in *Europa dir. priv*., 2025, pp. 162 e ss.

(12) G. Finocchiaro, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, in *Contr. impr*., 2012, p. 731, nota che tale principio consiste "*nel responsabilizzare il soggetto che trae vantaggio dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale imponendogli di adottare le misure necessarie a evitare o mitigare il rischio ad esso connesso*".

(13) Sul punto v., per tutti, P. Benanti, *L'uomo è un algoritmo? Il senso dell'umano e l'intelligenza artificiale*, Modena, 2025, *passim*.

(14) Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, 13 giugno 2024, pubblicato in GUUE il 12 luglio 2024, recante regole armonizzate sull'intelligenza artificiale. Il considerando 1 indica l'obiettivo di migliorare il funzionamento del mercato interno e promuovere un'I.A. antropocentrica e affidabile, garantendo tutela di salute, sicurezza e diritti fondamentali.

(15) Per una riflessione sui progetti di regolazione dell'I.A. precedenti al 2023 si vedano J.P. Leite Barros-T. Carneiro Rabelo, *A regulacao juridica da inteligencia artificial no Brasil*, in *RJLB*, 2022, pp. 1403 e ss.

(16) Cfr. la scheda della Câmara dos Deputados sul PL 2338/2023, dalla quale risulta la trasmissione del progetto dal Senado Federal e l'esame presso la Commissione speciale competente.

in cui collegano rischio e responsabilità. L'AI Act europeo governa l'I.A. soprattutto mediante obblighi di conformità, documentazione, vigilanza, controllo del mercato e gestione preventiva del rischio. Il Projeto de Lei 2338/2023, invece, pur recependo una logica analoga di graduazione dei rischi, compie un passaggio ulteriore: collega, difatti, espressamente la classificazione del rischio al regime della responsabilità civile applicabile.

In questo senso, il modello brasiliano appare particolarmente rilevante per il civilista, perché non si limita a disciplinare *ex ante* l'uso dell'IA, ma predispone anche un criterio *ex post* di allocazione del danno.

2. L'approccio regolatorio "risk-based" europeo e quello brasiliano basato sui principi generali della buona fede, dignità ed affidabilità

L'esigenza di una tutela preventiva e collettiva, cui l'azione inibitoria è chiamata a rispondere anche e principalmente nel settore in esame, non può quindi essere disattesa, né possono trarsi facili conclusioni negative sulla funzionalità del rimedio argomentando dalla scarsità delle pronunce inibitorie che si registra nella giurisprudenza.

L'inibitoria, in quanto strumento giudiziale, nel contesto attuale caratterizzato dalla presenza di altri strumenti preventivi e conciliativi di controllo delle condizioni generali, alternativi all'azione processuale, che si vanno diffondendo di pari passo con l'affermarsi della "cultura del dialogo e della negoziazione", costituisce la punta più acuta e più incisiva di difesa preventiva della categoria dei consumatori, in grado di esercitare un forte potere deterrente nei confronti dell'imprenditore.

Il discredito e il danno all'immagine, che deriverebbero per l'imprenditore da una condanna a seguito di un procedimento inibitorio, sono tali da indurlo a perseguire vie alternative e "virtuose", quali sottoporre spontaneamente a controllo il proprio modulo o formulario prima che venga utilizzato (17) oppure modificarlo successivamente, anche in via conciliativa, al fine di evitare la proposizione nei suoi confronti di un'azione inibitoria, in particolare dopo aver ricevuto da un'associazione dei consumatori una richiesta di cessazione del comportamento lesivo ai sensi dell'art. 140, comma 5, cod. cons., o dopo aver subito un accertamento positivo della vessatorietà da parte dell'AGCM.

Tutti questi mezzi, volti ad incentivare un atteggiamento "collaborativo" da parte delle imprese, nella misura in cui raggiungono l'obiettivo di far cessare l'u-

(17) Si richiama, al riguardo, principalmente, l'interpello preventivo all'AGCM ai sensi dell'art. 37bis, comma 3, cod. cons., che, in caso di valutazione di non vessatorietà, produce l'effetto di escludere un successivo controllo da parte della stessa Autorità, oltre all'attività consultiva svolta dalle Camere di commercio e dalle associazioni dei consumatori.

tilizzazione di condizioni generali vessatorie, bloccano sul nascere la domanda giudiziale inibitoria o, se l'azione sia stata già esperita, favoriscono soluzioni conciliative che interrompono il procedimento.

In questo senso si manifesta sul piano dell'effettività una diversa funzione dell'azione inibitoria collettiva, venendo ad accentuarsi oggi, principalmente in materia di condizioni generali di contratto, il profilo della deterrenza.

Il rimedio inibitorio rappresenta, per così dire, l'ultimo baluardo nel sistema di tutela, al quale si ricorre quando altri strumenti hanno fallito, ma che, al tempo stesso, proprio in quanto presente nell'ordinamento, consente che questi altri strumenti, diretti anch'essi ad impedire l'inserzione di clausole vessatorie, possano produrre effetti.

Lo stesso provvedimento, sprovvisto di sanzione, con cui l'AGCM accerta la vessatorietà delle clausole, riceve sicuramente forza dalla concorrente presenza dell'inibitoria, la quale potrà colpire, vietandolo, l'illecito già accertato in via amministrativa.

L'efficacia dell'azione inibitoria, pertanto, non può misurarsi unicamente attraverso la concreta attivazione in giudizio. Il ruolo e la funzione, che attualmente devono essere riconosciuti all'azione inibitoria, prescindono dal numero delle sentenze effettivamente emanate e, d'altro canto, valgono a confermare la centralità dello strumento nell'ambito del sistema di protezione collettiva-preventiva dei consumatori.

L'AI Act europeo si fonda, come è noto, su un'impostazione dichiaratamente antropocentrica poiché mira a promuovere l'adozione di un'I.A. affidabile e centrata sull'essere umano, in coerenza con i valori dell'Unione, proteggendo salute, sicurezza, diritti fondamentali, democrazia, Stato di diritto e ambiente (18).

Tale atto normativo introduce, per l'intero territorio dell'Unione, un insieme uniforme di divieti e obblighi destinati ai soggetti che progettano, immettono sul mercato, mettono a disposizione o impiegano sistemi di I.A., nonché a coloro che utilizzano i risultati prodotti da tali sistemi.

La logica seguita è quella della graduazione degli adempimenti in funzione del livello di rischio connesso allo specifico uso dell'I.A.

In termini generali il Regolamento distingue diverse categorie di intervento: anzitutto, vieta le pratiche di I.A. considerate incompatibili con i valori dell'Unione, in quanto idonee a generare un rischio inaccettabile e a pregiudicare i diritti fondamentali (art. 5). In secondo luogo, assoggetta i sistemi qualificati come «ad alto rischio» a requisiti tecnici e a obblighi specifici di diligenza, gravanti in particolare su fabbricanti, fornitori e *deployer*, quando il loro impiego possa incidere in modo significativo sulla salute, sulla sicurezza o sui diritti fondamentali delle persone (artt. 6 e ss.).

(18) Regolamento (UE) 2024/1689, considerando 1.

Per i sistemi che presentano un rischio limitato o minimo, sono invece previsti obblighi essenziali di trasparenza, riferiti solo a determinate ipotesi applicative (art. 50). Il Regolamento detta inoltre alcune disposizioni comuni per la commercializzazione dei modelli di I.A. per finalità generali (art. 51). Il controllo sull'osservanza di tale apparato di obblighi è rimesso alle autorità nazionali competenti, alle quali sono attribuiti anche poteri sanzionatori in caso di violazione (artt. 90 e ss.).

Questo impianto pubblicistico, pur volto a presidiare la trasparenza e la sorveglianza umana nelle fasi di progettazione, distribuzione e uso dei sistemi di I.A., non esaurisce tuttavia le esigenze di tutela. Appare, infatti, indispensabile un adeguato regime di responsabilità civile, destinato a operare in funzione complementare rispetto alla regolazione *ex ante* e a garantire protezione effettiva ai soggetti danneggiati quando i rischi connessi all'impiego dell'I.A. si traducano in pregiudizi concreti.

Sotto questo profilo, le criticità risultano aggravate dall'incertezza generata dal margine di autonomia decisionale che caratterizza alcuni sistemi di I.A. In assenza di un intervento legislativo preventivo capace di chiarire tali profili, il rischio della scelta del soggetto responsabile finisce per gravare sull'attore (19).

Quest'ultimo è infatti chiamato a individuare chi debba rispondere dell'eventuale condotta autonoma dannosa del sistema, mentre il convenuto può avvalersi di tale incertezza per sottrarsi più agevolmente all'imputazione di responsabilità.

Un secondo ordine di difficoltà attiene al piano probatorio. Anche qualora il danneggiato abbia deciso di promuovere l'azione giudiziaria, può risultare particolarmente complesso reperire elementi sufficienti a dimostrare tutti i presupposti del regime di responsabilità prescelto (20). In questa prospettiva, gli ostacoli derivano soprattutto dall'opacità tecnica dei sistemi di I.A.: tale opacità, oltre a rendere più ardua l'individuazione del soggetto da convenire in giudizio, può compromettere anche la dimostrazione del nesso causale tra l'*output* lesivo e un vizio del sistema, nel caso in cui l'azione sia rivolta contro il produttore.

Analoghe difficoltà si presentano quando si agisca secondo il tradizionale schema della responsabilità per colpa, poiché occorre provare che il danno sia riconducibile a una condotta colposa di uno dei soggetti coinvolti nella catena di produzione dell'*output*.

I due profili sono evidentemente connessi, ma devono essere distinti. La difficoltà probatoria si colloca infatti in una fase successiva rispetto a quella dell'individuazione del responsabile: essa presuppone che il danneggiato abbia già indicato il soggetto, o i soggetti, cui imputare il danno ed abbia deciso di sostenerne i relativi costi processuali.

---

(19) Rilievo comune in dottrina: tra i tanti v. C. Scognamiglio, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, p. 1073.

(20) M.W. Monterossi, *Il risarcimento dei danni da intelligenza artificiale nello spettro della responsabilità "vicaria"*, in *Jus civile*, 2024, p. 181.

L'approccio regolatorio del Brasile all'intelligenza artificiale sembra caratterizzarsi per un modello ibrido che combina regolazioni orizzontali e settoriali, nonché strumenti giuridici vincolanti e linee guida tipiche della c.d. *soft law*: in sostanza un quadro normativo basato sul rischio, particolarmente evidente nel Projeto de Lei n. 2.338/2023, che classifica i sistemi di I.A. in sistemi a rischio eccessivo, alto e medio-basso, imponendo obblighi differenziati al fine di bilanciare l'innovazione con la tutela dei diritti fondamentali e dei principi democratici.

Tale approccio orizzontale mira a garantire un ambiente giuridico coerente per l'I.A. in tutti i settori, prevenendo una regolazione frammentata e assicurando uno standard di base in materia di etica e sicurezza.

L'ispirazione del disegno di legge all'AI Act dell'Unione europea e alle raccomandazioni dell'OCSE evidenzia un allineamento internazionale nella sua impostazione, incentrata sulla valutazione di conformità, sulla documentazione e sulle valutazioni d'impatto obbligatorie per i sistemi ad alto rischio.

Accanto a questo intervento legislativo orizzontale, il Brasile adotta un approccio settoriale per ambiti specifici, come dimostra la Resolução CNJ n. 615/2025 relativa al potere giudiziario.

Tale regolazione vincolante stabilisce linee guida dettagliate per lo sviluppo, l'uso e la *governance* delle soluzioni di I.A. all'interno del sistema giudiziario, includendo la classificazione del rischio, valutazioni d'impatto obbligatorie e divieti espressi relativi a determinati usi dell'I.A.

L'Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA) costituisce un importante strumento di *soft law*, offrendo una visione strategica e principi guida per lo sviluppo e l'adozione dell'I.A. nei settori pubblico e privato, pur senza imporre obblighi giuridici diretti né sanzioni. Questa combinazione di regolazioni vincolanti per i settori ad alto impatto e di una più ampia strategia nazionale fondata su principi sembra consentire sia un controllo mirato che uno sviluppo flessibile delle politiche pubbliche, adattandosi alla rapida evoluzione delle tecnologie di I.A. e mantenendo al contempo l'attenzione sui diritti delle persone.

Il PL brasiliano presenta, in via generale, una formulazione personalistica della regolazione assai simile all'impostazione europea.

L'art. 1 della proposta, difatti, stabilisce che la legge mira a fissare norme generali per lo sviluppo, l'implementazione e l'uso responsabile dei sistemi di I.A. in Brasile, con l'obiettivo di proteggere i diritti fondamentali e garantire sistemi sicuri e affidabili, in beneficio della persona umana, del regime democratico e dello sviluppo scientifico e tecnologico (21). L'art. 2, inoltre, individua, tra i fondamenti della disciplina, la centralità della persona umana, il rispetto dei diritti umani e dei valori democratici, il libero sviluppo della personalità, la protezione

(21) PL 2338/2023, art. 1.

dell'ambiente, l'uguaglianza, la non discriminazione, la tutela dei diritti dei lavoratori, la libera iniziativa, la libera concorrenza, la difesa del consumatore, la privacy, la protezione dei dati personali e l'autodeterminazione informativa (22).

Ancora più significativo è l'art. 3, che enuncia i principi applicabili allo sviluppo, all'implementazione e all'uso dei sistemi di I.A.: buona fede, crescita inclusiva, sviluppo sostenibile, autodeterminazione, libertà di decisione e di scelta, supervisione umana effettiva, non discriminazione, giustizia, equità, inclusione, trasparenza, spiegabilità, intelligibilità, auditabilità, affidabilità, robustezza, sicurezza dell'informazione, giusto processo, contestabilità, contraddittorio, tracciabilità delle decisioni, *accountability*, riparazione integrale dei danni, prevenzione, precauzione, mitigazione dei rischi sistemici, non maleficenza e proporzionalità (23).

Appare emergere, a prima analisi, quantomeno una rilevante differenza non solo a livello lessicale ma anche di stampo contenutistico (24). L'AI Act utilizza prevalentemente il linguaggio della conformità, del rischio, della sicurezza, della vigilanza e dell'armonizzazione del mercato interno. Il PL brasiliano impiega invece, accanto al linguaggio della regolazione, alcune categorie tipiche del diritto privato: la buona fede, il concetto di riparazione integrale, la difesa del consumatore e la tutela della persona vulnerabile.

Questa impostazione dialoga con una recente riflessione dottrinale che ha posto il problema della regolazione dell'I.A. non nei termini di un generico bisogno di nuove regole ma come questione di metodo (25): occorre stabilire quali regole siano necessarie, se esse debbano riguardare l'intelligenza artificiale in sé o le sue applicazioni, se debbano essere principi o norme puntuali, se debbano essere tecnologicamente neutrali e se sia preferibile un approccio orizzontale o settoriale (26).

La comparazione tra la regolazione europea e quella *de iure condendo* brasiliana mostra un approccio simile a livello di principi ma con due differenti proposte: la disciplina europea sembra privilegiare una disciplina orizzontale della conformità mentre quella brasiliana tende a integrare tale disciplina con un apparato più direttamente rimediale.

---

(22) PL 2338/2023, art. 2, incs. I-X.

(23) PL 2338/2023, art. 3, incs. I-XII.

(24) Sul valore della parola o sullo stringente legame fra dimensione giuridica e dimensione linguistica v. N. Irti, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, 2020, spec. p. 20 secondo cui "*la parola sta al centro del diritto; anzi, il diritto è parola, e nulla può uscire fuori dalla parola. Parola è la legge; parola, i patti conclusi tra gli uomini; parola la sentenza del giudice. La parola è il varco inesorabile ed esclusivo, onde si entra nel diritto o si esce dal diritto*".

(25) G. Finocchiaro, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, Bologna, 2024, *passim*.

(26) Spunti interessanti in U. Ruffolo-A. Amidei, *Diritto dell'intelligenza artificiale*, I, Roma, 2024, pp. 29 e ss.

3. Categorizzazione del rischio e pratiche vietate

L'AI Act europeo adotta una struttura regolatoria fondata sulla graduazione del rischio. Esso distingue, in estrema sintesi, pratiche vietate, sistemi ad alto rischio, sistemi soggetti a obblighi di trasparenza, modelli di I.A. per finalità generali e sistemi a rischio minore. L'intensità degli obblighi è proporzionata alla capacità del sistema di incidere su salute, sicurezza e diritti fondamentali.

Il rischio, nel modello europeo, è principalmente un criterio di conformità poiché serve a stabilire quali obblighi debbano essere rispettati dal fornitore o dal *deployer*, quali procedure debbano essere attivate, quali documenti debbano essere conservati, quali forme di supervisione umana, registrazione, tracciabilità e monitoraggio siano necessarie. L'AI Act non è, però, una disciplina generale della responsabilità civile.

Il PL brasiliano adotta anch'esso una regolazione basata sul rischio, ma la relazione introduttiva della proposta afferma espressamente che esso costruisce anche un "modello regolatorio fondato sui diritti".

Il rischio non è dunque soltanto criterio tecnico di *compliance* ma è anche il presupposto per l'attivazione di diritti della persona danneggiata e, soprattutto, per l'applicazione di regimi differenziati di responsabilità civile.

Questa scelta emerge già chiaramente dal Capítulo II del PL, dedicato ai diritti azionabili direttamente dalle singole persone. L'art. 5 riconosce alle persone interessate dall'adozione ed utilizzo di sistemi di I.A. il diritto all'informazione previa sull'interazione con sistemi di I.A., il diritto alla spiegazione della decisione, raccomandazione o previsione algoritmica, il diritto di contestare decisioni o previsioni che producano effetti giuridici o incidano significativamente sui propri interessi, il diritto alla determinazione e alla partecipazione umana, il diritto alla non discriminazione e alla correzione di *bias* discriminatori, nonché il diritto alla privacy e alla protezione dei dati personali (27). L'art. 6 aggiunge che la tutela di tali diritti può essere esercitata davanti agli organi amministrativi competenti ed anche in giudizio, individualmente o collettivamente (28).

La persona danneggiata direttamente da un sistema di I.A. diviene, pertanto, il titolare di una posizione giuridica attiva che la legittima ad una pretesa risarcitoria che in ambito europeo si può desumere solo in via interpretativa dal dettato dell'AI Act.

La classificazione del rischio costituisce il cuore dell'impalcatura giuridica di entrambi i modelli: l'AI Act, come è noto, prevede una piramide del rischio distinguendo le pratiche vietate, quelle ad alto rischio sottoposte ad obblighi rafforzati e quelle a rischio medio-basso.

(27) PL 2338/2023, art. 5, incs. I-VI.
(28) PL 2338/2023, art. 6.

La logica è quella della proporzionalità regolatoria: maggiore è il possibile impatto dannoso sui diritti delle persone, più intensa è la disciplina applicabile.

Il PL brasiliano disciplina la categorizzazione del rischio nel Capítulo III. L'art. 13 stabilisce che, prima della messa sul mercato o dell'utilizzo in servizio, ogni sistema di I.A. debba essere sottoposto a valutazione preliminare da parte del fornitore, finalizzata alla classificazione del grado di rischio; la valutazione deve essere registrata e documentata anche quando il sistema non sia qualificato come ad alto rischio (29).

Gli artt. 14-16 regolano i sistemi vietati. L'art. 14 vieta l'implementazione e l'uso di sistemi che impieghino tecniche subliminali idonee a indurre la persona a comportamenti dannosi o pericolosi; che sfruttino vulnerabilità di gruppi specifici; o che siano utilizzati dal potere pubblico per valutare, classificare o ordinare persone fisiche mediante punteggio sociale universale per l'accesso a beni, servizi o politiche pubbliche in modo illegittimo o sproporzionato (30). L'art. 15 disciplina con limiti stringenti l'uso di sistemi di identificazione biometrica a distanza in attività di sicurezza pubblica, richiedendo una previsione in legge federale specifica e un'autorizzazione giudiziale connessa a un'attività di azione penale individualizzata (31).

L'art. 17 elenca i sistemi ad alto rischio, includendo quelli impiegati in infrastrutture critiche, educazione e formazione professionale, lavoro, accesso a servizi pubblici e privati essenziali, valutazione della capacità di indebitamento e classificazione creditizia, servizi di emergenza, amministrazione della giustizia, veicoli autonomi, salute, identificazione biometrica, sicurezza pubblica, indagini criminali, migrazione e controllo delle frontiere (32).

L'art. 18 attribuisce all'autorità competente il potere di aggiornare l'elenco dei sistemi ad alto rischio o a rischio eccessivo sulla base di criteri funzionali: impiego su larga scala, impatto su diritti e libertà, potenziale dannoso materiale o morale, incidenza su gruppi vulnerabili, irreversibilità dei risultati, precedenti danni causati da sistemi simili, basso grado di trasparenza, spiegabilità e auditabilità, elevata identificabilità dei titolari dei dati e aspettative ragionevoli della persona circa l'uso dei propri dati (33).

In questa prospettiva sembra utile ricordare la posizione della dottrina che, anche se con specifico riferimento ai dispositivi medici intelligenti, propone una lettura funzionale del rischio: non ogni tecnologia intelligente sarebbe pericolosa in se' ma occorre valutare il contesto applicativo, la finalità concreta, la probabi-

(29) PL 2338/2023, art. 13, §1-4.
(30) PL 2338/2023, art. 14, incs. I-III.
(31) PL 2338/2023, art. 15.
(32) PL 2338/2023, art. 17, incs. I-XIV.
(33) PL 2338/2023, art. 18, incs. I-IX e par. único.

lità e la gravità del danno, nonché il sistema normativo di sicurezza, tracciabilità e sorveglianza applicabile (34). Il rischio non coincide con la mera presenza di un algoritmo, ma con la funzione che esso svolge e con l'incidenza concreta su diritti e interessi della persona.

La differenza tra AI Act e PL brasiliano si manifesta allora nel diverso effetto giuridico della classificazione del rischio. Nell'AI Act essa attiva principalmente obblighi regolatori. Nel PL brasiliano essa attiva anche conseguenze civilistiche, poiché i sistemi ad alto rischio o a rischio eccessivo sono assoggettati a responsabilità oggettiva.

4. *Governance*, valutazione d'impatto e prevenzione del danno algoritmico

Il diritto dell'I.A. non è soltanto diritto del danno già verificatosi ma è, prima ancora, diritto della prevenzione del danno. Sia l'AI Act sia il PL brasiliano mirano a imporre misure organizzative, tecniche e procedurali capaci di ridurre la probabilità che il rischio algoritmico si trasformi in lesione.

L'AI Act realizza tale obiettivo attraverso obblighi di gestione del rischio, qualità dei dati, documentazione tecnica, registrazione degli eventi, trasparenza, supervisione umana, accuratezza, robustezza, cybersicurezza e sorveglianza successiva all'immissione sul mercato. Il PL brasiliano riproduce una logica analoga ma la collega più chiaramente alla tutela dei diritti delle persone colpite.

L'art. 19 del PL prevede che gli agenti di I.A. debbano istituire strutture di *governance* e processi interni idonei a garantire la sicurezza dei sistemi e il rispetto dei diritti delle persone. Tra le misure richieste vi sono trasparenza nell'interazione con le persone, trasparenza sulle misure di governance adottate, gestione dei dati per mitigare e prevenire *bias* discriminatori, rispetto della normativa sulla protezione dei dati, *privacy by design* e *by default*, separazione e organizzazione dei dati di addestramento, test e validazione, nonché misure di sicurezza dell'informazione lungo l'intero ciclo di vita del sistema (35).

L'art. 20 prevede obblighi rafforzati per i sistemi ad alto rischio: documentazione del funzionamento del sistema e delle decisioni rilevanti nelle fasi di progettazione, sviluppo, valutazione, operazione e dismissione; strumenti di registrazione automatica; test di affidabilità, robustezza, accuratezza, precisione e copertura; misure di gestione dei dati per prevenire *bias* discriminatori; misure tecniche per

(34) C. Perlingieri, *Intelligenza artificiale in àmbito medico-sanitario: profili di ricostruzione normativa a séguito dell'AI Act*, in *Rass. dir. civ.*, 2024, pp. 922 e ss., ove si esclude una qualificazione automatica dei dispositivi medici intelligenti come attività pericolosa e si valorizza una lettura funzionale del rischio.

(35) PL 2338/2023, art. 19, incs. I-VI e §1-2.

consentire la spiegabilità dei risultati (36). Il paragrafo unico dell'art. 20 specifica che la supervisione umana deve consentire di comprendere capacità e limiti del sistema, evitare l'affidamento automatico agli *output*, interpretare correttamente i risultati, decidere di non usare il sistema o di ignorarne, annullarne o invertirne il risultato, nonché intervenire o interrompere il funzionamento del sistema (37).

Gli artt. 22-26 disciplinano la *avaliação de impacto algorítmico*. L'art. 22 la rende obbligatoria quando il sistema sia qualificato ad alto rischio; l'art. 23 richiede che essa sia svolta da professionisti con conoscenze tecniche, scientifiche e giuridiche e con indipendenza funzionale; l'art. 24 ne definisce le fasi minime – preparazione, cognizione del rischio, mitigazione e monitoraggio – e impone di considerare rischi prevedibili, benefici, probabilità e gravità delle conseguenze avverse, logica di funzionamento, test, misure di mitigazione, rischio residuo e misure di trasparenza verso il pubblico; l'art. 25 la qualifica come processo iterativo e continuo lungo il ciclo di vita dei sistemi ad alto rischio; l'art. 26 prevede la pubblicità delle conclusioni, salvi i segreti industriali e commerciali (38).

In tale contesto si inserisce la riflessione sulla prevenzione dei danni da utilizzo dell'intelligenza artificiale, secondo cui l'ordinamento non deve affidarsi soltanto al risarcimento *ex post*, ma può imporre procedure di *risk management* dirette a prevenire il danno mediante regole organizzative, monitoraggio, documentazione, controllo e correzione delle distorsioni del sistema (39).

La disciplina della responsabilità civile, pertanto, conserva una funzione essenziale, ma deve essere collocata entro un sistema integrato di strumenti preventivi e rimediali.

Questa impostazione consente di leggere in modo unitario AI Act e PL brasiliano: la prevenzione riduce la probabilità del danno; la responsabilità ne alloca il costo quando essa si verifica.

5. Responsabilità civile, onere della prova e criteri di imputazione

La divergenza più significativa tra AI Act e PL brasiliano riguarda appunto il regime giuridico della responsabilità civile.

L'AI Act non contiene una disciplina organica della responsabilità per danni causati da sistemi di I.A. Esso produce effetti indiretti sul diritto privato: gli ob-

(36) PL 2338/2023, art. 20, incs. I-V.
(37) PL 2338/2023, art. 20, par. único, incs. I-V.
(38) PL 2338/2023, artt. 22-26.
(39) A. Albanese, *La prevenzione dei danni da utilizzo dell'intelligenza artificiale tra responsabilità civile e regole europee di risk management*, cit., pp. 155 e ss., a parer del quale occorre distinguere tra responsabilità civile e misure preventive di *risk management*, segnalando la funzione delle regole organizzative e tecniche nella prevenzione del danno.

blighi di gestione del rischio, documentazione, trasparenza, supervisione e monitoraggio potranno rilevare come standard di diligenza professionale, parametri di difettosità o indici di inadempimento. Tuttavia, il regolamento non istituisce una nuova azione risarcitoria generale né disciplina compiutamente causalità, onere della prova, danno risarcibile o criteri di imputazione.

Il PL brasiliano, invece, dedica il Capítulo V alla responsabilità civile. L'art. 27 stabilisce che il fornitore o l'operatore di un sistema di I.A. che causi danno patrimoniale, morale, individuale o collettivo è obbligato a ripararlo integralmente, indipendentemente dal grado di autonomia del sistema (40). La disposizione in esame sembra particolarmente importante: l'autonomia tecnica del sistema non interrompe l'imputazione del danno al soggetto umano o organizzativo che ha fornito, impiegato o tratto vantaggio dal sistema.

Il §1 dell'art. 27 prevede che, quando si tratti di sistema di I.A. ad alto rischio, il fornitore o l'operatore rispondano oggettivamente dei danni causati, nella misura della rispettiva partecipazione al danno (41).

Il §2 stabilisce invece che, quando non si tratti di sistema ad alto rischio, la colpa dell'agente causatore del danno sia presunta, con inversione dell'onere della prova in favore del danneggiato (42).

L'art. 28 individua le cause di esclusione della responsabilità: il soggetto non risponde se prova di non aver immesso in circolazione, impiegato o tratto vantaggio dal sistema, oppure se prova che il danno deriva da fatto esclusivo del danneggiato o da caso fortuito (43).

L'art. 29 precisa infine che i danni causati da sistemi di I.A. nell'ambito dei rapporti di consumo restano soggetti alle regole del Codice brasiliano di protezione del consumatore, senza pregiudizio per l'applicazione delle altre norme della legge sull'I.A. (44). La scelta brasiliana risponde a una delle principali difficoltà già segnalate dalla dottrina italiana: l'evidente asimmetria informativa tra produttore del sistema di I.A. e persona danneggiata e, l'altrettanto rilevante difficoltà a livello probatorio. Leggendo la responsabilità civile per danni cagionati da sistemi di I.A. proprio attraverso il prisma del principio relativo all'onere della prova appare chiaro che il danneggiato incontra enormi difficoltà nel provare la colpa del produttore, l'esistenza del difetto del sistema di I.A. ed il relativo nesso causale (45).

---

(40) PL 2338/2023, art. 27.
(41) PL 2338/2023, art. 27, §1.
(42) PL 2338/2023, art. 27, §2.
(43) PL 2338/2023, art. 28, incs. I-II.
(44) PL 2338/2023, art. 29.
(45) M. Faccioli, *La responsabilità civile per danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale nel prisma dell'onere della prova*, in *Danno resp.*, 2024, pp. 57 e ss.; Id., *Responsabilità contrattuale e intelligenza artificiale*, in *Jus Civile*, 2024, pp. 23 e ss.

Il problema che si pone non è soltanto conoscere se vi sia stata una condotta negligente ma è anche comprendere come dimostrarla quando i dati relativi al *training* del sistema, l'architettura tecnica del modello, gli aggiornamenti, le logiche decisionali e le modalità di supervisione sono nella disponibilità unicamente del fornitore.

Il PL brasiliano affronta tale problema mediante due strumenti: responsabilità oggettiva per i sistemi più rischiosi e presunzione di colpa per tutti gli altri. La disciplina mira così a impedire che l'opacità tecnica dell'I.A. si traduca in una sorta di "irresponsabilità" giuridica del fornitore.

Il problema forse non è stabilire in astratto se occorra una ipotesi di responsabilità specifica per i danni causati dall'I.A. ma consiste nell'individuare quali siano le soluzioni maggiormente adeguate ad assicurare una adeguata tutela rispetto ai seguenti profili critici dell'I.A.: opacità algoritmica, la sempre crescente autonomia operativa, la difficoltà della prova in caso di danno, il rischio d'impresa e la funzione preventiva e rimediale della responsabilità (46). Il quesito di politica del diritto, in primo luogo, non è dunque stabilire se la macchina debba essere considerata responsabile ma quale soggetto umano o organizzativo debba sopportare il costo del rischio generato dall'impiego del sistema.

In altra prospettiva, si è insistito sulla necessità di collocare la responsabilità civile da I.A. all'interno di una riflessione sistematica sulle funzioni della responsabilità: deterrenza, allocazione dei costi, compensazione, assicurabilità e incentivo all'innovazione sicura (47). L'interrogativo "chi paga quando un sistema di I.A. non funziona in modo corretto?" non può essere risolto con il ricorso alla soggettività artificiale (48), ma attraverso l'individuazione dei soggetti che controllano, organizzano, traggono beneficio o possono assicurare il rischio.

Una prospettiva affine si sofferma sulla tenuta delle categorie codicistiche e della *product liability* dinanzi a sistemi "intelligenti" capaci di autonomia operativa, adattamento e produzione di *output* non interamente prevedibili (49). L'autonomia del sistema impone di ripensare causalità, imputazione, prova e difettosità, ma non autorizza a lasciare il danneggiato privo di tutela.

Anche altra dottrina valorizza la dimensione organizzativa del danno algoritmico: la responsabilità non va ricondotta alla macchina isolatamente considerata,

---

(46) C. Scognamiglio, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, pp. 1073 e ss.

(47) A. Bertolini, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile. Problema, sistema, funzioni*, Bologna, 2025, pp. 10 e ss.

(48) Sul punto v. G. Teubner, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli, 2019, pp. 15 e ss.

(49) In argomento, di recente, si rimanda al volume di F. Cerea, *La responsabilità civile da sistemi "intelligenti"*, Torino, 2025.

ma all'insieme delle scelte tecniche, imprenditoriali, informative e organizzative che rendono possibile l'impiego del sistema in un determinato contesto (50).

La soluzione brasiliana può essere letta proprio in questa prospettiva. L'art. 27 attribuisce la responsabilità civile al fornitore e all'operatore, ossia ai soggetti che sviluppano, immettono, impiegano o traggono vantaggio dal sistema. L'autonomia dell'algoritmo non cancella l'imputazione umana; semmai, giustifica un aggravamento del regime probatorio o l'adozione di responsabilità oggettiva nei casi di rischio qualificato.

La responsabilità da I.A. non può essere separata dal tema della *product liability* e degli *smart products*.

Molti sistemi di I.A., difatti, non sono servizi immateriali isolati, ma componenti integrate in prodotti, dispositivi medici, veicoli, robot, strumenti diagnostici, infrastrutture digitali e piattaforme (51).

A livello normativo europeo si segnala la Direttiva (UE) 2024/2853 sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, che ha aggiornato il regime europeo includendo anche il *software* e i sistemi digitali.

La dottrina ha posto il problema della responsabilità da *artificial intelligence*, algoritmo e *smart product* muovendo dalla necessità di verificare se le categorie tradizionali siano idonee a governare danni derivanti da sistemi intelligenti, *self-learning* e opachi (52). La questione non consiste nel creare un nuovo soggetto responsabile, ma nel comprendere come autonomia decisionale, autoapprendimento e imprevedibilità incidano sulla responsabilità del produttore, dell'utilizzatore, del custode e dell'organizzazione che trae vantaggio dal sistema (53).

Su questa linea si colloca l'ampio ed articolato dibattito sull'applicabilità degli artt. 2050 e 2051 c.c. ai danni da I.A. su cui non ci si potrà soffermare in questa sede. Parte della dottrina, come è noto, è favorevole alla valorizzazione di tali schemi per i danni da *artificial intelligence*, algoritmo e *smart product*. Tuttavia, come si è osservato nel settore medico-sanitario, occorre evitare l'automatismo: non ogni impiego di I.A. rende l'attività pericolosa, né ogni dispositivo intelligente deve essere trattato come cosa intrinsecamente pericolosa (54).

---

(50) Così F. Caroccia, *Ancora su responsabilità civile e uso delle intelligenze artificiali*, in *Contr. impr.*, 2022, pp. 420 e ss.

(51) A. Fusaro, *Quale modello di responsabilità per la robotica avanzata? Riflessioni a margine del percorso europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, pp. 1246 e ss.

(52) Sul punto v. R. Bocchini, *Le categorie giuridiche nell'economia digitale: il terzo paradiso*, in *Jus civile*, 2024, pp. 596 e ss.

(53) U. Ruffolo, *Le responsabilità da artificial intelligence, algoritmo e smart product: per i fondamenti di un diritto dell'intelligenza artificiale self-learning*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, pp. 93 e ss.; Id., *L'Intelligenza artificiale in sanità: dispositivi medici, responsabilità e "potenziamento"*, in *Giur. it.*, 2021, pp. 502 e ss.

(54) C. Perlingieri, *Intelligenza artificiale in àmbito medico-sanitario*, cit., pp. 919 e ss.

Un ulteriore profilo di riflessione riguarda il rapporto tra I.A. e responsabilità da prodotto. La disciplina del prodotto difettoso sembra dover essere riletta alla luce della centralità del *software*, degli aggiornamenti, dei servizi digitali integrati, della sorveglianza post-commercializzazione e della sicurezza lungo l'intero ciclo di vita del prodotto (55). La difettosità non può più essere valutata soltanto al momento dell'immissione in circolazione, poiché il prodotto intelligente può evolvere, aggiornarsi, interagire con dati nuovi e modificare il proprio funzionamento.

Questa prospettiva è rilevante anche per il confronto tra AI Act e PL brasiliano. L'AI Act fornisce standard di sicurezza e conformità che potranno incidere sulla valutazione della difettosità del prodotto intelligente. Il PL brasiliano, invece, affianca a tali standard una disciplina espressa della responsabilità civile. Esso non si limita a chiedere che il sistema di I.A. sia sottoposto a specifici controlli; stabilisce anche chi risponde quando il sistema produce un danno.

Il tema emerge con particolare intensità, per esempio, nell'ambito sanitario (56). La responsabilità per danni non può essere ricostruita in modo eguale per ogni situazione poiché il danno può dipendere dalla progettazione del dispositivo o del *software*, dal *training* errato, dal mancato aggiornamento o mancata manutenzione, dall'impiego che ne viene fatto in concreto, da una supervisione umana inefficace o dal difetto organizzativo della struttura.

Lo stesso problema è stato sviluppato con riferimento ai danni "da robot", specialmente in ambito sanitario, evidenziando la pluralità dei responsabili e la necessità di distinguere rapporto esterno con il danneggiato ed i rapporti interni tra coobbligati (57). Tale impostazione evidenzia un punto delicato del PL brasiliano: l'art. 27, §1, prevede che fornitore e operatore rispondano oggettivamente "nella misura della loro partecipazione al danno". Tale dicitura sembra agevolare l'imputazione esterna, ma lascia aperti i problemi di ripartizione interna, regresso, solidarietà, concorso causale e distribuzione del rischio lungo la filiera (58).

---

(55) A. Amidei, *Intelligenza artificiale e responsabilità da prodotto*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, pp. 125 e ss.; Id., *Il (futuro) nuovo volto della responsabilità da prodotto difettoso*, in *Tecn. dir.*, 2023, pp. 27 e ss.; Id., *La produzione di dispositivi medici AI-based: regolazione e responsabilità*, in U. Ruffolo e M. Gabrielli (a cura di), *Intelligenza artificiale, dispositivi medici e diritto. Un dialogo fra saperi: giuristi, medici e informatici a confronto*, Torino, 2023, pp. 121 e ss.

(56) C. Perlingieri, *Intelligenza artificiale in àmbito medico-sanitario*, cit., p. 912, ove si evidenzia che l'uso di I.A. in ambito sanitario introduce molteplici attori, tra cui produttori, programmatori, operatori dei dati, acquirenti, autorità pubbliche di controllo ecc.

(57) A. D'Adda, *Danni "da robot" – specie in ambito sanitario – e pluralità di responsabili tra sistema della responsabilità civile ed iniziative di diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, pp. 805 e ss.; Id., *Responsabilità "da robot": i soggetti responsabili e i loro rapporti interni – con speciale riferimento all'ambito sanitario*, in U. Salanitro (a cura di), *SMART. La persona e l'infosfera*, Pisa, 2022, pp. 153 e ss.

(58) Sul punto, in via generale, di rimanda a M. Orlandi, *La responsabilità solidale*, Milano, 1993, spec. pp. 43 e ss.

6. Il diritto di informazione e "spiegabilità" tra l'art. 86 AI Act e gli artt. 7-11 PL brasiliano

Il diritto ad una spiegazione, in via generale, mira a consentire alle persone di comprendere le decisioni basate sull'I.A. che incidono in modo significativo sulla loro vita (59).

Informazione e spiegazione del fenomeno tecnico non sono meri strumenti di trasparenza ma condizioni di effettività imprescindibili per esperire l'eventuale tutela risarcitoria in caso di danni.

Il PL brasiliano disciplina tali diritti in modo dettagliato. L'art. 7 riconosce alla persona il diritto di ricevere, prima della contrattazione o dell'utilizzazione del sistema, informazioni chiare e adeguate sul carattere automatizzato dell'interazione o della decisione, sulla descrizione generale del sistema, sui tipi di decisioni, raccomandazioni o previsioni che esso produce, sull'identificazione degli operatori, sul ruolo del sistema e degli esseri umani nel processo decisionale, sulle categorie di dati personali utilizzate e sulle misure di sicurezza, non discriminazione e affidabilità adottate (60).

L'art. 8 disciplina il diritto alla spiegazione della decisione, previsione o raccomandazione, con riferimento ai criteri e alle procedure utilizzate, alla razionalità e logica del sistema, al grado di contributo dell'I.A. alla decisione, ai dati trattati e alla loro fonte, ai meccanismi di contestazione e alla possibilità di richiedere intervento umano (61). Gli artt. 9-11 disciplinano il diritto di contestare decisioni, raccomandazioni o previsioni che producano effetti giuridici rilevanti o incidano significativamente sugli interessi della persona, il diritto alla revisione o intervento umano e la necessità di coinvolgimento umano significativo nei casi di impatto irreversibile o di difficile reversibilità, o di rischio per la vita o l'integrità fisica (62).

L'art. 12 vieta l'implementazione e l'uso di sistemi idonei a produrre discriminazione diretta, indiretta, illegale o abusiva, anche mediante l'uso di dati sensibili o attraverso l'aggravamento della vulnerabilità di gruppi specifici (63).

---

(59) La riflessione in ordine al combinato disposto di cui agli artt. 13, 22 e del Considerando 71 del GDPR ha indotto la dottrina ad interrogarsi sull'esistenza di un diritto alla spiegabilità delle decisioni algoritmiche, tra gli altri, v. B. Casey-A. Farhang-R. Vogl, *Rethinking Explainable Machines: The Gdpr's «Right to Explanation» debate and the rise of algorithmic audits in enterprise*, in *Berkeley Technol. Law Journal*, 34, 2019, pp. 145 e ss.; G. Malgieri-G. Comandè, *Why a right to legibility of Automated decision Making exists in the general data protection regulation*, in *Int. Data Privacy L.*, 7, 2017, pp. 243 e ss.; R. Messinetti, *La tutela della persona umana versus l'intelligenza artificiale. Potere decisionale dell'apparato tecnologico e diritto alla spiegazione della decisione automatizzata*, in *Contr. impr.*, 2019, pp. 867 e ss.

(60) PL 2338/2023, art. 7, incs. I-VII.

(61) PL 2338/2023, art. 8, incs. I-V e par. único.

(62) PL 2338/2023, artt. 9-11.

(63) PL 2338/2023, art. 12.

Il confronto con l'AI Act è significativo. La dottrina ha richiamato l'art. 86 AI Act, che riconosce, per i sistemi ad alto rischio, un diritto alla spiegazione dei singoli processi decisionali quando una decisione adottata dal *deployer* sulla base dell'*output* del sistema produca effetti giuridici o incida significativamente sulla persona in modo negativo per salute, sicurezza o diritti fondamentali (64).

Secondo tale ricostruzione, tale diritto deve essere distinto dall'art. 22 GDPR, poiché l'art. 86 AI Act garantisce la spiegabilità, anche in presenza di sorveglianza umana, unicamente per i sistemi ad alto rischio (65).

Il PL brasiliano sembra muoversi in una direzione ancora più ampia, poiché riconosce i diritti di informazione e spiegazione non solo in relazione a specifiche categorie di sistemi ad alto rischio, ma come parte del catalogo generale dei diritti attribuibili ad ogni persona. La spiegabilità riveste, in linea teorica, così importanza primaria poiché consente alla persona interessata, anzitutto, di comprendere la logica di funzionamento del sistema di I.A., per poi, eventualmente, contestare la decisione, chiedere revisione umana e, se necessario, agire per il risarcimento danni.

Il concetto di "spiegabilità" può indicare, in un senso, la capacità di fornire informazioni su come un sistema di I.A. arriva a un risultato specifico (ad esempio una previsione, una raccomandazione o una decisione) ed, in altro, il modo per chiarire la logica decisionale dei modelli di I.A. sia rispetto ai processi tecnici (interpretabilità tecnica) sia rispetto al loro impatto sui processi decisionali umani.

I modelli di I.A. possono raggiungere la spiegabilità in modi diversi: si può distinguere in linea di massima tra algoritmi interpretabili e algoritmi spiegabili.

Negli algoritmi interpretabili il processo decisionale del modello può essere compreso in modo intrinseco e intuitivo dall'utente, ad esempio attraverso alberi decisionali e tecniche di regressione logistica.

L'interpretabilità appare come una sequenza che si esprime attraverso l'esistenza di scatole grigie all'interno delle quali solo alcune caratteristiche sono interpretabili ma gli aspetti chiave rimangono tendenzialmente opachi.

L'art. 86, par. 1, introduce il diritto a una spiegazione delle decisioni individuali quando una decisione è presa sulla base dei risultati dell'I.A. Ciò comporta il diritto di ottenere dal responsabile dell'utilizzo spiegazioni chiare e significative sul ruolo del sistema di I.A. nel processo decisionale e sugli elementi principali della decisione.

---

(64) Regolamento (UE) 2024/1689, art. 86, sul diritto alla spiegazione dei singoli processi decisionali relativi a sistemi di I.A. ad alto rischio; per l'inquadramento del diritto alla spiegabilità nel settore medico-sanitario, v. C. Perlingieri, *Intelligenza artificiale in àmbito medico-sanitario*, cit., pp. 927-929.

(65) C. Perlingieri, *Intelligenza artificiale in àmbito medico-sanitario*, cit., pp. 927-929, ove l'autrice distingue il disposto di cui all'art. 22 GDPR da quello relativo all'art. 86 AI Act.

La "spiegabilità" di tipo comunicativo si va ad articolare lungo una dimensione generalista (che illustra il funzionamento del sistema senza considerarne l'applicazione al caso concreto) ed una individualizzata basata sui dati del paziente che concerne una spiegazione contrastiva, causale e sociale (66) che implica un elevato impegno di termine di competenze e di tempo.

Il diritto alla spiegabilità si applica solo ai sistemi di I.A. ad alto rischio elencati nell'allegato III e, in base a quanto recita il Considerando n. 171 *AI Act*, viene attribuito alla persona solo se la decisione basata su *output* specifico del sistema di I.A. abbia un impatto significativamente negativo sulla sua salute, sicurezza o su i diritti fondamentali (67).

A ben vedere non vi è una dicotomia assoluta tra l'art. 86 ed il Considerando n. 171 poiché, nel caso di applicazione dell'I.A. nella sanità, se si aderisce ad una ricostruzione del sistema intelligente come di ausilio e supporto del professionista sanitario, si dovrebbe ritenere che non vi sia un rapporto diretto tra *output* del sistema ed impatto sull'interessato poiché tale *output* deve essere sempre validato dal medico (68).

La trasparenza, tuttavia, non appare sufficiente: come indicato in dottrina, difatti, anche una persona adeguatamente informata può incontrare difficoltà nel dimostrare il nesso causale tra *output* algoritmico e danno (69). Per questo motivo la disciplina brasiliana risulta particolarmente interessante: essa affianca, difatti, all'enunciazione di una serie di principi basati sull'antropocentrismo anche un regime probatorio favorevole al danneggiato da sistemi di I.A.

---

(66) F. Lagioia, *sub art. 86*, in *Intelligenza artificiale. Commentario*, cit., pp. 763-764.

(67) Il tema, peraltro, sembra essere oggetto di rimeditazione anche da parte dello stesso legislatore europeo (nonostante la parte in questione dell'*AI Act* non sia ancora entrato in vigore): il riferimento va alla proposta della Commissione UE c.d. "*Digital Omnibus*" (come modificata dal Consiglio dell'UE e al momento in fase di negoziazione presso il Parlamento Europeo) con la quale si propone di collegare l'entrata in applicazione delle regole dell'*AI Act* sui sistemi ad alto rischio (quelli relativi all'Allegato III) alla disponibilità effettiva degli standard tecnici e degli strumenti di supporto necessari per la conformità. In sostanza gli obblighi previsti dal Titolo III dell'*AI Act* non diventeranno automaticamente operativi nel 2026 o nel 2027, ma soltanto quando la Commissione confermerà che sono state predisposte gli standard tecnici condivisi, le procedure di valutazione della conformità e le piattaforme di *testing* e *compliance* indispensabili per un'applicazione proporzionata ma oltre il 2 dicembre 2027 per i sistemi *stand-alone* ed il 2 agosto 2028 per i sistemi disciplinati dalla normativa di armonizzazione.
Tale passaggio appare inevitabile poiché la mancanza degli standard tecnici condivisi rischia di gravare in modo eccessivo su gli *stakeholder* che utilizzano sistemi di I.A. ad alto rischio, oltre a impedire lo sviluppo e l'implementazione di sistemi di I.A. da parte di produttori europei rispetto al predominio pressoché totale dei sistemi americani e cinesi.

(68) Sul punto sia consentito il rinvio a F. Trubiani, *I.A. e relazione di cura tra obblighi informativi del professionista sanitario e prospettive regolatorie*, in *Danno resp.*, 2026, pp. 450 e ss.

(69) M. Faccioli, *La responsabilità civile per danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale nel prisma dell'onere della prova*, cit., p. 60.

7. Dal governo del rischio algoritmico ad un diritto privato della responsabilità da I.A.?

Il confronto tra AI Act europeo e PL brasiliano 2338/2023 mostra che il diritto dell'intelligenza artificiale si sviluppa lungo due direttrici complementari. La prima è quella della prevenzione: classificazione del rischio, obblighi di *governance*, documentazione, qualità dei dati, tracciabilità, sorveglianza umana, monitoraggio e vigilanza di mercato. La seconda è quella della responsabilità: individuazione del soggetto tenuto alla riparazione, distribuzione dell'onere probatorio, accertamento della causalità e allocazione del costo del danno (70).

L'AI Act rappresenta il modello più avanzato della prima direttrice. Esso costruisce un sistema di conformità pubblicistica, volto a impedire che sistemi opachi, discriminatori, insicuri o non affidabili siano immessi sul mercato o utilizzati in contesti sensibili. Tali obblighi regolatori potranno incidere sulla valutazione della colpa, della difettosità, dell'inadempimento o della diligenza professionale, ma il regolamento non istituisce un regime generale di responsabilità civile per danni da I.A.

Il PL brasiliano, invece, appare particolarmente significativo perché compie un passaggio ulteriore: trasforma la classificazione del rischio in criterio di imputazione della responsabilità. L'art. 27 prevede infatti la responsabilità oggettiva del fornitore o dell'operatore per i sistemi di I.A. ad alto rischio o a rischio eccessivo e, per gli altri sistemi, una responsabilità fondata sulla presunzione di colpa e sull'inversione dell'onere della prova in favore del danneggiato. Il rischio algoritmico non resta così confinato alla dimensione amministrativa della *compliance*, ma diviene categoria civilistica di distribuzione del costo del danno.

Da questo punto di vista, la comparazione suggerisce una prima acquisizione ricostruttiva: il rischio algoritmico può assumere una duplice funzione. Da un lato, esso è criterio di conformazione preventiva dell'attività; dall'altro, può diventare criterio di imputazione rimediale. La regolazione del rischio stabilisce come il sistema debba essere progettato, documentato, sorvegliato e utilizzato; la responsabilità civile stabilisce chi debba sopportare le conseguenze quando il rischio si realizza in danno.

Separare rigidamente questi due piani significherebbe indebolire la tutela della persona e ridurre la *governance* a mera procedura burocratica.

La responsabilità civile da I.A. dovrebbe in questo senso allora essere intesa non come alternativa alla regolazione preventiva, ma come suo necessario completamento rimediale. Gli obblighi di *risk management*, valutazione d'impatto, do-

(70) Sul tema della causalità si veda a livello monografico l'indagine di N. Rizzo, *La causalità civile*, Torino, 2022, *passim*. Spunti interessanti anche in M. Orlandi, *Danno e conseguenza*, in *Nuovo dir. civ.*, 2023, pp. 12 e ss.

cumentazione tecnica, registrazione automatica, supervisione umana, spiegabilità e mitigazione dei *bias* non sembrano avere, difatti, soltanto un rilievo di stampo pubblicistico.

Essi concorrono a definire lo standard di condotta di fornitori e *deployer* ed a valutare l'adeguatezza, in pura ottica di *accountability* (71), dell'organizzazione che utilizza il sistema di I.A.

Una seconda riflessione può riguardare il superamento della falsa alternativa tra colpa e responsabilità oggettiva. I danni causati dall'I.A. non richiedono necessariamente un unico paradigma regolatorio: al contrario, la complessità dei sistemi intelligenti suggerisce una tecnica di imputazione graduata, capace di combinare ipotesi di responsabilità oggettiva, presunzioni di colpa, responsabilità da prodotto, responsabilità da inadempimento contrattuale e responsabilità da rischio d'impresa (72). La scelta del criterio di imputazione dovrebbe dipendere almeno da quattro elementi: il grado di rischio del sistema; il livello di controllo esercitabile dal soggetto; il vantaggio economico o organizzativo tratto dall'impiego dell'I.A.; la prossimità del soggetto alla fonte del rischio.

In questa prospettiva, il PL brasiliano offre una soluzione ricostruttivamente interessante, pur non priva di talune criticità. La responsabilità oggettiva per sistemi ad alto rischio o a rischio eccessivo appare giustificata dalla gravità dei beni coinvolti, dalla prevedibilità del rischio e dall'asimmetria informativa che caratterizza la posizione del danneggiato.

La presunzione di colpa per i sistemi non ad alto rischio consente invece di evitare un'eccessiva oggettivazione della responsabilità, mantenendo però una sorta di riequilibrio probatorio a favore del danneggiato (73). Resta aperto, tuttavia, il problema della ripartizione interna del peso risarcitorio tra fornitore, sviluppatore, manutentore, titolare dei dati, utilizzatore professionale e altri soggetti della filiera.

Una terza riflessione riguarda la centralità della tutela del danneggiato. L'opacità algoritmica non deve tradursi in opacità probatoria. Per questa ragione i diritti di informazione, spiegazione, contestazione e intervento umano assumono una funzione che supera il piano procedurale: essi costituiscono condizioni di effettività della tutela risarcitoria.

---

(71) Sul punto v. R. Carleo, *Il principio di accountability nel GDPR: dalla regola alla auto-regolazione*, in *Nuovo dir. civ.*, 2021, pp. 10 e ss.

(72) A. Astone, *Sistemi intelligenti e regole di responsabilità*, in *Pers. merc.*, 2023, pp. 484 e ss., spec. pp. 500 e ss.

(73) E. Bellisario, *Il pacchetto europeo sulla responsabilità per danni da prodotti e intelligenza artificiale. Prime riflessioni sulle Proposte della Commissione*, in *Danno resp.*, 2023, pp. 161 e ss., ad avviso della quale la previsione normativa di *regulae iuris* concernenti l'*onus probandi* consentirebbe di agevolare il compito del giudice, ridurre i margini di discrezionalità della sua decisione e garantire maggiore certezza del diritto.

La spiegabilità diviene il ponte tra tutela preventiva e tutela sostanziale, perché consente alla persona colpita di comprendere il ruolo del sistema nella decisione, di contestarne l'esito, di chiedere revisione umana e, se necessario, di allegare gli elementi utili alla prova del danno, del difetto, della colpa o del nesso causale (74).

In questa prospettiva, il modello brasiliano appare più coerente con l'esigenza di tutela effettiva del danneggiato, poiché collega diritti procedurali e rimedi civilistici. Il diritto all'informazione e alla spiegazione non rimane isolato, ma si accompagna alla presunzione di colpa, all'inversione dell'onere della prova e alla responsabilità oggettiva per i sistemi più rischiosi. L'AI Act, invece, pur rafforzando trasparenza, spiegabilità e sorveglianza, lascia alla successiva mediazione degli ordinamenti nazionali il compito di tradurre tali obblighi in strumenti risarcitori effettivi (75).

Da ultimo si segnala l'ambiziosa proposta PL 4/2025 di riforma del codice civile brasiliano che prevede un Livro VI sul "Direito Civil Digital" e che riguarda, tra le tante cose, anche l'intelligenza artificiale.

L'art. 2.027-AN del disegno di legge 4/2025 disciplina in modo specifico la creazione di immagini di persone viventi o decedute tramite l'intelligenza artificiale, stabilendo i parametri giuridici per l'uso legittimo di questa tecnologia e le garanzie contro il suo uso improprio. La disposizione autorizza l'uso dell'I.A. in attività legittime – quali produzioni artistiche, audiovisive, educative o giornalistiche – a condizione che siano rispettate rigide condizioni volte a preservare la dignità e la personalità della persona ritratta.

Il punto I impone, come requisito fondamentale, l'ottenimento del consenso preventivo, espresso e informato da parte della persona fisica vivente o, in caso di decesso, dei suoi eredi legittimi o rappresentanti, garantendo la continuità della tutela dell'immagine e dell'onore dopo la morte. Il punto II integra tale obbligo richiedendo il rispetto della dignità, della reputazione e dell'eredità della persona, comprese le sue dimensioni culturali, religiose e politiche, evitando utilizzi che distorcano la sua memoria, le sue convinzioni o le sue espressioni di pensiero.

---

(74) Sul punto, senza pretesa di completezza, v. A. Bertolini, *Intelligenza artificiale e responsabilità civile. Problema, sistema, funzioni*, cit.; F. Cerea, *La responsabilità civile da sistemi "intelligenti"*, cit.; G. Finocchiaro, *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, cit., pp. 10 e ss.; F. Caroccia, *Ancora su responsabilità civile e uso delle intelligenze artificiali*, cit., pp. 420 e ss.; M. Faccioli, *La responsabilità civile per danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale nel prisma dell'onere della prova*, cit., pp. 57 e ss.; C. Scognamiglio, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?*, cit.; A. D'Adda, *Danni "da robot"*, cit.; A. Albanese, *La prevenzione dei danni da utilizzo dell'intelligenza artificiale*, cit.; C. Perlingieri, *Intelligenza artificiale in àmbito medico-sanitario*, cit.; U. Ruffolo, *Le responsabilità da artificial intelligence, algoritmo e smart product*, cit., pp. 922 e ss..; A. Amidei, *Intelligenza artificiale e responsabilità da prodotto*, cit., pp. 125 e ss.

(75) Critica sul punto G. D'Alfonso, *Danni algoritmici e sviluppi normativi europei tra "liability" e "permittance" rules*, in *EJPLT*, 2022, p. 65; in senso opposto v. M. Faccioli, *Responsabilità contrattuale e intelligenza artificiale*, cit., p. 27, nota (6).

Il punto III subordina l'uso commerciale delle immagini di persone decedute all'autorizzazione dei coniugi, degli eredi o dei rappresentanti, oppure a un'espressa disposizione testamentaria, riconoscendo il valore patrimoniale dei diritti di immagine e la loro trasmissibilità controllata. Il punto IV rafforza il rispetto delle norme imperative e di ordine pubblico, salvaguardando i limiti etici e giuridici che impediscono la strumentalizzazione della personalità umana per scopi illeciti o offensivi.

Il testo prevede inoltre alcune norme complementari: il §1 vieta lo sfruttamento commerciale senza consenso, salvo nei casi autorizzati dalla legge (come gli usi a fini giornalistici o di interesse pubblico); il §2 estende il diritto d'autore e la tutela dell'immagine alle immagini generate dall'I.A., attribuendo agli eredi o ai rappresentanti del defunto la titolarità di tali diritti; il §3 rende obbligatoria l'etichettatura di tutte le immagini create artificialmente, richiedendo informazioni chiare e precise che indichino che il contenuto è stato prodotto dall'intelligenza artificiale; e il §4 estende l'applicazione della norma, «ove applicabile», agli avatar e alle rappresentazioni digitali di persone giuridiche, riconoscendo che anche l'identità e la reputazione delle imprese possono essere danneggiate dall'uso improprio dell'I.A.

L'articolo in esame stabilisce molteplici requisiti di legittimità per le immagini generate dall'I.A.: *a)* l'esistenza di un consenso valido e informato, che esprima l'autodeterminazione dell'individuo sulla propria rappresentazione; *b)* il rispetto dei diritti della personalità, che impedisca usi degradanti, decontestualizzati o manipolatori; e *c)* l'etichettatura obbligatoria, che garantisca la trasparenza ed eviti la confusione tra contenuti reali e sintetici. Questi tre pilastri dovrebbero fornire, nelle intenzioni degli autori della proposta, dei criteri normativi oggettivi per valutare la legittimità delle produzioni generate dall'I.A. e per fungere da base per l'eventuale addebito a titolo di responsabilità civile nei casi di violazione dell'immagine, dell'onore o della memoria di persone fisiche o giuridiche.

L'art. 2.027-AN estenderebbe, quindi, l'ambito di applicazione dei diritti della personalità al settore dell'intelligenza artificiale, integrando al contempo l'obbligo di trasparenza e il principio della dignità umana come elementi strutturanti del diritto civile digitale. Da una prospettiva comparativa, la disposizione allinea il quadro giuridico brasiliano alle iniziative internazionali – quali l'European AI Act e le raccomandazioni dell'UNESCO sull'etica dell'IA – che riconoscono anch'esse la necessità del consenso e dell'etichettatura obbligatoria delle creazioni sintetiche, cercando di trovare un equilibrio tra innovazione tecnologica, libertà di espressione e tutela dell'identità umana. La disciplina stabilita nell'articolo 2.027-AN del disegno di legge 4/2025 si inserisce in un contesto normativo nazionale in fase di formazione, caratterizzato dalla proliferazione di iniziative legislative volte a frenare e prevenire l'uso abusivo delle tecnologie di IA nella creazione di immagini false o *deepfake*.

Per lo studioso del diritto privato europeo il modello brasiliano offre un punto di osservazione di particolare interesse. Esso dimostra che la regolazione dell'I.A. non può limitarsi all'enunciazione di principi e predisposizione di modelli di *compliance* ma dovrebbe misurarsi con i problemi classici della responsabilità civile.

La vera sfida per giurista, pertanto, non dovrebbe essere quella relativa all'attribuzione della responsabilità civile alla macchina ma consiste nell'impedire che la macchina diventi il luogo giuridico dell'irresponsabilità umana.

Il contributo esamina, in una prospettiva privatistica, il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale – Regolamento (UE) 2024/1689, c.d. AI Act – e il Projeto de Lei (PL) n. 2338/2023. L'analisi muove dalla comune adozione di un approccio antropocentrico, preventivo e basato sul rischio, ma mette in luce una divergenza strutturale: l'AI Act costruisce prevalentemente una disciplina pubblicistica della conformità, della sicurezza, della governance e della vigilanza sul mercato, mentre il PL brasiliano collega in modo più diretto la regolazione dell'I.A. non solo alla tutela della persona ma anche al regime di responsabilità civile. In particolare, il progetto brasiliano prevede un regime differenziato: responsabilità oggettiva per i sistemi di I.A. ad alto rischio o a rischio eccessivo; presunzione di colpa e inversione dell'onere della prova per gli altri sistemi. Tale soluzione consente di leggere il modello brasiliano come un tentativo di trasformare la classificazione del rischio algoritmico non solo in criterio di compliance, ma anche in criterio di imputazione della responsabilità e di allocazione del costo del danno.

This essay examines, from a private law perspective, the European Regulation on Artificial Intelligence – Regulation (EU) 2024/1689, known as the AI Act – and Bill (PL) No. 2338/2023. The analysis begins with the common adoption of an anthropocentric, preventive and risk-based approach, but highlights a structural divergence: the AI Act primarily establishes a public law framework governing compliance, safety, governance and market supervision, whilst the Brazilian Bill links the regulation of AI more directly not only to the protection of individuals but also to the civil liability regime. In particular, the Brazilian bill provides for a differentiated regime: strict liability for high-risk or excessively risky AI systems; a presumption of fault and a reversal of the burden of proof for other systems. This approach allows the Brazilian model to be interpreted as an attempt to transform the classification of algorithmic risk not only into a criterion for compliance, but also into a criterion for attributing liability and allocating the cost of damage.

Tula Wesendonck
(Universidade Federal do Rio Grande do Sul)

L'evoluzione e l'(in)applicabilità del danno esistenziale come figura autonoma di danno nel diritto civile italiano e brasiliano (*)

Sommario: 1. Introduzione. - **2.** Il danno esistenziale nel diritto italiano. - **3.** Il danno esistenziale nel diritto civile brasiliano. - **4.** Conclusione.

1. Introduzione

Il diritto brasiliano è fortemente influenzato da altri ordinamenti giuridici, soprattutto nell'ambito della responsabilità civile. Affinché tale influenza non consista in una trasposizione acritica di istituti giuridici, essa deve essere accompagnata da un'attenta riflessione volta a evitare che l'adozione di soluzioni giuridiche straniere, concepite per risolvere problemi tipici ed esclusivi di tali ordinamenti, venga artificialmente realizzata nel diritto brasiliano.

Le soluzioni elaborate in altri ordinamenti possono fungere da ispirazione per risolvere problemi brasiliani, purché vi sia compatibilità tra gli ordinamenti e le soluzioni da essi sperimentate siano utili per il diritto brasiliano. Pertanto, non è logico né razionale importare soluzioni per risolvere problemi inesistenti nell'ordinamento brasiliano o che, una volta sperimentate in altri ordinamenti, siano state da questi abbandonate perché si sono rivelate incoerenti, inutili e persino nocive.

Al riguardo, merita particolare attenzione la questione dei danni esistenziali, istituto giuridico introdotto nell'ordinamento giuridico italiano dalla dottrina per colmare una lacuna legislativa di quel Paese. Nel disciplinare il risarcimento, il legislatore italiano ha optato per un sistema chiuso, limitando il risarcimento dei danni non patrimoniali.

Il quadro giuridico del diritto italiano non è da confondere con quello del diritto brasiliano, che adotta un sistema aperto di risarcimento dei danni. A partire

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

dalla Costituzione federale del 1988, il diritto brasiliano ammette espressamente il risarcimento di tutti i danni subiti dalla vittima, siano essi patrimoniali o non.

Sebbene il danno esistenziale sia stato introdotto nel tentativo di colmare la lacuna lasciata dal legislatore italiano, tale figura è stata progressivamente abbandonata in quell'ordinamento giuridico, essendo stata oggetto di aspre critiche a causa degli effetti negativi che la sua applicabilità ha dimostrato nell'esperienza dei tribunali italiani.

Per questo motivo, è necessario chiedersi: è giuridicamente utile e dogmaticamente adeguato riconoscere il danno esistenziale come categoria autonoma nel diritto civile brasiliano?

Per rispondere a tale interrogativo è necessario comprendere che l'autonomia di tale istituto nel diritto italiano rispondeva a una limitazione propria di quell'ordinamento, e che tale limitazione è inesistente nel sistema brasiliano di responsabilità civile. Inoltre, anche volendo dare per scontato che l'istituto fosse originariamente giustificabile nell'ordinamento italiano, l'autonomia del danno esistenziale è stata successivamente superata nello stesso diritto civile di quel Paese.

Questo scritto adotta un approccio comparativo, con un'analisi dottrinale e giurisprudenziale dei sistemi italiano e brasiliano. Lo studio inizia quindi con l'analisi della nascita del danno esistenziale nel diritto italiano, per poi presentare il trattamento della materia nel diritto brasiliano.

2. Il danno esistenziale nel diritto italiano

Il Codice civile italiano disciplina le ipotesi di risarcimento, prevedendo nell'art. 2043 la riparazione dei danni patrimoniali (i quali peraltro non sono menzionati espressamente in quella disposizione, riferita più in generale ai presupposti del fatto illecito) e nell'art. 2059 quella dei danni non patrimoniali. Nella legislazione italiana esiste una chiara dicotomia tra danno non patrimoniale (comprensivo della voce del danno morale) e danno patrimoniale (1), desumibile dall'espressa considerazione della prima categoria nell'art. 2058 c.c.

Le previsioni appena richiamate sono le seguenti:

«Art. 2043. Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

«Art. 2059. Danni non patrimoniali. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge».

(1) A. Schreiber, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*, San Paolo, 2009, II ed., pp. 105 e ss.

Pur avendo disciplinato il risarcimento del danno non patrimoniale, il legislatore italiano scelse una formulazione restrittiva, che limitava le possibilità di risarcimento a quanto espressamente previsto (2). A causa di tale limitazione, si era reso necessario superare la barriera imposta dal legislatore, per ampliare le possibilità di risarcimento del danno al di là dei casi previsti dalla legge.

Oltre a questo ostacolo legislativo, un'altra difficoltà evidenziata nel diritto italiano è stata che, nei primi tre decenni di vigenza del Codice civile, il significato del danno non patrimoniale è stato interpretato in modo restrittivo, in quanto subordinato al verificarsi di un reato e legato a sofferenze e tormenti psichici, facendo coincidere il danno non patrimoniale con il danno morale. Secondo Guido Alpa, tale interpretazione era errata; a suo avviso, infatti, non era condivisibile riferire l'art. 2059 c.c. al solo danno morale, invece che più ampiamente al danno non patrimoniale (3).

Come rammentato sempre da Alpa, la giurisprudenza, influenzata dalla medicina legale, ha poi ampliato le categorie di danno, introducendo nel danno patrimoniale il danno alla capacità lavorativa generica e inserendo nel danno morale il danno alla vita relazionale, il danno estetico, il danno alla vita familiare, il danno da vacanze rovinate, etc. (4).

A partire dagli anni '70, la dottrina ha iniziato a rivedere la bipartizione tra danno patrimoniale e danno morale, ripristinando il concetto più ampio di danno non patrimoniale e introducendo il concetto di danno biologico. Si è verificata una trasformazione del concetto di danno biologico in danno alla salute, aprendo la possibilità di discuterne la natura. Il danno biologico era interpretato come la lesione dell'integrità fisica e/o psichica, in violazione di un valore tutelato costituzionalmente, ai sensi dell'art. 32 della Costituzione italiana (5).

---

(2) Il risarcimento dei danni era limitato ai casi previsti dalla legge, come stabilito per esempio e in particolare dall'art. 185 del Codice penale italiano, che recita: «Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui».
Secondo A.A. de Almeida Neto, *Dano Existencial a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*, in *Revista de Direito Privado*, 2005, 6, 24, pp. 21 e ss., la previsione espressa si riscontra altresì nelle seguenti ipotesi: «*a)* danos processuais, como emprego expressões ofensivas em escritos judiciários - artigo 89 do CPC italiano; *b)* responsabilidade dos magistrados (na Itália, membros do Poder Judiciário e do MP) por dolo ou culpa grave no exercício da função (Lei 117 de 1988); *c)* de injusta detenção (artigo 314 do CPP italiano); *d)* violação das normas de tratamento de dados pessoais (Lei 675 de 31 dezembro 1996)» (disciplina, quest'ultima, peraltro poi superata dal Codice della privacy di cui al D.Lgs. 196/2003 e dal regolamento generale sulla protezione dei dati, ovverosia il reg. UE 2016/679).
(3) G. Alpa, *La Responsabilidad Civil. Parte General*, II, trad. di César E. Moreno More, Lima, 2016, p. 872.
(4) G. Alpa, *op. loc. ult. cit.*
(5) G. Alpa, *op. loc. ult. cit.*

A partire dagli anni ’80, la Corte di Cassazione e la Corte costituzionale hanno riconosciuto l’autonomia del danno biologico. Nella sentenza del 6 giugno 1981, n. 3675, la Corte di Cassazione ha infatti aperto le porte alla figura del danno biologico affermando che il danno all’integrità psico-fisica costituisce un danno risarcibile (6).

Nella sentenza del 14 luglio 1986, n. 184, la Corte costituzionale italiana ha a sua volta ammesso il risarcimento in caso di danno alla salute, indipendentemente dalla prova dell’esistenza di un pregiudizio patrimoniale per la persona offesa, nonché dalla prova che il danno derivasse da una condotta penalmente rilevante (ai sensi dell’art. 2059 c.c.it. e dell’art.185 c.p.it.) (7).

In tal modo, l’ordinamento italiano ha iniziato a riconoscere tre tipologie di danno: patrimoniale, morale e biologico (8).

La sentenza ha riconosciuto che il danno biologico, ovvero il danno alla salute, deve essere risarcito anche se non deriva dalla commissione di un reato e non provoca un danno patrimoniale. Tale orientamento è stato reso possibile dal combinato disposto dell’art. 2043 del Codice civile italiano, che prevede che tutti i danni ingiusti debbano essere risarciti (anche se non definisce quali siano tali danni), e dell’art. 32 della Costituzione italiana, che sancisce il diritto alla salute come diritto fondamentale. Inoltre, è stato stabilito che il danno biologico non fosse propriamente un danno morale e che, pertanto, non fosse applicabile l’art. 2059 del Codice civile italiano, così escludendo la necessità di un illecito penale (o la limitazione ai soli profili patrimoniali) per la risarcibilità del danno biologico (9).

Pertanto, non essendo il danno biologico considerato né un danno patrimoniale né un danno morale, esso è diventato risarcibile in base all’art. 2043 del Codice civile italiano. La sentenza della Corte costituzionale in esame ha avuto l’effetto di inserire nell’art. 2043 altre forme di danno oltre a quello patrimoniale, aprendo così la strada anche per il danno esistenziale.

Inoltre, il contenuto della sentenza è stato determinante per affermare nel diritto italiano l’orientamento secondo cui una lesione può causare più di un danno e tutti questi danni devono essere risarciti (10).

---

(6) J.V. Froes, *Novos Danos na Responsabilidade Civil - as fronteiras do dano moral ressarcível*, Curitiba, 2023, p. 196.

(7) A.A. de Almeida Neto, *Dano Existencial a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*, cit., pp. 21 e ss.

(8) F.R. Soares, *Responsabilidade civil por dano existencial*, Porto Alegre, 2009 (con prefazione di Eugênio Facchini Neto).

(9) A.A. de Almeida Neto, *Dano Existencial a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*, cit., pp. 21 e ss.

(10) A questo proposito, sempre A.A. de Almeida Neto, *op. loc. ult. cit.*, elenca alcune sentenze che hanno riconosciuto l’autonomia e il cumulo dei danni: 1) «o chamado dano à vida de relação se encaixa no dano à saúde (dano biológico) e é liquidado só a este título: todavia permite-se que o juiz proceda a uma liquidação distinta com respeito a outras manifestações do dano componentes

A partire dalla sentenza n. 184, la dottrina e la giurisprudenza italiane hanno iniziato a riconoscere che la lesione del diritto della personalità costituisce un danno all'esistenza della persona, il che ha alimentato il dibattito sul danno esistenziale in applicazione dell'art. 2 della Costituzione italiana, che disciplina la tutela della dignità umana (11).

Un ulteriore effetto della sentenza del 1986 è stato il riconoscimento di altre tipologie di danni, che in precedenza non venivano prese in considerazione a causa della lettura dell'art. 2059 che subordinava la configurazione del danno non patrimoniale all'illecito penale (12).

A questo proposito, come già accennato, Guido Alpa osserva che la dottrina italiana ha ridotto la categoria del danno non patrimoniale, prevista dall'art. 2059 del Codice civile italiano, al danno morale. A suo avviso, tale visione è errata, poiché l'art. 2059 riguarda una figura generica di danno non patrimoniale. A partire da questa lettura errata, è stata creata la figura del danno biologico fondandola sull'art. 2043, sebbene si tratti di un danno non patrimoniale. L'Autore spiega inoltre che nell'evoluzione successiva il danno biologico perderà questa natura autonoma di danno così come quella di *tertium genus* per divenire danno non patrimoniale (13).

Dopo il riconoscimento del danno biologico, il diritto italiano ha affrontato un'altra sfida legata alla diffusione del suo utilizzo come fondamento di pretese che non configuravano propriamente un danno biologico ma finivano per assumere tale connotazione con l'obiettivo di eludere l'art. 2059. Pertanto, sia nella dottrina che nella giurisprudenza si è resa necessaria un'adeguata definizione delle tipologie di danno. È per questo motivo che Paolo Cendon e Patrizia Ziviz hanno iniziato a utilizzare la denominazione «danno esistenziale» all'inizio degli anni '90 (14).

Il danno esistenziale è stato quindi considerato come quello derivante dalla violazione di qualsiasi diritto fondamentale della persona, tutelato dalla Costitu-

---

do dano biológico» (Cass. 13 settembre 1996, n. 8260); 2) «tratando-se de evento lesivo da integridade pessoal, o dano biológico e o patrimonial se referem a duas distintas esferas de repercussão, o primeiro concerne ao o chamado direito à saúde e o segundo considera a capacidade de produzir rendimentos, de forma que o juiz deve proceder a duas distintas liquidações» (Cass. 24 settembre 1996, n. 8443); 3) «o dano patrimonial como consequência da redução da capacidade laborativa genérica de uma pessoa é ressarcível autonomamente do dano biológico apenas se existe prova de que o sujeito lesado desenvolvesse – ou presumivelmente estivesse em condições de desenvolver – uma atividade laborativa rentável, ainda que figurativa (como na hipótese da dona de casa)» (Cass. 15 novembre 1996, n. 10015).

(11) Art. 2 della Costituzione: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». V. al riguardo A.A. de Almeida Neto, *op. loc. ult. cit.*

(12) F.R. Soares, *Responsabilidade civil por dano existencial*, cit., p. 42.

(13) G. Alpa, *La Responsabilidad Civil. Parte General*, cit., p. 872.

(14) F.R. Soares, *Responsabilidade civil por dano existencial*, cit., p. 42. V. *amplius* P. Cendon e P. Ziviz, *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003, *passim*.

zione, che si ripercuote su un cambiamento negativo del modo di essere dell'individuo o sulle attività che egli svolge in relazione al proprio progetto di vita personale, senza che fosse necessario dimostrare alcun pregiudizio economico (15). Questo tipo di danno comprenderebbe diverse situazioni, aprendo la possibilità di risarcire un pregiudizio che non rientra nei concetti di danno patrimoniale o morale o biologico (16).

Allargando lo sguardo al di là del diritto italiano, l'espressione «progetto di vita» è stata coniata dallo studioso peruviano Carlos Fernández Sessarego all'inizio degli anni '90. Secondo lui, l'essere umano è un essere sociale, l'unico in grado di elaborare progetti di vita (17).

Egli aggiungeva che è proprio dell'uomo compiere scelte con l'obiettivo di realizzare un progetto di vita futuro. Quando tali scelte vengono vanificate dall'azione di terzi, oppure si verificano situazioni in cui l'individuo è costretto a riformulare le proprie scelte, si configura il danno al progetto di vita (18).

Così Sessarego concepiva il danno esistenziale come un «dano radical e profundo, que compromete o ser mesmo do homem […] afeta a liberdade a pessoa […] frustra o projeto de vida […] impede que a pessoa desenvolva livremente sua personalidade» (19).

Il concetto di danno esistenziale, come detto, ha avuto origine nella dottrina italiana, soprattutto grazie agli insegnamenti di Cendon e Ziviz, ma la questione non è stata esente da critiche da parte di altri accademici italiani. Giulio Ponzanelli sosteneva infatti che il sistema di responsabilità civile dovesse essere bipolare, comprendendo da un lato solo il risarcimento del danno morale e biologico e dall'altro il danno patrimoniale. Per l'Autore non esisterebbe una nuova tipologia di danno non patrimoniale (20).

Anche la giurisprudenza ha iniziato ad ammettere un nuovo orientamento nella responsabilità civile in materia di risarcimento dei danni. Il 22 luglio 1999 la Corte di Cassazione italiana, a Sezioni Unite, ha emesso la sentenza n. 500, che ha avuto l'effetto di confermare il nuovo orientamento in materia di responsabilità civile, ammettendo la risarcibilità del danno da lesione di un interesse legittimo

(15) A.A. de Almeida Neto, *Dano Existencial a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*, cit., pp. 21 e ss.
(16) J.V. Froes, *Novos Danos na Responsabilidade Civil – as fronteiras do dano moral ressarcível*, cit., p. 206.
(17) C.F. Sessarego, *¿Existe un daño al proyecto de vida?*, in *http://www.revistapersona.com.ar/Persona11/11Sessarego.htm*.
(18) C.F. Sessarego, *op. loc. ult. cit.*
(19) A.A. de Almeida Neto, *Dano Existencial a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*, cit., pp. 21 e ss.
(20) J.V. Froes, *Novos Danos na Responsabilidade Civil – as fronteiras do dano moral ressarcível*, cit., p. 206. V. *amplius* G. Ponzanelli (a cura di), *Critica del danno esistenziale*, Padova, 2003, *passim*.

purché sussistano: «*a)* l'ingiustizia del danno; *b)* la lesione di una posizione costituzionalmente garantita» (21).

La Corte di Cassazione italiana ha riconosciuto espressamente il danno esistenziale per la prima volta nella sentenza del 7 giugno 2000, n. 7713. La decisione è stata emessa in un procedimento derivante da un'azione di risarcimento intentata dal figlio contro il padre. Con l'azione il ricorrente chiedeva il risarcimento dei danni derivanti dall'omissione intenzionale del convenuto in relazione alle cure economiche e affettive dovute (22). Il ricorrente ha sostenuto che il padre gli avesse versato il mantenimento solo vari anni dopo la sua nascita e solo a seguito di un intervento giudiziario volto a tale scopo. La Corte ha affermato che la Costituzione italiana garantisce i valori personali e impone il risarcimento a chi impedisce lo sviluppo della persona umana (23).

In ambito penale, l'imputato è stato assolto dal reato di abbandono materiale del figlio minorenne (condotta qualificata come violazione degli obblighi di assistenza familiare dall'art. 570, n. 2, del Codice penale italiano), poiché il minore è sempre stato mantenuto dalla madre e non è stato quindi considerato realmente bisognoso. Per questo motivo, è stata intentata un'azione di risarcimento contro il genitore, per i danni subiti dal figlio. In ambito civile, l'azione di risarcimento è stata accolta, sebbene l'imputato avesse addotto a propria difesa l'assoluzione in ambito penale (24).

La sentenza ha attribuito al danno esistenziale la denominazione di una tipologia di danno a sé stante, distinta dal puro danno morale e non subordinata all'illecito penale. In tal senso, il danno esistenziale aveva lo scopo di rispondere a un pregiudizio non patrimoniale, non identificabile con una lesione alla salute come avviene nel caso del danno biologico, e avrebbe evitato il limite posto dall'art. 2059 per il solo danno morale.

L'autonomia del danno esistenziale si discostava dai requisiti necessari per il riconoscimento del danno morale e del danno biologico. Tuttavia, secondo Castronovo, tale idea non è riuscita a essere formulata in termini accettabili. Per l'Autore, la Corte di Cassazione è stata spinta più dal risultato ottenuto con la decisione in favore della vittima che dall'argomentazione sviluppata per giungere a tale risultato (25). L'Autore aggiunge inoltre che il danno esistenziale come figura autonoma è inutile, poiché per il risarcimento di un danno di tal fatta occorre piuttosto riscontrare la lesione di diritti della persona previsti dalla Costituzione (26).

---

(21) A.A. de Almeida Neto, *Dano Existencial a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*, cit., pp. 21 e ss.
(22) J.V. Froes, *Novos Danos na Responsabilidade Civil – as fronteiras do dano moral ressarcível*, cit., p. 213.
(23) F.R. Soares, *Responsabilidade civil por dano existencial*, cit., p. 81.
(24) A.A. de Almeida Neto, *Dano Existencial a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*, cit., pp. 21 e ss.
(25) C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 173.
(26) C. Castronovo, *op. ult. cit.*, p. 174.

A seguito di tale decisione, il 31 maggio 2003, la Corte di Cassazione ha emesso le sent. 8827 e 8828 (note come sentenze gemelle) e la Corte costituzionale ha pronunciato la sentenza dell'11 luglio 2003, n. 233, le quali hanno consolidato l'orientamento che fonda il risarcimento dei danni biologici sull'art. 2059 (danni non patrimoniali) e non più sull'art. 2043 (danni materiali), facendo leva sulla costituzionalizzazione dell'art. 2059 del Codice civile italiano (27).

La sentenza n. 8827 ha trattato il risarcimento derivante da un errore medico durante un parto cesareo. A causa della condotta del medico, il neonato è rimasto tetraplegico e affetto da atrofia cerebrale, il che ha determinato uno stato vegetativo irreversibile. Nel caso specifico, la Corte ha riconosciuto che i genitori del bambino hanno subito un grave danno esistenziale, dovuto all'alterazione della loro routine a causa delle cure che dovevano essere dedicate al figlio non autosufficiente, costringendoli a rinunciare alle loro attività sociali, culturali e ricreative (28).

La sentenza n. 8828 riguardava invece un incidente stradale con esito mortale. La moglie, la figlia e i fratelli della vittima hanno intentato un'azione di risarcimento contro il responsabile dell'incidente per i danni patrimoniali e non patrimoniali subiti. La Corte costituzionale ha riconosciuto che la morte di un familiare è risarcibile e costituisce anche un danno esistenziale ai sensi dell'art. 2059 (29).

Per Flaviana Rampazzo Soares, le sentenze gemelle hanno conferito un nuovo significato ai danni non patrimoniali, con l'obiettivo di evitare la banalizzazione del termine «danno biologico». L'autrice sottolinea inoltre che le decisioni dimostravano la preoccupazione per la sovrapposizione di azioni relative a diversi danni di natura non patrimoniale (30).

Queste decisioni segnano una svolta nell'interpretazione giurisprudenziale, poiché i nuovi tipi di danno (esistenziale, biologico) vengono ora risarciti sulla base dell'art. 2059 del Codice civile, in seguito a un'interpretazione orientata alla Costituzione (31).

Inoltre, la Corte di Cassazione ha stabilito che la valutazione di tutti i danni immateriali può essere globale, senza distinzioni né necessità di una classificazione individualizzata, essendo sufficiente la definizione di una somma in denaro, senza che sia necessario concedere risarcimenti distinti (32).

---

(27) F.R. Soares, *Responsabilidade civil por dano existencial*, cit., p. 81.
(28) F.R. Soares, *Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero «danos imateriais»*, in *Revista da AJURIS*, 2012, 39, 127, p. 217.
(29) J.V. Froes, *Novos Danos na Responsabilidade Civil – as fronteiras do dano moral ressarcível*, cit., p. 218.
(30) F.R. Soares, *Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero «danos imateriais»*, cit., p. 217.
(31) J.V. Froes, *Novos Danos na Responsabilidade Civil – as fronteiras do dano moral ressarcível*, cit., p. 218.
(32) F.R. Soares, *Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero «danos imateriais»*, cit., p. 217.

Anche la sent. 233/2003 emessa dalla Corte costituzionale italiana ha aggiunto alle due tipologie di danni non patrimoniali (danno biologico e danno morale soggettivo) una terza, la figura del danno esistenziale, rappresentato dal danno derivante dalla lesione di interessi di carattere costituzionale inerenti alla persona diversi dal diritto all'integrità fisica e psichica. La sentenza ha inoltre fornito un'interpretazione orientata alla Costituzione dell'art. 2059, non limitato più alle ipotesi di reato, aprendo così nuove prospettive per il danno alla persona (33).

Oltre a queste sentenze, è importante citare la sent. 6572 emessa dalla Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, il 24 marzo 2006, che ha distinto il danno morale dal danno esistenziale. Il danno esistenziale è stato definito come quello che altera gli stili di vita e le strutture relazionali propri della vittima. Si verificherebbero un turbamento della vita quotidiana e una perdita di opportunità di espressione e di realizzazione della propria personalità, che non andrebbero confusi con il danno morale. Il danno esistenziale va verificato in base alla diminuzione delle opzioni diverse da quelle che sarebbero state adottate se l'evento dannoso non si fosse verificato (34).

Pertanto, il danno esistenziale rappresenterebbe nella vita della vittima l'equivalente di un obbligo di fare o di non fare, un cambiamento appunto esistenziale a causa dell'atto lesivo, impedendo la realizzazione del progetto originariamente strutturato dalla persona per la propria vita.

La dottrina cita come esempi di tali situazioni: 1) la madre che, a causa di un atto di negligenza del medico, subisce un aborto e vede così frustrato il progetto di avere un figlio (35), 2) il pensionato che viene investito, rimane paraplegico e non potrà più fare le passeggiate nel parco (36), 3) il paziente che, durante una trasfusione di sangue, viene contagiato dal virus HIV (37), 4) le vittime del talidomide (38), 5) la persona che non sarà più in grado di avere rapporti sessuali con il proprio partner (39), 6) i casi di Iruan, Pedrinho (40) e Serena (41), 7)

(33) G. Alpa, *La Responsabilidad Civil. Parte General*, cit., p. 874.
(34) J. V. Froes, *Novos Danos na Responsabilidade Civil – as fronteiras do dano moral ressarcível*, cit., p. 218.
(35) A.A. de Almeida Neto, *Dano Existencial a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*, cit., pp. 21 e ss.
(36) A.A. de Almeida Neto, *Dano Existencial a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana*, cit., pp. 21 e ss.
(37) F.R. Soares, *Responsabilidade civil por dano existencial*, cit., p. 65.
(38) F.R. Soares, *op. ult. cit.*, p. 68.
(39) F.R. Soares, *op. ult. cit.*, p. 69.
(40) F.R. Soares, *op. ult. cit.*, pp. 70 e ss.
(41) Il caso Serena è citato da J.J.G. Canotilho, *A "Principialização" da Jurisprudência através da Constituição*, in *Revista de Processo*, 2000, 98, pp. 83 e ss. Si tratta di un caso in cui una bambina fu adottata in modo irregolare o "rapita", e l'Autore sostiene che, nella valutazione del caso, i giudici avrebbero dovuto andare oltre il comodo discorso della certezza del diritto e delle ripercussioni del

l'alienazione genitoriale (42), 8) risarcimenti in ambito lavorativo (è importante sottolineare che, anche prima della riforma del diritto del lavoro che ha iniziato a includere tra le forme di riparazione il risarcimento per il danno esistenziale, nella giurisprudenza si notavano già condanne in favore di dipendenti diventati obesi perché obbligati ad assaggiare cibi) (43).

L'affermarsi del danno esistenziale ha portato alla formazione di due posizioni giurisprudenziali contrapposte: una favorevole e l'altra contraria all'ammissibilità del danno esistenziale come categoria autonoma di danno non patrimoniale (44).

Tale polarizzazione è stata aggravata da una certa banalizzazione del danno esistenziale. Ciò dipese dalla stessa creatività di «advogados e magistrados para "inventar" novas espécies de danos» (45), con il rischio di risarcire situazioni non necessariamente rappresentanti «interesses merecedores de tutela» (46).

La preoccupazione per questa problematica è presente nella sentenza n. 26972, emessa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione l'11 novembre 2008, che aveva lo scopo di mettere in discussione l'applicabilità dei danni esistenziali e di limitare l'avvio di azioni legali volte a risarcire situazioni che non erano meritevoli di tutela (47) (altre sentenze pubblicate lo stesso giorno e caratterizzate dallo stesso tenore sono le n. 26973, 26974 e 26975) (48).

Il caso riguardava un'azione di risarcimento derivante da un errore medico. L'attore, un paziente sottoposto a intervento chirurgico per ernia inguinale, aveva subito un'atrofia e la perdita del testicolo sinistro. Il Tribunale di Venezia ha riconosciuto il danno biologico, ma ha escluso la sussistenza di un danno esistenziale (49).

La sentenza è stata criticata dalla dottrina non per il suo contenuto in sé, ma per il fatto di aver rimesso in discussione l'ammissibilità del danno esistenziale come

---

caso su altre situazioni e avrebbero dovuto osservare diversi principi; così l'Autore afferma: «O caso é difícil, mas por ser difícil não deveriam ter sido minimizados princípios tão importantes como os da *dignidade da pessoa e do livre desenvolvimento da personalidade* [corsivo aggiunto]».

(42) «Quem pratica a alienação parental causa afastamento entre filho e genitor, provocando o desinteresse da criança ou do adolescente em relação ao pai ou à mãe, o que prejudicaria o convívio em família e a formação deste indivíduo enquanto ser social» (Wlademir Paes de Lira, titolare della 26ª *Vara Cível da Capital Família* – Alagoas, in *http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2411543/alienacao-parental-sera-tema-do-interagindo-com-a-almagis*).

(43) Sentenza emessa dal *TRT 4* che ha condannato il franchisee di McDonald's al risarcimento: RO 0010000-21.2009.5.04.0030, Rel. João Ghisleni Filho, pronunciata il 6 ottobre 2010. Origine: 30ª *Vara do Trabalho* di Porto Alegre.

(44) J.V. Froes, *Novos Danos na Responsabilidade Civil – as fronteiras do dano moral ressarcível*, cit., p. 222.

(45) A. Schereiber, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*, cit., pp. 112 e ss.

(46) A. Schereiber, *op. ult. cit.*, p. 115.

(47) F.R. Soares, *Responsabilidade civil por dano existencial*, cit., p. 65.

(48) G. Alpa, *La Responsabilidad Civil. Parte General*, cit., p. 869.

(49) J.V. Froes, *op. cit.*, p. 223.

danno autonomo in un caso in cui non si sarebbe nemmeno verificato un simile danno. Nel caso concreto, infatti, l'individuo non aveva perso la capacità riproduttiva e non aveva dimostrato un'alterazione significativa nella propria vita (50).

La sent. 26972 ha stabilito che le denominazioni adottate in precedenza nelle sentenze gemelle del 2003 e nella sent. 233/2003 della Corte costituzionale corrispondessero a mere sintesi descrittive e non propriamente a categorie autonome di danno non patrimoniale (51).

La decisione avvertiva inoltre che, a partire dall'introduzione del danno esistenziale, si era verificato un ampliamento della tutela risarcitoria per i danni di natura non patrimoniale: lasciando spazio «alle più fantasiose, ed a volte risibili, prospettazioni d i pregiudizi», […] si risarcivano pregiudizi di dubbia serietà». La sentenza cita inoltre alcuni esempi di queste richieste ridicole, quali la rottura del tacco di una scarpa da sposa, un errore nel taglio di capelli, un'attesa stressante in aeroporto, l'inadeguatezza di un servizio pubblico, l'invio di multe illegittime, la morte di un animale domestico, un blackout elettrico che impedisce a un tifoso di assistere a una partita di calcio, tra gli altri casi (52).

La sentenza stabilisce la distinzione esclusivamente tra danno patrimoniale e non patrimoniale, all'interno dei quali possono rientrare «varie voci». Nel danno patrimoniale si possono distinguere la perdita subita (danno emergente) e il lucro cessante. Nel danno non patrimoniale rientrano i danni legati alla violazione dei diritti costituzionali, come il diritto alla salute (53).

Alle sent. 26972, 26973, 26974 e 26975, ne sono seguite molte altre caratterizzate dall'inclusione del risarcimento per danno esistenziale, senza tuttavia utilizzare tale denominazione, ma ricorrendo a quella di danno non patrimoniale (54).

Ciò si è verificato anche con una sentenza del Tribunale di Trieste del 15 dicembre 2008, che ha esaminato il caso di una vedova che aveva intentato un'azione di risarcimento per la perdita del marito in un infortunio sul lavoro. La sentenza ha riconosciuto il risarcimento, ma non ha classificato il tipo di danno non patrimoniale. Il danno subito dalla vittima non è stato definito «esistenziale», poiché la sentenza ha ritenuto che la quantificazione del danno non patrimoniale dovesse essere unitaria (55).

Il 30 gennaio 2009 il Tribunale di Milano si è pronunciato sul caso di un giocatore colpito da un vetro lasciato per negligenza troppo vicino al campo. La

(50) F.R. Soares, *Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero "danos imateriais"*, cit., p. 222.
(51) J.V. Froes, *Novos Danos na Responsabilidade Civil – as fronteiras do dano moral ressarcível*, cit., p. 224.
(52) J.V. Froes, *op. ult. cit.*, p. 225.
(53) C. Castronovo, *Responsabilità civile*, cit., p. 215.
(54) F.R. Soares, *Do caminho percorrido pelo dano existencial para ser reconhecido como espécie autônoma do gênero "danos imateriais"*, cit., p. 222.
(55) F.R. Soares, *op. loc. ult. cit.*

vittima è rimasta impossibilitata a praticare sport e a frequentare gli studi per un lungo periodo. Sebbene vi fosse un chiaro cambiamento nella routine della vittima, il risarcimento è stato concesso a titolo di danno biologico, senza che venisse menzionata l'espressione «danno esistenziale» (56).

Il 23 dicembre 2008, il Tribunale di Milano ha disposto il risarcimento a favore di una donna che ha dovuto modificare la propria routine di vita per prendersi cura del figlio ferito in un incidente stradale. Tuttavia, il risarcimento è stato concesso sotto la voce di «danno alla vita di relazione», senza alcun riferimento al danno esistenziale (57).

Il 16 febbraio 2009 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno emesso la sent. 3677 in un caso relativo al licenziamento illegittimo e hanno confermato quanto stabilito nelle sent. 26973-26975, stabilendo che «il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, i quali si dividono in due gruppi: le ipotesi in cui la risarcibilità è prevista in modo espresso (fatto illecito integrante reato) e quello in cui la risarcibilità, pur non essendo prevista da norma di legge *ad hoc*, deve ammettersi sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., per avere il fatto illecito vulnerato in modo grave un diritto della persona direttamente tutelato dalla legge. […] [I] l danno non patrimoniale costituisce una categoria ampia ed onnicomprensiva, all' interno della quale non è possibile ritagliare ulteriori sottocategorie. Pertanto il c.d. danno esistenziale, inteso quale "il pregiudizio alle attività non remunerative della persona" causato dal fatto illecito lesivo di un diritto costituzionalmente garantito, costituisce solo un ordinario danno non patrimoniale, che non può essere liquidato separatamente sol perché diversamente denominato. […] Infine per quanto attiene prova del danno, le Sezioni Unite hanno ammesso che essa possa fornirsi anche per presunzioni semplici, fermo restando però l'onere del danneggiato di allegare gli elementi di fatto da cui desumere l'esistenza e l'entità del pregiudizio» (58).

La decisione è importante perché, oltre a ridefinire l'ambito del danno morale, ne ha ridotto i limiti, ha semplificato le figure in cui esso si concretizza ordinariamente e ha assorbito il danno esistenziale nella categoria unitaria del danno non patrimoniale.

Secondo Alpa questa recente decisione della Corte riflette la sua tendenza attuale. L'autore afferma inoltre che la sentenza del 2009 ha identificato il danno non patrimoniale con il danno morale, ma l'espressione è stata intesa in senso ampio (59).

---

(56) F.R. Soares, *op. loc. ult. cit.*
(57) F.R. Soares, *op. loc. ult. cit.*
(58) Su questa pronuncia v. anche, in dottrina, G. Alpa, *La Responsabilidad Civil. Parte General*, cit., p. 869.
(59) G. Alpa, *op. ult. cit.*, p. 871.

Da quel momento in poi, il danno ha assunto nel diritto italiano una concezione bipolare, distinguendosi tra danno patrimoniale e non patrimoniale. Il danno morale è risarcibile nei casi previsti dalla legge e nei casi di violazione dei valori della persona tutelati dalla Costituzione; il danno esistenziale è definito come derivante dalla violazione di un diritto inviolabile della persona tutelato dalla Costituzione e non ha rilevanza autonoma. Sarebbe quindi possibile considerare il danno esistenziale come una figura giuridica, ma non come una categoria o un tipo di danno autonomo (60).

Si osserva che il concetto autonomo di danno esistenziale si è progressivamente perso nel diritto civile italiano e l'orientamento attuale è in linea di massima (salvi alcuni dettagli sui quali non sarebbe utile soffermarsi in questa sede) nel senso di integrarlo, globalmente, nella nozione di danno non patrimoniale.

3. Il danno esistenziale nel diritto civile brasiliano

Quando un istituto giuridico emerge in un ordinamento, i suoi effetti non si limitano al proprio Paese, poiché esso influenza anche altri ordinamenti, ciò che vale soprattutto in materia di responsabilità civile. Affinché tale influenza non sfoci in un'importazione acritica, è necessario interrogarsi sulla pertinenza, sulla possibilità e sull'utilità del trapianto di un istituto giuridico da un altro Paese.

A questo proposito, Mafalda Miranda Barbosa ha messo in discussione l'opportunità di importare figure giuridiche come quella del danno esistenziale nel diritto portoghese. L'Autrice avvertiva che non si può ignorare la differenza tra i due ordinamenti. Affermava che l'analisi dei due ordinamenti dimostra che il sistema risarcitorio italiano è diverso da quello portoghese e che ciò che potrebbe essere considerato imprescindibile nel sistema italiano, come l'autonomia delle categorie di danno, non sarebbe rilevante nel sistema portoghese (61).

La stessa avvertenza era già stata oggetto di preoccupazione da parte di Judith Martins-Costa, secondo la quale non si possono confondere le peculiarità del sistema italiano con quelle del sistema brasiliano, e pertanto sarebbe inopportuna una mera trasposizione concettuale, poiché nel diritto brasiliano non vi è alcuna

(60) G. Alpa, *op. ult. cit.*, p. 878.

(61) M.M. Barbosa, *Modelos de Responsabilidade Civil Extracontratual*, in *Revista dos Tribunais*, 2017, 977, p. 113-174: «ora, se não raras são as vozes que tentam importar as figuras para o nosso ordenamento jurídico, se mesmo a jurisprudência parece recorrer a elas na fundamentação das suas decisões, importa não esquecer a concreta modelação do sistema ressarcitório italiano de que agora curamos. De facto, só a tendo em conta é possível perceber em que medida aquilo que é imprescindível em Itália – a autonomização destas categorias de danos – pode ser ou não relevante no quadro do sistema português».

limitazione al danno morale né alla formazione di fattispecie, dato che la responsabilità civile si basa su clausole generali (62).

È in questo contesto che si avverte la necessità di riprendere la ricerca da noi precedentemente sviluppata sul danno esistenziale (63), considerando l'importanza del tema e l'evoluzione che la materia ha subito nel diritto italiano (culla dell'istituto) e nel diritto brasiliano, che ne ha ricevuto l'influenza principalmente nell'ambito del diritto del lavoro.

Il sistema giuridico brasiliano della responsabilità civile è caratterizzato dall'apertura, in quanto non definisce le tipologie di danni risarcibili. La responsabilità civile vale per qualsiasi danno, non essendoci nel sistema brasiliano una tipicità al riguardo.

Tale orientamento era già intuibile nel Codice civile del 1916 che, con l'art. 159, permise un grande passo avanti nel diritto brasiliano consentendo il risarcimento del danno morale ancor prima della Costituzione federale del 1988.

Tale norma può essere descritta come una vera e propria clausola generale presente nel Codice civile del 1916, che ora, nel Codice civile del 2002, acquista grande forza, tenuto conto dello stile redazionale delle disposizioni.

Pertanto, si può affermare che, grazie a questo sistema aperto, il problema sollevato nel diritto italiano non è mai esistito nel diritto brasiliano, poiché la formulazione ampia della legislazione brasiliana ha offerto, già durante la vigenza del Codice civile del 1916, la possibilità di risarcire tutti i danni. A poco a poco, ogni vuoto lasciato dal Codice del 1916 è stato colmato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che hanno iniziato a includere nel risarcimento i danni extrapatrimoniali, senza alcuna restrizione alla specifica tipologia di danno, con la giurisprudenza che si è evoluta fino a prevedere il risarcimento dei danni morali anche a favore delle persone giuridiche.

In altre parole: il problema che il diritto italiano ha dovuto affrontare non è, e non è mai stato, tale del diritto brasiliano, e per comprenderlo è necessario cogliere la realtà italiana e l'evoluzione che ha attraversato l'ordinamento giuridico di quel Paese.

Pertanto, nel determinare il risarcimento del danno morale, il legislatore brasiliano non ne ha subordinato il riconoscimento al verificarsi di un illecito penale, come era invece stabilito dal diritto italiano.

---

(62) J. Martins-Costa, *Os Danos à pessoa e a Natureza da sua Reparação, in A Reconstrução do Direito Privado*, in *Os Danos à pessoa e a Natureza da sua Reparação, in A Reconstrução do Direito Privado*, a cura di J. Martins-Costa, San Paolo, 2002, pp. 408-446: «as circunstâncias peculiares ao sistema italiano não devem confundir o comparatista, sendo, por isso, indevida a mera transposição conceitual, até porque não havendo, no Direito brasileiro vigente, limitação ao reconhecimento do dano moral e à formação de concretas fattispecies - sendo a matéria regulada por meio de cláusulas gerais -, não há o repúdio à expressão "dano moral", tal como se verificou no Direito italiano, que precisou ultrapassá-la para permitir a aceitação de novas hipóteses em um quadro mais efetivo de reparação».
(63) T. Wesendonck, *O dano existencial nas Jurisprudências italiana e brasileira – um estudo de Direito comparado*, in *Revista da Ajuris*, 1999, p. 75.

La percezione della distinzione tra i due regimi ha portato la dottrina brasiliana a riflettere sulla necessità di creare una figura autonoma di danno, classificata come danno esistenziale. In tal senso, Fernando Noronha avvertiva che «realmente é preciso considerar o dano existencial, mas não é necessário fazer dele uma categoria autônoma, para ser contraposta ao dano anímico». L'autore concludeva che nel diritto brasiliano non vi è alcuna restrizione al risarcimento dei danni e che, pertanto, non sarebbe necessaria la creazione di una nuova categoria (64).

Esaminando il Codice civile del 2002, si può notare che l'art. 186 (65) presenta una formulazione aperta che consente il risarcimento del danno senza limitarne la portata. La disposizione consolida la possibilità per la vittima di richiedere il risarcimento di tutti i danni. Inoltre, l'art. 944 del Codice civile (66) sancisce il principio del risarcimento integrale, stabilendo che il risarcimento sia commisurato all'entità del danno. Anche i commi V e X dell'art. 5 della Costituzione federale (67) stabiliscono la possibilità di risarcimento per danni di ogni tipo, sia patrimoniali sia patrimoniali. Pertanto, la limitazione legislativa prevista dal diritto italiano non trova riscontro nella realtà brasiliana.

Sebbene la legislazione brasiliana non si avvicini a quella italiana, nel senso di limitare il risarcimento, alcuni giuristi brasiliani, influenzati dalla dottrina italiana, si sono espressi in favore del riconoscimento del danno esistenziale nel diritto brasiliano. Tuttavia, tale orientamento dottrinale non ha seguito la più recente posizione giurisprudenziale italiana in materia che, come si è visto sopra, ha smesso di considerare il danno esistenziale come una figura autonoma. Questa parte della dottrina sembra inoltre ignorare che il danno esistenziale è stato creato per fare fronte a un problema inesistente nel diritto brasiliano, poiché quest'ultimo ordinamento non vi è alcuna restrizione al risarcimento da parte dalla legislazione.

Va tuttavia sottolineato che, nell'ambito del diritto del lavoro, la *Consolidação das Leis do Trabalho* (*CLT*) è stata oggetto di un'ampia riforma nel 2017. Nel suo art. 233-B (68) è stato incluso nel risarcimento ciò che è convenzionalmente denominato danni esistenziali. La formulazione della disposizione sembra essere più ampia, ma l'interpretazione che ne viene data è che in essa si riconosca il

(64) F. Noronha, *Os Danos à Pessoa, Corporais (ou Biológicos) e Anímicos (ou Morais em Sentido Estrito) e suas Relações com os Danos Patrimoniais e Extrapatrimoniais*, in *Revista De Direito Privado*, 2005, 22, p. 83.
(65) Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
(66) Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
(67) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; […].
(68) Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação. (inserito dalla L. 13467/2017).

risarcimento per i danni esistenziali. Sia per il riferimento legislativo sia per l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale che si è formata in materia sulla base della legge, nell'ambito del diritto del lavoro l'autonomia del danno esistenziale è un dato di fatto.

Con l'inclusione della figura del danno esistenziale nella *CLT*, un altro aspetto che ha iniziato a emergere nel diritto brasiliano è che la materia ha iniziato a essere sviluppata maggiormente nell'ambito del diritto del lavoro rispetto al diritto civile, dal punto di vista sai dottrinale sia giurisprudenziale.

Nell'ambito del diritto civile brasiliano, ciò che si osserva attualmente nella giurisprudenza nazionale è l'uso del termine «danno morale» per comprendere tutte le situazioni di danni extrapatrimoniali, in linea con l'orientamento segnato dal Codice civile e dalla Costituzione federale. Pertanto, nella maggior parte delle decisioni emesse dalla giurisprudenza brasiliana, non vi è una classificazione del danno morale.

A quanto pare, nel diritto civile brasiliano, la tendenza è quella di mettere da parte la «guerra de etiquetas» a cui faceva riferimento il giudice del *Superior Tribunal de Justiça* Ruy Rosado de Aguiar Jr., il quale, fin dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, sosteneva la necessità di impegnarsi per identificare e denominare, all'interno dei danni non patrimoniali, le diverse tipologie di danno, così da considerarle in modo autonomo (69).

La dottrina brasiliana arriva a sostenere che, in linea con la posizione maggioritaria della dottrina e della giurisprudenza italiana, «os danos existenciais se subsumem no dano moral sofrido pela vítima», non possedendo autonomia rispetto al danno morale. Inoltre, si rileva che il riconoscimento dell'autonomia del danno esistenziale è superfluo, in ragione dell'ampia tutela dei diritti della personalità contemplata dalla Costituzione federale, che garantisce il risarcimento integrale dei danni (70).

Anche in ambito giurisprudenziale l'orientamento va in questa direzione. A tal proposito è possibile citare una sentenza emessa dal *Tribunal de Justiça do Paraná*, la quale, nell'esaminare un ricorso presentato in un'azione di risarcimento per errore medico, ha respinto la condanna del convenuto per danno esistenziale, con l'argomentazione che il riconoscimento dell'autonomia di tale danno rispetto al danno morale non è pacifico (71).

In un'altra occasione, anche il *Tribunal de Justiça do Distrito Federal* si è pronunciato in merito all'impossibilità di un'autonomia tra il danno morale e quello esistenziale. Nel corso della sentenza, attira l'attenzione il seguente passaggio:

---

(69) RESP 65.393, 4a Turma, sentenza del 30 ottobre 1995, Relatore Ruy Rosado de Aguiar Jr.
(70) In tal senso cfr. M.A.B. de Melo, *O dano Existencial na Responsabilidade Civil*, 2016, in *https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/civil/o-dano-existencial-na-responsabilidade-civil/*.
(71) TJPR - EDcl 0010706-02.2015.8.16.0194/1 – 9a Câmara Cível – 27 settembre 2020 – sentenza di Domingos José Perfetto - DJe 30 settembre 2020.

«dano existencial não é uma espécie autônoma do gênero dano extrapatrimonial, pelo menos no âmbito do Direito Civil, consistindo apenas em um requisito ou pressuposto necessário para a configuração do dano moral». Più avanti nella sentenza si afferma che il danno esistenziale non trova fondamento nella legislazione civile brasiliana, ma deriva dalla legislazione del lavoro, in particolare dall'art. 223-B della *CLT* (72).

Più recentemente, il *Tribunal de Justiça do Estado de Goiás* ha respinto il riconoscimento dell'autonomia del danno esistenziale in un'azione intentata da un consumatore che lamentava un danno derivante dal tempo perso a causa del comportamento dilatorio della compagnia assicurativa nel pagamento dell'assicurazione sulla vita. Il *Tribunal* ha riconosciuto che nel caso in esame sarebbe dovuto il risarcimento del danno morale, ma che quest'ultimo avrebbe assorbito il danno esistenziale. La decisione è importante perché afferma l'inammissibilità della condanna autonoma, pena il *bis in idem* (73).

Anche presso il *Superior Tribunal de Justiça* (*STJ*) la questione è stata oggetto di esame in un procedimento riguardante il riconoscimento della prescrizione dell'azione di risarcimento. L'attore sosteneva l'imprescrittibilità dell'azione di risarcimento per danno esistenziale e per danno al progetto di vita derivanti da una violazione del diritto della personalità. Il *STJ* ha riconosciuto la prescrizione dell'azione, evidenziando la sua posizione in materia e precisando in motivazione che il danno esistenziale è una forma di danno morale (74).

Come si può notare, l'orientamento del diritto civile brasiliano, sia in dottrina sia in giurisprudenza, è di non riconoscere la figura del danno esistenziale come una voce di danno autonomo, seguendo così, almeno sotto questo profilo, l'orientamento attualmente dominante nel diritto italiano.

4. Conclusione

Lo studio condotto sul danno esistenziale rivela che vi è stata una grande evoluzione in materia nel diritto italiano, culla della costruzione dottrinale volta alla definizione di una nuova tipologia di danno.

La creazione di questa nuova tipologia è nata per rispondere alle richieste di quella società, che vedeva nella legislazione un grande ostacolo al risarcimento dei danni non patrimoniali.

---

(72) TJDF - EDcl 0034552-60.2016.8.07.0001 – 8a Turma – 9 giugno 2021 – sentenza di Diaulas Costa Ribeiro – DJFe 14 giugno 2021.
(73) TJGO – procedimento 5176881-19.2024.8.09.0051 – 9a Câmara Cível – 31 maggio 2026 – sentenza di Fernando de Castro Mesquita – DJe 31 maggio 2026.
(74) STJ AgInt no Agravo em Recurso Especial n. 1.380.002 – MS (2018/0266386-0), realtore Min. Raul Araújo, pubblicato il 2 aprile 2019.

Con lo studio proposto non si nega l'importanza della costruzione dottrinale e giurisprudenziale elaborata in Italia, affinché le vittime potessero ottenere il risarcimento integrale dei danni.

Tuttavia, prima di avventurarsi nella difesa di questo tipo di risarcimento nel diritto brasiliano, è necessario rendersi conto che la figura del danno esistenziale è nata per colmare una lacuna della legge italiana, cosa che non si riscontra nel diritto brasiliano, poiché il sistema nazionale, ancorato al Codice civile e alla Costituzione federale, garantisce alla vittima il risarcimento integrale dei danni. Pertanto, è possibile affermare che l'importazione di tale istituto non sia né adeguata né utile per il diritto brasiliano.

Inoltre, è necessario comprendere che, anche se l'ordinamento giuridico italiano prevedrebbe nel testo di legge limitazioni al risarcimento dei danni, un'interpretazione del Codice civile italiano orientata alla Costituzione ha consentito di giungere al risarcimento integrale dei danni. Il danno esistenziale, che aveva raggiunto lo status di danno autonomo, è stato poi inserito nella stessa categoria dei danni non patrimoniali. Questo processo di riformulazione del concetto di danno nel diritto italiano si è reso necessario per evitare la duplicazione dei risarcimenti e per impedire azioni legali che non tutelavano interessi meritevoli di tutela, ciò che era diventato un notevole problema.

Gli insegnamenti tratti dal diritto italiano devono essere recepiti nel diritto brasiliano, pena la riproduzione di istituti giuridici che negli ordinamenti di origine sono ormai superati. Nel caso dei danni esistenziali, importare un istituto obsoleto può comportare rischi per la disciplina della responsabilità civile, sia per lo scenario di incertezza derivante da azioni prive del dovuto fondamento sia per l'effetto nefasto del *bis in idem* nei risarcimenti.

La dimensione esistenziale del pregiudizio può essere presa in considerazione nel risarcimento del danno extrapatrimoniale, senza che ciò richieda l'attribuzione di una categoria autonoma nel diritto civile brasiliano.

La figura del danno esistenziale è stata a suo tempo elaborata per colmare una lacuna della legge italiana. Diverso è l'assetto del diritto brasiliano, nel quale è comunque garantito alla vittima il risarcimento integrale. Pertanto, il trapianto del citato istituto italiano nel diritto brasiliano non è né adeguato né utile.

The concept of "danno esistenziale" was originally developed to fill a gap in Italian law. The legal framework in Brazil is different and guarantees victims full compensation. Therefore, transposing this Italian legal concept into Brazilian law is neither appropriate nor useful.

Giulio Ponzanelli
(Università Cattolica del Sacro Cuore)

Brevi cenni sulla responsabilità civile del professionista intellettuale: dalla quasi totale irresponsabilità alle sempre più frequenti limitazioni di responsabilità disposte dal legislatore (*)

Sommario: 1. Introduzione. Il settore della responsabilità medica. - **2.** La responsabilità del sindaco di società: il nuovo art. 2407 e la limitazione di responsabilità ivi prevista. – **3.** La burocrazia "difensiva": la L. 1/2026. - **4.** La responsabilità del notaio: le novità del D.L. 12 giugno 2026, n. 100. - **5.** Brevi conclusioni.

1. Introduzione. Il settore della responsabilità medica

Dalla stagione dell'irresponsabilità del professionista (adattando il vecchio brocardo inglese nato per escludere la responsabilità dello Stato e in particolare del magistrato, si potrebbe chiosare questa stagione con "The doctor can do no wrong"), si è passati ad una sempre maggiore accentuazione della responsabilità civile, soprattutto nel settore della responsabilità medica, che è stato sicuramente negli ultimi venti anni il settore più indagato di tutto il pianeta delle professioni intellettuali.

Nel campo specifico della responsabilità sanitaria, il desiderio della società italiana di offrire una sempre maggiore protezione alla posizione del paziente è stato la vera ragione di fondo accolta poi dalla giurisprudenza, che ha determinato le varie anomalie del sistema (eccessiva responsabilità, eccessivo risarcimento, insufficiente assicurazione e inadeguato *risk management*), originando il successivo sviluppo della medicina difensiva, nelle due declinazioni attiva e passiva (1).

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

(1) Cfr. C. Granelli, *Medicina difensiva e la riforma della responsabilità sanitaria*, in AA.VV., *Tradizione e Innovazione nel diritto privato europeo, Liber amicorum per Alessio Zaccaria*, Milano, 2025, II, p. 739.

In tal modo si sono poste le basi per la successiva emanazione della legge Gelli Bianco (L. 24/2017), che non ha però voluto "modificare" gli equilibri giurisprudenziali raggiunti, ma che ha voluto assicurare un indubbio trattamento di favore per i medici ospedalieri, invitando i pazienti danneggiati a concentrare le loro pretese nei confronti della struttura sanitaria a titolo contrattuale e, se proprio volessero iniziare anche una causa nei confronti dei singoli medici, obbligandoli a iniziarla tramite la strada più difficile della responsabilità extracontrattuale (2).

Poi, la giurisprudenza italiana, pur "rispettata" dal legislatore del 2017, ha voluto anche essa raccogliere il messaggio profondo della legge, limitando la sua interpretazione eccessivamente sbilanciata verso il paziente, introducendo l'onere del doppio ciclo di causa a carico del paziente, facendo così gravare su quest'ultimo il rischio della "causa ignota" che invece era, prima della giurisprudenza inaugurata nel luglio 2017, a carico della struttura sanitaria (3).

L'*overdeterrence* prodotta dalle regole di responsabilità civile non ha riguardato però il solo campo della responsabilità medica (4). È un fenomeno che dal 2017, ma anche prima, si è poi allargato ad altre professioni, anche se Pietro Trimarchi interrogato sull'impetuoso avanzamento della responsabilità civile nel settore della responsabilità medica si era mostrato perplesso sull'espansione quasi automatica dello statuto della responsabilità sanitaria agli altri settori del professionista intellettuale, rilevando casomai che uno degli argomenti potenzialmente più scivolosi per affermare la responsabilità del professionista intellettuale era costituito dall'informazione, invitando tutti i professionisti intellettuali ad assicurare sempre un adeguato flusso di informazioni a vantaggio della parte non dotata delle stesse informazioni.

Dopo le vicende normative che hanno riguardato la responsabilità medica, verranno analizzate brevemente anche quelle che hanno toccato la posizione del sindaco di società, del pubblico funzionario e da ultimo del notaio.

2. La responsabilità del sindaco di società: il nuovo art. 2407 e la limitazione di responsabilità ivi prevista

Dalla responsabilità del medico l'attenzione del legislatore si è poi spostata alla responsabilità del sindaco, dove più che l'aumento delle azioni di responsabilità

(2) Cfr. D.M. Frenda, *La relazione medico-paziente al vaglio della riforma sanitaria: il ritorno della responsabilità aquiliana del medico strutturato e l'obbligazione contrattuale con il paziente*, in AA.VV., *Tradizione e Innovazione nel diritto privato europeo, Liber amicorum per Alessio Zaccaria*, cit., p. 717.
(3) Cfr. Cass. 26 luglio 2017, n. 18382, in *Danno e resp.*, 2017, p. 696, con nota di D. Zorzit, *La Cassazione e la prova del nesso di causa: l'inizio di una nuova storia?* In generale sulla causa ignota cfr. R. Puccella, *La causalità incerta*, Torino, 2007.
(4) Per ulteriori riflessioni sugli effetti della patologia di *overdeterrence*, cfr. G. Ponzanelli, *Le paure della responsabilità civile,* in *Contratto e impresa*, 2026, pp. 581 e ss.

ciò che veramente spaventava i sindaci erano le richieste risarcitorie avanzate nei loro confronti nelle ipotesi a dire il vero sempre più frequenti di azioni di responsabilità originate da una situazione di insolvenza.

Da tanto tempo salivano infatti grida di paura da parte dei sindaci di società, esposti alle azioni molto pesanti, di natura prevalentemente ricattatoria, promosse da curatori di società fallite o in liquidazione interessati solo a ricostituire un poco di liquidità per pagare creditori. Azioni risarcitorie venivano promosse nei confronti di tutti coloro i quali hanno svolto una funzione gestoria (amministratori anche privi di deleghe) o di controllo (sindaci, revisori etc.). Solo che i compensi goduti da questi soggetti sono largamente inferiori non tanto al danno preteso (e questo è ovviamente ragionevole) quanto ai potenziali rischi che questi soggetti possano subire.

Si chiedeva quindi a grande voce una maggiore protezione perché si paventava il rischio che tanti professionisti non sarebbero stati più interessati ad assumere la posizione di sindaco in modo particolare nelle società medio-piccole e la protezione, puntuale, arriva con la L. 14 marzo 2025, n. 35 (modifiche dell'art. 2407 del Codice civile, in materia di responsabilità dei componenti del collegio sindacale).

Fuori dei casi di dolo, i sindaci che violano i propri doveri sono responsabili per i danni cagionati secondo i seguenti scaglioni: «*per i compensi fino a 10.000 euro, quindici volte il compenso; per i compensi da 10.000 a 50.000 euro, dodici volte il compenso; per i compensi maggiori di 50.000 dieci volte il compenso*».

Una vera e propria limitazione del risarcimento, quindi, che si applica anche ai casi di colpa grave, limitazione fissata direttamente dal legislatore per il quale non vale evidentemente quanto previsto dall'art. 1229 c.c.: la nullità dei patti di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi di dolo o colpa grave riguarda i soli rapporti tra privati e non certo l'azione del legislatore che potrebbe invece fissare altri limiti. Le scelte del legislatore non possono essere tacciate di nullità alla stessa stregua di quelle operate a livello negoziale da operatori economici: l'ordinario diritto delle obbligazioni in termini generali, e della responsabilità civile in particolare, deve cedere il passo a interessi pubblici superiori, rappresentati nel caso concreto dall'esigenza di avere professionisti che esercitino funzione di controllo senza essere assoggettati a forme eccessive di pressione (5).

Una limitazione di responsabilità giustificata, quindi, dalla evidente necessità di protezione dei componenti il collegio sindacale che potevano essere esposti a pesanti azioni risarcitorie promosse da curatori e/o liquidatori delle società ove gli stessi avevano svolto i loro compiti: una situazione di *overdeterrence* che scon-

(5) In giurisprudenza è subito sorta la questione se il nuovo art. 2407 c.c. fosse applicabile retroattivamente: cfr. sul punto Cass. 22 gennaio 2026, n. 1390, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2026, p. 385 con commento di G. Ponzanelli, *Alla ricerca della retroattività: responsabilità dei sindaci (L. 35/2025) e T.U.N. (D.P.R. 12/2025)*.

sigliava ai professionisti di accettare la nomina a sindaci soprattutto nelle società piccole e medie ove potenzialmente la crisi economica è più probabile.

Per evitare patologie difensive il legislatore è intervenuto per fissare dei limiti al risarcimento, con chiara deroga ai principi fissati nell'art. 1229 c.c., che colpisce con la sanzione della nullità i patti di esonero e di limitazione della responsabilità in presenza di dolo e colpa grave. Il limite del dolo (di cui, come ben si sa, è quasi impossibile la prova) viene rispettato, ma per la colpa grave del sindaco che non viene tipizzata si prevede una limitazione del risarcimento. La quale pare coerente con le indicazioni anche costituzionalmente rilevanti nella misura in cui la norma di cui all'art. 1229 c.c. vincola inderogabilmente solo l'autonomia privata e non certo il legislatore, proprio in virtù del fatto che il principio di integrale riparazione del danno non trova una adeguata copertura costituzionale in presenza di interessi pubblici che in questo caso devono essere ravvisati nell'esigenza di non esercitare una eccessiva pressione risarcitoria nei confronti dei sindaci, perché verosimilmente si stava già verificando una vera e propria fuga dalla posizione di sindaco.

3. La burocrazia "difensiva": la L. 1/2026

Stessa paura (chiamata in questo caso paura della firma) è capitata ai funzionari pubblici dove la responsabilità per danno erariale è stata profondamente limitata dalla nuova L. 7 gennaio 2026, n. 1.

La nuova legge cambia radicalmente la prospettiva e va chiaramente incontro alle richieste degli impiegati dello Stato di non essere gravati da un eccessivo risarcimento. Insomma, prende corpo e consistenza nella società civile, supportata ovviamente dalle associazioni sindacali degli impiegati dello Stato, e poi conclusivamente nell'ambiente politico, la convinzione che le regole sino ad allora applicate avevano creato una patologia di *overdeterrence,* superando la ragionevole deterrenza strutturalmente presente in qualsiasi tipo di risarcimento. Bisogna cambiare le regole e il cambiamento auspicato non porterà sollievo solo all'intera categoria degli impiegati, ma, più in generale, porrà anche le basi per un'amministrazione meno difensiva, meno attanagliata, cioè, dalla paura della firma.

In breve: non esiste risarcimento se il fatto illecito viene commesso dai funzionari con la sola colpa, esiste risarcimento limitato nella misura del 30% del danno accertato se il fatto illecito viene commesso dai funzionari con colpa grave ed esiste un risarcimento integrale nei casi di dolo. In tal modo il risarcimento, pur qualificato come tale, finisce per diventare una sorta di indennità ed è legittima la domanda su chi si accollerà il settanta per cento del danno che non viene riparato e se questa socializzazione del danno attuata sia o meno compatibile con le linee portanti del nostro sistema, tanto che pare sia stata sollevata questione di costituzionalità di questo assetto.

In ogni caso, la misura del risarcimento potrà essere ancor più ridotta a seguito dell'obbligatorio esercizio del potere riduttivo da parte della Corte dei conti, e in ogni caso non potrà essere superiore al doppio della retribuzione lorda goduta dal funzionario nell'anno di inizio della condotta lesiva causa dell'evento (6).

4. La responsabilità del notaio: le novità del D.L. 12 giugno 2026, n. 100

Dopo il medico, il sindaco e il pubblico funzionario, l'ultimo intervento normativo che ha voluto introdurre uno statuto particolare di responsabilità civile riguarda il notaio, il quale, come è ampiamente noto, è un professionista intellettuale ma anche un pubblico ufficiale.

Nel testo di un decreto legge (12 giugno 2026, n. 100), assieme a norme che fissano le nuove regole in materia di esame di stato e di protezione internazionale, compare anche l'art. 9 che detta una norma in tema di responsabilità professionale del notaio. In essa viene fissato un termine di prescrizione e uno di decadenza.

Si dice che l'azione di responsabilità nei confronti del notaio si prescrive in dieci anni, aggiungendosi che la decorrenza del termine è legata alla conoscibilità del danno da parte del danneggiato, dando così consistenza normativa alla giurisprudenza che aveva chiarito come la prescrizione per poter decorrere implicasse la necessaria conoscenza del danno. Si specifica poi che l'azione di responsabilità professionale «*non può comunque essere esercitata decorsi quindici anni dalla data di compimento della prestazione*».

Un termine di decadenza assolutamente nuovo, mai preso in considerazione nella precedente legislazione e che vuole chiaramente rappresentare una forma di protezione non solo nei confronti del notaio che abbia magari rogitato un atto contenente delle nullità in grado di arrecare un pregiudizio, ma anche nei confronti degli eredi dello stesso notaio. Si guarda però anche ai profili assicurativi visto che la protezione assicurativa normalmente presente è quella della *claims made,* legata quindi alla denunzia del *claim* all'interno del periodo di vigenza contrattuale ma con la previsione di un periodo retroattivo, così da poter soddisfare le indicazioni della Corte di cassazione nella sua ondivaga giurisprudenza sulla legittimità delle *claims made.*

Una norma, questa, in tema di responsabilità notarile che lascia fortemente perplessi e che vuole far uscire dall'area della responsabilità civile momenti della responsabilità notarile.

---

(6) Per un primo commento alla nuova configurazione del danno erariale cfr. G. Ponzanelli, *La "nuova" responsabilità amministrativa per danno erariale: qualche breve commento civilistico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2026, pp. 170 e ss.

5. Brevi conclusioni

L'analisi degli ultimi anni ha rilevato il grande impatto delle regole di responsabilità civile, sicuramente impensabile almeno sino ai tempi in cui il compianto Giovanni Cattaneo scriveva la sua importante monografia proprio sulla responsabilità civile del professionista intellettuale. La responsabilità civile è fortemente cresciuta ed è diventata sempre di più uno strumento di riparazione del danno invece che di sanzione nei confronti di una condotta antigiuridica del danneggiante ed è stato completamente ridimensionato il privilegio di cui godeva il professionista dovuto soprattutto alla complessità dell'attività da lui attuata. Dall'assenza di responsabilità si è passati, nello spazio di una quarantina di anni, ad un eccesso di responsabilità sul professionista intellettuale che ha poi reso necessario l'intervento del legislatore, che normalmente non piace a tanti, perché è il segno evidente che nelle funzioni ascrivibili alla responsabilità civile, che è materia fortemente giurisprudenziale, qualcosa non è andato nel migliore dei modi.

Nel diritto italiano, dalla stagione dell'irresponsabilità del professionista intellettuale si è passati ad una sempre maggiore accentuazione della sua responsabilità civile, che è diventata sempre di più uno strumento di riparazione del danno invece che di sanzione nei confronti di una condotta antigiuridica del danneggiante. Recenti sviluppi anche legislativi dimostrano che nelle funzioni ascrivibili alla responsabilità civile qualcosa non è andato nel migliore dei modi.

In Italian law, there has been a shift from an era in which intellectual professionals were not held liable to one in which their civil liability has been increasingly emphasized; in fact, civil liability has increasingly become a mechanism to repair damages rather than to punish the wrongdoer's unlawful conduct. Recent developments, even in legislation, demonstrate that something has not gone as well as it could have in the functions attributable to civil liability.

Mauro Tescaro
(Università di Verona)

Immissioni: le sfide future per il diritto italiano e il modello brasiliano (*) (**)

Sommario: 1. Introduzione. - **2.** Le tre fasi storiche del diritto delle immissioni. - **3.** La peculiare fase attuale italiana. - **4.** Il modello brasiliano. - **5.** Conclusioni.

1. Introduzione

Il presente lavoro intende tornare sul tema, già affrontato più diffusamente altrove (1), delle immissioni, ovverosia della indiretta e involontaria propagazione di fattori disturbanti tra vicini.

Saranno innanzi tutto riportati sinteticamente gli esiti delle precedenti elaborazioni sulle principali fasi storiche che approssimativamente hanno riguardato questa materia a livello internazionale. Si rammenterà quindi la peculiare posizione attuale dell'ordinamento giuridico italiano in argomento.

Su queste basi, passeremo a considerare pure la disciplina vigente in Brasile, che risulterà idonea a porsi come un modello di riferimento anche per il diritto italiano.

(*) Lo scritto è destinato agli Atti del Seminario internazionale "Persona e ambiente. Prospettive storico-comparative" (Università di Brescia, Dipartimento di Giurisprudenza, in collaborazione con l'"Osservatorio su Persona e famiglia" del Centro di Studi Giuridici Latinoamericani-CSGLA dell'Università di Roma "Tor Vergata", 16 e 17 ottobre 2025).

(**) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

(1) M. Tescaro, In suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*: la resistibile reviviscenza di un'antica massima*, in (*Jus civile*, 2023, pp. 319 e ss., e in) Personae *e* res*. Sistema romano e diritti odierni* - Personae *e* res*. Sistema romano y derechos actuales*, a cura di R. Cardilli, R. Marini e S. Porcelli, in *Roma e America. Collana di studi giuridici latino-americani*, 17, Milano, 2025, pp. 215 e ss.; Id., *As interferências sob a ótica dos remédios jurídicos: uma análise do ponto de vista italiano e europeu*, in *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, 2025, vol. 43, pp. 305 e ss.; nonché, con riguardo a un interessante caso pratico, Id., *Immissioni e tutela della persona*, in *Studium iuris*, 2024, pp. 499 e ss. Ci si permette di rinviare a tali scritti per approfondimenti e ulteriori citazioni su quanto sarà sintetizzato a seguire nei §2 e 3 del presente lavoro.

2. Le tre fasi storiche del diritto delle immissioni

La prima fase del diritto delle immissioni a livello internazionale, che affonda le sue radici nel diritto romano e che si estende indicativamente fino alle soglie della seconda rivoluzione industriale, lascia, nel complesso, trasparire un approccio di intensa protezione, di natura fondamentalmente reale, per l'immesso.

In tale fase, infatti, la tutela contro le immissioni tende a essere configurata come un sottotipo di quella contro gli sconfinamenti nel fondo altrui, con la conseguenza che si prospettano quali soluzioni principali quella *ex ante* della costituzione di una servitù (volontaria o in certi casi coattiva) e quella *ex post* di un'azione di cessazione delle immissioni (le quali, evidentemente, non siano giustificate da una servitù) sul modello dell'*actio negatoria* del diritto romano. Rimane invece marginale la tutela risarcitoria o più in generale pecuniaria, che comunque, se esperibile, normalmente si aggiunge alla principale tutela reale, senza sostituirla.

Nel diciannovesimo secolo avanzato, inizia però a svilupparsi a livello internazionale una seconda fase caratterizzata dalla progressiva affermazione, sempre più in sostituzione della tradizionale *actio negatoria*, della tutela privatistica pecuniaria, risarcitoria e soprattutto indennitaria (2).

Si tratta di un'affermazione progressiva, in quanto all'inizio del processo di industrializzazione il *favor* per le attività produttive, considerati i benefici sociali derivanti dalle stesse, tende a essere ancora più spiccato, traducendosi talvolta in un diniego all'immesso non solo della tutela reale ma anche di quella meno incisiva puramente pecuniaria. Può comunque ragionarsi di una seconda fase del diritto delle immissioni caratterizzata da una impostazione, nel complesso, di maggiore protezione per l'immittente e specialmente per le attività industriali (nonché per altre attività di interesse pubblico a esse parificate), in contrapposizione rispetto alla fase precedente.

Infatti, la tutela pecuniaria, se pure non è escluso che possa talvolta aggiungersi alla tutela reale, finisce in molti casi per sostituirla, ovverosia per giustificare la continuazione di immissioni industriali di notevole consistenza (che come tali secondo l'impostazione tradizionale sarebbero da inibire), sia pure con l'attribuzione all'immesso di un indennizzo (3).

---

(2) Sia pure nell'ambito di una originale ricostruzione teorica, la distinzione tra risarcimento (che presuppone un illecito) e indennizzo da atto lecito, proprio con particolare riguardo al tema delle immissioni, è stata da ultimo ribadita da C. Castronovo, *Una terra di mezzo tra regole di proprietà e regole di responsabilità: l'arricchimento anticipato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2025, pp. 17 e ss.

(3) Soluzioni di tutela puramente pecuniaria sono sovente giustificate in dottrina sulla base dell'idea che chi beneficia di un'attività dovrebbe pagare per i danni che produce, idea questa che viene declinata con specifico riguardo alle immissioni osservando che un simile pagamento dovrebbe gravare sul proprietario il quale da un lato trae dal proprio fondo benefici che il vicino non ottiene e dall'altro lo disturba con modalità con le quali non è da quest'ultimo a sua volta molestato.

Si può infine riscontrare, negli ultimi decenni e pure nel momento attuale, una terza fase del diritto delle immissioni a livello comparatistico (4) caratterizzata prevalentemente dalle tutele pubblicistiche e dalla loro crescente influenza (diretta fondamentalmente a contenere il rimedio inibitorio) sul diritto privato.

La fase in discorso è dominata appunto dal diritto pubblico, i cui parametri divengono vincolanti anche per i rimedi privatistici, con la principale conseguenza che attività industriali o comunque di interesse pubblico che rispettino i citati parametri non possono essere inibite, peraltro salva rimanendo, normalmente (5), la possibilità per l'immesso di ottenere misure precauzionali (ove praticabili) e soprattutto una qualche soddisfazione di tipo pecuniario.

Tale fase si caratterizza così pure per un rafforzamento delle regole privatistiche sul ristoro economico ottenibile dall'immesso, mentre la tradizionale tutela inibitoria rimane confinata all'ipotesi in cui l'attività immissiva non abbia rispettato i parametri del diritto pubblico oppure a quella in cui si tratti di attività per la quale non sono riscontrabili simili parametri.

3. La peculiare fase attuale italiana

Il diritto italiano ha vissuto in pieno le prime due fasi, ma si trova, attualmente, a non avere ancora sviluppato fino in fondo la terza. Gli sforzi di significativa parte del nostro ordinamento giuridico sembrano negli ultimi decenni dedicati piuttosto alla realizzazione di una diversa e peculiare fase, basata sulla tutela anche inibitoria della salute e di altri diritti della personalità attraverso la disciplina civilistica sulle immissioni.

La rilevanza delle norme costituzionali pure per il diritto privato, salvi i vivaci dibattiti ancora in corso sulla sua maggiore o minore estensione (6), è da tempo

(4) Si pensi, per esempio ma non solo, all'attuale formulazione del §906 *BGB*.

(5) Una significativa eccezione – ricorrendo i presupposti della quale l'immesso, qualora l'attività che lo disturba sia stata autorizzata e continui a essere svolta secondo le regole del diritto pubblico, perde pure il diritto a una soddisfazione pecuniaria – sembra ora sancita in Francia – con un ampliamento dell'ambito di applicazione di una simile previsione precedentemente racchiusa nell'art. L. 113-8 del *Code de la construction et de l'habitation* – dal nuovo art. 1253 del *Code civil* (introdotto dalla L. 15 aprile 2024, n. 2024-346 «visant à adapter le droit de la responsabilité civile aux enjeux actuels»), il cui comma 2 stabilisce che la responsabilità da *troubles anormaux de voisinage* «n'est pas engagée lorsque le trouble anormal provient d'activités, quelle qu'en soit la nature, existant antérieurement à l'acte transférant la propriété ou octroyant la jouissance du bien ou, à défaut d'acte, à la date d'entrée en possession du bien par la personne lésée», precisando altresì che «ces activités doivent être conformes aux lois et aux règlements et s'être poursuivies dans les mêmes conditions ou dans des conditions nouvelles qui ne sont pas à l'origine d'une aggravation du trouble anormal». Per approfondimenti, v. in lingua italiana A. Venchiarutti, *Uno sguardo alle riviste francesi di diritto civile. Novità in materia di* responsabilité civile délictuelle, in *Accademia*, 2025, pp. 733 e ss.

(6) Per una sintesi attuale e per ulteriori riferimenti, sia consentito rinviare ad A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, LI[a] ed., a cura di S. Delle Monache, G. Trabucchi, S. Troiano e M.

un dato acquisito in Italia e tramite essa si giustificano da un lato l'affermazione di una prospettiva di fondo personalistica (art. 2 Cost.) e dall'altro una rimeditazione della proprietà nel senso del tendenziale superamento della tradizionale eccezionalità dei limiti gravanti sulla stessa, in ossequio alla sua funzione sociale (art. 42, comma 2, Cost.).

In tema di immissioni, però, ci si è spinti molto avanti nella rilettura della disciplina civilistica in senso costituzionalmente orientato, tanto che un diffuso orientamento afferma senz'altro la preminenza del diritto alla salute anche con riguardo al giudizio di contemperamento con le esigenze della produzione di cui al comma 2 dell'art. 844 c.c., con la conseguenza che immissioni lesive (secondo taluni persino non gravemente) di tale diritto dovrebbero essere senz'altro inibite.

In una delle numerose pronunce di legittimità riconducibili al citato orientamento, infatti, è stato di recente ribadito che «l'art. 844, comma 2, c.c. […] va letto tenendo conto che il limite della tutela della salute è da ritenersi ormai intrinseco nell'attività di produzione, oltre che nei rapporti di vicinato, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata, sicché deve sempre considerarsi prevalente – rispetto alle esigenze della produzione – la soddisfazione di una normale qualità della vita; ne deriva l'esclusione, in tale evenienza, dell'impiego di qualsiasi criterio di contemperamento di interessi contrastanti e di priorità dell'uso» (7).

Nel diritto italiano, si è inoltre da tempo consolidata la tesi secondo cui il superamento dei livelli di accettabilità stabiliti da leggi e regolamenti di ambito pubblicistico determina senz'altro l'illiceità dell'attività immissiva, mentre l'eventuale rispetto di tali limiti non esime dalla valutazione privatistica richiesta dall'art. 844 c.c., ai sensi della quale anche immissioni conformi ai parametri pubblicistici possono essere considerate intollerabili (8).

Tescaro, Milano, 2025, pp. 21 e ss., nonché *amplius* a G. D'Amico, *Diritto privato e Costituzione. Un dialogo necessario ma problematico*, in *Eur. e dir. priv.*, 2025, pp. 387 e ss.

(7) Cass. ord. 14 novembre 2024, n. 29393, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, I, pp. 851 e ss., con nota di M. Scalogna, *Persona e proprietà nella tutela dalle immissioni indirette*.

(8) Tra le tante altre, v. di recente Cass. ord. 10 gennaio 2025, n. 631, in *One legale*, secondo cui, «in tema di immissioni acustiche, la differenziazione tra tutela civilistica e tutela amministrativa mantiene la sua attualità anche a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 6ter del D.L. 208/2008, conv., con modif., dalla L. 13/2009, al quale non può aprioristicamente attribuirsi una portata derogatoria e limitativa dell'art. 844 c.c., con l'effetto di escludere l'accertamento in concreto del superamento del limite della normale tollerabilità, dovendo comunque ritenersi prevalente, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata, il soddisfacimento dell'interesse ad una normale qualità della vita rispetto alle esigenze della produzione (nella specie, la S.C. ha ritenuto non censurabile la valutazione di intollerabilità delle immissioni sonore derivanti dalla circolazione di autoveicoli su un'autostrada, effettuata sulla base del criterio del c.d. "differenziale", di cui all'art. 4, comma 1, del D.P.C.M. 14 novembre 1997, piuttosto che di quelli previsti dalla normativa pubblicistica di cui al D.P.R. 142/2004)».

Sia pure sempre non senza una certa semplificazione, si può dunque affermare che il diritto delle immissioni italiano lascia, nel complesso, trasparire una impostazione di notevole tutela per l'immesso, con un esito paragonabile a quello della prima e più risalente fase storica riscontrabile a livello internazionale, come abbiamo rammentato orientata nella stessa direzione ma per una motivazione assai diversa di ambito squisitamente proprietario.

L'ordinamento giuridico italiano rischia così di tornare, sia pure nella nuova prospettiva della preminente tutela dei diritti della personalità, a un divieto pressoché assoluto di immissioni, specialmente ma non solo industriali, sebbene un simile assetto susciti numerose perplessità, che – senza indugiare sulle critiche già presentate altrove – intendiamo ora affrontare dal particolare punto di vista del confronto con il diritto brasiliano.

4. Il modello brasiliano

Il *Código civil brasileiro* attualmente vigente, quello del 2002, si caratterizza, innanzi tutto, per una disciplina – rispetto all'art. 844 del Codice civile italiano ma anche rispetto ad altre normative nazionali – assai dettagliata, contenuta negli artt. 1277-1279, i quali hanno meglio precisato il succinto art. 554 del precedente Codice del 1916, nel quale si stabiliva semplicemente che «O proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mão uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sonego e a saúde dos que o habitam».

Ciò premesso, le peculiarità fondamentali del diritto brasiliano, specialmente dal punto di vista del confronto con il diritto italiano, sembrano essere quattro.

In primo luogo, mentre l'art. 844 del Codice civile italiano non vi fa alcun cenno, che la tutela della personalità possa talvolta realizzarsi per mezzo di quella proprietaria è esplicitato chiaramente nel *caput* dell'art. 1277 («O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha»), peraltro con una formulazione pressoché identica a quella del previgente art. 554 sopra citato (9) e salve le precisazioni che formuleremo tra breve.

In secondo luogo, sempre a differenza dell'art. 844, il diritto brasiliano esplicita pure la tutela indennitaria in caso di immissioni consentite (si veda special-

(9) L'art. 1277, però, rispetto alla disciplina previgente, reca l'aggiunta del seguente *parágrafo único*: «Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança». Come chiarito dalla dottrina brasiliana, non vi è qui un criterio soggettivo, bensì «a referida tolerância se refere a uma capacidade de suportabilidade de ordem geral» (M. Milagres, *Manual de direito das coisas*, VI ed., Belo Horizonte, 2025, p. 267). Il fondamento di ciò risiede infatti nella «regra geral de que todo direito deve ser exercitado com normalidade» (H. Theodoro Júnior e H. Lanna Figueiredo, *Ações imobiliárias*, Rio de Janeiro, 2026, pp. 123 e ss.).

mente l'art. 1278, su cui avremo modo di tornare subito a seguire) e più in generale valorizza ampiamente i rimedi pecuniari esperibili in quest'ambito, compreso quello risarcitorio in caso di immissioni illecite, come dimostrato da una recente pronuncia del *Superior Tribunal de Justiça* (10) la quale, conformandosi all'orientamento già dominante in dottrina, ragiona della natura senz'altro oggettiva della responsabilità nei rapporti di vicinato.

Ad entrambe le caratteristiche appena segnalate, si collega, in terzo luogo, la più interessante, perlomeno con riguardo al ragionamento svolto in questa sede, previsione brasiliana, ovverosia l'art. 1278, ai sensi del quale «O direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal». Troviamo qui perfettamente chiarita l'idea, come si è veduto centrale nella fase attuale del diritto delle immissioni a livello internazionale, ma non in Italia, secondo cui, se entra in gioco l'interesse pubblico (certamente quello alla produzione industriale, ma non solo), la tutela inibitoria c.d. negativa (cioè l'ordine giudiziale di cessazione dell'attività immissiva) è preclusa, rimanendo esperibile solo quella indennitaria (salva la possibilità di una inibitoria c.d. positiva, ovverosia dell'adozione di eventuali mezzi idonei a contenere, se non escludere, le immissioni nonostante la continuazione dell'attività dalla quale esse provenivano (11)).

Dal punto di vista più generale, in quarto e ultimo luogo, nell'ordinamento giuridico brasiliano, sempre a differenza di quello italiano, non sembrano particolarmente diffuse letture costituzionalmente orientate dirette a reinterpretare o anche solo completare le previsioni codicistiche concernenti le immissioni. Una disciplina così aggiornata e al tempo stesso dettagliata come quella brasiliana, infatti, rende a tacere d'altro inutili simili letture, meglio assicurando, al tempo stesso, la certezza del diritto (12). Ciò è a maggior ragione degno di nota se si considera che nella Costituzione brasiliana del 1988 non mancherebbero elementi astrattamente idonei a fondare una rimeditazione in senso personalistico dei rapporti di vicinato,

(10) *STJ*, *recurso especial* n. 2125459 - *SP* (2023/0393827-4), del 2 aprile 2024, secondo cui, appunto, «no sistema jurídico nacional, à luz do art. 1.277 do CC/2002, vigora nas relações de vizinhança o princípio da responsabilidade objetiva, emergindo o dever de indenizar ou compensar desde que provados a conduta, o dano e o nexo causal».

(11) La base normativa brasiliana, a quest'ultimo riguardo, è l'art. 1279, secondo cui, «Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis». Su quest'ultima previsione e sul suo coordinamento con la «interessante forma de resolução de conflito» contemplata nel precedente art. 1278, v. nella dottrina brasiliana M. Milagres, *op. cit.*, pp. 268 e ss.

(12) Sostanzialmente nello stesso senso, v. anche A. Pereira Santos Rodrigues, *Os remédios jurídicos para as interferências sob a perspectiva do direito italiano e brasileiro*, in *Revista EJEF - Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG*, 2026, in corso di pubblicazione.

tra i quali, in aggiunta ai numerosi riferimenti al diritto alla salute (13), spicca la *função social da propriedade* di cui all'*inciso* XXIII dell'art. 5 (14).

5. Conclusioni

Abbiamo verificato che il diritto brasiliano in materia di immissioni presenta un modello di disciplina pienamente in linea con la tendenza attualmente dominante a livello internazionale e assai chiaramente formulato.

Pertanto, il diritto italiano ben potrebbe prendere spunto da tale modello, sia *de iure condendo* qualora si decida di riformare e auspicabilmente rendere più dettagliato l'art. 844 sia *de iure condito* per meglio orientare letture anche e soprattutto giurisprudenziali che sovente spingono eccessivamente in avanti la tutela dei diritti della personalità. Quest'ultima integra certamente una scelta di fondo innanzi tutto costituzionale da perseguire e incrementare pure in ambito civilistico, ma non dovrebbe giustificare, come dimostrato anche dal confronto comparatistico, la distorsione interpretativa di una disciplina concepita essenzialmente per i rapporti di vicinato.

Ancora una volta, più in generale, l'ordinamento giuridico brasiliano si presenta come uno dei più interessanti da studiare nell'attuale dibattito internazionale, anche ma non solo dal punto di vista italiano (15).

Il diritto brasiliano in materia di immissioni presenta un modello di disciplina pienamente in linea con la tendenza attualmente dominante a livello internazionale e assai chiaramente formulato, da cui il diritto italiano potrebbe prendere spunto.

Brazilian law on nuisances provides a model of legislation fully in line with the current prevailing international trend and is very clearly formulated. Italian law could draw inspiration from it.

(13) Per approfondimenti, v. R.L. Dresch e R. Corrêa Monteiro, *A constitucionalização do direito à saúde e a saúde na Constituição brasileira*, in *200 anos do direito constitucional brasileiro*, a cura di S. Versiani Penna e K. Gonçalves Carvalho, Belo Horizonte, 2025, pp. 839 e ss.

(14) V. *amplius* G.J. de Orleans e Bragança, *O direito de propriedade na história constitucional do Brasil*, in *200 anos do direito constitucional brasileiro*, cit., pp. 165 e ss. e specialmente 184 e ss., secondo il quale, peraltro, le limitazioni alla proprietà positivamente sancite nella legislazione brasiliana dovrebbero considerarsi eccezionali, essendo la proprietà stessa «uma extensão da personalidade». Più in generale sulla costituzionalizzazione del diritto privato in Brasile, v., anche per ulteriori riferimenti, M. Milagres, *O constitucionalismo brasileiro e o direito civil: constitucionalização ou codificação?*, *ivi*, pp. 699 e ss. e specialmente 713, ove si conclude che «o Código Civil deve ser lido e interpretado à luz da Constituição, o que não exclui a efetividade da codificação no seu papel central na disciplina das relações entre particulares».

(15) Proprio in virtù di tale convinzione, è stato tra l'altro realizzato, in collaborazione tra l'Università di Verona e l'*Universidade Federal de Minas Gerais*, l'*Annuario italo-brasiliano di studi giuridici*.

Natália Cristina Chaves,
Luiz Fernando da Silva (*)

L'agricoltore in procedura di risanamento giudiziario e il suo coniuge: dialogo tra il diritto fallimentare in Brasile e il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in Italia (**)

Sommario: 1. Introduzione. - **2.** Il trattamento giuridico del coniuge dell'agricoltore in procedura di risanamento giudiziario in Brasile: note sui regimi patrimoniali: 2.1 Il trattamento non unitario del patrimonio della coppia: la miopia della procedura di risanamento giudiziario con riguardo alle ripercussioni patrimoniali del diritto di famiglia. - **3.** Le *procedure familiari* nella gestione della crisi alla luce del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza:* 3.1 La domanda unica di accesso. - **4.** Il dialogo tra il diritto dell'insolvenza in Brasile e il *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* in Italia. - **5.** Conclusione.

1. Introduzione

In Brasile, la L. 14.112/2020 ha introdotto i §3 e 4 nell'art. 48 della *Lei de Recuperação de Empresas e Falências* (L. 11.101/2005 - *LRF*) (1), avallando l'orien-

(*) Natália Cristina Chaves, Universidade Federal de Minas Gerais; Luiz Fernando da Silva, Universidade Federal de Minas Gerais.
(**) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

(1) «Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I - não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; IV - não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei. [...] §3º Para a comprovação do prazo estabelecido no *caput* deste artigo, o cálculo do período de exercício de atividade rural por pessoa física é feito com base no Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir o LCDPR, e pela Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) e balanço patrimonial, todos entregues tempestivamente. §4º Para efeito do disposto no §3º deste artigo, no que diz respeito ao período em que não for exigível a entrega do

tamento giurisprudenziale precedentemente consolidato in merito ai requisiti per la dimostrazione della durata dell'esercizio regolare dell'attività rurale a carattere imprenditoriale, da parte di persone fisiche, nell'ambito della richiesta di risanamento giudiziario (*recuperação judicial*) (2). A ciò si aggiunge il fatto che, dal punto di vista contabile, trattandosi di una società coniugale, i coniugi possono dichiarare congiuntamente il proprio reddito e il risultato stesso dell'attività economica rurale. In questo contesto, ai fini del risanamento giudiziario, è stata ammessa la pratica del consolidamento, esclusivamente a nome di uno dei coniugi, della relativa documentazione di cui all'art. 51 e ai §3 e 4 dell'art. 48, tutti della *LRF* (3).

LCDPR, admitir-se-á a entrega do livro-caixa utilizado para a elaboração da DIRPF» (L. 9 febbraio 2005, n. 11.101, in *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 febbraio 2005, in *Planalto*).

(2) Nella sentenza relativa al *REsp* n. 1.800.032/MT, la 4ª *Turma* del *Superior Tribunal de Justiça* (relatore: *Ministro* Marco Buzzi; relatore per la sentenza: *Ministro* Raul Araújo; sentenza del 5 novembre 2019, in *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasilia, 10 febbraio 2020) ha affermato che: «Após obter o registro e passar ao regime empresarial, fazendo *jus* a tratamento diferenciado, simplificado e favorecido quanto à inscrição e aos efeitos desta decorrentes (CC, arts. 970 e 971), adquire o produtor rural a condição de procedibilidade para requerer recuperação judicial, com base no art. 48 da Lei 11.101/2005 (LRF), bastando que comprove, no momento do pedido, que explora regularmente a atividade rural há mais de 2 (dois) anos. Pode, portanto, para perfazer o tempo exigido por lei, computar aquele período anterior ao registro, pois tratava-se, mesmo então, de exercício regular da atividade empresarial». Successivamente, la 2ª *Seção* del *Superior Tribunal de Justiça* (*REsp* n. 1.905.573/MT, relatore *Ministro* Luis Felipe Salomão, sentenza del 22 giugno 2022, in *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasilia, 3 agosto 2022) ha sottoposto la questione al procedimento dei ricorsi ripetitivi (*Tema Repetitivo* 1.145), affermando la seguente tesi, già nella vigenza della L. 14.112/2020: «Ao produtor rural que exerça sua atividade de forma empresarial há mais de dois anos é facultado requerer a recuperação judicial, desde que esteja inscrito na Junta Comercial no momento em que formalizar o pedido recuperacional, independentemente do tempo de seu registro».

(3) «Art. 51. A petição inicial de recuperação judicial será instruída com: I - a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira; II - as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais e as levantadas especialmente para instruir o pedido, confeccionadas com estrita observância da legislação societária aplicável e compostas obrigatoriamente de: *a)* balanço patrimonial; *b)* demonstração de resultados acumulados; *c)* demonstração do resultado desde o último exercício social; *d)* relatório gerencial de fluxo de caixa e de sua projeção; *e)* descrição das sociedades de grupo societário, de fato ou de direito; III - a relação nominal completa dos credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, inclusive aqueles por obrigação de fazer ou de dar, com a indicação do endereço físico e eletrônico de cada um, a natureza, conforme estabelecido nos arts. 83 e 84 desta Lei, e o valor atualizado do crédito, com a discriminação de sua origem, e o regime dos vencimentos; IV - a relação integral dos empregados, em que constem as respectivas funções, salários, indenizações e outras parcelas a que têm direito, com o correspondente mês de competência, e a discriminação dos valores pendentes de pagamento; V - certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores; VI - a relação dos bens particulares dos sócios controladores e dos administradores do devedor; VII - os extratos atualizados das contas bancárias do devedor e de suas eventuais aplicações financeiras de qualquer modalidade, inclusive em fundos de investimento ou em bolsas de valores, emitidos pelas respectivas instituições financeiras; VIII - certidões dos cartórios de protestos situados na comarca do domicílio ou sede do devedor

Nonostante tale consolidamento contabile, basato soprattutto su strumenti normativi di natura amministrativa, la *LRF* brasiliana, sia nell'ambito specifico dell'attività rurale, sia in una prospettiva macro, non esime da un trattamento specifico della situazione del coniuge o dell'entità familiare nell'affrontare la crisi economico-finanziaria che, senza dubbio, produce effetti che vanno oltre la persona del debitore. Infatti, nell'ordinamento giuridico brasiliano non esiste una normativa dedicata alle istanze di risanamento giudiziario che coinvolgano coniugi imprenditori, la cui attività economica coinvolga la famiglia.

A prima vista, si potrebbe affermare che, una volta soddisfatti i requisiti dell'art. 48 della *LRF* brasiliana e presentata la documentazione legalmente richiesta, i coniugi potrebbero presentare l'istanza di risanamento con consolidamento processuale (4), in litisconsorzio attivo. Tuttavia, nell'ambito della *LRF* non vi sono indicazioni più precise sul trattamento da riservare alle attività e alle passività della coppia sottoposta a risanamento giudiziario.

In Italia, fino al 2020, lo strumento giuridico disponibile in caso di crisi economico-finanziaria della società coniugale consisteva nell'obbligare i coniugi ad avviare necessariamente due procedimenti di risanamento separati, data l'assenza di una previsione di legge relativa a un procedimento congiunto (5). Tuttavia, con il D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito nella L. 18 dicembre 2020, n. 176, il quadro normativo è cambiato: è stata introdotta nell'ordinamento italiano la disciplina giuridica delle *procedure familiari* ai fini della risoluzione della crisi, incorporata anche nel Codice italiano della crisi d'impresa e dell'insolvenza che, sebbene precedente, è entrato in vigore solo nel 2022 (6).

---

e naquelas onde possui filial; IX - a relação, subscrita pelo devedor, de todas as ações judiciais e procedimentos arbitrais em que este figure como parte, inclusive as de natureza trabalhista, com a estimativa dos respectivos valores demandados; X - o relatório detalhado do passivo fiscal; e XI - a relação de bens e direitos integrantes do ativo não circulante, incluídos aqueles não sujeitos à recuperação judicial, acompanhada dos negócios jurídicos celebrados com os credores de que trata o §3º do art. 49 desta Lei».

(4) «Art. 69-G. Os devedores que atendam aos requisitos previstos nesta Lei e que integrem grupo sob controle societário comum poderão requerer recuperação judicial sob consolidação processual. […]». Si dice "si potrebbe", perché, come verrà illustrato in seguito, la suddetta disposizione di legge disciplina il consolidamento processuale solo nell'ipotesi dei gruppi economici, rendendo difficile, almeno da un punto di vista strettamente giuridico, la presentazione di istanze di risanamento giudiziario con consolidamento processuale in altre situazioni, come quella dei coniugi.

(5) A. Camilletti, *La "familiarità" nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Altalex*, 3 luglio 2024.

(6) È opportuno sottolineare che la disciplina delle *procedure familiari* è stata inizialmente introdotta nel diritto italiano dall'art. 4ter del D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, successivamente convertito nella L. 18 dicembre 2020, n. 176. Quest'ultima ha inserito l'art. 7bis nella L. 3/2012. All'epoca si trattava di una misura di emergenza adottata durante un periodo caratterizzato da successivi rinvii dell'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza italiano (D.Lgs. 14/2019), mediante la quale il legislatore ha anticipato l'applicazione di alcuni istituti, tra cui quello delle

È proprio partendo da questo contrappunto tra il diritto brasiliano e quello italiano, per quanto riguarda, in particolare, la società coniugale in crisi economico-finanziaria, che si sviluppa il presente articolo.

In una prima fase, nel presente studio si esaminano, dal punto di vista del diritto brasiliano, le limitazioni imposte in materia di inclusione del coniuge del debitore nella procedura di risanamento giudiziario, con particolare attenzione al settore rurale. La scelta di concentrarsi su tale settore di attività si giustifica in virtù della normativa più dettagliata relativa alla dimostrazione dei requisiti per la richiesta di risanamento giudiziario da parte dell'imprenditore rurale persona fisica, nonché di una maggiore attenzione da parte della giurisprudenza ai casi pratici riguardanti il produttore rurale, ciò che consente un'analisi più accurata della situazione del coniuge (7). In una seconda fase, dal punto di vista del diritto italiano, si analizza il trattamento giuridico riservato alle *procedure familiari* per la gestione della crisi che colpisce il debitore e i membri del suo nucleo familiare. Tale procedimento è disciplinato dall'art. 66 del Codice italiano della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

In conclusione, si constata che l'omissione legislativa relativa alla regolamentazione unitaria della procedura di risanamento giudiziario per le coppie in crisi economico-finanziaria (qui analizzata dal punto di vista dell'attività rurale), nell'ambito del diritto brasiliano, trova nel Codice italiano della crisi d'impresa e dell'insolvenza un primo passo normativo che può fungere da ispirazione per l'attività *de lege ferenda* brasiliana.

In questa sede, tuttavia, le espressioni «consolidamento processuale» e «litisconsorzio attivo» sono impiegate, con riferimento all'esperienza italiana, soltanto in senso descrittivo e funzionale: esse appartengono alla dogmatica brasiliana e non identificano categorie direttamente sovrapponibili alle procedure familiari di cui all'art. 66 CCII.

---

procedure familiari. Con l'entrata in vigore del Codice della crisi, il 15 luglio 2022, la disciplina è stata definitivamente incorporata nel suo testo, passando a essere contenuta nel suo art. 66. Sul citato Codice, v. anche per ulteriori riferimenti A. Maffei Alberti, M. Speranzin, *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, 8ª ed., Milano, 2025, *passim*.

(7) A questo proposito, è fondamentale sottolineare che, nel citato *REsp* n. 1.800.032/MT, è stata approfondita la situazione del coniuge e del suo partner. Infatti: «curioso mencionar que, no Brasil, o marco na história da recuperação do produtor rural aconteceu com o emblemático caso Pupin, envolvendo os produtores José Pupin e Vera Lúcia Camargo Pupin. Frente a um vultoso passivo em nome das pessoas físicas, o "Rei do Algodão" e sua esposa distribuíram dois pedidos recuperacionais: em 2015 e 2017. A primeira ação trouxe à tona a questão da necessidade do registro na Junta Comercial e do biênio. A segunda, por sua vez, elucidou o dilema dos créditos anteriores à inscrição do empresário rural estarem ou não sujeitos ao procedimento» (A.C. Furlan, *Os desafios da recuperação judicial do produtor rural*, in *Revista Semestral de Direito Empresarial*, n. 34, 2024, p. 186).

2. Il trattamento giuridico del coniuge dell'agricoltore in procedura di risanamento giudiziario in Brasile: note sui regimi patrimoniali

La *LRF* brasiliana non disciplina la gestione collaborativa dell'impresa da parte di membri della stessa famiglia, nonostante l'eventuale comunicabilità patrimoniale che il diritto di famiglia possa attribuire alla materia. Al contrario, nel disciplinare il consolidamento processuale, al §1 dell'art. 69-G si stabilisce che «cada devedor apresentará individualmente a documentação exigida no art. 51 desta Lei», il che indica una tendenza a scoraggiare il trattamento congiunto della questione, in generale (8).

Sulla stessa linea, il *Conselho Nacional de Justiça do Brasil* (*CNJ*), tramite il provvedimento n. 216 del 9 marzo 2026, ha disposto, all'articolo 6, *caput*, che i «produtores rurais poderão requerer recuperação judicial sob a forma de consolidação processual [...], desde que apresentem, individualmente, a documentação exigida no art. 51 da Lei 11.101/2005», essendo necessario soddisfare, «de forma cumulativa, os requisitos previstos nos §2 e 3 do art. 48 do mesmo diploma legal» (9). Più avanti, all'art. 10, §2, della stessa normativa, il *CNJ* stabilisce che, nell'accertamento preliminare, il perito debba verificare se, effettivamente, il debitore eserciti l'attività rurale (10), evidenziando una valutazione individuale dei requisiti per la richiesta di risanamento giudiziario, anche se nel contesto familiare.

---

(8) In tal senso: «O requerimento de recuperação judicial, sob o regime de consolidação processual, pressupõe que todos os litisconsortes atendam aos requisitos de ordem subjetiva e objetiva exigidos pela Lei n. 11.101/2005. Cada sociedade deverá individualmente apresentar a documentação necessária ao processamento da recuperação judicial (*caput* e §1 do art. 69-G e art. 51), providência que garante segurança ao procedimento, na medida em que poderá o juiz excluir do feito uma ou mais sociedades que não atendam aos requisitos, por exemplo, de legitimação ativa (art. 48), sem falar no fato de que a consolidação processual não obsta que apenas algumas sociedades obtenham a recuperação judicial e outras tenham a falência decretada, o que ocasiona o desmembramento dos respectivos processos. Por isso, impõe-se que a análise da documentação seja realizada individualizadamente, pois os efeitos são, em princípio, individuais» (S. Campinho, *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa*, XII ed., San Paolo, 2022, p. 151). Si veda inoltre: «1. Inexiste legitimidade ativa *ad causam* do cônjuge para postular direito personalíssimo relacionado ao processamento de recuperação judicial em favor do consorte. 2. Na recuperação judicial em consolidação processual, cada litisconsorte deve comprovar individualmente os requisitos do art. 48 da Lei 11.101/2005, não sendo suprida tal exigência pela comunicabilidade patrimonial decorrente do regime matrimonial. 3. A intempestividade na entrega das declarações de imposto de renda constitui descumprimento insanável do art. 48, §3, da Lei 11.101/2005, inviabilizando o deferimento da recuperação judicial de produtor rural pessoa física». (Mato Grosso, *TJMT*, 5ª *Câmara de Direito Privado*, *Agravo de Instrumento* n. 1011551-06.2025.8.11.0000, relatore *Des.* Luiz Octavio Oliveira Saboia Ribeiro, sent. 10 giugno 2025, in *Diário da Justiça Eletrônico*, Cuiabá, 23 giugno 2025).
(9) *Conselho Nacional de Justiça*, *Provimento* del 9 marzo 2026, n. 216, Brasilia, 2026, in *CNJ*.
(10) «Art. 10, §2. O perito deverá constatar se de fato o devedor exerce a atividade rural pessoalmente, sendo vedada a concessão de tal benefício legal àqueles que apenas arrendam terras agrícolas

Andando nella direzione opposta, la *Secretaria da Receita Federal*, all'art. 15 dell'*Instrução Normativa SRF* n. 83/2001 (11), nel trattare l'imposta sul reddito e, quindi, in una prospettiva più ampia, stabilisce la possibilità di una dichiarazione congiunta da parte dei coniugi, relativa al reddito derivante dall'attività agricola (12). Analogamente, negli artt. 5, 7 e 57 del *Decreto* 9.580/2018 (13), viene conferita alla coppia la stessa facoltà (14), oltre alla possibilità espressa di accertamento e tassazione congiunti (15).

Come si può constatare, i contorni di un litisconsorzio attivo tra i coniugi, con la possibilità di presentare congiuntamente parte della documentazione e di soddisfare i requisiti per la presentazione di una domanda di risanamento giudiziario, lungi dall'essere previsti dalla *LRF* brasiliana, che è legge ordinaria, si trovano soprattutto in strumenti di natura amministrativa.

Nonostante gli orientamenti relativi agli aspetti contabili, la *LRF* brasiliana rimane ancora miope riguardo alle ripercussioni patrimoniali prodotte dalle norme imperative del diritto di famiglia. Infatti, in questo microsistema giuridico, si trascura il fatto che, a seconda del regime patrimoniale adottato dai coniugi durante il matrimonio, la comunione dei beni comporta immediate conseguenze giuridiche nella gestione della crisi (16).

---

ou participam de sociedades de exploração rural, sem exercerem pessoalmente, sob risco próprio, a atividade rural».

(11) *Secretaria da Receita Federal*, *Instrução Normativa* n. 83, dell'11 ottobre 2001, in *Diário Oficial da União*, Brasilia, 16 ottobre 2001, in *Receita Federal*.

(12) «Art. 15. O resultado da atividade rural produzido em unidade rural comum ao casal, em decorrência do regime de casamento, deve ser apurado e tributado pelos cônjuges proporcionalmente à sua parte. Parágrafo único. Opcionalmente, o resultado da atividade rural comum pode ser apurado e tributado em sua totalidade na declaração de um dos cônjuges».

(13) *Decreto* 22 novembre 2018, n. 9.580, in *Diário Oficial da União*, Brasilia, 23 novembre 2018, in *Planalto*.

(14) «Art. 5. Na constância da sociedade conjugal, cada cônjuge terá seus rendimentos tributados na proporção de (Lei 10 de janeiro de 2002, n. 10.406 – Código Civil, art. 1.511 e art. 1.639 ao art. 1.641): […] §1 Opcionalmente, os rendimentos produzidos pelos bens comuns poderão ser tributados, em sua totalidade, em nome de um dos cônjuges». «Art. 7. Os cônjuges poderão optar pela tributação em conjunto de seus rendimentos, inclusive quando provenientes de bens gravados com cláusula de incomunicabilidade ou inalienabilidade, da atividade rural e das pensões de que tiverem gozo privativo».

(15) «Art. 57. O resultado auferido em unidade rural comum deverá ser apurado e tributado pelos cônjuges ou pelos companheiros proporcionalmente à sua parte. Parágrafo único. Opcionalmente, o resultado poderá ser apurado e tributado em conjunto na declaração de um dos cônjuges ou dos companheiros».

(16) «Antes de responder, convém deixar claro que o casamento instaura entre os cônjuges uma sociedade de natureza econômica. Isto pode não ser o fim a que visam, nem será, frequentemente, aquilo sobre que mais pensaram ou sobre que mais falaram antes de se terem decidido pelo casamento. É certo, contudo, que duas ou mais pessoas que vivem juntas, moram na mesma casa, comem da mesma despensa, assentam-se à mesma mesa, assistem-se mutuamente em suas necessidades, formam, quer queiram, quer não queiram, uma sociedade de cunho patrimonial. […]

Nel diritto brasiliano, il Codice Civile enuncia quattro regimi patrimoniali, sebbene esista la possibilità che, tramite patto prematrimoniale, i coniugi, nell'esercizio della loro autonomia privata, stabiliscano le proprie regole patrimoniali (17). I regimi tipici, previsti nel Titolo II (Diritto patrimoniale) del Libro IV (Diritto di famiglia), sono la comunione universale (articoli da 1.667 a 1.671), la comunione parziale (articoli da 1.658 a 1.666), la separazione dei beni (articoli da 1.687 a 1.688) e la partecipazione finale agli acquisti (articoli da 1.672 a 1.686).

In materia di comunione universale, l'art. 1.667 del Codice Civile brasiliano stabilisce la «comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas», fatte salve le eccezioni previste dall'art. 1.668 (18). A questo proposito, Clóvis Beviláqua spiega che «realmente, a comunhão de bens unifica o patrimônio dos cônjuges, ou totalmente, formando com eles um acervo, sob a propriedade e posse indivisas de ambos, quando é universal, ou limitadamente, abrangendo somente certa classe de bens, quando é parcial» (19).

In materia di comunione parziale (20), coesistono due patrimoni: un patrimonio particolare, costituito dai beni acquisiti prima del matrimonio, da quelli derivanti da donazione, successione o loro sostituti e dai beni espressamente esclusi dalla comunicabilità (21); e un altro patrimonio comune, costituito dal patrimonio acquisito a titolo oneroso durante il matrimonio (22).

No casamento é, em princípio, a mesma coisa. Existe, à maneira do contrato social dos empreendimentos econômicos, também um contrato patrimonial entre marido e mulher. Este contrato é chamado regime de bens». (J.B. Villela, *O casamento entre o sonho e a realidade*, in *João Baptista Villela: obra selecionada*, a cura di J.C. Faria, E.A. Marx Neto, E.C. Gomes e J.V. Froes, San Paolo, 2023, pp. 318 e ss.).

(17) «Art. 1.655. É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei».

(18) «Art. 1.668. São excluídos da comunhão: I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659».

(19) C. Beviláqua, *Direito de Família*, Rio de Janeiro, 1976, p. 186.

(20) «Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial».

(21) «Art. 1.659. Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III - as obrigações anteriores ao casamento; IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes».

(22) «Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes". Já o art. 1.659 do mesmo Diploma dispõe: "Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em

In materia di amministrazione, ai due regimi viene riservato lo stesso trattamento (23). In tal senso, l'art. 1.663 del Codice Civile brasiliano dispone che «a administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges», in modo tale che «as dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido». Successivamente, nell'art. 1.664, si stabilisce che «os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal» (24).

A rigore, indipendentemente da chi abbia personalmente assunto gli obblighi, entrambi ne rispondono in solido (25). Vi è, pertanto, un trattamento indiviso per quanto riguarda le attività e le passività che compongono la comunione coniugale, incluse, in questo caso, le obbligazioni derivanti dall'esercizio dell'attività agricola in forma collaborativa, non in virtù del diritto dell'esecuzione civile in sé, ma come conseguenza della comunicabilità patrimoniale prodotta dalla situazione coniugale. Ciò è accentuato, inoltre, dalla consapevolezza che lo sforzo comune che giustifica la presunzione legale può essere diretto o indiretto, vale a dire «com colaboração econômica para aquisição do bem ou com o suporte doméstico e familiar para que o outro tenha condições de se dedicar à carreira e prosperar profissionalmente» (26).

Per quanto riguarda la separazione dei beni e la partecipazione finale agli acquisti, in cui si verifica una presunta separazione patrimoniale (27), non sussiste

---

seu lugar; II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III - as obrigações anteriores ao casamento; IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes».

(23) «Art. 1.670. Aplica-se ao regime da comunhão universal o disposto no Capítulo antecedente, quanto à administração dos bens».

(24) Ovviamente, «os bens do outro cônjuge respondem no limite do proveito que a gestão tiver lhe gerado e, se não tiver proveito algum, nem sua meação nem seus bens particulares respondem. Os bens particulares só são atingidos quando o proprietário é o causador da dívida. A meação é exceção de defesa via embargos de terceiro, excluindo apenas o equivalente à metade do saldo da alienação do bem, sendo o bem particular de quem não administra, integralmente preservado» (G. Tepedino, A.C.B. Teixeira, *Fundamentos do direito civil: direito de família*, III ed., Rio de Janeiro, 2022, p. 141).

(25) In questo senso, v.: *STJ*, 4ª *Turma*, *AgInt no AREsp* n. 2.341.600/SP, relatore *Min.* João Otávio de Noronha, sentenza del 24 novembre 2025, in *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasilia, 28 novembre 2025; *STJ*, 3ª *Turma*, *REsp* n. 2.195.589/GO, relatore *Min.* Nancy Andrighi, sentenza del 7 ottobre 2025, in *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasilia, 13 ottobre 2025.

(26) G. Tepedino, A.C.B. Teixeira, *op. cit.*, p. 125.

(27) Per quanto riguarda la separazione obbligatoria dei beni (non convenzionale), imposta dal legislatore nei casi di matrimonio in violazione delle cause sospensive (art. 1.523 del Codice Civile brasiliano), di matrimonio di coloro che dipendono da un'autorizzazione giudiziaria a tal fine (art. 1.517, *parágrafo único*, e art. 1.631, *parágrafo único*, del Codice Civile brasiliano) e al matrimonio contratto quando

un esercizio congiunto di attività rurale da parte dei coniugi che lasci spazio a una prova documentale congiunta. A tal proposito, l'art. 1.687 del Codice Civile brasiliano stabilisce che i beni «permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real».

Per quanto riguarda il regime della partecipazione finale agli acquisti, l'art. 1.672 del Codice Civile brasiliano stabilisce che «cada cônjuge possui patrimônio próprio […] e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento». Ancora una volta, emerge la separazione patrimoniale, ulteriormente rafforzata dall'art. 1.673, *parágrafo único*, del Codice Civile brasiliano (28).

Considerando la comunicabilità o l'incomunicabilità patrimoniale imposta dal regime patrimoniale adottato nell'ambito della comunione dei beni, si discute se sia possibile o meno includere i coniugi degli agricoltori persone fisiche nella parte attrice del giudizio sulla crisi, in litisconsorzio attivo.

Già prima dell'entrata in vigore della L. 14.112/2020, la questione era emersa nelle Corti statali brasiliane (29). Nel vigore invece della suddetta legge, il *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*, nell'ambito dell'*Agravo de Instrumento* n. 4105607-57.2024.8.13.0000, ha affrontato la controversia (30). Con una posizione prevalente, ha reso più flessibile il requisito della prova individualizzata dei requisiti per la richiesta di risanamento giudiziario unificato, superando il *modelo familiar de gestão conjunta*, nozione questa, peraltro assente nella *LRF* brasiliana. Anche nell'*Agravo de Instrumento* n. 8077755-12.2024.8.05.0000, la 2ª *Câmara Cível* del *Tribunal de Justiça do Estado da Bahia* ha ammesso la prova documentale congiunta da parte dei coniugi, sulla base della *condição de dependência* (31) persistente tra loro.

---

uno dei contraenti ha più di 70 anni (art. 1.641 del Codice Civile brasiliano), la dottrina sintetizza: «O STJ tem se manifestado *i)* tanto pelo reconhecimento do esforço comum empreendido nas hipóteses de separação obrigatória, mitigando-se a presunção contida na construção sumulada *ii)* quanto pela desnecessidade da prova do esforço comum para que haja a partilha de bens. Sob o prisma da primeira posição *i)*, a Súmula 377 do STF vem sendo revisitada pelo STJ, prevalecendo o entendimento de que a comunhão de bens adquiridos pode ocorrer, desde que comprovado o esforço comum, de modo a prestigiar a eficácia do regime de separação (legal) de bens» (G. Tepedino, A.C.B. Teixeira, *op. cit.*, p. 121).

(28) «Art. 1.673. Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento. Parágrafo único. A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis».

(29) A tal proposito, a titolo esemplificativo, v.: *Mato Grosso do Sul*, *TJMS*, 3ª *Câmara Cível*, *Agravo de Instrumento* n. 1409470-65.2020.8.12.0000, relatore *Des.* Claudionor Miguel Abss Duarte, sentenza del 24 agosto 2020, in *Diário da Justiça Eletrônico*, Campo Grande, 28 agosto 2020.

(30) V. *Minas Gerais*, *TJMG*, 16ª *Câmara Cível Especializada*, *Agravo de Instrumento* n. 4105607-57.2024.8.13.0000, relatore *Des.* Tiago Gomes de Carvalho Pinto, sentenza del 23 aprile 2025, in *Diário da Justiça Eletrônico*, Belo Horizonte, 9 maggio 2025.

(31) A questo proposito, v.: *Bahia*, *TJBA*, 2ª *Câmara Cível*, *Agravo de Instrumento* n. 8077755-12.2024.8.05.0000, relatore *Des.* Paulo Alberto Nunes Chenaud, sent. 9 settembre 2025, in *Diário da Justiça Eletrônico*, Salvador, 9 settembre 2025.

Andando oltre, il *Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso*, nell'*Agravo de Instrumento* n. 1020314-93.2025.8.11.0000, ha richiamato l'attenzione sulle *conseguenze pratiche* del rigetto della richiesta di risanamento giudiziario presentata dalla coppia di agricoltori, in litisconsorzio attivo. Mentre per l'agricoltore in regime di risanamento giudiziario il recupero dei debiti sarebbe sospeso, in virtù dello *stay period*, il coniuge continuerebbe a subire esecuzioni autonome (32). A sua volta, la 2ª *Câmara de Direito Comercial* del *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*, nell'ambito dell'*Agravo de Instrumento* registrato con il n. 5034173-48.2025.8.24.0000, ha riconosciuto l'*atividade rural do núcleo familiar* (33).

È evidente che l'argomentazione sostenuta dalle corti statali brasiliane, ancora in attesa di un esame più approfondito da parte del *Superior Tribunal de Justiça* (*STJ*) al momento della stesura del presente articolo, fa riferimento ai concetti di *modelo familiar* di *gestão conjunta*, *condição de dependência* del coniuge, *consequência prática* del regime patrimoniale e *atividade rural* del *núcleo familiar*. Nonostante la lodevole comprensione giurisprudenziale brasiliana in materia, nessuno di questi concetti così elaborati trova una corrispondente previsione nella *LRF*.

2.1 Il trattamento non unitario del patrimonio della coppia: la miopia della procedura di risanamento giudiziario con riguardo alle ripercussioni patrimoniali del diritto di famiglia

L'assenza di una previsione legale, nella *LRF* brasiliana, ai fini del trattamento del patrimonio coniugale in situazioni di crisi economico-finanziaria, sia nell'ambito dell'azienda rurale sia in altri settori dell'economia, porta a sentenze sia favorevoli sia sfavorevoli all'unificazione della disciplina, ostacolando, in quest'ultimo caso, la garanzia delle ripercussioni del risanamento giudiziario nella sfera giuridica del coniuge. Pertanto, per quanto riguarda la società coniugale, rimane indefinita l'esatta regolamentazione da applicare all'insieme delle attività e delle passività.

Senza ombra di dubbio, il regime patrimoniale ha un impatto rilevante. Se sussiste la presunzione di separazione patrimoniale tra i coniugi, è assodato che ciascuno di essi sia trattato individualmente, nonostante l'esistenza della società coniugale; pertanto, in tal caso, i coniugi devono presentare un proprio elenco dei creditori e un proprio piano di risanamento giudiziario, indipendentemente dal settore di attività economica in questione. In caso di comunione dei beni, il dirit-

(32) *Mato Grosso*, *TJMT*, 4ª *Câmara de Direito Privado*, *Agravo de Instrumento* n. 1020314-93.2025.8.11.0000, relatore *Des.* Rubens de Oliveira Santos Filho, sent. 15 ottobre 2025, in *Diário da Justiça Eletrônico*, Cuiabá, 22 ottobre 2025.
(33) V. *Santa Catarina*, *TJSC*, 2ª *Câmara de Direito Comercial*, *Agravo de Instrumento* n. 5034173-48.2025.8.24.0000, relatore *Des.* Marcelo Pons Meirelles, sent. 9 settembre 2025, in *Diário da Justiça Eletrônico*, Florianópolis, 10 settembre 2025.

to sostanziale di famiglia prevede un trattamento giuridico congiunto e indiviso per quanto riguarda i beni e i debiti che fanno parte della comunione dei coniugi. Non importa quale dei coniugi abbia assunto gli obblighi, poiché entrambi ne rispondono con il patrimonio comune.

Le norme di diritto di famiglia che disciplinano tali regimi dovrebbero comportare l'esigenza di un trattamento unitario del patrimonio in comunione, cosa che il *Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso*, nella sentenza relativa al citato *Agravo de Instrumento* n. 1020314-93.2025.8.11.0000, ha indicato come *consequência prática*.

Da un punto di vista pragmatico, gli effetti di tale trattamento unitario sarebbero simili a quelli del consolidamento sostanziale previsto dall'art. 69-J della *LRF* brasiliana per i gruppi di società (34). Tuttavia, sebbene possa effettivamente esserci un'interconnessione e una confusione tra le attività e le passività della coppia che esercita un'attività economica in base alle norme del diritto di famiglia, che presentano caratteristiche proprie del consolidamento sostanziale, la *LRF* brasiliana non disciplina una tale ripercussione economica.

Le disposizioni sostanziali del diritto civile sembrano orientare verso un trattamento unitario delle attività e delle passività dei coniugi, nei casi di comunione dei beni, nell'ambito della procedura di risanamento giudiziario. Nel settore dell'attività agricola, tale interpretazione è rafforzata dalle norme della *Secretaria da Receita Federal*, nonché dalla disciplina in materia di imposta sul reddito e sui proventi di qualsiasi natura. Tale conclusione, tuttavia, non trova riscontro nella *LRF* brasiliana, che tace completamente in materia. Nonostante la giurisprudenza suggerisca l'opportunità dell'unificazione, in considerazione delle ripercussioni giuridiche del risanamento giudiziario sul patrimonio dell'agricoltore e, inevitabilmente, su quello del coniuge, sussiste una lacuna normativa. Alla luce di ciò, le innovazioni introdotte nel quadro normativo italiano in materia di crisi offrono un'ispirazione legislativa non solo per questo settore – in cui le implicazioni della comunione sono più facilmente contestate e discusse nella giurisprudenza brasiliana – ma anche per le altre attività in generale.

(34) «Art. 69-J. O juiz poderá, de forma excepcional, independentemente da realização de assembleia-geral, autorizar a consolidação substancial de ativos e passivos dos devedores integrantes do mesmo grupo econômico que estejam em recuperação judicial sob consolidação processual, apenas quando constatar a interconexão e a confusão entre ativos ou passivos dos devedores, de modo que não seja possível identificar a sua titularidade sem excessivo dispêndio de tempo ou de recursos, cumulativamente com a ocorrência de, no mínimo, 2 (duas) das seguintes hipóteses: I - existência de garantias cruzadas; II - relação de controle ou de dependência; III - identidade total ou parcial do quadro societário; e IV - atuação conjunta no mercado entre os postulantes».

3. Le *procedure familiari* nella gestione della crisi alla luce del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*

Con il D.Lgs. n. 14(35), il sistema fallimentare italiano ha subito, nel gennaio 2019, con entrata in vigore a partire dal luglio 2022, una profonda riforma, con l'abrogazione della precedente legge, in vigore dal 1942 (L. 267/1942) (36). È noto che i lavori per l'elaborazione della nuova normativa sono iniziati nel 2015, con l'istituzione di una commissione speciale, e che è stato condotto un ampio studio di diritto comparato, finalizzato all'introduzione delle migliori pratiche nell'ordinamento giuridico nazionale (37). Nell'ambito della più specifica L. 3/2012 (38), denominata comunemente *legge salva suicidi*, incentrata su questioni quali l'usura, l'estorsione e la risoluzione delle crisi di sovraindebitamento dei debitori persone fisiche non soggetti alla L. 267/1942, il legislatore aveva concepito l'intero sistema normativo in funzione dell'indebitamento di un soggetto isolato, singolo, senza considerare che eventuali situazioni di crisi potessero coinvolgere coppie o, addirittura, intere famiglie (39).

Si constata, in tal senso, che, prima della modifica legislativa su cui ci soffermeremo, era frequente che una richiesta di accesso a una procedura di risanamento presentata dal debitore coniugato fosse sottoposta all'esame del relativo organo giurisdizionale e che, pur essendo accolta, non risolvesse il problema pratico della famiglia come nucleo, poiché un coniuge veniva esonerato dal debito, mentre l'altro rimaneva indebitato (40).

In assenza di disposizioni legislative in materia, la strategia giuridica consisteva generalmente nel fatto che i coniugi intentassero due cause separate dinanzi all'organo giurisdizionale e, successivamente, richiedessero l'unione dei fascicoli, dimostrando l'origine comune dei debiti. Alcuni tribunali ammettevano la riso-

(35) D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

(36) A differenza di quanto avviene in Brasile, dove la *LRF* è specificamente rivolta al debitore imprenditore individuale e alla società commerciale, il Codice italiano della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha una portata più ampia, in quanto comprende, ai sensi del suo art. 1, «le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici».

(37) E.O. Agustinho, *A necessária estrutura de incentivos indutora da mudança cultural sobre o insucesso empresarial como pressuposto para que os mecanismos de pré-insolvência possam ampliar o seu papel de instrumentos aptos ao tratamento tempestivo dos riscos da crise: uma análise a partir das expectativas trazidas pelo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, na Itália*, in *A nova recuperação extrajudicial: análise e configurações da doutrina e prática nos Tribunais*, a cura di J. Biolchi e A.C.N. Melo, Curitiba, 2024, pp. 211 e ss.

(38) L. 27 gennaio 2012, n. 3.

(39) A. Camilletti, *op. cit.*

(40) A. Camilletti, *op. cit*.

luzione congiunta della crisi familiare, mentre altri la negavano. Talvolta le decisioni valorizzavano l'origine comune del debito e la sua natura eminentemente familiare, poiché riguardava entrambi i coniugi; altre volte le decisioni trattavano la questione come un mero espediente di economia processuale (41). Sebbene il trattamento congiunto potesse già essere sostenuto anche prima della modifica legislativa, la sua codificazione è stata ritenuta opportuna al fine di evitare dubbi e interpretazioni divergenti, riscontrati durante il periodo di vigenza della L. 3/2012 (42), su questa materia (43).

Nel titolo IV del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, denominato *Strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, nel Capo II –*Procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, nella Sezione I – *Disposizioni di carattere generale*, l'art. 66 disciplina ora le *procedure familiari*. Contenute nelle disposizioni di carattere generale concernenti le procedure di sovraindebitamento (44), le *procedure familiari* possono essere applicate alle tre diverse modalità "minori" (45)

(41) A. Camilletti, *op. cit*.

(42) A. Fabbi, *Commento agli artt. 65-66. Procedure di risoluzione della crisi da sovraindebitamento e procedure familiari*, in *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di F. Santangeli, Milano, 2023, pp. 467 e ss.

(43) L'art. 390 del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza,* relativo alla *disciplina transitoria*, stabilisce che: «1. I ricorsi per dichiarazione di fallimento e le proposte di concordato fallimentare, i ricorsi per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, per l'apertura del concordato preventivo, per l'accertamento dello stato di insolvenza delle imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa e le domande di accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento depositati prima dell'entrata in vigore del presente decreto sono definiti secondo le disposizioni del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, nonché della L. 27 gennaio 2012, n. 3. 2. Le procedure di fallimento e le altre procedure di cui al comma 1, pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché le procedure aperte a seguito della definizione dei ricorsi e delle domande di cui al medesimo comma sono definite secondo le disposizioni del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, nonché della L. 27 gennaio 2012, n. 3. 3. Quando, in relazione alle procedure di cui ai commi 1 e 2, sono commessi i fatti puniti dalle disposizioni penali del Titolo VI del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, nonché della Sezione III del Capo II della L. 27 gennaio 2012, n. 3, ai medesimi fatti si applicano le predette disposizioni».

(44) La definizione di *sovraindebitamento* è contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. *c)*, del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* italiano, ovverosia: «sovraindebitamento: lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start-up innovative di cui al D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza».

(45) Le tre diverse modalità sono: il *piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore* (artt. 67-73), il *concordato minore* (artt. 74-83) e la *liquidazione controllata del sovraindebitamento* (artt. 268-277). Il *piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore* è uno strumento di risanamento a disposizione del consumatore, persona fisica, con una buona storia creditizia, che non dipende dal consenso o dal voto dei creditori; i requisiti oggettivi, oltre alla condizione di consumatore, sono lo stato di sovraindebitamento derivante da debiti a fini personali, il fatto di non essere soggetto a liquidazione giudiziaria, né a liquidazione coatta amministrativa né ad altri procedimenti liquida-

e all'esdebitazione dell'incapace, assumendo forme distinte a seconda dello strumento a cui si ricorre (46). Infatti, l'art. 66 produce effetti sia sulle disposizioni di carattere sostanziale dei procedimenti disciplinati dal *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, sia sulle disposizioni di carattere processuale contenute nella disciplina generale in materia di incompetenza (47) e competenza (48).

L'art. 66 è composto da cinque commi. Ad eccezione dell'ultimo, che riguarda la remunerazione dell'organo gestore (denominato *organismo di composizione della crisi* - OCC), i primi tre commi si riferiscono alla domanda unitaria di accesso e disciplinano i requisiti soggettivi e oggettivi, codificando anche la regola della separazione tra le masse attive e passive di ciascun richiedente, nonostante il litisconsorzio attivo. Il comma 4, a sua volta, ha natura processuale e disciplina l'ipotesi in cui vengano presentate più domande autonome e distinte, ma da membri della stessa famiglia (49).

---

tori per ipotesi di crisi o insolvenza (Trib. Como, sez. fall., 2026, *Piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore ex artt. 67 e ss. CCII e contestuale istanza di sospensione della procedura esecutiva n. 194/2021 RGE*, ricorrente: Giuseppe Merolli, documento processuale). Il *concordato minore*, invece, è destinato a liberi professionisti, piccoli imprenditori, imprenditori agricoli e *startup* innovative non soggetti a liquidazione giudiziale – previa, tuttavia, l'approvazione dei creditori) (G. Monardo, *Piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore 2026: cosa fare e come con l'avvocato specializzato*, in *Avvocati Cartelle Esattoriali*, 25 gennaio 2026). Infine, la *liquidazione controllata del sovraindebitamento* è una procedura paragonabile alla liquidazione giudiziale, destinata alla liquidazione del patrimonio di consumatori, liberi professionisti, imprenditori agricoli, piccole imprese, *startup* innovative e qualsiasi altro debitore non soggetto a liquidazione giudiziale, in situazione di crisi o di insolvenza. La procedura è semplificata rispetto a quella prevista per la liquidazione giudiziale (A. Marra, *Liquidazione controllata del sovraindebitamento*, in *Altalex*, 8 ottobre 2019).

(46) A. Mancini, *Le procedure familiari nel sovraindebitamento dopo il Correttivo Ter*, in *Il caso.it*, 10 novembre 2025.

(47) L'art. 29, inserito nel *Titolo III - Procedimento per la regolazione giudiziale della crisi e dell'insolvenza*, *Capo II - Competenza*, dispone: «Art. 29. Incompetenza. 1. Il tribunale decide con ordinanza quando dichiara l'incompetenza. L'ordinanza è trasmessa in copia al tribunale dichiarato competente, unitamente agli atti del procedimento. 2. Il tribunale dichiarato competente, se non richiede d'ufficio il regolamento di competenza ai sensi dell'art. 45 del codice di procedura civile, dispone la prosecuzione del procedimento pendente, dandone comunicazione alle parti. 3. Quando l'incompetenza è dichiarata all'esito del giudizio di cui all'art. 51, il reclamo, per le questioni diverse dalla competenza, è riassunto, a norma dell'art. 50 del codice di procedura civile, dinanzi alla corte di appello competente».

(48) L'art. 30, anch'esso contenuto nel *Titolo III – Procedimento per la regolazione giudiziale della crisi e dell'insolvenza*, *Capo II – Competenza*, recita: «Art. 30. Conflitto positivo di competenza 1. Quando un procedimento per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza è stato aperto da più tribunali, il procedimento prosegue avanti al tribunale competente che si è pronunciato per primo. 2. Il tribunale che si è pronunciato successivamente, se non richiede d'ufficio il regolamento di competenza ai sensi dell'art. 45 del codice di procedura civile, dispone la trasmissione degli atti al tribunale che si è pronunziato per primo. Si applica l'art. 29, in quanto compatibile».

(49) «Art. 66 - Procedure familiari. 1. I membri della stessa famiglia possono presentare un'unica domanda di accesso ad una delle procedure di cui all'art. 65, comma 1, quando sono conviventi o

In primo luogo, va sottolineato che il concetto di *famiglia* previsto dalla disposizione, ai fini del procedimento di recupero congiunto, ha una portata giuridica ben definita. Fino all'introduzione dell'art. 66, e prima dell'inserimento dell'art. 7bis nella L. 3/2012 (50), la famiglia, come verificato nel diritto brasiliano, compariva nel diritto fallimentare solo in modo incidentale (51), attraverso disposi-

---

quando il sovraindebitamento ha un'origine comune. Quando uno dei debitori non è un consumatore, non si applicano le disposizioni della Sezione II del presente Capo, ad eccezione dell'art. 67, comma 5. La domanda di apertura della liquidazione controllata può essere proposta anche se uno o più debitori si trovano nelle condizioni previste dall'art. 283, se per almeno uno di essi sussistono i presupposti di cui all'art. 268, comma 3, quarto periodo. 2. Ai fini del comma 1, oltre al coniuge, si considerano membri della stessa famiglia i parenti entro il quarto grado e gli affini entro il secondo, nonché le parti dell'unione civile e i conviventi di fatto di cui alla L. 20 maggio 2016, n. 76. 3. Le masse attive e passive rimangono distinte. 4. Nel caso in cui siano presentate più richieste di risoluzione della crisi da sovraindebitamento riguardanti membri della stessa famiglia, il giudice adotta i necessari provvedimenti per assicurarne il coordinamento. La competenza appartiene al giudice adito per primo. 5. La liquidazione del compenso dovuto all'organismo di composizione della crisi è ripartita tra i membri della famiglia in misura proporzionale all'entità dell'attivo di ciascuno».

(50) «Art. 7bis. Procedure familiari. 1. I membri della stessa famiglia possono presentare un'unica procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento quando sono conviventi o quando il sovraindebitamento ha un'origine comune. 2. Ai fini del comma 1, oltre al coniuge, si considerano membri della stessa famiglia i parenti entro il quarto grado e gli affini entro il secondo, nonché le parti dell'unione civile e i conviventi di fatto di cui alla L. 20 maggio 2016, n. 76. 3. Le masse attive e passive rimangono distinte. 4. Nel caso in cui siano presentate più richieste di composizione della crisi da sovraindebitamento riguardanti membri della stessa famiglia, il giudice adotta i necessari provvedimenti per assicurarne il coordinamento. La competenza appartiene al giudice adito per primo. 5. La liquidazione del compenso dovuto all'organismo di composizione della crisi è ripartita tra i membri della famiglia in misura proporzionale all'entità dei debiti di ciascuno. Quando uno dei debitori non è un consumatore, al progetto unitario si applicano le disposizioni in materia di accordo di composizione della crisi».

(51) È opportuno sottolineare che l'art. 230bis del Codice Civile italiano disciplinava già la cosiddetta *impresa familiare*, rivolta soprattutto alle piccole imprese a conduzione familiare che, senza costituire propriamente una società, desiderano collaborare in modo strutturato. A tal proposito: «Art. 230bis. Impresa familiare. Salvo che sia configurabile un diverso rapporto, il familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare ha diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia e partecipa agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi della azienda, anche in ordine all'avviamento, in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato. Le decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi nonché quelle inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa sono adottate, a maggioranza, dai familiari che partecipano all'impresa stessa. I familiari partecipanti all'impresa che non hanno la piena capacità di agire sono rappresentati nel voto da chi esercita la potestà su di essi. Il lavoro della donna è considerato equivalente a quello dell'uomo. Ai fini della disposizione di cui al primo comma si intende come familiare il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo; per impresa familiare quella cui collaborano il coniuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo. Il diritto di partecipazione di cui al primo comma è intrasferibile, salvo che il trasferimento avvenga a favore di familiari indicati nel comma precedente col consenso di tutti i partecipi. Esso può essere liquidato in danaro alla cessazione, per qualsiasi causa, della prestazione del lavoro, ed

zioni relative al sostentamento del debitore e della sua famiglia (art. 268, comma 4, lett. *b)* (52)) e alla concessione di alimenti a favore del debitore e della sua famiglia (vecchio art. 47; attuale art. 147 (53)).

Con la modifica introdotta dal D.Lgs. n. 14, all'art. 66, comma 2, è stato stabilito che, ai fini del comma 1, «oltre al coniuge, si considerano membri della stessa famiglia i parenti entro il quarto grado e gli affini entro il secondo, nonché le parti dell'unione civile e i conviventi di fatto di cui alla L. 20 maggio 2016, n. 76». Pertanto, per *famiglia* si intendono, oltre al coniuge (o al convivente (54)), i parenti fino al quarto grado e gli affini fino al secondo grado. Si noti che le *procedure familiari* non hanno come destinatario specifico del proprio trattamento la situazione derivante dal vincolo coniugale; per questo motivo, dal punto di vista legislativo, non si tralascia un trattamento dettagliato del coniuge e della comunione eventualmente mantenuta con il debitore, anch'egli membro del nucleo familiare.

In applicazione di questa normativa, i ricorrenti devono, se del caso, dimostrare il rapporto di convivenza, affinché l'*organismo di composizione della crisi* (OCC) possa svolgere le indagini e presentare la relativa relazione, nonché affinché il tribunale competente possa successivamente esercitare il giudizio di ammissibilità della domanda sotto quel profilo (55). Dal punto di vista probatorio, «la prova più idonea consiste nel certificato di stato di famiglia, ove si tratti di coppie fondate sul matrimonio, ovvero, negli altri casi, nei certificati di residenza degli istanti» (56).

3.1 La domanda unica di accesso

Senza dubbio, la *ratio legis* alla base della modifica legislativa corrisponde al fatto che il trattamento della situazione di crisi di un solo membro della famiglia

altresì in caso di alienazione dell'azienda. Il pagamento può avvenire in più annualità, determinate, in difetto di accordo, dal giudice. In caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda i partecipi di cui al primo comma hanno diritto di prelazione sull'azienda. Si applica, nei limiti in cui è compatibile, la disposizione dell'art. 732. Le comunioni tacite familiari nell'esercizio dell'agricoltura sono regolate dagli usi che non contrastino con le precedenti norme».

(52) L'art. 268, inserito nel *Titolo V - Liquidazione giudiziale e liquidazione controllata*, *Capo IX - Liquidazione controllata del sovraindebitato*, dispone: «4. Non sono compresi nella liquidazione: […] *b)* i crediti aventi carattere alimentare e di mantenimento, gli stipendi, le pensioni, i salari e ciò che il debitore guadagna con la sua attività nei limiti, indicati dal giudice, di quanto occorre al mantenimento suo e della sua famiglia».

(53) «Art. 147. Alimenti ed abitazione del debitore. 1. Se al debitore vengono a mancare i mezzi di sussistenza, il giudice delegato, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, può concedergli un sussidio a titolo di alimenti per lui e per la famiglia. 2. La casa della quale il debitore è proprietario o può godere in quanto titolare di altro diritto reale, nei limiti in cui è necessaria all'abitazione di lui e della famiglia, non può essere distratta da tale uso fino alla sua liquidazione».

(54) L. 20 maggio 2016, n. 76.

(55) A. Camilletti, *op. cit.*

(56) A. Camilletti, *op. cit*.

può non essere sufficiente a risolvere tutte le difficoltà affrontate, poiché, sebbene la famiglia non sia propriamente un *soggetto di diritto*, la conseguenza pratica è che l'indebitamento si ripercuote sul nucleo familiare nel suo complesso. In quest'ottica, l'art. 66, comma 1, dispone: «I membri della stessa famiglia possono presentare un'unica domanda di accesso ad una delle procedure di cui all'art. 65, comma 1, quando sono conviventi o quando il sovraindebitamento ha un'origine comune. Quando uno dei debitori non è un consumatore, non si applicano le disposizioni della Sezione II del presente Capo, ad eccezione dell'art. 67, comma 5. La domanda di apertura della liquidazione controllata può essere proposta anche se uno o più debitori si trovano nelle condizioni previste dall'art. 283, se per almeno uno di essi sussistono i presupposti di cui all'art. 268, comma 3, quarto periodo».

In base a tale disposizione, i membri della stessa famiglia possono presentare un'unica richiesta di risoluzione della crisi qualora convivano (in questo caso, nel senso di coabitazione) e si trovino in una situazione di indebitamento; oppure quando, a prescindere dalla convivenza, il debito abbia origine comune. La parte finale del citato comma prevede tuttavia un'eccezione: qualora uno dei debitori non sia *consumatore* (57), alla domanda unica di accesso non si applica la Sezione II del suddetto Capo, relativa alla *ristrutturazione dei debiti del consumatore*, al fine di evitare che la qualificazione di uno dei membri come *consumatore* comporti l'assoggettamento degli altri allo stesso procedimento (58). Si noti, a questo

(57) Per tale persona si intende, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. *e)*, «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigiana o professionale eventualmente svolta, anche se socia di una delle società appartenenti ad uno dei tipi regolati nei Capi III, IV e VI del Titolo V del Libro V del codice civile, e accede agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza per debiti contratti nella qualità di consumatore». Si noti che tale nozione è più ampia di quella prevista dal *Codice del consumo* (D.Lgs. 206/2005), il cui art. 3, lett. *a)*, dispone che per *consumatore* si intende «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta».

(58) Sebbene non sia l'oggetto del presente articolo, è noto che le *procedure familiari* hanno ripercussioni giuridiche specifiche a seconda dello status di ciascun membro del nucleo familiare, il che dà origine alle cosiddette *procedure familiari eterogenee*, ciò che può rendere impossibile il trattamento congiunto o addirittura l'incorporazione di una procedura nell'altra, a seconda dell'ambito economico in questione. A tal proposito: «La criticità più vistosa è quella dell'accesso alle procedure familiari "eterogenee", laddove ciascun membro familiare accede ad un diverso istituto (ristrutturazione dei debiti del consumatore, concordato minore, liquidazione controllata, esdebitazione dell'incapiente). È chiaro che ciò potrebbe determinare difficoltà di coordinamento (si pensi alla liquidazione controllata per un membro ed al piano del consumatore per un altro). Tuttavia, per evitare problemi di coordinamento, è bene ricordare che l'accesso ad una procedura familiare è una facoltà e non un obbligo (Trib. Ivrea, 3 marzo 2022). Pertanto, i membri familiari, pur avendo indebitamento comune, posso incardinare diverse procedure di composizione della crisi, qualora abbiano diverse esigenze di risanamento» (F.M. Cocco, *Le procedure familiari nel CCII*, relazione al *Corso di aggiornamento 2022 sulla composizione della crisi da sovraindebitamento*, Ordine degli Avvocati di Milano - Fondazione forense di Milano, Milano, 15 novembre 2022, p. 17).

proposito, che, a differenza dell'ordinamento giuridico brasiliano, il *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* disciplina anche la situazione dell'insolvente civile.

A differenza di quanto disposto al comma 1 dell'art. 66, al comma 4 è previsto che, «nel caso in cui siano presentate più richieste di risoluzione della crisi da sovraindebitamento riguardanti membri della stessa famiglia, il giudice adotta i necessari provvedimenti per assicurarne il coordinamento». Nella suddetta disciplina viene tracciata una distinzione tra la *domanda unica di accesso* (comma 1) e la *pluralità di domande* (comma 4) presentate individualmente dai membri della famiglia, per le quali sono previsti aspetti processuali di coordinamento, soprattutto quando tali richieste sono proposte dinanzi a tribunali diversi (59).

Con riguardo alla *domanda unica di accesso* (art. 66, comma 1), il soddisfacimento del requisito della convivenza o di quello della comune origine del debito consente a più membri della famiglia di presentare un'unica domanda ai fini del risanamento. Si noti, innanzitutto, che tale carattere unitario si coniuga con il *principio di distinzione delle masse attive e passive* di ciascun familiare (art. 66, comma 3), per cui l'art. 2740 (60) e l'art. 2741 (61) del Codice Civile italiano stabiliscono, rispettivamente, la *garanzia patrimoniale generica* e il *principio dell'ordine delle cause legittime di prelazione*. A tal proposito, Astorre Mancini chiarisce che, atteso il principio della distinzione delle masse attive e passive, l'unificazione del trattamento procedurale e, quindi, il litisconsorzio attivo, non creano, *di per sé*, solidarietà obbligatoria tra i familiari né compromettono l'autonomia patrimoniale: «*i)* ciascun debitore ricorrente risponde con il proprio patrimonio dei debiti comuni e di quelli personali, ma non dei debiti altrui dei quali siano esclusivi titolari altri familiari; *ii)* non è dunque possibile impostare il piano unitario prevedendo la devoluzione di risorse di un debitore a sostegno del piano del proprio familiare, fatta salva la fattispecie, piuttosto infrequente, del pagamento integrale dei propri debiti e dell'esistenza di un residuo familiare; attivo da destinare al piano del proprio familiare; *iii)* la procedura familiare, dunque, non fa sorgere un'obbligazione solidale tra i membri ricorrenti; *iv)* in caso di incapienza dei beni su cui insiste il privilegio del creditore, attestata dall'OCC, il piano dovrà prevedere la soddisfazione di questi nei limiti del valore del bene, dovendosi tener conto esclusivamente del patrimonio del singolo componente della famiglia nei cui confronti può essere fatta valere la prelazione; *v)* il piano unitario di concorda-

(59) A. Mancini, *op. cit.*

(60) «Art. 2740. Responsabilità patrimoniale. Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge».

(61) «Art. 2741. Concorso dei creditori e cause di prelazione. I creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salvo le cause legittime di prelazione. Sono cause legittime di prelazione i privilegi, il pegno e le ipoteche».

to potrà essere omologato ove le maggioranze siano raggiunte in relazione a tutte le masse passive e ricorrenti per ciascuno dei familiari; *vi)* analogamente, in caso di contestazione del creditore nella ristrutturazione dei debiti del consumatore (art. 70, comma 7) o nel concordato minore (art. 80, comma 3), il giudizio di convenienza sarà formulato sull'alternativa liquidatoria riguardante il debitore, o i debitori, del creditore opponente» (62).

In virtù del principio della distinzione tra masse attive e passive, che incarna il concetto fondamentale di responsabilità patrimoniale personale, viene mantenuta la separazione tra le sfere giuridiche dei familiari, con ciascun membro che risponde, con i propri beni, dei propri debiti. Pertanto, l'art. 66 del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* ha espressamente garantito che i debitori familiari (in un'accezione ampia del termine *famiglia*, peraltro) possano unificare i propri debiti e proposte di soluzione in un unico processo, alleggerendo parte dell'onere burocratico e finanziario della crisi (63).

Si discute, per quanto riguarda la *domanda unica di accesso*, se il trattamento congiunto possa essere successivamente frammentato nell'ipotesi in cui, ad esempio, il piano non venga rispettato da uno solo dei membri della famiglia, nonostante l'adempimento integrale da parte di un altro familiare, soprattutto perché la sentenza di omologazione produce effetti di cosa giudicata nei confronti di tutti i soggetti coinvolti. In tal senso, le argomentazioni si dividono: «taluni hanno richiamato la disciplina del Codice Civile in tema di patologie dei contratti plurilaterali, ovvero di annullabilità, risoluzione e impossibilità della prestazione riguardante un solo contraente (artt. 1446, 1459 e 1466 c.c.), per cui il vizio che attiene ad una sola parte non pregiudica l'intero contratto – così ammettendo l'ammissibilità di una risoluzione o annullamento parziale dello stesso – "a meno che la prestazione mancante sia considerata essenziale secondo le circostanze". Di segno opposto rispetto alle citate norme del Codice Civile, tuttavia, vige il principio sancito dall'art. 286, comma 8, CCII, dettato in riferimento alle procedure di concordato preventivo di gruppo, per cui "il concordato di gruppo omologato non può essere revocato, risolto o annullato quando i presupposti per la revoca, risoluzione o l'annullamento si verificano soltanto rispetto a una o ad alcune imprese del gruppo, a meno che ne risulti significativamente compromessa l'attuazione del piano anche da parte delle altre imprese"» (64).

Se, da un lato, si suggerisce che la norma applicabile al *concordato di gruppo* possa valere non solo per i gruppi societari, ma anche per il gruppo familiare, dall'altro lato, alla luce della disciplina del Codice Civile italiano e del principio

(62) A. Mancini, *op. cit.*, pp. 8 e ss.
(63) E.D. d'Ambrosio Borselli, *Guida al nuovo sovraindebitamento: le procedure familiari*, in *Studio Associato Borselli*, 27 gennaio 2021.
(64) A. Mancini, *op. cit.*, p. 18.

della distinzione delle masse attive e passive, si ritiene preferibile «la posizione di coloro che non intendono pregiudicare il familiare che ha ben operato e adempiuto quanto promesso ai propri creditori, rispetto al congiunto che si è reso inadempiente o, addirittura, ha compiuto atti in frode» (65).

Il testo in esame disciplina, inoltre, la *pluralità di domande* (art. 66, comma 4 (66)), per la quale sono stabilite regole procedurali di coordinamento processuale, applicandosi, in questo caso, la normativa in tema di competenza di cui agli artt. 29 (67) e ss. del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*. In altri termini, i familiari possono presentare una nuova domanda dinanzi al tribunale precedentemente adito da un loro familiare, per *vis attractiva*, nonostante la loro residenza sia situata in un foro diverso. Analogamente, nell'ipotesi di più domande distinte, distribuite dinanzi allo stesso tribunale, «il Tribunale coordinerà le procedure disponendone la riunione» (68).

Ai fini dell'approccio comparativo del presente articolo, rivestono interesse le *procedure familiari* nella loro dimensione di *domanda unica di accesso*, disciplina, questa, che, nell'ordinamento giuridico brasiliano, si presenta ancora in modo poco chiaro. È noto che, sebbene sia una facoltà dei membri del nucleo familiare italiano, la previsione delle *procedure familiari* favorisce, oltre alla certezza del diritto, l'economia processuale e l'efficienza nella gestione della crisi comune. Il parallelismo riguarda, pertanto, esclusivamente la funzione di coordinamento della crisi che coinvolge il nucleo familiare, senza implicare un'identità strutturale tra gli strumenti né tra i rispettivi presupposti soggettivi e oggettivi.

---

(65) A. Mancini, *op. cit.*, p. 19.

(66) Non si ignora che tale comma comporta alcune incongruenze ermeneutiche, quali: «il terzo aspetto, più sostanziale, riguarda la circostanza per cui le regole di coordinamento e competenza sembrano richiedere solo l'appartenenza dei ricorrenti alla stessa famiglia, senza che sia necessario il requisito ulteriore della convivenza ovvero dell'origine comune del sovraindebitamento, diversamente da quanto previsto al comma 1 per la domanda unitaria: tale lettura letterale genera, tuttavia, qualche perplessità, ove si consideri che la *vis attractiva* del Tribunale adito per primo – conseguente al mero vincolo familiare, tra soggetti neppure conviventi, né legati dall'origine comune del debito – potrebbe apparire eccessivamente gravosa per il familiare che agisca per secondo e che intenda regolare autonomamente la propria situazione di sovraindebitamento presso il foro della propria residenza, in assenza, va ribadito, del requisito della convivenza e/o dell'origine comune del debito con il familiare che ha agito per primo; *d)* la considerazione appena svolta porta a chiedersi: ma il foro adito per primo radica una competenza territoriale inderogabile o la norma assegna solo una facoltà del familiare?» (A. Mancini, *op. cit.*, p. 11).

(67) «Art. 29. Incompetenza 1. Il tribunale decide con ordinanza quando dichiara l'incompetenza. L'ordinanza è trasmessa in copia al tribunale dichiarato competente, unitamente agli atti del procedimento. 2. Il tribunale dichiarato competente, se non richiede d'ufficio il regolamento di competenza ai sensi dell'art. 45 del codice di procedura civile, dispone la prosecuzione del procedimento pendente, dandone comunicazione alle parti. 3. Quando l'incompetenza è dichiarata all'esito del giudizio di cui all'art. 51, il reclamo, per le questioni diverse dalla competenza, è riassunto, a norma dell'art. 50 del codice di procedura civile, dinanzi alla corte di appello competente».

(68) A. Mancini, *op. cit.*, p. 10.

Già a prima vista risulta evidente che il compenso dovuto all'*organismo di composizione della crisi* (OCC) potrebbe rappresentare un onere minore per i debitori, poiché sarà ripartito tra loro in proporzione ai debiti di ciascuno (69). Anche i documenti processuali si semplificano, in modo che possa essere presentato un unico piano di pagamento o di risanamento che copra esaustivamente tutti i debiti, evitando soluzioni disorganizzate (70). Si constata, in questo caso, una riduzione del rischio di conflitti o incongruenze tra le posizioni dei debitori membri della famiglia, poiché questa si presenta ai creditori come un fronte unito.

Da un lato, è assodato che il riconoscimento dell'ipotesi di litisconsorzio attivo tra membri della stessa entità familiare, ai fini del risanamento, rappresenta un passo legislativo rilevante compiuto dall'ordinamento giuridico italiano, poiché riduce i costi operativi e organizza proceduralmente la crisi familiare tramite una *domanda unica di accesso*. Dall'altro lato, la sfida di conciliare il diritto di famiglia e il diritto dell'insolvenza, evidente anche nella *LRF*, che nemmeno prevede specificamente l'ipotesi di litisconsorzio, permane pure nel diritto italiano. Più precisamente, l'art. 66 prevede la facoltà di presentare un'unica domanda e detta regole di coordinamento procedurale; pertanto, il richiamo al "litisconsorzio attivo" è utilizzato nel presente contributo in senso meramente descrittivo e funzionale, senza postulare una piena corrispondenza con l'omonima categoria del diritto processuale brasiliano.

4. Il dialogo tra il diritto dell'insolvenza in Brasile e il *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* in Italia

La *LRF* brasiliana disciplina, nel suo Capo III – *Da Recuperação Judicial*, nella Sezione IV-B – *Da Consolidação Processual e da Consolidação Substancial*, gli istituti della *consolidação processual* e *substancial*.

In base al primo di essi, è ammesso il trattamento congiunto della procedura di risanamento del gruppo di *società* nel suo complesso, purché sia dimostrata l'esistenza del gruppo (di fatto o di diritto), ai sensi dell'art. 69-G, *caput*. Si tratta di «uma faculdade (tanto que se trata de litisconsórcio ativo facultativo), nada impedindo que sociedades de um mesmo grupo não ajuízem, em conjunto, um pedido de recuperação judicial» (71). Pertanto, una volta presentata la domanda di risanamento giudiziario in litisconsorzio attivo, ciascun debitore, considerato individualmente, deve presentare la documentazione richiesta dall'art. 51 (art. 69-G, §1).

(69) E.D. d'Ambrosio Borselli, *op. cit.*
(70) E.D. d'Ambrosio Borselli, *op. cit.*
(71) J.P. Scalzilli, L.F. Spinelli e R. Tellechea, *Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005*, IV ed., San Paolo, 2023, p. 568.

Per quanto riguarda la *consolidação processual*, istituita per il trattamento di gruppi di *società* e non per le situazioni in cui sussiste la comunione patrimoniale tra coniugi, i debitori devono «propor meios de recuperação independentes e específicos para a composição de seus passivos» (72). È quindi possibile che ad alcuni debitori venga concessa la riorganizzazione giudiziaria, mentre per altri venga dichiarata la crisi (art. 69-I, §4). Nel consolidamento processuale, si mantiene l'autonomia patrimoniale di ciascuna società facente parte del gruppo economico.

Per quanto riguarda il secondo istituto, il consolidamento sostanziale, si disciplina l'unione delle attività e delle passività delle società appartenenti allo stesso gruppo che si sottopongono al regime di risanamento giudiziario, trattandosi «de hipótese em que o destino de todas as sociedades é selado em conjunto» (73). Una volta ammesso il consolidamento sostanziale, su richiesta del debitore, dei suoi creditori, dell'amministrazione giudiziaria o d'ufficio, i debitori presenteranno un unico elenco dei creditori, nonché un piano di risanamento giudiziario unitario, in cui saranno specificati i mezzi di risanamento da impiegare.

La *ratio legis* insita nel consolidamento sostanziale è la lotta «às situações de disfunção e, eventualmente, abuso perpetradas pelo devedor, mensurando a extensão dos efeitos em cascata e o nível de contaminação de tais práticas na estrutura das empresas que formam o grupo» (74). In altri termini, il consolidamento sostanziale di un gruppo di società deriva da «elementos caracterizadores de uma disfunção societária grave e estruturalmente relevante» (75), assumendo un carattere punitivo per il presunto abuso di personalità giuridica. Si tratta quindi di un presupposto fattuale assolutamente distante da quello in cui la comunione patrimoniale tra debitori, derivante dal diritto di famiglia, comporta debiti e beni comuni.

Sia che si tratti del consolidamento procedurale (dal quale non deriva un'impostazione unitaria nella gestione della crisi) sia che si tratti del consolidamento sostanziale (anch'esso concepito per i gruppi economici e di natura punitiva) la *LRF* non offre al debitore e al suo coniuge una soluzione giuridica soddisfacente. Da un lato, il regime patrimoniale, nella sua dimensione imperativa, rende comunicabile l'eventuale indebitamento, con ripercussioni patrimoniali comuni ai coniugi; dall'altro lato, tuttavia, nel sistema di risanamento brasiliano non esiste un istituto che conferisca, da un punto di vista procedurale e sostanziale, unità al trattamento di tale comunione.

---

(72) J.P. Scalzilli, L.F. Spinelli, R. Tellechea, *op. cit.*, p. 570.
(73) J.P. Scalzilli, L.F. Spinelli, R. Tellechea, *op. cit.*, p. 571.
(74) J.P. Scalzilli, L.F. Spinelli, R. Tellechea, *op. cit.*, p. 575.
(75) «O ponto nodal no tema da consolidação substancial […] é conseguir reunir ferramentas capazes de identificar as situações de disfunção e, eventualmente, de abusos perpetradas pelo devedor, mensurando a extensão dos efeitos em cascata e o nível de contaminação de tais práticas na estrutura das empresas que formam o grupo em situação de crise econômico-financeira» (J.P. Scalzilli, L.F. Spinelli, R. Tellechea, *ibidem*).

Anche alla luce del Codice di procedura civile brasiliano permangono dubbi circa l'esatta qualificazione della situazione dell'agricoltore indebitato e del suo coniuge: se rientri nell'art. 113, I, in virtù della «comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide» (76), dando luogo a litisconsorzio attivo facoltativo; se rientri nell'art. 114, in virtù di «disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida», e dia pertanto luogo a litisconsorzio attivo necessario; oppure se la comunione di diritti o di obblighi tra i coniugi (77) conduca a un rapporto giuridico per il quale la risoluzione della controversia dipenda dalla presenza processuale di entrambi.

Infatti, anche ammettendo l'esistenza del litisconsorzio, permarrebbe il dubbio circa le sue ripercussioni nel procedimento di risanamento, cioè se si tratterebbe di un litisconsorzio (facoltativo o necessario) unitario o meno, tale da produrre una decisione uniforme nei confronti del debitore imprenditore e del suo coniuge. Questa classificazione è complessa, sia nella *LRF* brasiliana (che, nel suo trattamento, ha preso in considerazione solo i gruppi societari), sia nella legislazione processuale (in base alla quale possono essere messe in discussione la natura facoltativa o necessaria del litisconsorzio, così come l'uniformità degli effetti decisori).

A sua volta, l'art. 66 del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* ha realizzato l'istituto giuridico delle *procedure familiari*, eliminando, in primo luogo, la necessità di ricorrere all'analogia o a un'interpretazione estensiva del meccanismo di consolidamento processuale nella situazione di crisi affrontata dall'entità familiare. Con una nozione più ampia di *famiglia*, i cui componenti possono o meno mantenere una comunicabilità patrimoniale, la struttura giuridica della citata disciplina non esclude, di per sé, un trattamento unitario dell'indebitamento dei coniugi.

---

(76) A questo proposito, la dottrina descrive: «são exemplos de litisconsórcio por comunhão: o litisconsórcio formado pelos condôminos para a proteção do condomínio e o litisconsórcio formado em razão de uma obrigação solidária. O litisconsórcio entre denunciante e denunciado à lide e o litisconsórcio facultativo sucessivo entre mãe e filho (examinado em item anterior) são exemplos de litisconsórcio por conexão. O litisconsórcio que se forma pelos indivíduos titulares de direitos individuais homogêneos (situações repetitivas) é exemplo de litisconsórcio por afinidade» (A.F. Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*, vol. I, 9ª ed., Rio de Janeiro, 2003, p. 172). Inoltre, Humberto Theodoro Júnior afferma che, «conjugando o art. 113 com o 114, conclui-se que, nas mesmas hipóteses do primeiro dispositivo, o litisconsórcio será necessário (isto é, não poderá ser dispensado pelos litigantes) «quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes». Em síntese, o sistema do Código é de reunir no art. 113 os casos em que litisconsórcio pode ser facultativo, e no art. 114 especificar as condições para que ele seja necessário» (H. Theodoro Júnior, *Código de Processo Civil anotado*, XXII ed., Rio de Janeiro, 2019, p. 629).

(77) In tal senso, si definisce la «situação duas ou mais pessoas possuírem o mesmo bem jurídico ou deverem a mesma prestação. Não se trata de direitos idênticos, mas de um único direito com mais de um titular ou de uma obrigação, com mais de um devedor» (F.G. Jayme, *Manual de direito processual civil*, Belo Horizonte, 2023, p. 185).

Nella codificazione civile italiana sono previsti fondamentalmente due regimi matrimoniali, sebbene i futuri sposi possano stipulare accordi matrimoniali personalizzati. Nel primo, quello della *comunione dei beni* (disciplinato dagli artt. 177 e ss.), che è anche il regime legale, sono comuni i beni acquisiti da uno qualsiasi dei coniugi durante il matrimonio, a eccezione di quelli personali come i beni acquisiti per donazione o successione (78). Nel secondo, il regime di *separazione dei beni* (disciplinato dagli artt. 215 e ss.) stabilito tramite patto appositamente reso pubblico, ciascun coniuge mantiene la proprietà e il controllo sui beni acquisiti prima del matrimonio e su quelli acquisiti individualmente dopo il matrimonio (79).

Per quanto riguarda la comunione dei beni italiana, l'art. 180 del *Codice Civile* stabilisce che, in linea di principio, l'amministrazione dei beni che fanno parte della comunione e la rappresentanza in giudizio per gli atti ad essa relativi spettano separatamente a entrambi i coniugi (80). Inoltre, l'art. 186 dispone che i beni facenti parte della comunione rispondano di tutti i pesi e oneri che gravavano su di essi al momento dell'acquisto, di tutti i carichi della loro amministrazione, delle spese di mantenimento della famiglia nonché di ogni obbligazione contratta dai coniugi, anche separatamente, nell'interesse della famiglia, e, infine, di ogni obbligazione contratta congiuntamente (81). Pertanto, analogamente al Brasile, la comunione dei

(78) «Art. 177. Oggetto della comunione. Costituiscono oggetto della comunione: *a)* gli acquisti compiuti dai due coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, ad esclusione di quelli relativi ai beni personali; *b)* i frutti dei beni propri di ciascuno dei coniugi, percepiti e non consumati allo scioglimento della comunione; *c)* i proventi dell'attività separata di ciascuno dei coniugi se, allo scioglimento della comunione, non siano stati consumati; *d)* le aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio. Qualora si tratti di aziende appartenenti ad uno dei coniugi anteriormente al matrimonio ma gestite da entrambi, la comunione concerne solo gli utili e gli incrementi».
«Art. 179. Beni personali. Non costituiscono oggetto della comunione e sono beni personali del coniuge: *a)* i beni di cui, prima del matrimonio, il coniuge era proprietario o rispetto ai quali era titolare di un diritto reale di godimento; *b)* i beni acquisiti successivamente al matrimonio per effetto di donazione o successione, quando nell'atto di liberalità o nel testamento non è specificato che essi sono attribuiti alla comunione; *c)* i beni di uso strettamente personale di ciascun coniuge ed i loro accessori; *d)* i beni che servono all'esercizio della professione del coniuge, tranne quelli destinati alla conduzione di un'azienda facente parte della comunione; *e)* i beni ottenuti a titolo di risarcimento del danno nonché la pensione attinente alla perdita parziale o totale della capacità lavorativa; *f)* i beni acquisiti con il prezzo del trasferimento dei beni personali sopraelencati o col loro scambio, purché ciò sia espressamente dichiarato all'atto dell'acquisto. L'acquisto di beni immobili, o di beni mobili elencati nell'art. 2683, effettuato dopo il matrimonio, è escluso dalla comunione, ai sensi delle lett. *c), d)* ed *f)* del precedente comma, quando tale esclusione risulti dall'atto di acquisto se di esso sia stato parte anche l'altro coniuge».
(79) «Art. 215. Separazione dei beni. I coniugi possono convenire che ciascuno di essi conservi la titolarità esclusiva dei beni acquistati durante il matrimonio».
(80) «Art. 180. Amministrazione dei beni della comunione. L'amministrazione dei beni della comunione e la rappresentanza in giudizio per gli atti ad essa relativi spettano disgiuntamente ad entrambi i coniugi».
(81) «Art. 186. Obblighi gravanti sui beni della comunione. I beni della comunione rispondono: *a)* di tutti i pesi ed oneri gravanti su di essi al momento dell'acquisto; *b)* di tutti i carichi dell'am-

beni implica la condivisione (almeno parziale) di attivi e passivi, rafforzata, in Italia, dagli artt. 189 e 190, nei quali è prevista una *sussidiarietà* di adempimento (82).

Per quanto riguarda il regime di separazione dei beni italiano, l'art. 217 del *Codice Civile* stabilisce che ciascun coniuge abbia il godimento e l'amministrazione dei beni di cui è titolare esclusivo, con la possibilità di conferire procura all'altro, eventualmente corredata dall'obbligo di rendere conto. Inoltre, è previsto che, se uno dei coniugi, nonostante l'opposizione dell'altro, amministra i beni di quest'ultimo o, in qualsiasi modo, compie atti relativi a tali beni, risponde dei danni causati e della mancata percezione dei frutti (83). A ciò si aggiunge l'art. 219, in cui si dispone che i beni di cui nessuno dei coniugi possa dimostrare la proprietà esclusiva appartengono ad entrambi in comunione, in parti uguali (84).

Alla luce dei regimi patrimoniali disciplinati dal *Codice Civile* italiano, l'istituto delle *procedure familiari*, sebbene sia rilevante per la risoluzione della controversia relativa alla sussistenza del litisconsorzio attivo ai fini di un'istanza di risanamento congiunta, formulata da membri di uno stesso nucleo familiare, non disciplina ancora precisamente le ripercussioni giuridiche previste dal diritto di famiglia in materia di risanamento giudiziario di una coppia indebitata.

Sia nel diritto brasiliano sia in quello italiano, le disposizioni relative alla comunione dei beni coniugale comportano implicazioni immediate sulla ripartizione del

---

ministrazione; *c)* delle spese per il mantenimento della famiglia e per l'istruzione e l'educazione dei figli e di ogni obbligazione contratta dai coniugi, anche separatamente, nell'interesse della famiglia; d) di ogni obbligazione contratta congiuntamente dai coniugi».

(82) «Art. 189. Obbligazioni contratte separatamente dai coniugi. I beni della comunione, fino al valore corrispondente alla quota del coniuge obbligato, rispondono, quando i creditori non possono soddisfarsi sui beni personali, delle obbligazioni contratte dopo il matrimonio, da uno dei coniugi per il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione senza il necessario consenso dell'altro. I creditori particolari di uno dei coniugi, anche se il credito è sorto anteriormente al matrimonio, possono soddisfarsi in via sussidiaria sui beni della comunione, fino al valore corrispondente alla quota del coniuge obbligato. Ad essi, se chirografari, sono preferiti i creditori della comunione».

«Art. 190. Responsabilità sussidiaria dei beni personali. I creditori possono agire in via sussidiaria sui beni personali di ciascuno dei coniugi, nella misura della metà del credito, quando i beni della comunione non sono sufficienti a soddisfare i debiti su di essa gravanti».

(83) «Art. 217. Amministrazione e godimento dei beni. Ciascun coniuge ha il godimento e l'amministrazione dei beni di cui è titolare esclusivo. Se ad uno dei coniugi è stata conferita la procura ad amministrare i beni dell'altro con l'obbligo di rendere conto dei frutti, egli è tenuto verso l'altro coniuge secondo le regole del mandato. Se uno dei coniugi ha amministrato i beni dell'altro con procura senza l'obbligo di rendere conto dei frutti, egli ed i suoi eredi, a richiesta dell'altro coniuge o allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio, sono tenuti a consegnare i frutti esistenti e non rispondono per quelli consumati. Se uno dei coniugi, nonostante l'opposizione dell'altro, amministra i beni di questo o comunque compie atti relativi a detti beni risponde dei danni e della mancata percezione dei frutti».

(84) «Art. 219. Prova della proprietà dei beni. Il coniuge può provare con ogni mezzo nei confronti dell'altro la proprietà esclusiva di un bene. I beni di cui nessuno dei coniugi può dimostrare la proprietà esclusiva sono di proprietà indivisa per pari quota di entrambi i coniugi».

debito e, di conseguenza, sulla responsabilità patrimoniale che ne deriva. Sebbene l'art. 66 del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* disciplini la possibilità di una *domanda unica di accesso* alla procedura di risanamento, preservando il principio generale della separazione delle masse attive e passive dei debitori familiari, non viene presa in considerazione la situazione in cui la coppia, in litisconsorzio attivo, abbia beni e debiti comuni a causa del regime patrimoniale adottato durante il matrimonio.

Ciononostante, le *procedure familiari* rappresentano un progresso significativo in quanto inseriscono, nell'ambito del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, l'ipotesi giuridica di un consolidamento processuale, in litisconsorzio attivo tra i membri di una stessa entità familiare, risolvendo i dubbi giurisprudenziali in materia. In Brasile, il dibattito è un passo indietro, permanendo ancora incertezze sulla qualificazione del litisconsorzio e sull'applicazione del consolidamento processuale e sostanziale previsto per i gruppi societari.

Nel tentativo di un ravvicinamento legislativo, non va dimenticato che, poiché il *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* disciplina anche la situazione di insolvenza civile, comprese le persone fisiche che non esercitano attività imprenditoriale, il suo parallelo normativo con la *LRF* brasiliana assume natura puramente funzionale (85). Infatti, dal punto di vista strutturale (86), l'ordinamento giuridi-

(85) A questo proposito, è fondamentale l'insegnamento di Pietro Perlingieri, secondo il quale: «o ponto de partida é este: cada instrumento, cada realidade deve ser sempre estudada em dois perfis, quais sejam, os perfis da estrutura da realidade e da função do instrumento do Direito. Quanto ao perfil da estrutura da realidade, este é mais individualmente considerável. Vejamos o caso do contrato, uma estrutura bilateral (duas partes elaboram um contrato). Mas a pergunta mais importante não é feita para saber a estrutura do instituto, mas sim a sua função. Para que ele serve? Por que é ele aplicado a esta realidade? Qual a sua razão justificativa? Qual a sua função? A estrutura e a função indicam a natureza dos instrumentos jurídicos. Tal premissa nos consente saber melhor em relação de uma forma, o que é o formalismo jurídico, a saber, a atitude de aplicação do Direito de forma exacerbada, excessiva em relação à estrutura e em relação à função da letra da lei posta, relativa ao espírito e à substância da lei, dos interesses protegidos pelo formalismo da lei. O dogmatismo jurídico, por sua vez, é a utilização exasperada dos conceitos, dos dogmas do Direito, esquecendo-se de que a aplicação dos conceitos vem da análise do ordenamento jurídico e da realidade, para não se tornarem aqueles preconceitos (pré-noções estanques e fossilizadas que guardam inteira dissonância com as novas realidades em que sobrevivem à força). O dogmatismo jurídico é, então, a valorização exasperada dos conceitos, dos dogmas, sem a averiguação oportuna dos interesses e dos valores que são objeto da investigação jurídica. Aqui se tem a informação de que tais dogmas são ubíquos (são onipresentes em todas as realidades de tempo e de espaço. Grande equívoco esta informação contém em si. Esquece ela que o inquirir jurídico da realidade prevê a historicidade e a realidade dos conceitos» (P. Perlingieri, *Normas constitucionais nas relações privadas*, in *Civilistica.com*, 2019, p. 2).

(86) A questo proposito, è opportuno sottolineare che il *Código de Defesa do Consumidor* brasiliano (*Lei* dell'11 settembre 1990, n. 8.078, in *Diário Oficial da União*, Brasilia, 11 settembre 1990, in *Planalto*) prevede norme relative alla prevenzione del sovraindebitamento, definito, ai sensi del suo art. 54-A, §1, come «a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo exi-

co brasiliano indirizza la propria disciplina in materia di risanamento ai debitori imprenditori, ai sensi dell'art. 1 della suddetta legge (87).

Mutatis mutandis, tenendo conto di tutte le precauzioni che qualsiasi tentativo di trapianto giuridico richiede (88), dato che i diversi ordinamenti giuridici possiedono le proprie basi storico-giuridiche di giustificazione, è evidente che la lacuna presente nella legge brasiliana può iniziare a essere messa in discussione alla luce della modifica legislativa recentemente apportata alla normativa italiana. Se in entrambi gli ordinamenti giuridici persiste ancora la sfida generale di conciliare il diritto di famiglia e il diritto della crisi e dell'insolvenza, in Italia, almeno, il trattamento congiunto del debito familiare nell'ambito del consolidamento processuale ha compiuto progressi e può fungere da fonte di ispirazione per il diritto brasiliano.

5. Conclusione

La *LRF* brasiliana non disciplina la gestione collaborativa dell'impresa da parte dei membri di una stessa famiglia. I concetti di *modelo familiar* di *gestão conjunta*, *condição de dependência* del coniuge, *consequência prática* del regime patrimoniale e attività rurale del *núcleo familiar*, adottati dalla giurisprudenza brasiliana, non trovano previsione nella *LRF*. Ciononostante, i principi del diritto civile sembrano indicare la necessità di un trattamento unitario delle attività e delle passività dei coniugi nei casi di comunione dei beni nell'ambito della procedura di risanamento giudiziario.

Con il D.Lgs. n. 14(89) del gennaio 2019 il sistema della crisi e dell'insolvenza italiano è stato oggetto di una profonda riforma. Nel Titolo IV del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, denominato *Strumenti di regolazione della crisi e*

---

stencial, nos termos da regulamentação», cosicché, ai sensi dell'art. 54-A, §2, «as dívidas referidas no §1 deste artigo englobam quaisquer compromissos financeiros assumidos decorrentes de relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada». In effetti, l'intero trattamento giuridico del sovraindebitamento delle persone fisiche derivante dai rapporti di consumo, in Brasile, esula dalla *Lei de Recuperação de Empresas e Falências*. Un quadro giuridico diverso è, ovviamente, quello del produttore rurale che esercita un'attività imprenditoriale – al quale è consentito, come dimostrato, ricorrere ai citati regimi.

(87) «Art. 1. Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor».

(88) A questo proposito, è fondamentale l'insegnamento di Judith Martins-Costa, secondo la quale: «Sendo incontroverso entre os comparatistas que os modelos jurídicos não são meramente "transplantáveis", duas atitudes metodológicas se impõem: *i)* não se há de pretender qualificar institutos de Direito estrangeiro forçando a sua integração em categorias do Direito nacional; *ii)* se hão de buscar, ao revés, formas dotadas de possível similitude funcional, destacando-se, todavia, as peculiaridades não passíveis de acolhimento no sistema» (J. Martins-Costa, *O trust e o direito brasileiro*, in *Dir. civ. cont.*, 2017, p. 166).

(89) D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

dell'insolvenza, nel Capo II - *Procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, nella Sezione I - *Disposizioni di carattere generale*, l'art. 66 disciplina ora le *procedure familiari*. La *ratio legis* alla base di tale istituto corrisponde alla constatazione che il trattamento della situazione di crisi di un solo membro della famiglia potrebbe non essere sufficiente a risolvere tutte le difficoltà. Con la modifica legislativa, i membri della stessa famiglia hanno espressamente acquisito la facoltà di presentare congiuntamente un'unica domanda di accesso alla procedura di risanamento.

In Brasile, sia per il consolidamento processuale (dal quale non deriva unitarietà patrimoniale nella gestione della crisi), sia per il consolidamento sostanziale (a sua volta concepito per i gruppi economici), la *LRF* brasiliana non offre una risposta giuridica soddisfacente per la situazione del produttore rurale indebitato e del suo coniuge. Se, da un lato, il regime patrimoniale, nella sua dimensione imperativa, rende comunicabile l'eventuale indebitamento, con ripercussioni patrimoniali comuni ai coniugi, dall'altro lato, nel sistema di risanamento non esiste un istituto che conferisca unità al trattamento di tale comunione coinvolta nella crisi.

In Italia, sebbene il principio della distinzione tra masse attive e passive ribadito nell'art. 66 del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, che fa proprio il concetto civile di autonomia e responsabilità patrimoniali, non consenta di praticare un effettivo consolidamento sostanziale, le *procedure familiari* hanno ottenuto risultati positivi nel risolvere la controversia relativa al trattamento congiunto del debito familiare, dal punto di vista del consolidamento processuale. Rimane senza un trattamento specifico la situazione in cui, all'interno del nucleo familiare indebitato, esista un sottogruppo caratterizzato da comunione patrimoniale tra i coniugi; tuttavia, viene risolto il dubbio relativo al litisconsorzio attivo e al consolidamento processuale nel caso dei coniugi.

La modifica legislativa che ha interessato la normativa italiana offre spunti affinché, in Brasile, si possa iniziare a mettere in discussione gli effetti del matrimonio nella gestione dell'indebitamento. Senza alcuna pretesa di trasposizione giuridica, l'esplicita integrazione, da parte del diritto italiano, di un approccio congiunto alla crisi familiare può stimolare, in Brasile, discussioni che tengano conto, al tempo stesso, del diritto civile e del diritto della crisi e dell'insolvenza.
Più precisamente, *de lege ferenda*, sarebbe auspicabile introdurre nella *LRF* una disciplina specifica per la domanda di *recuperação judicial* presentata congiuntamente dall'imprenditore rurale e dal coniuge coinvolto nell'esercizio dell'attività. Tale disciplina dovrebbe, da un lato, preservare la verifica individuale dei requisiti soggettivi e della documentazione richiesta dagli artt. 48 e 51 LRF e, dall'altro, tenere espressamente conto degli effetti prodotti dal regime patrimoniale sui beni e sui debiti della coppia. Sarebbe così possibile coordinare il trattamento processua-

le delle rispettive posizioni, distinguendo le situazioni patrimoniali personali da quelle comuni, senza ricorrere all'applicazione analogica delle disposizioni dettate per i gruppi societari. In questa prospettiva, l'art. 66 CCII potrebbe costituire un riferimento di carattere funzionale, da adattare ai presupposti e alle finalità propri della *recuperação judicial* brasiliana.

In Brasile, sebbene sia rilevante il dibattito sulla figura del coniuge di un agricoltore persona fisica quale parte attiva in tale istanza, la Lei de Recuperação de Empresas e Falências *non prevede ancora un trattamento specifico per la situazione del coniuge, rimanendo estranea alle conseguenze del regime patrimoniale disciplinato dal diritto di famiglia. Nel presente articolo, attraverso un'analisi di carattere giuridico-dogmatico e una rassegna bibliografica, si intende discutere, nella prospettiva dell'attività agricola, come l'assenza normativa individuata nell'ordinamento giuridico brasiliano trovi riscontro nel recente art. 66 del* Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, fonte di ispirazione sul piano comparatistico grazie alla quale, almeno dal punto di vista del consolidamento processuale, l'indebitamento familiare può essere risolto, con l'espressa previsione di un procedimento di risanamento congiunto e unico.*

In Brazil, although the debate concerning whether the spouse of an individual rural producer may act as a co-applicant in judicial reorganisation proceedings is highly relevant, the Lei de Recuperação de Empresas e Falências (Brazilian Business Reorganisation and Bankruptcy Act) does not yet specifically regulate the spouse's position and does not address the consequences arising from matrimonial property regimes under family law. Through a doctrinal legal analysis and a review of the relevant literature, this article examines, from the perspective of rural economic activity, how the regulatory gap identified in Brazilian law may be considered in light of the recently enacted Article 66 of the Italian Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (Code of Business Crisis and Insolvency). From a comparative-law perspective, the Italian provision may serve as a source of inspiration insofar as it expressly provides for a single joint restructuring proceeding capable, at least from the standpoint of procedural consolidation, of addressing family indebtedness.

Gustavo Oliva Galizzi
(Universidade Federal de Minas Gerais)

Vendita di unità produttive isolate (upi) nell'ambito della riorganizzazione giudiziaria: passato, presente e futuro nell'ordinamento giuridico brasiliano (*)

Sommario: 1. Introduzione. - **2.** Il passato: la vendita delle unità produttive e la questione della successione. - **3.** Unità produttiva isolata: brevi note. - **4.** Debiti fiscali. - **5.** La riforma della LRE. - **6.** Vendita integrale del debitore. - **7.** Il futuro: un'altra occasione persa? - **8.** Conclusione.

1. Introduzione

Il presente testo analizza l'evoluzione storica della disciplina applicabile alla vendita delle unità produttive (azienda o ramo di essa) nel caso di insolvenza, con particolare riferimento al diritto brasiliano, attraverso l'esame delle norme vigenti, della giurisprudenza e delle proposte di riforma legislativa. Vengono affrontati i problemi più ricorrenti relativi all'argomento, indicando, ove possibile, proposte interpretative o de *lege ferenda*.

2. Il passato: la vendita delle unità produttive e la questione della successione

L'attuale disciplina inteterviene in un quadro normativo precedentemente regolato con una diversa impostazione.

Il D.L. 7.661/45 era stato concepito da Trajano de Miranda Valverde per rispondere in modo puntuale e condiviso alle questioni che venivano poste nell'esecuzioni collettive. Tale impostazione si è tuttavia rivelata obsoleta dopo quasi sessant'anni di vigenza a causa della naturale evoluzione del sistema economico, fatto che non ne sminuisce i meriti. Nella vigenza del D.L. 7.661/45 il trasferimento

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

di beni aziendali nell'ambito del fallimento comportava la successione universale dell'acquirente nelle obbligazioni del debitore.

La disciplina del 1945 poneva l'accento sul fallimento dell'impresa a scapito del risanamento (concordato); il regime di vendita degli attivi del fallito per il soddisfacimento dei suoi creditori si dimostrava di essere inefficiente, oltre ad essere subordinato a una preventiva e lenta procedura cognitiva di accertamento dei crediti e dei reati fallimentari. Si sovvertiva così uno dei presupposti del processo concorsuale, vale a dire: la preservazione del valore aggiunto – dell'avviamento – inerente ai beni del debitore quando organizzati.

Pur senza dichiarare alcuna predilezione per la linea interpretativa promossa della scuola della *law and economics*, è utile rifarsi in questo caso alla teoria dell'impresa (1). Nel 1931, Ronald Coase, all'epoca un giovane studente della London School of Economics, viaggiò negli Stati Uniti con l'obiettivo di ricercare, sulla base di evidenze empiriche, il motivo per cui esistessero i grandi conglomerati industriali in quel Paese, di cui la Ford era un esempio paradigmatico. Nello specifico, il problema che Coase si proponeva di risolvere era identificare perché determinate transazioni inerenti al processo produttivo si realizzassero internamente, determinando la crescita strutturale delle imprese, e non attraverso l'esternalizzazione. Lo studio risultante dalla ricerca – *The Nature of the Firm* – è stato, in gran parte, responsabile del conferimento a Coase del Premio Nobel per l'Economia nel 1991 (2).

Il merito della teoria, che ne ha giustificato la risonanza, è stato quello di misurare i diversi gradi di efficienza raggiunti dalle imprese nell'impiego dei fattori di produzione: quanto più bassi sono i *costi di transazione* (nella contrattazione sulle risorse), tanto minore è l'incentivo a internalizzare beni e persone all'interno dell'impresa. La dottrina dei *costi di transazione* domina gli studi economici sull'impresa (3). Il modo in cui un'attività viene svolta – internamente o sul mercato – diventa quindi una questione di *vantaggio comparativo*. La pietra angolare della teoria coasiana è identificare quale sia il metodo organizzativo meno costoso per l'imprenditore. E questa conclusione dipende, a sua volta, dai costi di transazione inerenti alle modalità di organizzazione dell'attività.

Partendo dal presupposto che gli attivi dell'imprenditore abbiano un valore maggiore all'interno dell'impresa che altrove, il moderno diritto concorsuale

(1) G.D. Baird, R.K. Rasmussen, *The end of bankruptcy*, in *Stanford Law Review*, n. 55, disponibile al link: *https://papers.ssrn.co-m/sol3/papers.cfm?abstract_id=359241*.
(2) R.H. Coase, *The nature of the firm*, in *Economica*, 4, 1937.
(3) La concezione dell'impresa come un insieme di contratti che organizzano le attività economiche al fine di ridurre i costi di transazione legati all'operare nei mercati è stata successivamente sviluppata da M.C. Jensen, W.H. Mecklin, *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*, in *Journal of Financial Economics*, 3, n. 4, 1976.

mira, tra gli altri scopi, a preservare il valore risultante da tale organizzazione, al quale gli americani si riferiscono come *going-concern value*, che corrisponde, nel diritto brasiliano, all'espressione *mais valia*. La gerarchia logica con cui è stato organizzato l'ordine legale di liquidazione dell'attivo del debitore ai sensi della L. 11101/2005 ("LRE") conferma questa impressione. La legge stabilisce, all'art. 140, che *i)* l'alienazione dei beni del debitore sarà effettuata preferibilmente mediante la vendita in blocco; *ii)* se tale forma di alienazione non fosse praticabile, il curatore deve dare priorità alla vendita di filiali o unità produttive isolate; *iii)* se anche questo non dovesse essere praticabile, spetta al curatore procedere all'alienazione in blocco dei beni che compongono gli asset del debitore (4).

L'avviamento, come attributo soggettivo (5), sussisterà ogniqualvolta il blocco di beni organizzato dall'imprenditore raggiunga una funzionalità economica e, di conseguenza, un valore maggiore rispetto alla somma di tali beni considerati individualmente (6), Come afferma Bruno Salama, "o fundamento econômico é simples e intuitivo. O legislador partiu da premissa de que em geral a venda de conjuntos de bens organizados para o exercício de determinadas atividades geram melhores resultados em comparação à venda de bens isolados. Isso se deve ao fato de que a organização dos bens de produção representa um ativo intangível que,

(4) Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência: I - alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco; II - alienação da empresa, com a venda de suas filais ou unidades produtivas isoladamente; III - alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos; IV - alienação dos bens individualmente considerados.
Cfr. R. Bernardi, in *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. Lei 11101/2005*, a cura di F.S. Souza Junior, A.S. de Moraes, II ed., São Paulo, 2007, p. 488: "Muito embora abranja um conjunto de bens e direitos, o valor da empresa não equivale, necessariamente, ao valor resultante da soma dos bens que isoladamente a compõem, podendo ser superior ou inferior. Nesse sentido, caso esse conjunto de bens e direitos seja organizado de uma forma que permita o desenvolvimento de uma atividade econômica de forma profícua, espera-se que a empresa, enquanto conjunto de bens, adquira um valor superior, quando em comparação com a mera soma dos bens que isoladamente a compõem. É lógico que a empresa bem organizada pelo empresário, e capaz de gerar riquezas, adquire um valor superior. Uma coisa é considerar bens isoladamente. Obviamente, cada um tem o seu valor pelo que representa; coisa distinta é organizar vários bens de forma a permitir o desenvolvimento de uma atividade econômica geradora de riquezas. A partir desse momento, os bens serão avaliados não pelo que representam separadamente, mas pelo que representam coletivamente. Se o conjunto permitir a consecução de uma atividade econômica lucrativa, com perspectivas de crescimento e de ganhos, esse conjunto assume um valor que pode ser muito superior à mera soma dos bens que isoladamente o compõem. Esse *plus*, decorrente da boa organização impressa pelo empresário, é o que se conhece por aviamento. Caso contrário, se houver organização deficiente, o valor do conjunto poderá ser inferior ao valor dos bens isoladamente considerados".
(5) *Avviamento* viene qui indicato come un attributo aziendale. R. Requião, *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, 2000, 1, p. 307.
(6) Vedi, a questo proposito: M.A. Féres, *Contrato de Trespasse: efeitos obrigacionais da aquisição do estabelecimento empresarial*, Tesi di Laurea (Master) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

em regra, é precificado por potenciais compradores. Segue, portanto, que a ordem de prioridade referida acima está em sintonia com as razões econômicas que permitem compreender a natureza coletiva e compulsória do processo falimentar: ambas visam maximizar o valor do ativo mediante a promoção da manutenção de sua unidade" (7).

In questo senso, la realtà ha dimostrato che, nella sistematica della legge precedente (8), la successione dell'acquirente nelle obbligazioni da lavoro e, soprattutto, tributarie del debitore rendeva impossibile il mantenimento dell'unità produttiva efficiente nelle mani di terzi e, di conseguenza, la sua vendita, a scapito dell'interesse dei lavoratori, dei creditori stessi e della funzione sociale dell'organizzazione. Tutti perdevano in questo gioco: in presenza di debiti tributari e di lavoro, l'unità produttiva non veniva alienata, compromettendo il mantenimento dei posti di lavoro, il pagamento di nuovi tributi e, spesso, la liquidazione degli altri crediti ammessi al passivo, per mancanza di risorse del debitore.

Come ha dichiarato l'allora Ministro del Corte Suprema Federale brasiliana, Cezar Peluso, "[…] durante a vigência da lei velha, ninguém costumava adquirir bens, muito menos toda a massa. Em muitos e muitos casos, a demora nos processos de falência levava à deterioração desses bens, e, portanto, à perda de seu valor econômico. Os créditos não eram satisfeitos – e a minha memória não é tão boa quanto o era, mas não me recordo de ter pago crédito trabalhista em falências há muitos anos. Não me lembro de ter feito isso. E as empresas eram extintas, e o desemprego era acelerado" (9).

---

(7) B.M. Salama, *A Racionalidade Econômica do Direito Falimentar: Reflexões sobre o Caso Brasileiro*, in *10 Anos de Vigência da Lei de Recuperação e Falência (Lei Nº 11.101/05)*, a cura di C.H. Abrão, F.N. Andrighi, S. Beneti, I ed., São Paulo, 2015, 1, pp. 379-419. L'autore sottolinea inoltre: "Por outro lado, cabe fazer a ressalva – novamente, uma ressalva intuitiva – de que o valor do ativo intangível referente à organização dos ativos em regra depende da natureza das atividades exercidas pela empresa. Em particular, esse valor tenderá a ser superior se os ativos forem específicos para determinadas atividades e tiverem reduzida utilidade para outras finalidades. Por exemplo, o valor do ativo intangível tenderá a ser mais elevado plantas industriais customizadas e desenvolvidas especialmente para a produção de bens específicos. Por outro lado, se os ativos forem genéricos e puderem facilmente ser usados para diversos tipos de atividades (e.g., computadores), o valor do intangível tenderá a ser menos significativo." Vale citar também o que disse, a esse respeito, Euler da Cunha Peixoto: "se é certo que a venda dos estabelecimentos em bloco ou ainda que separados propicia, regra geral, obtenção de maiores recursos para a massa, em face da negociação dos intangíveis, não é menos verdade que a vida e o mercado não estáticos. […] Desta forma, a fixação de regras imutáveis para a realização do ativo poderia implicar prejuízos sérios à obtenção de recursos". E. Cunha Peixoto, *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, a cura di O.B. Corrêa-Lima, S.M. Corrêa-Lima, Rio de Janeiro, 2009, p. 975.

(8) Si veda la seguente sentenza della Corte Superiore di Giustizia: REsp 330.683-SC, rel. Min. Paulo Medina, DJU 8 aprile 2002.

(9) Si veda la seguente sentenza della Corte Suprema Federale: ADI 3.934/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, dichiarazione di voto dello Min. César Peluzo, DJE 4 giugno 2009.

Il legislatore ha prestato attenzione a questo aspetto. Approvata nel 2005, la LRE ha previsto che l'acquirente di beni del fallito o del ricorrente della riorganizzazione giudiziaria delle imprese (in quest'ultimo caso, se previsto nel piano approvato dal giudice) non sia loro successore – relativamente alle obbligazioni e agli oneri assunti in precedenza – quando l'alienazione avviene tramite asta giudiziaria. È la norma inserita nell'art. 60 della LRE (10). E l'art. 141 della LRE riprende la disposizione citata (in cui si sancisce l'assenza di successione), e lo applica al caso alle alienazioni avvenute nel corso della procedura fallimentare del debitore (11).

La logica è perfetta: negando la successione, la legge amplia la possibilità per gli interessati di acquisire l'azienda del debitore e, di conseguenza, quella che altri creditori possano vedere soddisfatti i propri crediti con i proventi ottenuti dalla vendita. Se l'acquirente dovesse onorare i debiti e assumersi gli oneri del debitore, sarebbe interessato all'azienda un numero minore di aggiudicatari. Ma c'è di più: se dovesse pagare tutto ciò a cui si era obbligato il fallito, l'acquirente tenderebbe a fallire a sua volta. Si verificherebbero così virtualmente due fallimenti, anziché uno solo (12).

Nonostante sia stata celebrata nelle aule giudiziarie e nei corridoi accademici, la protezione della successione prevista dalla LRE ha incontrato una dura contestazione politica e di settore, guidata dai sindacati e dalle associazioni di categoria. Vista da queste organizzazioni come un possibile meccanismo di frode ai danni dei creditori, la possibilità di vendita senza il trasferimento di taluni debiti è stata contestata attraverso l'Azione Diretta di Incostituzionalità n. 3.934/DF, con particolare attenzione ai debiti da lavoro. Nel giudizio, la Corte Suprema Federale ha riconosciuto la costituzionalità della norma (art. 60, par. único della LRE) che autorizza la mancata successione dell'acquirente nei debiti ai sensi della LRE. Merita di essere evidenziato il seguente passaggio della relazione del relatore del progetto presso la Commissione Affari Economici del Senato Federale (13):

"O fato de o adquirente da empresa em processo de falência não suceder o falido nas obrigações trabalhistas não implica prejuízo aos trabalhadores. Muito

(10) Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei. Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no §1 do art. 141 desta Lei.

(11) Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo: I - todos os credores, observada a ordem de preferência definida no art. 83 desta Lei, sub-rogam-se no produto da realização do ativo; II - o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

(12) F.U. Coelho, *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, São Paulo, 2005, pp. 364-365.

(13) STF, ADI 3.934/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU 4 giugno 2009.

ao contrário, a exclusão da sucessão torna mais interessante a compra da empresa e tende a estimular maiores ofertas pelos interessados na aquisição, o que aumenta a garantia dos trabalhadores, já que o valor pago ficará à disposição do juízo da falência e será utilizado para pagar prioritariamente os créditos trabalhistas. Além do mais, a venda em bloco da empresa possibilita a continuação da atividade empresarial e preserva empregos. Nada pode ser pior para os trabalhadores que o fracasso na tentativa de vender a empresa, pois, se esta não é vendida, os trabalhadores não recebem seus créditos e ainda perdem seus empregos".

Merita, infine, un'osservazione: la vendita di beni del debitore senza successione in alcuni debiti comporta una deroga. Quando gli organi del fallimento o della riorganizzazione identificano che possa esservi interesse nel mercato per l'acquisizione dell'impresa con l'assunzione da parte dell'acquirente del passivo lavoristico o fiscale del debitore, gli stessi organi possono richiedere al giudice che essa sia offerta in questi termini. Qualora venga identificato tale interesse e l'alienazione dell'impresa avvenga in tale condizione, l'acquirente diventa successore della fallita relativamente al passivo trasferito (14).

3. Unità produttiva isolata: brevi note

L'esonero dalla successione nel passivo dell'unità produttiva (azienda o ramo di essa) nell'ambito della procedura concorsuale di insolvenza passa attraverso la comprensione dell'espressione "unidade produtiva isolada" e la sua correlazione – giuridica (legislativa) e fattuale – con il concetto di azienda (*estabelecimento empresarial*).

L'espressione "unidade produtiva isolada" è utilizzata dal legislatore agli artt. 60 e 140 della LRE per riferirsi all'alienazione come una delle modalità di liquidazione dell'attivo. L'impiego dell'espressione "unidade produtiva isolada", fino ad allora inedita nella regolamentazione delle materie di interesse commerciale (15), è imprecisa, come si ricava dalla lettera dell'art. 140, il quale tratta, al comma 1, della possibilità di "alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco", e, subito di seguito, al comma 2, della "alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente", facendo intendere che si tratti di istituti giuridici differenti.

Di fatto, la LRE si riferisce agli attivi organizzati del debitore ora come unità produttiva isolata ora come azienda, lasciando spazio al dubbio se si tratti di espressioni con lo stesso significato. Sarebbe stato preferibile che il legislatore aves-

(14) F.U. Coelho, *op. ult. cit.,* p. 365.
(15) Fatta eccezione per vaghi accenni nella dottrina giuridica. Si veda, ad esempio. A. Lamy Filho, J.L.B. Pedreira, *A Lei das S.A*, 1, Rio de Janeiro, 1995.

se adottato il concetto di azienda, consacrato nel diritto brasiliano dall'opera classica di Oscar Barreto Filho (16), accolta nell'art. 966 del Codice civile brasiliano, per definire l'insieme di beni e attivi organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'attività commerciale a fini di lucro, un'universalità di fatto coordinata dal titolare ai fini della gestione della propria attività (17).

Così si pone, ad esempio, la legge fallimentare italiana vigente al tempo della introduzione della LRE (R.D. 267/1942, nel testo novellato dal D.Lgs. 5/2006) (18) nel disciplinare la medesima materia, prescrive che, salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute (19).

La cosa più sensata, in effetti, è la correlazione tra "unidade produtiva isolada" e azienda, seguendo il concetto previsto nella legge civile. Rafforzano questa interpretazione il testo del §3 dell'art. 140 della LRE, laddove prevede che l'alienazione da parte del debitore "terá por objeto o conjunto de determinados bens necessários à operação rentável da unidade de produção […]", e l'art. 50 della stessa legge, che elenca al comma 7 come uno dei mezzi di risanamento del debitore il "trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados".

Questo tema sarà oggetto di un'analisi più approfondita nel punto 4, ma prima, nel punto seguente si affronterà la questione, anch'essa rilevante, dei debiti fiscali del debitore nel procedimento concorsuale di insolvenza.

4. Debiti fiscali

La successione dei debiti di natura tributaria relativi alle persone giuridiche soggette alle procedure di fallimento e della riorganizzazione giudiziaria è stata oggetto di espressa previsione negli artt. 60 e 141, comma 2, della LRE, già menzionati, e nell'art. 133, §1, comma 2, del Codice Fiscale Nazionale ("CTN") brasiliano. Tali disposizioni confermano, in sintesi, la fattibilità giuridica dell'acquisizione di UPI senza successione dell'acquirente nelle obbligazioni e negli oneri pregressi (20).

---

(16) O. Barreto Filho, *A Teoria do Estabelecimento Comercial*, II ed., São Paulo, Saraiva, 1988.

(17) E.S. Munhoz, in *Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falências*, a cura di F.S. Souza Junior, A.S. de Moraes, II ed., São Paulo, 2007, p. 298.

(18) L'attuale disciplina italiana della crisi di impresa è contenuta nel D.Lgs. 14/2019 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), oggetto di ripetuti interventi normativi anche per recepire la disciplina europea.

(19) *Ipsis litteris*: art. 105. Salva diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento.

(20) Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar

Di fatto, la legislazione tributaria, in consonanza con la LRE (art. 60), esclude la responsabilità tributaria dell'acquirente di una UPI alienata in una procedura di riorganizzazione giudiziaria per le imposte dovute dall'alienante fino alla data di acquisizione dello stabilimento, anche se l'acquirente continua a esercitare l'attività dell'alienante. Vale la pena notare che l'art. 133 del CTN menziona testualmente le espressioni "filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial". Nel medesimo senso si sono orientati il Consiglio Amministrativo per i Ricorsi Fiscale ("CARF") (21) e la Corte di Giustizia dello Stato di San Paolo (22).

Un aspetto che merita di essere sottolineato (per quanto riguarda l'applicazione delle norme sull'assenza di successione nei debiti fiscali) è la possibile divergenza di interpretazione nel giudizio della questione, in caso di eventuale conflitto di competenza tra il tribunale fallimentare o di risanamento e il tribunale competente per le esecuzioni fiscali. Ciò in quanto l'art. 187 del CTN dispone che la riscossione giudiziaria dei crediti fiscali non sia soggetta alla procedura concorsuale né rientri nella riorganizzazione giudiziaria. Allo stesso modo, il comma 7 dell'art. 6 della

---

a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato: I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão. §1. O disposto no caput deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial: I - em processo de falência; II - de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial.

(21) Sent. 1101.00-659, Prima Sezione/Primo Collegio Ordinario del CARF, Relatore: Giudice Edeli Pereira Bessa, Sessione dal 16 al 31 gennaio 2012. Sommario: "Arguição de ilegitimidade passiva. Recuperação judicial. Exclusão da responsabilidade do sucessor. Inocorrência. Somente o terceiro adquirente de filial ou unidade produtiva isolada de empresa em recuperação judicial tem assegurado o direito de não responder por créditos tributários devidos por esta, nos termos da lei. A recuperação judicial mediante alteração do controle societário, substituição dos administradores e aumento de capital social por nova controladora em nada afeta a formalização do lançamento contra o sujeito passivo originário das obrigações tributárias".

(22) Ricorso n. 2013.0000049907, 9ª Camera di Diritto Pubblico, Giudice Oswaldo Luiz Palu, Gazzetta Ufficiale dell'Unione (DJU) 6 febbraio 2013. Riassunto: "Agravo. Recuperação judicial. Sucessão. Execução Fiscal. Pretenso reconhecimento à sucessão tributária. Decisão que não redirecionou a execução fiscal pela ausência de demonstração dos pressupostos do §2 inciso I do art. 133 do CTN. Não se caracteriza a sucessão na hipótese de alienação judicial em processo de falência ou de alienação judicial de filial ou unidade produtiva isolada em processo de recuperação judicial, hipóteses somente excepcionadas pelo parágrafo 2 do citado artigo. No caso, ficou demonstrado que o estabelecimento da empresa agravada fora objeto de "Contrato de Compra e Venda de Ativos e outras Avenças" celebrado com a sociedade empresária B.F. Utilidades Domésticas Ltda., como medida integrante do plano de recuperação judicial (fls. 147/166). Manutenção. Estabelecimento da executada que fora objeto de contrato de compra e venda por outra empresa como medida integrante de plano de recuperação judicial. Ausência de requisitos do art. 133 que autorizem a sucessão tributária. Recurso não provido".

LRE stabilisce che le esecuzioni di natura fiscale non sono sospese dall'accoglimento della riorganizzazione giudiziaria, fatta salva la concessione della rateizzazione ai sensi del Codice Tributario Nazionale e della legislazione ordinaria specifica.

In altre parole, mentre la procedura di risanamento giudiziario è presieduta dal giudice incaricato del procedimento, attribuendo alla giurisdizione ordinaria le controversie descritte nell'art. 49 della LRE, gli obblighi fiscali sono di competenza del giudice dell'esecuzione fiscale. Poiché i procedimenti si sviluppano in parallelo, non si esclude la possibilità che il giudice tributario decida in merito alla sussistenza della successione nei debiti tributari, anche se il giudice della procedura di risanamento giudiziario decidesse in senso contrario. E non va trascurato il fatto che decisioni giudiziarie divergenti potrebbero portare l'aggiudicatario/acquirente a essere colto di sorpresa da una decisione che riconosca la sua responsabilità fiscale, anche dopo l'acquisizione dell'azienda, rendendo evidente l'incertezza giuridica a cui l'acquirente sarebbe esposto.

Tuttavia, tale tema è già stato oggetto di dibattito presso la Corte di Giustizia Federale (STJ), il quale ha stabilito in via definitiva che il tribunale della procedura giudiziaria è competente a trattare e giudicare le questioni sollevate in caso di conflitto di competenza – vale a dire, il proseguimento delle esecuzioni fiscali, a fronte di un piano di riorganizzazione giudiziaria approvato, costituisce un atto che invade la competenza del tribunale della procedura (23).

L'art. 57 della LRF stabilisce che, dopo l'inserimento nel fascicolo del piano approvato dall'assemblea dei creditori, il debitore debba presentare certificati di regolarità fiscale (24). In altre parole, al momento dell'approvazione del piano, il debitore dovrà trovarsi in regola con il fisco. In teoria, qualora non fosse in regola, al debitore resterebbe la via del fallimento. La giurisprudenza, tuttavia, già nelle prime fasi di vigenza della LRE, ha consolidato l'orientamento di concedere la riorganizzazione giudiziaria anche qualora il debitore non disponga delle suddette certificazioni di assenza di debiti di natura fiscale o, in alternativa, presenti certificazioni positive con effetti negativi.

---

(23) CC 114.987/SP, Relatore: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Sezione, DJU 23 marzo 2011. Sentenza: "Conflito de competência. Recuperação judicial. Execução fiscal. Princípio da preservação da empresa. 1) Apesar de a execução fiscal não se suspender em face do deferimento do pedido de recuperação judicial (art. 6, §7, da LF n. 11.101/05, art. 187 do CTN e art. 29 da LF n. 6.830/80), submetem-se ao crivo do juízo universal os atos de alienação voltados contra o patrimônio social das sociedades empresárias em recuperação, em homenagem ao princípio da preservação da empresa. 2) Precedentes específicos desta Segunda Secção. 3) Conflito conhecido para declarar a competência do juízo de direito da 8a Vara Cível de São José do Rio Preto - SP para a análise dos atos constritivos sobre o ativo das empresas suscitantes".

(24) Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

5. La riforma della LRE

Nel 2020 sono state apportate le seguenti modifiche all'art. 60 della LRE – testo sottolineato – in virtù della L. 14.112/2020:

"Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei. Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor de qualquer natureza, incluídas, mas não exclusivamente, as de natureza ambiental, regulatória, administrativa, penal, anticorrupção, tributária e trabalhista, observado o disposto no §1 do art. 141 desta Lei".

Si è riflettuto sull'obiettivo perseguito dalla riforma in questione: emerge infatti una possibile contraddizione tra gli effetti della cessione nell'ambito della riorganizzazione giudiziaria e in quello del fallimento, considerato che l'art. 141 (dettato in materia di disciplina del fallimento) faceva espressamente riferimento agli obblighi derivanti dalla legislazione in materia di lavoro, mentre l'art. 60 (che opera nella disciplina della riorganizzazione giudiziaria) era silente su questo punto. L'omologazione determinava ldunque la mancanza di successione in tutti i debiti o in quelli aventi natura civile e tributaria?

In un capitolo che affronta le implicazioni della LRE sui crediti da lavoro, Sérgio Pinto Martins riferisce che l'Emendamento n. 12-Plen. al progetto originale mirava a escludere la successione nei debiti da lavoro nella vendita di beni aziendali nell'ambito della riorganizzazione giudiziaria, ma tale proposta sarebbe stata respinta sulla base del fatto che, a differenza del credito tributario protetto dal certificato negativo o positivo con effetti di negazione ai fini della concessione della riorganizzazione giudiziaria (art. 57 della LFR) (25), "o crédito trabalhista fica desguarnecido caso a empresa seja vendida e o valor apurado dissipado pela administração da empresa em recuperação judicial, já que não há, na recuperação judicial, ao contrário da falência, vinculação ou destinação específica desses valores". Egli conclude che "o legislador teve o intuito deliberado em não incluir créditos decorrentes da legislação do trabalho na alienação de bens na recuperação judicial" (26).

In un parere tecnico presentato in seduta plenaria il 27 novembre 2019, il deputato federale Hugo Leal, autore del progetto di legge (Progetto di Legge

(25) Cfr. nota (19).

(26) S.P. Martins, *A Nova Lei de Falências e suas Implicações nos Créditos dos Trabalhadores,* in *10 Anos de Vigência da Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 11.101/05)*, a cura di C.H. Abrão, F.N. Andrighi, S. Beneti, I ed., São Paulo, 2015, 1.

6.229/2005) che ha previsto le riforme alla LRE, ha presentato la seguente richiesta:

"Pacificar, em definitivo, o entendimento quanto à não sucessão (por parte do adquirente) de passivos e obrigações em alienações de filiais e de unidades produtivas isoladas (UPI) na recuperação judicial. As alienações relacionadas no plano de recuperação não estão sujeitas à sucessão de passivos, porém as UPIs alienadas não devem comprometer a recuperação da empresa e não configurar liquidação da empresa dentro do processo de recuperação judicial. Essa alteração é essencial para garantir segurança jurídica aos investidores adquirentes dos ativos, o que virá facilitar a venda de ativos das empresas recuperandas, devendo permitir, ao final, a manutenção da atividade econômica e dos empregos." (Relazione al Progetto di Legge 6.229/2005, del deputato federale Hugo Leal).

In realtà, la questione giuslavoristica era già stata chiarita sia nella pratica che nella dottrina (27). Infatti, l'assenza di un riferimento esplicito ai crediti derivanti da lavoro nell'unico comma dell'art. 60 non significava che, in relazione a questi, rimanesse in vigore il regime della legge precedente. In ogni caso, il fatto che si trattasse di una questione già chiarita non sminuiva il merito dell'opportunità della novella.

D'altra parte, l'art. 4 della Legge anticorruzione brasiliana – L. 12.846/13 – già prescriveva che vi è la responsabilità della persona giuridica in caso di modifica contrattuale, trasformazione, fusione o scissione societaria, e che, nei casi specifici di fusione, *la responsabilità del successore sarà limitata all'obbligo di pagamento della*

(27) In dottrina, si veda, tra gli altri, E.S. Munhoz, in *Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falências*, a cura di F.S. Souza Junior, A.S. de Moraes, II ed., São Paulo, 2007, p. 299: "A ausência de referência específica faria supor que, na recuperação judicial, ocorreria a sucessão do adquirente nas obrigações do devedor derivadas da legislação do trabalho? A resposta que se impõe é a da não ocorrência de sucessão, seja qual for o critério de interpretação adotado. A interpretação literal do dispositivo leva à conclusão de que a regra geral é a da não sucessão em relação *"às obrigações do devedor"*, seguindo-se à menção às obrigações tributárias precedida da palavra *"inclusive"* – ou seja, a não-sucessão não está restrita às obrigações tributárias, tendo sido estas mencionadas apenas como um exemplo". In pratica, si veda, tra le altre, la sentenza del Tribunale Superiore del Lavoro nella causa Varig, in cui, tra l'altro, l'unità produttiva isolata costituiva, di fatto, l'unico stabilimento. RR – 65200-17.2007.5.02.0037, Relatore: Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, data della sentenza: 14 marzo 2012, sez. VIII, data di pubblicazione: 16 marzo 2012. Sentenza: Ricorso in Cassazione. Impresa in procedura di risanamento giudiziario. Inesistenza di successione in materia di lavoro. Illegittimità passiva *ad causam* dell'aggiudicataria. Alla luce della sentenza dell'ADI n. 3934/DF emessa dalla Corte Federale di Giustizia (STF), con efficacia erga omnes (Relatore: Ministro Ricardo Lewandowski, 27 maggio 2009), nella quale è stata riconosciuta la costituzionalità dell'art. 60, comma unico, della L. 11.101/2005, "esta Turma firmou entendimento de que não há sucessão trabalhista em situações de alienação judicial prevista em plano de recuperação judicial de empresas, uma vez que, por força da expressa determinação legal, tal alienação é livre de qualquer ônus. Desse modo, o arrematante é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, devendo ser excluído da lide. Recurso de Revista conhecido e provido".

sanzione e al risarcimento integrale del danno causato, entro il limite del patrimonio trasferito, non essendo applicabili le altre sanzioni previste dalla legge derivanti da atti e fatti verificatisi prima della data di chiusura dell'operazione, salvo il caso di simulazione o evidente intento fraudolento, debitamente comprovati.

Ci si chiede: il riferimento esplicito (nella riforma) ai debiti di natura anticorruzionale avrebbe, per il carattere speciale della norma, l'effetto di escludere, in tal caso, la successione nei debiti tributari? Secondo l'orientamento raggiunto durante la III Giornata di Diritto Commerciale del Consiglio della Giustizia Federale (Enunciato 104), la risposta al quesito è positiva: non deve esserci successione a carico dell'acquirente dei beni aziendali in relazione alle sanzioni pecuniarie applicate al debitore ai sensi della L. 12.846/2013 (Legge Anticorruzione), quando la cessione avviene in base all'art. 60 della L. 11.101/2005.

Inoltre, la riforma ha altresì precisato che le UPI alienate non devono compromettere il risanamento né configurare la liquidazione dell'impresa all'interno della procedura, ipotesi in cui il diritto di credito dei creditori non soggetti alla riorganizzazione giudiziaria potrebbe, in linea di principio, essere pregiudicato. Questo tema è oggetto di analisi nel paragrafo seguente.

6. Vendita integrale del debitore

Considerando che l'art. 60 della LRE fa riferimento alla vendita giudiziaria di filiali o di unità produttive *isolate* del debitore, dopo l'entrata in vigore della legge è sorta anche la seguente questione: la cessione deve coinvolgere i beni aziendali del debitore, o sostanzialmente tutti i beni del debitore? Si dovrebbero considerare le unità *isolatamente* con esclusione della successione universale? La disposizione dell'art. 60 sarebbe applicabile in tali casi, proteggendo l'acquirente dal fardello del passato?

Si tratta di un problema che riguarda soprattutto la procedura di riorganizzazione giudiziaria rispetto a quella di liquidazione del debitore. La LRE non ha sottoposto tutti i creditori del debitore alla riorganizzazione giudiziaria (universalità relativa). Pertanto, in caso di vendita di tutti i beni aziendali, i creditori esclusi dalla procedura risulterebbero – in teoria – lesi. Il fallimento, al contrario, coinvolge tutti i creditori (universalità assoluta). Inoltre, nel fallimento, ai sensi dell'art. 141, I, della LRE (cfr. punto 11 sopra), tutti i creditori, osservato l'ordine definito dall'art. 83 della legge (ordine di classificazione dei crediti in base alla natura), si surrogano nel ricavato della realizzazione del patrimonio del debitore.

Secondo l'opinione prevalente – un'opinione non fondata su solidi argomenti ermeneutici, va detto – solo quando la vendita dell'unità aziendale non comprende l'azienda nel suo complesso – ovvero, solo quando l'oggetto della vendita giudiziaria corrisponde a unità produttive effettivamente isolate o a filiali del

debitore – l'acquirente sarà protetto da passività, oneri e contingenze relative al passato. C'è chi ritiene, seguendo questa linea di pensiero, che se la cessione coinvolge l'intera azienda – o il suo *core business* –, "svuotando" nella sostanza l'ente, e se l'atto giuridico corrisponde, di fatto, a una liquidazione, debba tale operazione considerarsi una successione universale (28), con applicazione, tra l'altro, delle norme corrispondenti del Codice Civile (art. 1146), del CTN (art. 133), della Legge anticorruzione brasiliana (art. 4).

In argomento, il Prof. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo contesta tale interpretazione: perché non ammettere la vendita? Il professore dell'Università di San Paolo sottolinea che, a causa di "uma conjugação de fatores, poderá haver casos em que, ainda que a alienação da unidade produtiva isolada implique no quase total esvaziamento patrimonial do devedor, ela pode ser um meio de recuperação regular se restar uma atividade econômica remanescente viável, que seja capaz de gerar valor suficiente à solução desses débitos. E, nesse caso, ainda que a recuperação judicial tenha marcante caráter liquidatário, não se justifica que se abra a falência na medida em que o processo recuperatório atingirá as finalidades visadas pelo legislador, preservando a empresa e reinserindo-a no mercado (29)".

In effetti, occorre distinguere: da un lato, la possibilità di vendere sostanzialmente tutti i beni del debitore come uno dei mezzi di risanamento dell'impresa; dall'altro, la questione della necessaria applicazione della regola della successione in tutti i debiti quando vengono venduti sostanzialmente tutti i beni del debitore. Si tratta di questioni diverse e l'interprete dovrebbe prestare maggiore attenzione alla prima.

Per un'opinione anch'essa non sorretta da solide argomentazioni, il curatore non può semplicemente opporsi alla vendita di tutti i beni del debitore come uno dei mezzi di risanamento, senza analizzare il caso. Avvalendosi di una clausola molto comune relativa alla destinazione dei proventi, le parti dell'operazione, con l'intervento del curatore fallimentare, che approva il ricavato della vendita, possono stabilire, ad esempio, che l'importo incassato sarà impiegato per soddisfare sia i creditori soggetti al risanamento giudiziario sia quelli non soggetti ad esso. D'altra parte, nulla impedisce che l'azienda oggetto della vendita sia il principale o uno

(28) J. Lobo, in *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências*, a cura di P.F.C Salles de Toledo, C.H. Abrão, IV ed., São Paulo: Saraiva, 2020, pp. 239-240. Analogamente, la professoressa Rachel Sztajn, in *Comentários a Lei de Recuperação de Empresas e Falências*, a cura di F.S. Souza Junior, A.S. de Moraes, II ed., São Paulo, 2007, p. 240 afferma: "uma tal proposta se assemelha à de dissolução e liquidação da sociedade porque se o estabelecimento constitui a base material destinada ao exercício da atividade sua alienação priva a sociedade dos meios necessários para fazê-lo".

(29) P.F. C. Salles de Toledo, B. Poppa, *UPI e Estabelecimento: uma visão crítica*, in *Direito das empresas em Crise: problemas e soluções*, a cura di P.F. C. Salles de Toledo , F.S. Souza Junior, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 289.

dei principali beni del debitore se l'impresa – un'impresa che rientri in uno dei profili delineati da Asquini (30), ovvero un'impresa intesa come attività – venga preservata con la necessaria capacità di generare risultati e di estinguere i crediti esclusi dal procedimento per legge.

Senza accogliere pienamente tale opinione, ma in linea con la sua logica, il progetto di riforma ha proposto l'introduzione, nell'art. 50 della LRE, come uno dei mezzi di risanamento giudiziario, della vendita integrale del debitore, purché siano garantite ai creditori non sottoposti (o non aderenti) alla procedura condizioni almeno simili a quelle che avrebbero in caso di fallimento, ipotesi in cui la vendita integrale sarà, a tutti gli effetti, considerata un'unità produttiva isolata (art. 50, comma 18).

7. Il futuro: un'altra occasione persa?

Forse la critica principale all'art. 60 della LRE, quella che persiste praticamente in tutta la dottrina, riguarda la mancanza di criteri da parte del legislatore nella definizione giuridica di unità produttiva isolata. Nella disciplina classica del Codice Civile, l'azienda costituisce un'universalità di fatto, ovvero un insieme di beni, materiali e immateriali, mobili e immobili, organizzati dall'imprenditore per l'esercizio della propria attività (art. 966 c.c.). L'azienda corrisponde, pertanto, a un oggetto unitario, distinto dalla somma dei beni che lo compongono, considerati *singolarmente*. Si tratta di un complesso di beni interdipendenti e interconnessi dal punto di vista funzionale: l'avviamento, in quanto attributo soggettivo dell'azienda, corrisponde alla sua idoneità funzionale. Per questo motivo, l'alienazione di uno degli elementi – il marchio, ad esempio – non va confusa con la vendita dell'azienda, che coinvolge l'intero complesso di beni organizzato per l'esercizio dell'attività (31).

La LRE, come già detto, non ha incorporato testualmente questa definizione di "estabelecimento". Ciononostante, come già accennato, l'idea è che "estabelecimento" e "unidade produtiva isolada" abbiano significati simili e producano effetti analoghi. In pratica, tuttavia, sono frequenti i tentativi di equiparare beni di natura diversa – considerati isolatamente o meno – al concetto di "estabelecimento" o, più propriamente, a quello di "unidade produtiva isolada" (32).

La riforma del 2020 ha inoltre introdotto la seguente estensione normativa all'art. 60 della LRE:

Art. 60-A. A unidade produtiva isolada de que trata o art. 60 desta Lei poderá abranger bens, direitos ou ativos de qualquer natureza, tangíveis ou intangíveis,

(30) A. Asquini, *Profili dell'impresa*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1943, p. 1.
(31) O. Barreto Filho, *A Teoria do Estabelecimento Comercial*, cit.
(32) Nel procedimento di risanamento giudiziario della MMX, caso noto in Brasile, l'unità produttiva isolata è stata considerata sinonimo di diritti minerari. Procedimento: 0405866-57.2016.8.19.0001, pendente dinanzi al 4° Tribunale Commerciale del Distretto di Rio de Janeiro, RJ.

isolados ou em conjunto, incluídas participações dos sócios. Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo não afasta a incidência do incisivo VI do caput e do §2 do art. 73 desta Lei.

Sarebbe stato meglio incorporare una volta per tutte il concetto classico di "estabelecimento".

In mancanza, sarebbe stato meglio, quindi, nella parte finale, fare riferimento agli *investimenti* in partecipazioni societarie, ovvero a investimenti rilevanti, a un'influenza significativa o al controllo; in definitiva, concetti ampiamente studiati nel diritto societario e della concorrenza. In un caso noto in Brasile, di fronte alla difficoltà di inquadrare il bene oggetto di vendita nel concetto giuridico di unità produttiva, il debitore ha costituito una società a scopo specifico e ha conferito al suo capitale, mediante aumento, come unico bene, il diritto all'uso degli slot aeroportuali, soddisfacendo così, in linea teorica – almeno secondo la propsettiva del debitore – i requisiti della figura giuridica di "unidade produtiva isolada", ai fini della vendita senza successione integrale nei debiti (33). È probabile che situazioni di questo tipo continuino a verificarsi.

8. Conclusione

La possibilità di vendere gli asset del debitore senza successione nei debiti è stata una scelta azzeccata della LRE come incentivo per attrarre soggetti interessati all'acquisto di tali beni – quando integrati (34) – e, di conseguenza, al risanamento stesso del debitore. Per questo motivo, tale disposizione rimane in vigore e deve rimanere tale. Le modifiche alla materia introdotte dalla L. 14112/2020 presentano aspetti più positivi che negativi, per chiarire una volta per tutte che l'assenza di successione riguarda tutti i debiti del debitore, inclusi quelli di natura lavoristica. Inoltre, con la novella si è consentito, sulla scia del moderno diritto

(33) Risanamento giudiziario della Oceanair Linhas Aéreas S.A. (Avianca). TJSP. Ricorso d'urgenza n. 2146368-80.2019.8.26.0000, del distretto di San Paolo. Relatore: Giud. Ricardo Negrão. Data della sentenza: 10 dicembre 2019.

(34) La salvaguardia del valore aggiunto derivante dall'organizzazione dei beni del debitore è stata anche una delle giustificazioni alla base della regolamentazione – e di un migliore coordinamento – delle procedure di insolvenza transnazionali, come osserva Fabio Crocco: "Establishing mechanisms that courts of different jurisdictions can use to cooperate can also decrease direct and indirect costs of bankruptcy since it streamlines proceedings and avoids unnecessary formalities and divergences among different insolvency proceedings. Enhanced coordination and cooperation are often crucial for preserving the debtor assets as going concerns, which is typically essential to restructuring viable firms (in reorganizations) and to maximizing the returns of residual claimants (in liquidations)". F.W. Crocco, *When deference makes a difference: the role of U.S. Courts in cross-border bankruptcies*, 2019, pp. 9-10, disponibile al link: *https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/Weinberg%20Crocco%2C%20Fabio%20-%20When%20Deference%20Makes%20a%20Difference%20-%20The%20Role%20of....pdf*.

fallimentare, l'accesso a uno dei mezzi di risanamento giudiziario dell'impresa, la vendita integrale dell'azienda debitrice, purché siano garantite ai creditori non soggetti al risanamento condizioni almeno simili a quelle che avrebbero in caso di fallimento.

Il punto negativo rimane l'inspiegabile insensibilità per la costruzione dottrinale dell'istituto dello "estabelecimento comercial", preferendo mantenere la denominazione di "unidade produtiva isolada" (UPI), ben lontana dal godere della stessa tradizione (e certezza giuridica) nel diritto brasiliano.

Si auspica che questa soluzione sia presto oggetto di revisione.

Nel contributo si analizza l'evoluzione storica della disciplina applicabile alla vendita di "unità produttive isolate" nel caso di insolvenza, con particolare riferimento al diritto brasiliano. Si studiano le questioni più ricorrenti relative alla questione del trattamento giuridico dei debiti dell'azienda ceduta o di un suo ramo, indicando, ove possibile, proposte interpretative o de lege ferenda.

This article analyzes the historical evolution of the rules applicable to the sale of assets in the event of insolvency, with particular reference to Brazilian law. It examines the most recurring issues related to this matter, and, where possible, suggests interpretative proposals or de lege ferenda.

Fernanda Valle Versiani, Helena Penna Marchi (*)

Raccolta fondi tramite società in partecipazione e rischio di qualificazione come contratti di investimento collettivo: un'analisi comparata in prospettiva italo-brasiliana (**)

Sommario: 1. Introduzione. - **2.** Raccolta fondi tramite sociedade em conta de participação in Brasile. - **3.** Il rischio di qualificazione delle SCP come contratti di investimento collettivo in Brasile. - **4.** Il trattamento della questione nel diritto italiano. - **5.** Contingenze e percorsi sicuri negli ordinamenti italiano e brasiliano. - **6.** Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

La crescente sofisticazione delle strutture di investimento e la ricerca di modelli contrattuali più flessibili e meno burocratici hanno favorito l'utilizzo di strumenti giuridici alternativi per la raccolta di capitali privati. In questo contesto, la società in partecipazione, chiamata in Brasile *sociedade em conta de participação* (SCP), si distingue come meccanismo ampiamente utilizzato in diversi settori dell'economia, sia in Brasile che in altri ordinamenti giuridici, grazie alla sua informalità, riservatezza e ampia libertà contrattuale. Consentendo l'associazione tra il socio gestore, responsabile esclusivo della conduzione dell'impresa, e il socio partecipante, che apporta risorse e partecipa ai risultati, la SCP si presenta come uno strumento efficace per facilitare gli investimenti senza la creazione di un'entità giuridica autonoma.

Tuttavia, proprio per le sue caratteristiche strutturali e funzionali, la SCP può, in determinate circostanze, assomigliare a modelli tipici di raccolta fondi tramite risparmio pubblico, attirando l'applicazione della regolamentazione dei mercati dei capitali. Nel diritto brasiliano, tale somiglianza si manifesta in modo significativo nel rischio di classificare la SCP come contratto di investimento collettivo (CIC), ai sensi dell'art. 2, comma 9, della L. 6.385/1976, situazione che assoggetta

(*) Fernanda Valle Versiani, Universidade Federal de Minas Gerais; Helena Penna Marchi, Universidade Federal de Minas Gerais.
(**) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

l'operazione alla vigilanza della *Comissão de Valores Mobiliários* (CVM) e impone una serie di obblighi informativi e regolamentari ai responsabili dell'offerta. Una situazione analoga si riscontra nel diritto italiano, dove l'utilizzo dell'associazione *in partecipazione può* comportare l'applicazione delle norme che disciplinano le offerte pubbliche di prodotti finanziari, sotto la supervisione della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB).

L'analisi dei *processos administrativos sancionadores* (PAS) in Brasile e in Italia evidenzia la rilevanza pratica del tema e la necessità di un'attenta analisi dei confini tra il finanziamento privato legittimo e la strutturazione impropria di operazioni che, sotto le spoglie di SCP, si configurano come vere e proprie offerte di investimento rivolte al pubblico. L'operato delle autorità di vigilanza, che non tiene conto della forma contrattuale adottata quando il contenuto economico dell'operazione rivela una raccolta fondi collettiva con un'aspettativa di rendimento basata sull'impegno di terzi, rafforza l'importanza di comprendere i fattori di rischio coinvolti e i criteri adottati per l'applicazione delle sanzioni.

Partendo da questo scenario, il presente articolo si propone di esaminare l'utilizzo delle SCP come strumento di raccolta fondi e il conseguente rischio di una loro classificazione come CIC, attraverso un'analisi comparata tra gli ordinamenti giuridici brasiliano e italiano. L'obiettivo è individuare le analogie strutturali e normative tra i due sistemi, nonché verificare come la giurisprudenza amministrativa della CVM e della CONSOB abbia affrontato la questione.

Pertanto, questo lavoro è inizialmente strutturato attorno a un'analisi del quadro giuridico delle SCP in Brasile, evidenziandone le principali caratteristiche, le modalità di utilizzo e i vantaggi pratici come strumento di investimento. Successivamente, esamina il concetto e gli elementi caratterizzanti dei CIC nel diritto brasiliano, prestando particolare attenzione alla recente giurisprudenza amministrativa della CVM relativa alle SCP classificate come valori mobiliari.

L'articolo si concentra quindi sullo studio della disciplina dell'associazione in partecipazione nel diritto italiano, contestualizzandone il quadro all'interno del sistema normativo locale e analizzando le decisioni della CONSOB. Infine, viene condotta un'analisi comparativa tra i due ordinamenti giuridici, evidenziando i rischi comuni, le contingenze rilevanti e i possibili "*safe harbor*" per l'utilizzo legittimo delle SCP, al fine di preservarne la funzionalità come strumento di investimento privato senza violare le normative a tutela del mercato dei capitali.

2. Raccolta fondi tramite sociedade em conta de participação in Brasile

In Brasile, una SCP è regolamentata dagli articoli da 991 a 996 del Codice Civile del 2002. Si tratta di una tipologia di società con caratteristiche specifiche, che consente l'investimento da parte di uno o più investitori (socio gestore,

partecipante o investitore) in un'attività sotto la responsabilità esclusiva del socio amministratore (1).

La costituzione di una SCP non comporta la creazione di una nuova persona giuridica: l'accordo che definisce la posizione di ciascun socio ha effetto solo tra le parti contraenti e non si estende a terzi. La rappresentanza della società opera per il tramite del socio gestore per conseguire lo scopo sociale della SCP (2).

Il socio partecipante deve contribuire alla formazione del patrimonio della SCP; in cambio, gli è garantito il diritto di partecipare ai risultati e di controllare la gestione dell'attività aziendale (3). Pertanto, «o sócio ostensivo se obriga perante terceiro, sem qualquer limitação; e o sócio participante se obriga perante o sócio ostensivo, na forma que eles contratarem» (4).

È possibile avere una struttura semplice, in cui l'attività è costituita in modo classico, con uno o più soci gestori o partecipanti che esercitano il loro ruolo in modo circoscritto, oppure una forma considerata complessa, in cui le partecipazioni sono incrociate, con i soci che sono contemporaneamente soci gestori e partecipanti di diverse SCP (5).

Questo tipo di struttura societaria consente un modello di investimento meno burocratico, poiché non sono richieste formalità per la costituzione della SCP (6). Non è previsto l'obbligo di iscrizione della società al Registro delle Imprese,

---

(1) "Art. 991. Na sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes.
Parágrafo único. Obriga-se perante terceiro tão-somente o sócio ostensivo; e, exclusivamente perante este, o sócio participante, nos termos do contrato social" (*Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União de 11 jan. 2002, Brasília, DF. Disponível em <*https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm*>, consultato il 20 marzo 2026).
(2) R.M. Castro, *Sociedade em Conta de Participação. Conceito, Características, Regime Jurídico. Evolução Histórica. Natureza Jurídica. Legalidade e Utilidade. Distinção de Consórcio*, in *Direito Societário e Outros Temas de Direito Empresarial Aplicad*, a cura di A.G. Pitta e G.S.J. Pereira, São Paulo, 2021, pp. 795-796.
(3) "Art. 993. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade.
Parágrafo único. Sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier" (*Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União de 11 jan. 2002, Brasília, DF. Disponível em <*https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm*>, consultato il 20 marzo 2026).
(4) R.M. Castro, *Sociedade em Conta de Participação*, cit., p. 797.
(5) J.P. Scalzilli, L.F. Spinelli, R. Tellechea, *Sociedade em conta de participação: aplicações práticas e diferentes formatações*, cit., pp. 634-635.
(6) "Art. 992. A constituição da sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito" (*Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União de 11 jan. 2002, Brasília, DF. Disponível em <*https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm*>, consultato il 20 marzo 2026).

una semplificazione che, oltre a differenziarla dalle altre forme societarie (7), rappresenta uno dei suoi principali vantaggi, consentendo un risparmio di tempo e risorse (8).

L'idea alla base della SCP è proprio quella di fornire uno strumento meno formale e burocratico per consentire l'associazione tra due o più parti interessate che mirano al raggiungimento di obiettivi comuni e alla condivisione dei risultati (9). Sulla base di questo concetto, la SCP risulta attraente per la sua flessibilità contrattuale che, in determinati scenari, è vantaggiosa sia per la facilità di costituzione che per la semplicità di suo scioglimento, oltre a fornire una più chiara ripartizione dei rischi e dei risultati tra i soci (10).

Per quanto riguarda il primo punto, lo statuto della SCP è limitato unicamente del rispetto dei principi di buona fede e dalla funzione sociale del contratto. Si tratta di uno strumento che garantisce ampia libertà alle parti nella formulazione delle clausole e consente alla SCP di adattarsi a diversi modelli di business. Per quanto concerne il secondo punto, la chiara distinzione tra i ruoli del socio gestore e del socio partecipante favorisce l'allineamento degli interessi tra le parti coinvolte e, di conseguenza, la cooperazione tra di esse, senza trascurare la tutela del patrimonio dei soci.

Inoltre, la SCP consente la massima discrezione in merito alla struttura societaria e all'attività svolta. L'identità del socio partecipante rimane celata a terzi, e questa riservatezza può rivelarsi strategica, soprattutto in situazioni in cui la transazione commerciale richiede confidenzialità, in presenza di informazioni sensibili o in un mercato altamente competitivo.

Si tratta, quindi, di un modello di business più informale e dinamico, caratterizzato da bassi costi operativi, basso rischio (per il socio partecipante) e discrezione, che sono le caratteristiche principali di questa tipologia di società (11).

In pratica, il modello di business può essere impiegato in una varietà di situazioni e diverse forme di SCP. Senza la pretesa di esaurire tutti i possibili utilizzi, vengono evidenziate alcune transazioni legali per le quali gli SCP risultano particolarmente interessanti e adatti.

---

(7) È importante notare che la registrazione dello statuto di una "sociedade em conta de participação" (SCP) non le conferisce personalità giuridica ("Art. 993, do CC. O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade").

(8) R. Ramiress, *As Sociedades em Conta de Participação no Direito Brasileiro.* São Paulo, III ed., 2014, pp. 86-87.

(9) R.M. Castro, *Sociedade em Conta de Participação*, cit., p. 796.

(10) R.M. Castro, *Sociedade em Conta de Participação*, cit., p. 806.

(11) J.P. Scalzilli, L.F. Spinelli, R. Tellechea, *Sociedade em conta de participação*, São Paulo, 2023. E-book. p. 16. Disponível em: *https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556278728/*. Accesso effettuato il: 24 marzo 2026.

Le SCP sono particolarmente note per il loro utilizzo nel settore delle costruzioni civili. In questi casi, gli investitori (soci partecipanti) apportano risorse destinate alla costruzione di edifici residenziali o condomini, in progetti guidati da un'impresa di costruzioni o da un promotore (il più delle volte si crea una *sociedade de propósito específico* (SPE) per ciascun progetto dell'impresa di costruzioni e/o del promotore immobiliare). Al termine del progetto, il ricavato viene ripartito tra i soci partecipanti e i soci gestori, in denaro o sotto forma di consegna di unità abitative (12).

Un altro ambito in cui le SCP sono ampiamente utilizzate è quello del cosiddetto *"pool alberghiero"*. Questo scenario prevede la costruzione di *appartamenti* finanziati da investitori, che inizialmente ricevono queste unità in cambio del loro investimento. Successivamente, il diritto di uso di tali appartamenti può essere trasferito a una società di gestione tramite una SCP, che opererà come socio ostensivo e consentirà a tutti i soci partecipanti di ripartirsi i risultati della gestione dell'impresa, senza doversi occupare delle pratiche inerenti all'amministrazione di un *appartamento* il cui scopo è la locazione a terzi (13).

Le SCP possono essere utilizzate anche per acquisire attrezzature, soprattutto quelle di elevato costo (come macchinari per il settore agricolo o sanitario), che richiederebbero un investimento di capitale significativo da parte dell'interessato. In questo caso, i soci partecipanti apportano tutto o parte del capitale necessario per l'acquisizione delle attrezzature, mentre il socio gestore rimane responsabile della gestione dell'attività e gli utili vengono ripartiti tra entrambe le parti (14).

Un altro aspetto rilevante è l'utilizzo della SCP come strumento di investimento in capitale di rischio, sia per le imprese in fase iniziale, sia per quelle in fase di espansione. La costituzione di una SCP in questi casi, in cui l'impresa oggetto dell'investimento necessita di risorse per lo sviluppo delle proprie attività, rappresenta un modo rapido e semplice per rendere fattibile l'investimento (15).

Le SCP possono ancora essere utilizzate in imprese finalizzate all'estrazione mineraria. In questi casi, il socio gestore detiene un titolo di sfruttamento e possiede tutto il *know-how* necessario, mentre il socio partecipante entra a far parte dell'azienda con lo scopo di finanziare i costi operativi – che tendono ad essere elevati – e di partecipare alla ripartizione degli utili (16).

Grazie alla flessibilità e al dinamismo delle SCP, esistono numerose altre applicazioni, tra cui quelle nel settore agroalimentare (17), nel commercio e nelle

(12) J.P. Scalzilli, L.F. Spinelli, R. Tellechea, *Sociedade em conta de participação*, cit., p. 185.
(13) J.P. Scalzilli, L.F. Spinelli, R. Tellechea, *Sociedade em conta de participação*, cit., p. 185.
(14) J.P. Scalzilli, L.F. Spinelli, R. Tellechea, *op. loc. ult. cit.*
(15) J.P. Scalzilli, L.F. Spinelli, R. Tellechea, *op. loc. ult. cit.*
(16) R. Ramires, *Società in joint venture nel diritto brasiliano,* cit., p. 129.
(17) Per quanto riguarda l'agrobusiness, Scalzilli, Spinelli e Tellechea sostengono che il contratto di partenariato rurale, previsto dallo Statuto fondiario (L. 4,504/1964), costituirebbe una forma

situazioni *di cross-selling*. *Investment* (18), per la costituzione di una società di investimento con investitori capitalisti e anche come meccanismo nel processo di risanamento giudiziario, in cui la SCP fungerebbe da forma di recupero, trasformando i creditori in soci partecipanti.

È evidente che una struttura di questo tipo sia rilevante per la costituzione di imprese che dipendono da capitali di terzi, senza la necessità di ricorrere ai metodi tradizionali di raccolta fondi. La sua agilità, la libertà contrattuale, la condivisione del rischio e la riservatezza la rendono particolarmente efficace nell'attrarre investimenti.

Tuttavia, anche se legalmente non costituisce un meccanismo di raccolta fondi, la SCP può essere utilizzata impropriamente per simulare tipiche strutture di investimento collettivo o per mascherare operazioni che, nella sostanza economica, corrispondono a un'offerta pubblica di valori mobiliari, come verrà illustrato nel prosieguo della trattazione.

3. Il rischio di qualificazione delle SCP come contratti di investimento collettivo in Brasile

Come si è visto, la SCP, di norma, è un contratto disciplinato dal Codice Civile del 2002, che consente di effettuare investimenti commerciali in modo meno burocratico e più flessibile. Tuttavia, in taluni casi, può essere intesa come un CIC, soggetto alla regolamentazione del mercato dei capitali e alla supervisione della CVM.

Il CIC è disciplinato dall'art. 2, comma 9, della L. 6.385/1976. Tale disposizione di legge stabilisce che per valori mobiliari si intende «quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros».

Pertanto, per caratterizzare un CIC, sono necessari cinque elementi: *i)* investimento (non necessariamente in denaro); *ii)* impresa comune, ma indipendente dalla forma contrattuale utilizzata; *iii)* diritto di partecipazione o remunerazione (aspettativa di remunerazione, profitto o guadagno); *iv)* impegno dell'imprenditore o di terzi; e *v)* offerta pubblica (19).

Come si può notare, data la somiglianza delle rispettive caratteristiche, anche se formalmente costituita come SCP, un'impresa può essere considerata un CIC (e

---

di SCP regolata da una legge specifica (J.P. Scalzilli, L.F. Spinelli, R. Tellechea, *Sociedade em conta de participação: aplicações práticas e diverse formazioni*, cit.

(18) Una situazione in cui sono presenti diversi soci gestori e diversi soci partecipanti, in una struttura più complessa che consente investimenti in diversi settori.

(19) J.P. Scalzilli, L.F. Spinelli, R. Tellechea, *Sociedade em conta de participação*, cit., p. 189.

quindi un valore mobiliare) qualora siano soddisfatti tali requisiti, con conseguente applicazione della L. 6.385/1976 e dei relativi obblighi. I requisiti per ciascuna forma societaria sono simili, e alcuni sostengono che, in pratica, tutte i CIC siano SCP, sebbene il contrario non sia necessariamente vero (20).

Infatti, in una decisione sul caso PAS CVM RJ2006/3364 della CVM (autorità brasiliana di vigilanza sul mercato dei valori mobiliari), l'allora presidente Marcelo Trindade riconobbe espressamente l'intersezione tra le due forme di investimento, affermando che quando vi è un'offerta pubblica relativa all'attività giuridica di una SCP, essa si qualifica come un CIC: «[…] embora falte personalidade jurídica à sociedade em conta de participação, não há dúvida de que nelas os sócios participantes investem recursos para que o sócio ostensivo exerça o objeto social com exclusividade (CC, art. 991), participando dos resultados. Tal contrato, portanto, confere aos sócios participantes direito de participação em rendimentos que advêm do esforço do empreendedor, e se é ofertado a diversas pessoas, e publicamente, preenche os requisitos de que trata o inciso IX do art. 2 da Lei 6.385/76 para caracterizar-se como contrato de investimento coletivo» (21).

L'elemento essenziale che differenzia una SCP da un CIC è l'offerta pubblica, che è soggetta alla supervisione della CVM, ai sensi dell'art. 2, comma 9, della L. 6.385/76. Qualora si tratti di un contratto di investimento privato in cui non siano presenti gli elementi che caratterizzano un'offerta pubblica, non si tratta di un CIC e, di conseguenza, non vi sarà alcuna supervisione da parte della CVM, anche se gli altri requisiti sopra elencati sono presenti.

D'altro canto, se le operazioni di una SCP sono assimilabili a un'offerta pubblica (22), la SCP può essere classificata come CIC, con conseguente applicazione di normative specifiche. Le CIC sono soggette alla supervisione della CVM, il cui scopo è quello di garantire la massima trasparenza e sicurezza possibile agli

(20) Scalzilli, Spinelli e Tellechea sostengono che "*CIC é sempre uma SCP, apesar de o contrário não ser necessariamente verdadeiro*". (J.P. Scalzilli, L.F. Spinelli, R. Tellechea, *Sociedade em conta de participação*, cit., p. 190).

(21) COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. *Processo Administrativo Sancionador CVM RJ2006/3364*, data do julgamento: 16 maggio 2007, Rel. Presidente Marcelo Fernandez Trindade, disponibile al seguente indirizzo internet: *https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2007/20070516_PAS_RJ20063364.pdf*, Consultato il 29 marzo 2026.

(22) Cfr. art. 3 della Risoluzione CVM 160/22: «Configura oferta pública de distribuição o ato de comunicação oriundo do ofertante, do emissor, quando este não for o ofertante, ou ainda de quaisquer pessoas naturais ou jurídicas, integrantes ou não do sistema de distribuição de valores mobiliários, atuando em nome do emissor, do ofertante ou das instituições intermediárias, disseminado por qualquer meio ou forma que permita o alcance de diversos destinatários, e cujo conteúdo e contexto representem tentativa de despertar o interesse ou prospectar investidores para a realização de investimento em determinados valores mobiliários, ressalvado o disposto no art. 8 […]».

investitori, sebbene l'analisi di adeguatezza e rischio sia di esclusiva responsabilità degli investitori stessi (23).

Sebbene strutturalmente SCP e CIC siano simili, i CIC hanno una propria regolamentazione. Essendo titoli, sono soggetti a una serie di obblighi specifici, tra cui (24): *i)* la preparazione e la messa a disposizione del pubblico degli investitori di un prospetto informativo durante il periodo di distribuzione dei contratti di investimento collettivo; *ii)* il mantenimento di un ufficio tecnico per fornire servizi di analisi e monitoraggio del progetto, al fine di fornire informazioni e chiarimenti tecnici agli investitori; *iii)* la presentazione alla CVM di una relazione mensile indicante la vendita dei contratti e informazioni sul saldo da versare.

Pertanto, è importante garantire il rispetto dei requisiti per la costituzione di un CIC, poiché la sua creazione comporta l'applicazione della normativa sui mercati dei capitali, con obblighi specifici per i responsabili dell'offerta. Inoltre, l'intervento della CVM, che classifica una SCP come CIC, ha significative conseguenze giuridiche, soprattutto in considerazione dell'applicazione di sostanziali sanzioni amministrative.

Analizzando le decisioni della CVM in casi relativi alla classificazione di una SCP come CIC, si osserva che l'Autorità ha riconosciuto la possibilità di derogare alla struttura contrattuale adottata dalle parti qualora l'oggetto dell'operazione dimostri una tipica operazione di raccolta di capitali presso il pubblico con aspettativa di rendimento. In questi casi, vengono imposte sanzioni quali l'applicazione di pene pecuniarie, ordini di cessazione delle offerte, interdizione degli amministratori e persino la comunicazione alla Procura federale per accertare possibili reati contro l'economia popolare o contro il sistema finanziario nazionale (25).

---

(23) Secondo quanto stabilito dalla CVM nella sezione *Perguntas e Respostas mais Frequentes*, relativa ai contratti di investimento collettivo: «A CVM não faz julgamento quanto à qualidade da companhia emissora ou sobre os contratos a serem emitidos. A análise deve ser realizada pelo investidor. O risco do negócio está relacionado à capacidade de resgate dos títulos. Com base nas informações prestadas pela empresa, é importante verificar o estudo de viabilidade econômico-financeira, com destaque para o fluxo de caixa projetado do empreendimento e suas premissas. Dessa forma, é possível fazer uma análise individual da capacidade futura de pagamento dos contratos emitidos» (Comissão de Valores Mobiliários. *Contrato de Investimento Coletivo*: Perguntas e Respostas mais Frequentes. Disponível em: *https://sistemas.cvm.gov.br/asp/cvmwww/registro/cic/apresint.asp#PERGUNTAS*, consultato il 25 marzo 2026).

(24) J.P. Scalzilli, L.F. Spinelli, R. Tellechea, *Sociedade em conta de participação*, cit., p. 192.

(25) Cfr., *tra gli altri*, CVM. *Procedimento CVM RJ2007/11.593*, data della decisione 15 gennaio 2008, relatore direttore Marcos Barbosa Pinto. Disponibile all'indirizzo: *https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0004/5730-0.pdf*. Consultato il 27 marzo 2026; CVM. *Procedimento sanzionatorio amministrativo CVM 19957.007994/2018-51*, data della decisione: 9 giugno 2020, relatore: direttore Gustavo Gonzalez. Disponibile all'indirizzo: *https://conteudo.cvm.gov.br/sancionadores/sancionador/2020/20200609-PAS-19957.007994_2018_51.html*, consultato il 27 marzo 2026; CVM. *Procedimento sanzionatorio amministrativo CVM 19957.008445/2016-32*, data della decisione: 18 febbraio 2020, relatore: direttore Flávia Perlingei-

Esistono alcuni casi paradigmatici che portano alla conclusione precedente. Nel 2024, in tre occasioni, la CVM ha stabilito che una SCP, in realtà, rientrava nei parametri dell'art. 2, comma 9, della L. 6.385/1976, qualificandola come CIC. Si trattava dei casi GPX(26), Serra Dourada (27) e Objetiva (28).

I primi due casi (GPX e Serra Dourada) riguardavano iniziative immobiliari, in cui le società sanzionate per aver classificato l'iniziativa come CIC avevano promosso un'offerta pubblica di investimenti nelle rispettive iniziative immobiliari. Il terzo caso (Objetiva) riguardava una denuncia secondo cui Objetiva stava raccogliendo fondi attraverso l'offerta di "cotas de consórcio" che promettevano un rendimento dell'1% al mese, tramite un contratto denominato "Termo de Adesão a Sociedade em Conta de Participação", formalizzato come SCP, ma considerato un CIC, secondo l'interpretazione della CVM.

In tutti e tre i casi, la CVM ha ritenuto che la struttura dell'impresa, sebbene annunciata come SCP, rientrasse nei parametri dell'art. 2, comma 9, della L. 6.385/1976, che caratterizza un CIC, riconoscendo la presenza dei cinque elementi che caratterizzano il CIC: *i)* l'esistenza di apporti di capitale da parte degli investitori; *ii)* l'aspettativa di una remunerazione futura, sia essa tramite partecipazione agli utili, correzione monetaria o maturazione di interessi; *iii)* la centralità dell'impegno del partner apparente nel generare risultati; *iv)* l'utilizzo della SCP come mero involucro giuridico per consentire l'operazione di raccolta fondi, configurando l'impresa come un'entità comune ma indipendente rispetto alla forma contrattuale; e *v)* la divulgazione al pubblico.

Inoltre, in tutti e tre i casi, la CVM ha stabilito che le SCP soddisfacevano i requisiti per un'offerta pubblica, riconoscendo che in realtà si trattava di CIC. Sono

---

ro, disponibile all'indirizzo: *https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/anexos/2020/20200218_PAS_CVM_19957_008445_2016_32_voto_diretora_flavia_perlingeiro.pdf-2dd27ccd36f2499d9f34048b72924e13*, consultato il 27 marzo 2026; CVM. *Procedimento sanzionatorio amministrativo CVM 19957.003593/2018-22*, data della decisione: 29 gennaio 2019, Relatore Direttore Henrique Machado, disponibile all'indirizzo: *https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/anexos/2019/20190129_PAS_CVM_SEI_19957003593_2018_22_voto_diretor_henrique_machado.pdf-15ac01b954ed428cafdf98b24fb017ee*, consultato il 27 marzo 2026.

(26) CVM. *Procedimento sanzionatorio amministrativo CVM 19957.007114/2022-23*, data della decisione: 15 ottobre 2024, relatore: direttore Daniel Maeda, disponibile all'indirizzo: *https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2024/SEI_19957007114_2022_23.pdf*, consultato il 27 marzo 2026.

(27) CVM. *Procedimento sanzionatorio amministrativo CVM n. 19957.004989/2021-92*, data della decisione: 2 aprile 2024, relatore: direttore Daniel Maeda, disponibile all'indirizzo: *https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2024/SEI_19957004989_2021_92.pdf*, consultato il 27 marzo 2026.

(28) CVM. *Procedimento sanzionatorio amministrativo CVM 19957.006440/2021-32*, data della decisione: 13 agosto 2024, relatore Presidente João Pedro Nascimento, disponibile all'indirizzo: *https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2024/SEI_19957006440_2021_32.pdf*, consultato il 27 marzo 2026.

state quindi applicate sanzioni alle società e ai rispettivi partner e, in alcuni casi, sono state intraprese azioni per indagare su reati contro il sistema finanziario (29).

Infine, è opportuno segnalare anche il Procedimento Amministrativo CVM 19957.006087/2020-18, relativo ad Apoema Incorporadora Ltda e al suo amministratore (30). A seguito di una denuncia per aver condotto un'operazione di raccolta fondi collettiva in violazione dell'art. 19 della L. 6.385/1976 e dell'Istruzione CVM 602/2018 (31), il Consiglio CVM ha deciso di assolvere la società e il suo amministratore. L'elemento centrale della decisione è stato il fatto che l'offerta in questione fosse limitata, avendo raggiunto solo trentaquattro investitori. Pertanto, pur riconoscendo l'esistenza di prove di prassi irregolare, l'applicazione delle sanzioni è stata respinta per insufficienza di prove della rilevanza e dell'autorialità dell'infrazione.

Si può concludere nel senso che, in Brasile, quando il contenuto economico dell'operazione rivela una struttura tipica di raccolta di risparmio presso il pubblico con promessa di rendimento, la CVM ha superato la forma contrattuale originariamente adottata dalle parti (SCP). In questi casi, l'Autorità tende ad adottare misure sanzionatorie significative, tra cui l'applicazione di sanzioni pecuniarie, la decisione di interrompere l'offerta, la sospensione degli amministratori e persino l'inoltro di comunicazioni alla Procura Federale per l'accertamento di possibili atti illeciti a danno dell'economia popolare o del Sistema Finanziario Nazionale, al fine di arginare tali pratiche nel mercato nazionale.

Come verrà illustrato di seguito, la normativa italiana è simile a quella brasiliana, con situazioni analoghe per quanto riguarda la strutturazione di una Società Scopo Speciale (SCP) con l'obiettivo reale di promuovere un'offerta pubblica. Dopo aver analizzato le analogie e le differenze tra la legislazione italiana e quella brasiliana, verranno presentati i rischi e suggerite soluzioni sicure per l'utilizzo delle SCP in entrambi gli ordinamenti giuridici.

---

(29) Nel caso GPX (Procedimento sanzionatorio amministrativo CVM 19957.007114/2022-23), la società è stata multata di R$ 552.500,00 e anche il suo amministratore è stato ritenuto responsabile e sanzionato; il caso è stato trasmesso alla Procura della Repubblica per accertare la qualificazione dei reati previsti dalla L. 7.492/1986, in particolare per l'offerta pubblica di titoli. Nel caso Objetiva (Procedimento sanzionatorio amministrativo CVM 19957.006440/2021-32), la società è stata sanzionata di R$ 5.893.560,00 e i suoi amministratori sono stati individualmente condannati al pagamento di R$ 1.473.390,00. Nel caso Serra Dourada (Procedimento sanzionatorio amministrativo CVM n. 19957.004989/2021-92), la società è stata sanzionata per R$ 795.600,00 e il suo amministratore per R$ 216.750,00.

(30) CVM. *Procedimento sanzionatorio amministrativo CVM 19957.006087/2020-18*, data della decisione: 16 luglio 2024, relatore: direttore João Accioly, disponibile all'indirizzo: *https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2024/SEI_19957006087_2020_18.pdf*, consultato l'8 aprile 2026.

(31) CVM. *Istruzione CVM n. 602* del 27 agosto 2018. Dispõe sobre a oferta pública de distribuição de contratos de investimento coletivo hoteleiro, disponibile all'indirizzo: *https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/600/inst602.pdf*, consultato il 28 marzo 2026. L'Istruzione CVM 602/2018 è stata revocata dalla Risoluzione CVM 86/2022.

4. Il trattamento della materia nel diritto italiano

Nell'ordinamento giuridico italiano, le sociedades em conta de participação sono disciplinate dagli articoli da 2549 a 2554 del Codice Civile e prendono il nome di *associazione in partecipazione*. La normativa prevede un modello in base al quale il socio gerente concede al socio partecipante una quota degli utili dell'impresa, in cambio di uno specifico contributo all'attività (32).

Come in Brasile, la legislazione stabilisce espressamente che solo il socio gestore (33) è responsabile nei confronti dei terzi e che la gestione dell'attività è di sua esclusiva competenza, con il socio partecipante che ha il potere di controllo (34). Analogamente alla legislazione brasiliana, è prevista una disposizione che stabilisce che, salvo diverso accordo, il socio gestore non può cedere la partecipazione nella stessa attività ad altre persone senza il consenso dei precedenti soci partecipanti (35).

In pratica, come in Brasile, non sussistono requisiti formali per la costituzione di un'associazione in partecipazione; non è prevista la registrazione del relativo atto costitutivo né si dà vita ad una nuova persona giuridica (36). Inoltre, secondo la legge italiana, il socio accomandante ha diritto a una quota degli utili in proporzione alla sua quota delle perdite, sempre limitatamente al valore del suo investimento (37). In Brasile, invece, la legislazione garantisce maggiore flessibilità, consentendo ai soci di stipulare liberamente accordi interni.

L'*associazione in partecipazione* è riconosciuta come una forma di finanziamento privato per le imprese (38). Analogamente, come riconosciuto dalla dottrina

(32) "Art. 2549. Nozione. Con il contratto di associazione in partecipazione l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto.
Nel caso in cui l'associato sia una persona fisica l'apporto di cui al primo comma non può consistere, nemmeno in parte, in una prestazione di lavoro" (disponibile su: *https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:codice.civile:1942-03-16;262*, ultimo accesso 2 aprile 2026).
(33) "Art. 2551. Diritti ed obbligazioni dei terzi. I terzi acquistano diritti e assumono obbligazioni soltanto verso l'associante".
(34) "Art. 2552. Diritti dell'associante e dell'associato. La gestione dell'impresa o dell'affare spetta all'associante.
Il contratto può determinare quale controllo possa esercitare l'associato sull'impresa o sullo svolgimento dell'affare per cui l'associazione è stata contratta.
In ogni caso l'associato ha diritto al rendiconto dell'affare compiuto o a quello annuale della gestione se questa si protrae per più di un anno".
(35) "Art. 2550. Pluralità di associazioni. Salvo patto contrario, l'associante non può attribuire partecipazioni per la stessa impresa o per lo stesso affare ad altre persone senza il consenso dei precedenti associati".
(36) G. Mignone, *L'associazione in partecipazione*, Milano, 2008, p. 13.
(37) "Art. 2553. Divisione degli utili e delle perdite. Salvo patto contrario, l'associato partecipa alle perdite nella stessa misura in cui partecipa agli utili, ma le perdite che colpiscono l'associato non possono superare il valore del suo apporto".
(38) G. Mignone, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 41.

giuridica brasiliana, si tratta di uno strumento contrattuale flessibile e complesso che consente il coinvolgimento di terzi nell'attività economica stessa, con la condivisione di rischi e profitti. Questa partnership può rappresentare una solida base per lo sviluppo e la crescita di nuove iniziative imprenditoriali, offrendo opportunità di crescita economica condivisa (39).

Analogamente a quanto avviene in Brasile, l'associazione in partecipazione può essere utilizzata in diverse tipologie di imprese e di settori economici. Tuttavia, secondo la dottrina giuridica italiana, questo strumento va impiegato con cautela, evitando di utilizzarlo per ottenere un vantaggio sleale rispetto ai modelli di business tradizionali (40).

Ai fini del presente articolo, la legge italiana riconosce anche la possibilità che un'associazione *in partecipazione sia* considerata un'entità commerciale il cui scopo è, in realtà, la promozione di un'offerta pubblica di investimenti, con conseguente applicazione delle relative normative e sanzioni nei confronti del titolare dell'attività. In Italia, l'offerta pubblica di titoli è disciplinata dal D.Lgs. 58/1998, noto come Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria ("TUF").

Le norme per l'offerta pubblica di titoli sono stabilite nell'art. 94 TUF (41), che sono vigilate dalla CONSOB, autorità amministrativa italiana indipendente responsabile della vigilanza sui mercati finanziari, sulla borsa valori e sulle società quotate (42).

Nel comma 1 dell'art. 94 vi è un riferimento esplicito al Regolamento (UE) 2017/1129, noto come "Regolamento Prospetti", che disciplina proprio l'offerta

(39) P. Basso, *Il contratto di Associazione in Partecipazione*, Milano, 2014, p. 12.

(40) G. Mignone, *L'associazione in partecipazione*, cit., p. 5.

(41) "Art. 94 (Offerta al pubblico di titoli)

1. L'offerta pubblica di titoli è disciplinata dal regolamento prospetto e dalle disposizioni attuative, nonché dalle disposizioni della presente sezione.

2. La Consob è l'autorità nazionale competente ai sensi dell'articolo 31 del regolamento di cui al comma 1.

3. Coloro che intendono effettuare un'offerta al pubblico di titoli presentano la domanda di approvazione del prospetto alla Consob, allegandone una bozza. I termini per l'approvazione del prospetto previsti dall'art. 20, §2, 3 e 6, del regolamento prospetto decorrono dalla data di presentazione del progetto di prospetto. Qualora la Consob accerti che il progetto di prospetto non risponde ai criteri di completezza, comprensibilità e coerenza necessari per la sua approvazione ovvero che sono necessarie modifiche o informazioni supplementari, si applicano la procedura e i termini di cui all'art. 20, §4, del regolamento prospetto secondo l'approccio proporzionato previsto dall'art. 41 del regolamento delegato (UE) 2019/980 della Commissione, del 14 marzo 2019 […]. (ITÁLIA. D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 della L. 6 febbraio 1996, n. 52. Disponibile all'indirizzo: *https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:1998-02-24;58*, consultato il 2 aprile 2026.

(42) M. Pellegrini; V. Mirra, *Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, in *Italian Banking and Financial Law*, a cura di D. Siclari, Londra, 2015, p. 177.

pubblica di titoli nell'Unione Europea e regola il prospetto da pubblicare in caso di offerta di valori mobiliari al pubblico o della loro ammissione alla negoziazione in un mercato regolamentato. Ai sensi di tale regolamento, l'offerta pubblica di valori mobiliari consiste in «*una comunicazione al pubblico, indipendentemente dalla sua forma e dai mezzi utilizzati, che presenti informazioni sufficienti sui termini dell'offerta e sui valori mobiliari in questione*» (43) consentendo all'investitore di decidere in merito all'acquisto o alla sottoscrizione di tali valori mobiliari.

Per quanto riguarda la definizione di valori mobiliari, il Regolamento Prospetti fa riferimento alla Direttiva dell'Unione Europea 2014/65/UE, che al suo art. 4, comma 1, punto 44, descrive i valori mobiliari come "le categorie di valori negoziabili sul mercato dei capitali, ad eccezione dei mezzi di pagamento" (44).

Oltre a tali disposizioni relative all'offerta pubblica di valori mobiliari, il TUF prevede inoltre, all'art. 94bis, la regolamentazione dei casi in cui, in deroga al Regolamento UE 2017/1129, vi sia un'offerta pubblica di titoli corrispondenti a quote di fondi chiusi o offerte a investitori qualificati. L'art. 94bis presenta, quindi, requisiti specifici, che devono essere seguiti pena l'applicazione di sanzioni da parte della CONSOB – per la realizzazione di offerte pubbliche di prodotti finanziari che «non siano titoli né quote o azioni di organismi di investimento collettivo del risparmio aperti» (45).

---

(43) *Regolamento 2017/1129/UE del Parlamento europeo e del Consiglio*. Relativo al prospetto da pubblicare in caso di offerta al pubblico di valori mobiliari o della loro ammissione alla negoziazione in un mercato regolamentato, e che abroga la direttiva 2003/71/CE, 14 giugno 2017, disponibile all'indirizzo: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32017R1129*, consultato il 2 aprile 2026.

(44) *Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio* relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE, 15 maggio 2014, disponibile all'indirizzo: *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex:32014L0065*, consultato il 2 aprile 2026.

(45) "Art. 94bis (Offerta al pubblico di prodotti finanziari diversi dai titoli e dalle quote o azioni di Oicr aperti).

1. Coloro che intendono effettuare un'offerta al pubblico di prodotti finanziari diversi dai titoli e dalle quote o azioni di Oicr aperti pubblicano preventivamente un prospetto. A tal fine, presentano la domanda di approvazione dello stesso alla Consob, allegandone la bozza. Il prospetto non può essere pubblicato finché non è approvato dalla Consob ai sensi dell'art. 95, comma 1, lett. *b)*. Il prospetto contiene, in una forma facilmente analizzabile e comprensibile, tutte le informazioni che, a seconda delle caratteristiche dell'emittente e dei prodotti finanziari offerti, siano rilevanti per un investitore affinché possa procedere ad una valutazione con cognizione di causa della situazione patrimoniale, dei risultati economici, della situazione finanziaria e delle prospettive dell'emittente e degli eventuali garanti, nonché dei diritti connessi ai titoli, delle ragioni dell'emissione e del suo impatto sull'emittente. Il prospetto contiene, altresì, una nota di sintesi la quale, concisamente e con linguaggio non tecnico, fornisce le informazioni chiave. Il formato e il contenuto della nota di sintesi forniscono, unitamente al prospetto, informazioni adeguate circa le caratteristiche fondamentali dei prodotti finanziari che aiutino gli investitori al momento di valutare se investire in tali prodotti.

2. Se il prospetto dell'offerta non è disciplinato ai sensi dell'art. 95, comma 1, lett. *b)*, la Consob stabilisce, su richiesta dell'emittente o dell'offerente, il contenuto del prospetto di cui al comma 1.

In questo scenario, si constata che sia *l'associazione in partecipazione*, sia la regolamentazione delle offerte pubbliche presentano analogie con il diritto brasiliano. In pratica, quindi, anche nel diritto italiano si verifica l'applicazione di sanzioni da parte della CONSOB a causa dell'utilizzo *dell'associazione in partecipazione* in operazioni che sono considerate vere e proprie offerte pubbliche di titoli mobiliari.

Un'analisi delle decisioni emesse dalla CONSOB dimostra che esistono precedenti, come i casi elencati nel punto precedente, giudicati dalla CVM in Brasile, in cui le SCP sono state qualificate come promotrici di offerte pubbliche, con l'applicazione delle sanzioni del caso. Il numero di sentenze, tuttavia, è inferiore: le ultime due decisioni in tal senso sono state emesse negli anni 2023 e 2020.

Nel caso giudicato dalla CONSOB nel 2023, la società Phone Marketing Srl e il suo amministratore sono stati indagati per la pratica illecita di offerta al pubblico italiano di titoli sotto le spoglie di promozione di adesione a *un'associazione in partecipazione*. Secondo quanto concluso dalla CONSOB a seguito delle indagini, era stata diffusa un'offerta di adesione a *un'associazione in partecipazione* tramite la

---

3. La Consob, previa verifica della completezza, della coerenza e della comprensibilità delle informazioni fornite, approva il prospetto nei termini e secondo le modalità e le procedure da essa stabiliti con il regolamento previsto dall'art. 95, comma 1, lett. *b)*. La mancata decisione da parte della Consob nei termini previsti non costituisce approvazione del prospetto.
4. Qualunque fatto nuovo significativo, errore o imprecisione rilevanti relativi alle informazioni contenute nel prospetto che possano influire sulla valutazione dei prodotti finanziari e che sopravvengano o siano rilevati tra il momento in cui è approvato il prospetto e quello in cui si chiude il periodo di offerta deve essere menzionato senza indebito ritardo in un supplemento al prospetto.
5. La Consob pubblica nel proprio sito internet almeno un elenco dei prospetti approvati ai sensi del presente articolo.
6. Ove il prospetto non indichi il prezzo d'offerta definitivo o la quantità di prodotti finanziari definitiva da offrire al pubblico, né siano presenti il prezzo massimo o la quantità massima di prodotti finanziari o i metodi di valutazione ed i criteri o le condizioni in base ai quali il prezzo di offerta definitivo deve essere determinato, nonché una spiegazione dei metodi di valutazione utilizzati, l'accettazione dell'acquisto o della sottoscrizione dei prodotti finanziari può essere revocata entro il termine indicato nel prospetto e comunque entro un termine non inferiore a due giorni lavorativi calcolati a decorrere dal momento in cui vengono depositati il prezzo d'offerta definitivo o la quantità dei prodotti finanziari offerti al pubblico.
7. Gli investitori che hanno già accettato di acquistare o sottoscrivere i prodotti finanziari prima della pubblicazione di un supplemento hanno il diritto, esercitabile entro due giorni lavorativi dopo tale pubblicazione, di revocare la loro accettazione, sempre che il fatto nuovo significativo, l'errore o l'imprecisione rilevante siano emersi o siano stati rilevati prima della chiusura del periodo di offerta o della consegna dei prodotti finanziari, se precedente. Tale termine può essere prorogato dall'emittente o dall'offerente. La data ultima entro la quale il diritto di revoca dell'accettazione è esercitabile è indicata nel supplemento.
8. Alle offerte al pubblico di prodotti finanziari diversi dai titoli e dalle quote o azioni di Oicr aperti si applica l'art. 94, commi 5, 6, 7 e 9. Per la predisposizione della nota di sintesi, si applica il regime di responsabilità previsto dal comma 8 dell'art. 94" (D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, disponibile su: *https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:1998-02-24;58*, consultato il 2 aprile 2026).

radio e sul sito web della società sanzionata. In cambio dell'investimento iniziale per l'adesione *all'associazione in partecipazione*, era stato promesso al pubblico un rendimento consistente nel pagamento, per un periodo di circa dodici mesi, di un importo fisso mensile (o settimanale), in modo da garantire, come indicato nei contratti, la restituzione del capitale iniziale investito e rendimenti annuali superiori al 50%.

A giudizio della Commissione, si è configurato un atto illecito corrispondente alla diffusione al pubblico degli investitori di un'offerta di prodotti finanziari che non erano titoli né quote o azioni di organismi di investimento collettivo del risparmio aperti (art. 94bis del D.Lgs. 58/1998) senza la previa comunicazione alla CONSOB o la redazione di un prospetto (46).

In base alla normativa che disciplina l'offerta pubblica, la società e il suo amministratore sono stati multati, ciascuno, per un importo di 60.000,00 EUR. I soggetti sanzionati hanno portato la controversia dinanzi alla magistratura italiana, ma la sanzione è stata confermata in primo e secondo grado; il 4 luglio 2025 è stata emessa la sentenza definitiva dalla Corte d'Appello di Roma, che ha confermato la sanzione applicata dalla CONSOB.

In precedenza, anteriormente all'adeguamento del Decreto 58/1998 al Regolamento UE 2017/1129, avvenuto nel 2021 (47), la decisione più recente riguardante l'uso improprio delle *associazioni in partecipazione* risale al 2020. In quel caso la CONSOB ha ritenuto che l'unico amministratore di una società denominata Carsana Management JDOO abbia esercitato l'attività di offerta di titoli mobiliari, sotto le spoglie di *associazione in partecipazione*.

In questo caso, l'amministratore di Carsana Management avrebbe pubblicizzato, sul sito web della società e sulla relativa pagina Facebook, l'opportunità di ottenere fino al 10% di rendimento mensile mediante sottoscrizione in una associazione in partecipazione, con apporto di capitale. La CONSOB ha ritenuto che egli stesse, in realtà, promuovendo l'offerta pubblica di titoli e lo ha condannato al pagamento di una sanzione di 35.000,00 euro, nonché alla sospensione delle attività della sua società per un periodo di 3 (tre) mesi (48).

Come si può vedere, quindi, il diritto italiano presenta analogie con il diritto brasiliano per quanto riguarda le *associazioni in partecipazione* e la loro possibile qualificazione come contratto di investimento collettivo. È quindi necessario verificare i rischi e le vie sicure in entrambe le giurisdizioni ai fini della corretta qualificazione di un'impresa come società in conto partecipazione.

---

(46) CONSOB. *Delibera n. 22895* del 15 novembre 2023, Rel. Presidente Paolo Savona, disponibile su: Delibera n. 22895 - AREA PUBBLICA - CONSOB, consultato il 2 aprile 2026.
(47) Nel 2021 è stato pubblicato il D.Lgs. 2 febbraio 2021, n. 17, il cui scopo era proprio quello di adeguare le disposizioni del TUF al Regolamento 2017/1129/UE.
(48) CONSOB. *Delibera n. 21421*, del 25 giugno 2020, Rel. Presidente Paolo Savona, disponibile su: Delibera n. 21421 - AREA PUBBLICA - CONSOB, consultato il 2 aprile 2026.

5. Contingenze e percorsi sicuri negli ordinamenti italiano e brasiliano

La classificazione di una SCP come CIC, in ragione delle loro somiglianze strutturali, è oggetto di attenzione sia nel diritto brasiliano che in quello italiano. Dall'analisi delle norme sopra esposte e delle soluzioni proposte dalla CVM e dalla CONSOB nei casi esaminati, si individuano alcuni rischi e percorsi sicuri per la strutturazione di una SCP.

Come fattore di rischio per la classificazione di una SCP come CIC, si osserva, in primo luogo, la forma di comunicazione e la diffusione di massa dell'impresa oggetto di investimento. Sia in Brasile che in Italia, le autorità amministrative fondano l'applicazione delle sanzioni sul fatto che vi sia stata, effettivamente, un'offerta rivolta al pubblico generale, tramite social network, siti web delle stesse società promotrici e persino il ricorso a intermediazione professionale.

Infatti, l'offerta al pubblico in generale, in forma generica e massiccia, della possibilità di investimento, volta ad attrarre investitori in modo indiscriminato, comporta l'apparenza di raccolta di fondi per l'investimento in valori mobiliari. È questa una misura che dovrebbe essere evitata al fine di scongiurare l'ipotesi di qualificazione di una SCP come contratto di investimento collettivo.

In secondo luogo, si osserva un rischio legato alla standardizzazione dei contratti e a uno spazio ridotto per la negoziazione individuale. Si tratta di una caratteristica che rafforza l'idea di investimento collettivo e, di conseguenza, l'applicazione di sanzioni da parte sia della CVM che della CONSOB.

Un altro fattore di rischio è costituito dalle promesse di redditività, dal rendimento garantito o dall'aspettativa di profitto legata all'impegno del socio gestore. In Brasile si tratta di una caratteristica essenziale per la configurazione dei CIC, ai sensi dell'art. 2, comma 9, della L. 6.385/1976 e, in Italia, dai casi analizzati, si rileva l'attenzione della CONSOB nei confronti delle promesse di profitto come elementi caratterizzanti dell'intervento sanzionatorio.

Partendo dall'analisi di tali rischi, si giunge anche a *dei safe harbours* per l'utilizzo delle SCP come struttura per la raccolta di investimenti. Nel diritto italiano e brasiliano, le misure di sicurezza per la costituzione valida delle SCP sono simili: *i)* non effettuare divulgazioni generiche dell'impresa al pubblico generale degli investitori, tramite social network o siti web, limitando la portata dell'operazione; *ii)* mantenere il carattere privato e personalizzato delle SCP, evitando la promozione indiscriminata dell'opportunità di investimento; *iii)* dimostrare un legame personale tra i partecipanti e il trattamento individualizzato degli investitori, allontanandosi dalla standardizzazione tipica dei contratti di investimento collettivo.

6. Considerazioni conclusive

Le SCP costituiscono una struttura preziosa per favorire gli investimenti e la crescita economica nel contesto brasiliano e italiano. Caratteristiche quali la flessibilità, la discrezione e la natura essenzialmente privata le rendono uno strumento in grado di favorire gli affari e consentire associazioni in modo semplificato e rilevante nell'attuale mercato.

È importante, tuttavia, che vengano rispettate le normative pertinenti, soprattutto al fine di evitare la loro qualificazione come CIC. Come visto, i CIC presentano caratteristiche simili alle SCP, ma sono anche caratterizzati da un onere maggiore, essendo soggetti a una normativa propria e alla vigilanza da parte della CVM in Brasile e della CONSOB in Italia.

L'analisi giurisprudenziale e dottrinale in entrambi i paesi dimostra che vi sono punti essenziali a cui prestare attenzione, concretizzati nella forma di divulgazione dell'iniziativa e nel pubblico di riferimento, nella limitazione (o meno) del numero di investitori e nella personalizzazione di ciascun investimento, evitando contratti generici e standardizzati. Evitare di rientrare in tali requisiti significa, inoltre, la creazione di zone sicure per le *sociedades em conta de participação* in entrambi i paesi.

L'analisi del modo in cui la materia è trattata in Brasile e in Italia, le sue somiglianze e differenze e il modo in cui la giurisprudenza amministrativa ha affrontato le società in partecipazione, dimostra l'importanza dell'equilibrio nel trattamento della materia, rendendo possibile il mantenimento dell'attrattiva degli investimenti attraverso le SCP e, al contempo, il rispetto delle strutture di investimento collettivo. In questo scenario, il presente articolo ha cercato di affrontare la materia negli ordinamenti brasiliano e italiano al fine di consentire lo studio comparato e, nella pratica, l'adozione di forme sicure di investimento privato.

Questo articolo analizza l'utilizzo delle sociedades em conta de participação (SCP) come strumento di raccolta fondi e il rischio della loro classificazione come contratti di investimento collettivo (CIC), in una prospettiva comparativa tra il diritto brasiliano e quello italiano. Inizia caratterizzando la SCP come un'entità non giuridica, di natura strettamente inter partes, in cui il socio gestore assume la piena gestione e responsabilità nei confronti di terzi, costituendo un mezzo flessibile e attraente per effettuare investimenti. Nonostante la sua legalità e l'ampia flessibilità contrattuale, la SCP può essere disattesa dalle autorità di regolamentazione qualora il contenuto economico dell'operazione riveli una raccolta fondi pubblica. In una prospettiva comparativa, l'articolo analizza l'associazione in partecipazione nel diritto italiano, un istituto funzionalmente equivalente alla SCP, il cui utilizzo come veicolo per offerte di investimento pubblico può comportare l'applicazione del Testo Unico della Finanza e

l'azione sanzionatoria della Commissione Nazionale per le Società e la Borsa. Basandosi sulla giurisprudenza amministrativa di entrambi i paesi, questo studio individua i rischi normativi ricorrenti e definisce le zone di sicurezza, sottolineando la necessità di preservare la natura privata, personalizzata e non di massa della SCP come condizione per escluderne la classificazione come strumento di raccolta di capitali presso il pubblico.

This article analyses the use of sociedade em conta de participação (SCP) as a means of raising capital and the risk of them being classified as contratos de investimento coletivo (CIC), from a comparative perspective between Brazilian and Italian law. It begins by characterising the SCP as a depersonalised company, strictly between the parties in nature, in which the nominal partner assumes full management and liability towards third parties, constituting a flexible and attractive means of making investments. From a comparative perspective, the article analyses the associazione in partecipazione under Italian law, an institution functionally equivalent to the SCP, whose use as a vehicle for public investment offerings may trigger the application of the Testo Unico della Finanza and the sanctioning powers of Commissione Nazionale per le Società e la Borsa. From the administrative case law in both countries, this study identifies recurring regulatory risks and defines safe harbours, emphasising the need to preserve the private and personalised nature of SCPs as a condition for preventing them from being classified as instruments for public fundraising.

Paula Andréa Forgioni
(Universidade de São Paulo)

L'arbitrato e la sua logica specifica: tra critiche e razionalità della scelta aziendale (*)

Sommario: 1. Introduzione. - **2.** La libertà e la scelta del giudice e i meccanismi dell'arbitrato. - **3.** Giudici in toga, arbitri e le loro diverse logiche operative. - **4.** Il *«double hat»* e la libertà di scegliere il giudice. - **5.** Funzione sistemica e razionalità economica della reputazione degli arbitri. - **6.** La fallacia dell'argomento contro lo «Split the baby». - **7.** Spese, rischi e razionalità economica dell'arbitrato - gli onorari di soccombenza. - **8.** La lentezza dell'arbitrato. - **9.** Il grave problema delle perizie. - **10.** Limiti e rischi della «nulidade de algibeira». - **11.** L'assenza di barriere all'ingresso di nuovi professionisti nell'arbitrato. - **12.** Interpretazione giuridica e rischio contrattuale: i limiti del controllo esterno. - **13.** Giurisprudenza e riservatezza nell'arbitrato. - **14.** Conclusione.

1. Introduzione

«Big cases make bad law». Questa frase, spesso citata negli ambienti giuridici statunitensi, mette in guardia dal rischio che le controversie di grande portata, caratterizzate da un'elevata visibilità pubblica e da peculiarità loro inerenti, generino valutazioni errate. Il recente scontro tra gli azionisti di una delle maggiori aziende di lavorazione delle proteine animali al mondo illustra bene questo fenomeno. La controversia è stata inizialmente sottoposta ad arbitrato. Tuttavia, si è sviluppata su più fronti, con azioni di annullamento dinanzi al potere giudiziario e nuovi argomenti giuridici presentati in fasi avanzate del procedimento. Alla fine, la questione è stata svuotata di significato da una discussione parallela sulla titolarità di terreni brasiliani da parte di stranieri, accolta in sede giudiziaria. Il caso ha inoltre scatenato reazioni politiche significative, tra cui la presentazione di un disegno di legge, soprannominato «PL antiarbitraggio», che proponeva modifiche controverse alla Legge brasiliana sull'arbitrato [L. 9.307/1996], incontrando una forte resistenza da parte della comunità giuridica. È stato inoltre presentato un ricorso diretto di incostituzionalità, che metteva in discussione alcuni aspetti dell'obbligo

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

di informativa degli arbitri. La tensione si è estesa anche al campo penale. Sono state mosse accuse pubbliche contro gli arbitri coinvolti nel caso a titolo personale, con notizie relative a indagini, richieste di revoca del segreto istruttorio e accuse di guerra di intelligence (1).

Il caso ha scatenato un'ondata di critiche nei confronti dell'istituto dell'arbitrato, molte delle quali caratterizzate da un errore ricorrente: *attribuire al sistema arbitrale difetti che, in realtà, sono espressioni legittime del suo stesso funzionamento*. *L'arbitrato è un sistema fondato su premesse accettate dalle parti e non su garanzie statali legate all'organizzazione e al funzionamento del potere giudiziario.* Caratteristiche strutturali quali la possibilità di scelta dei giudici, l'assenza di giurisprudenza vincolante e la segretezza procedurale sono state considerate come difetti, ignorando il fatto che derivano da un disegno istituzionale deliberato, modellato negli ultimi decenni per rispondere alla logica delle controversie aziendali complesse. Sotto molti aspetti, il dibattito sull'arbitrato ha finito per essere distorto, pretendendo da esso ciò che appartiene esclusivamente alla giurisdizione statale e condannando elementi della sua identità come se fossero qualcosa di disfunzionale.

Il presente articolo prende le mosse da questa confusione tra caratteristica e disfunzionalità. *L'arbitrato e la giurisdizione statale non sono varianti dello stesso modello*, bensì meccanismi distinti di risoluzione delle controversie, con presupposti, metodi e rischi propri. Il nostro obiettivo in questo testo è, per quanto possibile, separare chiaramente ciò che è proprio della natura dell'arbitrato da ciò che, eventualmente, può essere oggetto di miglioramento. Esamineremo ora alcune delle critiche più frequenti, con lo scopo di collocarle nel contesto adeguato e contribuire a una valutazione del sistema arbitrale più in sintonia con la nostra realtà economica e giuridica.

2. La libertà e la scelta del giudice e i meccanismi dell'arbitrato

La libertà delle parti non è solo una caratteristica distintiva dell'arbitrato, ma ne costituisce il fondamento, che ne determina l'assetto istituzionale. Stabilire come verrà risolto un conflitto, definire le regole procedurali e scegliere chi giudicherà la controversia sono elementi che derivano da questa razionalità. Gli operatori econo-

(1) Come sottolineano Eleonora Coelho e Debora Visconti: «apesar da atenção recebida por algumas poucas decisões judiciais que anularam sentenças arbitrais, elas são raras. A anulação de uma sentença arbitral pelo Poder Judiciário, quando feita de forma justificada e conforme a Lei de Arbitragem, não prejudica ou deslegitima a arbitragem. Pelo contrário: o exercício de controle judicial das sentenças arbitrais é mecanismo excepcional necessário e previsto na própria Lei de Arbitragem» [A confiança na arbitragem e o dever de revelação, Valor Econômico, 22 de setembro de 2.025. Disponível em *https://valor.globo.com/legislacao/coluna/a-confianca-na-arbitragem-e-o-dever-de-revelacao.ghtml*].

mici sono considerati razionali e responsabili delle proprie decisioni (2). L'arbitrato si inserisce in questo contesto come estensione di tale logica, poiché chi stipula il contratto sceglie anche le modalità di risoluzione di eventuali controversie.

L'arbitrato è uno strumento di autoregolamentazione negoziale, che va oltre il mero meccanismo «alternativo» di risoluzione delle controversie. A differenza di quanto avviene in ambito giudiziario, dove l'attribuzione della giurisdizione obbedisce a criteri legali di competenza oggettiva, funzionale e territoriale, spesso estranei alla natura della controversia o al profilo del giudice, l'arbitrato conferisce alle parti il diritto di scegliere chi giudicherà la controversia. *Questa scelta è strategica* e riflette il profilo della controversia, il grado di specializzazione richiesto e il tipo di ragionamento giuridico che ci si aspetta dalla decisione.

Nelle controversie che riguardano operazioni complesse, ad esempio, è comune la nomina di un professionista con una lunga esperienza in quel settore. Qualcuno che conosca gli standard di mercato, abbia familiarità con le prassi contrattuali e, proprio per questo, possieda una comprensione preliminare della materia maturata nel corso di decenni. Nessuno si illude che il giudice, quando emette la sua sentenza, si distacchi da ciò che pensa. Come ci ha sempre insegnato il professor Eros Grau, il giudice porta con sé una visione preconcetta del mondo giuridico, derivante dalla sua formazione, dal suo bagaglio di esperienze e dal suo contesto culturale. L'applicazione del diritto implica sempre una scelta, preceduta da una comprensione che si colloca nell'orizzonte dell'interprete (3).

Non è necessario che la scelta ricada sempre su specialisti. Non di rado, l'avvocato esperto, consapevole delle specificità della propria tesi, opta per un giudice generalista, che non abbia familiarità con i meandri della materia o del settore economico coinvolto nella controversia. Anche se i motivi non vengono esplicitati, la scelta della parte è assolutamente *legittima* e in armonia con la razionalità del sistema.

La struttura della composizione del tribunale arbitrale riflette questa logica di scelta dei suoi membri e cerca di neutralizzare eventuali nomine inappropriate. Questo perché il modello più comune prevede che ciascuna parte nomini un arbitro di propria fiducia e che questi due arbitri, di comune accordo, scelgano il presidente. La figura del presidente funge da vettore di stabilità, specialmente in situazioni di dissenso tra gli arbitri nominati. Nelle controversie meno complesse,

---

(2) V. Paula, A. Forgioni, *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, , in *Revista dos Tribunais*, 2.025, X ed., São Paulo, p. 273.

(3) «A interpretação do direito não é meramente definitória. Reclama uma antecipação do possível equivalente e a existência prévia de um conceito do que se quer definir. Por isso, o significado unívoco de um texto jurídico – e de cada vocábulo neste texto – depende não apenas do contexto, mas também das relações e do contexto valorativo que a pré-compreensão aporta aos conceitos» [E. Grau, *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, X ed., São Paulo, 2.021, p. 74].

si può optare per un arbitro unico, designato di comune accordo tra le parti. In qualsiasi delle due configurazioni le parti sono libere e le scelte derivano dall'autonomia privata e dalla fiducia reciproca nel modello che hanno scelto.

Bisogna ammettere che la struttura del tribunale non neutralizza completamente il rischio di preconcetti da parte del giudice. Sebbene la presenza del presidente costituisca un meccanismo di contenimento, il pregiudizio di ciascuno dei membri del tribunale è una contingenza intrinseca all'arbitrato. Tuttavia, anche in questo caso si tratta di un rischio assunto dalle parti nell'esercizio della loro autonomia, che può verificarsi anche quando il giudizio è affidato al potere giudiziario. Soprattutto nelle controversie tra soggetti esperti, i pregiudizi sono [o dovrebbero essere] pienamente noti sia agli avvocati che ai loro assistiti. Pertanto, la scelta di questo procedimento comporta l'accettazione consapevole della sua struttura e degli effetti che ne derivano.

Che lo si voglia o no, *l'arbitrato è stato concepito per consentire delle scelte, che presuppongono libertà, rischio e strategia*.

3. Giudici in toga, arbitri e le loro diverse logiche operative

L'arbitrato e il sistema giudiziario coesistono come percorsi distinti per l'esercizio della giurisdizione, ciascuno dotato di una propria razionalità e vocazione. Comprendere le specificità di ciascun modello è essenziale per comprendere la preferenza per l'arbitrato in contesti specifici (4).

A San Paolo si dispone di tribunali commerciali e sezioni riservate altamente specializzate, guidate da giudici preparati e attenti alla complessità dell'ordinamento giuridico del mercato. Se, da un lato, sarebbe errato non riconoscere i progressi compiuti dalla magistratura di San Paolo in materia negli ultimi vent'anni, dall'altro la struttura del sistema giudiziario impone limiti naturali. Un giudice di un tribunale specializzato è responsabile di centinaia di procedimenti contemporanei, con obiettivi imposti dal Consiglio Nazionale della Giustizia. Per quanto competente e diligente, non dispone di molto tempo da dedicare a un singolo caso. Non è esagerato affermare che, se un magistrato decidesse di agire come un arbitro, il Potere Giudiziario semplicemente non adempirebbe alla propria funzione costituzionale. Ci troviamo di fronte a una differenza di struttura istituzionale, e non di qualità individuale.

Nell'arbitrato, il giudice viene incaricato di occuparsi esclusivamente di un unico contenzioso. Questa condizione consente quella che si può definire *una*

(4) Sul rapporto tra il sistema arbitrale e quello giudiziario, cfr. Paula A. Forgioni e L.C. Katchadur Telles, *"Judiciário e Arbitragem: Incentivos e Desincentivos no Sistema de Resolução de Litígios Empresariais"*, in *Arbitragem e Análise Econômica do Direito,* a cura di B. Meyerhof Salama e F. L. Yarshell [Org.], Londrina, 2.025, pp. 95-112.

«analisi verticale», ovvero l'arbitro dispone del tempo necessario per esaminare i dettagli tecnici e vagliare tutte le argomentazioni presentate dalle parti. Nel sistema giudiziario l'analisi tende ad essere più *orizzontale*, incentrata su una soluzione efficiente per il sistema, che non sempre deriva dall'analisi minuziosa che la parte avrebbe forse desiderato.

La differenza si manifesta anche nel grado di motivazione delle decisioni. Nella giustizia statale, la giurisprudenza è chiara nel senso che il giudice non è tenuto ad affrontare, uno per uno, tutte le argomentazioni addotte dalle parti. È sufficiente che presenti motivi sufficienti a giustificare la propria decisione. Nell'arbitrato, lo standard è diverso. Le parti si aspettano legittimamente un lodo arbitrale che affronti ogni tesi, analizzi ogni documento rilevante e risponda a ogni questione sollevata.

Ancora una volta, non si può affermare che un modello sia superiore all'altro. Sono semplicemente *diversi* e rappresentano entrambe *valide opzioni* per la risoluzione delle controversie aziendali. Ogni modello presenta i propri rischi. *Il sistema giuridico deve garantire che la scelta dell'uno o dell'altro possa essere effettuata in tutta sicurezza e che, una volta effettuata, venga rispettata*.

4. Il «*double hat*» e la libertà di scegliere il giudice

Consentendo alle parti di scegliere il professionista che giudicherà la controversia, il sistema giuridico accetta che il giudice porti con sé il bagaglio della propria esperienza professionale (5). Spesso, oltre a fungere da arbitro, la persona redige pareri, esercita la professione forense o fornisce consulenza in altri contesti. I vari ruoli le si addicono bene. È a questo fenomeno che è stato dato il nome di *«double hat»*. È necessario comprendere che *la molteplicità di funzioni non rappresenta una distorsione* nell'operato dell'arbitro, ma riflette semplicemente la logica dell'arbitrato.

Il sistema si basa sulla qualificazione tecnica dei giudici, sulla loro reputazione e sull'esperienza concreta nel mondo imprenditoriale. Limitare questa molteplicità di ruoli, in nome di una presunta neutralità, equivale a svuotare la stessa ragion d'essere del modello arbitrale.

Non vi è alcun vizio nel nominare come arbitro qualcuno che in precedenza abbia ricoperto il ruolo di consulente. Allo stesso modo, una parte può legittima-

(5) Sull'argomento, è indispensabile la lettura dell'articolo di Eleonora Coelho e Louise Maria de Oliveira, «Duplo chapéu: Problema ou vantagem da arbitragem?», in cui si afferma che «[a] arbitragem permite escolher árbitros experientes. O "duplo chapéu" não compromete a imparcialidade e é essencial para a qualidade das decisões» [Migalhas, 1º de setembro de 2.025. Disponível em: *https://www.migalhas.com.br/depeso/439036/duplo-chapeu--problema-ou-vantagem-da-arbitragem*, acesso em 1º de janeiro de 2.026].

mente desiderare che la propria controversia relativa a un'operazione di fusione e acquisizione (M&A) sia giudicata dal massimo esperto brasiliano del settore. Non sussiste alcun impedimento giuridico in tal senso, purché vengano rispettati gli obblighi di informativa. Considerare l'arbitrato attraverso la lente della giurisdizione statale, esigendo che gli arbitri agiscano esclusivamente come giudici, significa ignorare la logica propria dell'arbitrato. Con tutto il rispetto, la giustificazione secondo cui il divieto del *«double hat»* avrebbe lo scopo di «ripulire» o «moralizzare» il sistema non fa altro che impoverire il quadro dei giudici qualificati e sminuire l'autonomia imprenditoriale delle parti.

5. Funzione sistemica e razionalità economica della reputazione degli arbitri

La reputazione del giudice occupa una posizione centrale nell'arbitrato. In assenza di sorteggi e di strutture gerarchiche, tipiche del potere giudiziario, è la memoria del mercato che, attraverso la ripetizione delle scelte, consolida i nomi e attribuisce valore ai professionisti (6).

Nessuna impresa sceglie gli arbitri a caso, perché nessuno che agisca razionalmente fa scommesse alla cieca quando la posta in gioco è seria. La nomina si basa sul curriculum, che comprende decisioni precedenti, comportamento durante le udienze, capacità di garantire l'equilibrio del procedimento e discrezione. Questi elementi circolano, vengono commentati e analizzati dal mercato, componendo, strato dopo strato, ciò che viene chiamato *reputazione*. Le prestazioni scadenti hanno un prezzo, mentre quelle eccellenti vengono premiate.

Dal punto di vista economico, la reputazione riduce i costi di transazione, consentendo alle parti di prevedere con ragionevole certezza il tipo di sentenza che le attende e la profondità dell'analisi giuridica che dovranno affrontare. In tal senso, la reputazione svolge un ruolo analogo a quello della fiducia nei complessi rapporti contrattuali aziendali, rendendo superflui gli interventi normativi (7).

---

(6) « As práticas mais adequadas ao tráfico impõem-se sobre aquelas menos aptas à resolução de problemas; ao longo do processo de evolução, prevalecem os padrões de conduta mais bem adaptados ao funcionamento do mercado [...] [f]orma-se repertório de experiências bem-sucedidas que, ao permitir maior grau de previsibilidade do comportamento, transforma o mercado em repositório de *memórias de jogadas*» [Paula A. Forgioni, *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, in *Revista dos Tribunais*, X ed., São Paulo, 2025, pp. 142-143].

(7) Esistono importanti studi, sia in economia che in diritto, sull'importanza della fiducia nella regolamentazione dei mercati. A titolo di esempio, cfr. D. Gambetta, *Trust*: *Making and breaking cooperative relations*, Cambridge, 2008. In ambito giuridico, per una panoramica generale sull'argomento, si veda l'eccellente opera di Manuel António de Castro Portugal Carneiro de Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, II ed., Lisboa, 2023, e, inoltre, S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Parigi, 2001. Si veda, inoltre, l'opera curata da V.L. Bénabou e M. Chagny, *La confiance en droit privé des contrats*, Paris, 2008.

Criticare la ripetizione delle nomine o l'agenda fitta degli arbitri più richiesti ignora proprio il punto centrale dell'arbitrato, poiché, in un sistema basato sulla libertà di scelta delle parti, essere ripetutamente nominati è prova incontestabile di merito.

Inoltre, la reputazione svolge un ruolo determinante nella selezione dei professionisti. Chi produce risultati scadenti viene naturalmente escluso. Nell'arbitrato, ciò che conta è esattamente il risultato che si ottiene. Si tratta di un sistema genuinamente meritocratico, informale ed efficiente.

In sintesi, la reputazione sostiene l'arbitrato e sostituisce il controllo statale con una selezione interna basata su esperienze condivise. La fiducia del mercato nell'arbitrato non deriva da formule astratte, ma scaturisce direttamente da questa razionalità concreta e dalle garanzie effettive che solo la reputazione assicura.

6. La fallacia dell'argomento contro lo «Split the baby»

L'espressione *«split the baby»* ha iniziato a circolare nell'ambito arbitrale come sinonimo di decisioni conciliatorie o presuntamente salomoniche, in cui il collegio arbitrale, di fronte a una controversia complessa, opterebbe per dare parzialmente ragione a ciascuna parte, non per convinzione giuridica, ma per interesse o equidistanza artificiale. La decisione sarebbe, in pratica, il risultato di un tiro alla fune tra forze equivalenti. Un coarbitro tirerebbe da una parte, l'altro dall'altra e, in questo modo, nessuno perderebbe né vincerebbe, lasciando tutti soddisfatti. Questa critica, sebbene diffusa, ignora la realtà del contenzioso aziendale e non tiene conto della natura delle controversie sottoposte ad arbitrato.

Le controversie arbitrali, soprattutto quelle di maggiore valore economico o complessità tecnica, raramente possono essere ridotte a una tesi binaria, del tipo «A ha completamente ragione e B ha completamente torto». Ciò che si osserva, spesso, sono richieste multiple, fondamenti giuridici diversi, strutture contrattuali intrecciate e fasi successive di esecuzione di una stessa operazione. Per questo motivo, è usuale che il lodo accolga parzialmente determinate richieste, ne respinga altre, fissi parametri di adempimento e definisca conseguenze distinte. Tutto deriva dall'analisi e dalla considerazione delle peculiarità del caso. Nella realtà dei fatti e dell'esecuzione dei contratti, la «colpa concorrente» è molto più comune di quanto si insegni a scuola.

Inoltre, è comune che le parti formulino richieste come parte di una strategia di tensione processuale, anche senza alcuna speranza di vederle accolte integralmente, con lo scopo di ampliare il margine di manovra, generare un contrattacco o aumentare il potere contrattuale nel corso del procedimento. È naturale che, anche quando una parte ha ragione in linea di principio, non ottenga tutto ciò che ha chiesto, perché parte della richiesta era strumentale, gonfiata o mal calibrata.

In tutte queste circostanze, la sentenza frazionata è inevitabile, espressione diretta della struttura retorica della domanda, senza alcun nesso con l'idea di «dividere il bambino».

Anche in questo caso la scelta dell'arbitro fa parte della strategia delle parti e del modo in cui gestiscono i rischi e i costi decisionali. In certi casi si cerca un professionista più assertivo, meno incline a compromessi. In altri, si preferisce un profilo associato a soluzioni equilibrate, adeguato a conflitti di natura diversa. Queste opzioni sono legittime e derivano dall'autonomia privata e dalla razionalità economica che strutturano l'arbitrato.

7. Spese, rischi e razionalità economica dell'arbitrato – gli onorari di soccombenza

La condanna della parte soccombente al pagamento delle spese processuali è una caratteristica distintiva del procedimento brasiliano e, al contempo, una peculiarità difficile da spiegare al di fuori del Paese. L'idea che, oltre a perdere la causa, la parte debba sostenere una percentuale rilevante sul valore in gioco, destinata al pagamento degli onorari dell'avvocato della controparte, non trova un parallelo diretto nei principali sistemi processuali stranieri. Si tratta di una costruzione normativa locale, con importanti implicazioni pratiche.

Nel modello brasiliano, gli onorari di soccombenza sono fissati tra il 10% e il 20% del valore della condanna giudiziaria. Nelle controversie aziendali di grande entità, si tratta di un rischio finanziario significativo, che rappresenta un aumento automatico che incide direttamente sulla valutazione del costo della sconfitta.

Nell'arbitrato, la prassi è diversa. Le parti hanno la facoltà, mediante precedente accordo contrattuale o al momento della sottoscrizione del contratto arbitrale, di concordare l'assenza di onorari di soccombenza. Tale facoltà, che rende facoltativo il pagamento degli onorari di soccombenza nell'arbitrato, spinge le parti a negoziare direttamente con i propri avvocati gli onorari a cui avranno diritto, compreso l'eventuale esito positivo.

Anche quando la parte soccombente viene condannata al pagamento delle spese processuali, gli arbitri raramente applicano automaticamente la percentuale del 20%. Le decisioni tendono a presentare un'analisi più contestualizzata, tenendo conto della condotta delle parti, della complessità del caso, della ripartizione delle richieste accolte e dell'atteggiamento processuale. La fissazione delle spese processuali, quando avviene, è più adeguata alla realtà della controversia.

Il risultato è che, nella prassi brasiliana, quando si valuta il rischio di soccombenza, l'arbitrato si rivela spesso più vantaggioso per le parti dal punto di vista economico.

8. La lentezza dell'arbitrato

Tra le critiche rivolte all'arbitrato, la presunta lentezza occupa un posto di rilievo. Sebbene, in generale, il sistema continui a offrire maggiore rapidità rispetto alla giurisdizione statale, è innegabile che esistano arbitrati lunghi, che frustrano le legittime aspettative in termini di tempistica e prevedibilità.

Tuttavia, è necessario individuare correttamente le cause di tale lentezza. Nella maggior parte dei casi, i ritardi non derivano dalla struttura dell'arbitrato, ma dall'uso che ne fanno le parti stesse. Procedure complesse sono state deliberatamente manipolate da strategie processuali volte a ritardare la risoluzione della controversia. Nelle controversie di grande entità, è comune che gli avvocati moltiplichino le domande, presentino una serie di contestazioni, provochino successive impugnazioni e sfruttino le allegazioni di conflitto di interessi con il chiaro scopo di bloccare lo svolgimento del procedimento. Come giudicare rapidamente un caso in cui le parti presentano più di tremila domande a cui la perizia deve rispondere?

In altre situazioni, le parti fanno di tutto per impedire la costituzione del tribunale arbitrale e, quando le camere intervengono per porre fine a tale pratica, le loro decisioni vengono annullate, in violazione del regolamento che le parti hanno liberamente scelto.

L'avvocato si spinge fino a dove gli è consentito, nella difesa degli interessi del proprio cliente. Se non vi è una chiara indicazione dei limiti, si apre lo spazio all'uso abusivo degli strumenti processuali esistenti. Parte del problema deriva dalla segnalazione ambigua da parte del potere giudiziario, che ha annullato sentenze/decisioni sulla base di vizi formali, accolto ricorsi senza una dimostrazione concreta di pregiudizio o deciso in contrasto con i regolamenti delle camere, volontariamente accettati dalle parti. In questo contesto si crea negli arbitri la cosiddetta *«paranoia del giusto processo»*, che li porta ad assumere un atteggiamento di difesa permanente, in cui tutto viene ammesso affinché nulla possa essere annullato in seguito.

È necessario riconoscere che i ritardi esistono, ma che sono dovuti a molteplici fattori. In parte derivano dalla complessità dei casi, ma in larga misura sono il risultato di tattiche processuali che mettono alla prova i limiti del sistema. Se il potere giudiziario non fornirà indicazioni chiare e coerenti con la logica dell'arbitrato, saremo condannati a combattere contro i mulini a vento.

9. Il grave problema delle perizie

La perizia costituisce uno dei punti più delicati dell'arbitrato, poiché introduce difficoltà concrete nel procedimento. L'esperienza rivela perizie spesso inefficienti, onerose e caratterizzate da un elevato grado di contenziosità, in cui la controver-

sia si sposta dal merito alla stessa conduzione della prova tecnica. Sebbene tali interventi degli avvocati rientrino nell'esercizio del contraddittorio, il risultato complessivo è la perdita di fluidità del procedimento e l'aumento dei suoi costi.

Tale spostamento deriva, in larga misura, dai limiti strutturali del sistema peritale stesso. I professionisti con una formazione adeguata e con effettiva disponibilità di tempo e risorse umane sono scarsi, il che concentra la domanda su pochi nomi e comporta ritardi significativi, prolungando la fase peritale e aumentandone l'impatto in termini di tempo e spese.

A ciò si aggiunge, in alcuni casi, la conduzione inadeguata della prova da parte del tribunale stesso. Quando non vengono fissati preventivamente parametri chiari, si trasferisce al perito una responsabilità decisionale che non gli spetta, specialmente in materie quali l'accertamento del patrimonio e la valutazione delle partecipazioni societarie, in cui compete al tribunale definire il metodo, i criteri applicabili e i parametri operativi.

In risposta a questa situazione, si osserva la diffusione di pratiche volte a riportare la perizia alla sua funzione strumentale. Molti tribunali hanno rinunciato alla tradizionale formulazione delle domande peritali, optando per la definizione diretta dei principali aspetti tecnici della controversia da esaminare. Parallelamente, alle parti viene richiesto di presentare relazioni tecniche proprie, redatte da assistenti, con l'indicazione precisa dei punti di effettiva divergenza, in modo che l'attività peritale si concentri esclusivamente su tale residuo controverso, riducendo dispersione, costi e tempi senza sacrificare la qualità della prova.

La perizia deve essere preservata quando necessaria. L'uso eccessivo, strumentalizzato o mal orientato compromette la funzionalità dell'arbitrato. Il superamento di questo problema dipende dalla qualità delle decisioni arbitrali, dal rafforzamento delle istituzioni e dal grado di fiducia che il potere giudiziario è disposto a conferire al sistema.

10. Limiti e rischi della «nulidade de algibeira»

Il tentativo di annullare i lodi arbitrali adducendo come motivo la parzialità degli arbitri è diventato un ambito di contenzioso processuale strategico. In alcuni casi, si riscontra una condotta deliberata delle parti volta a tacere fatti noti nel corso dell'arbitrato, al solo scopo di utilizzarli, in un secondo momento, come fondamento per l'eccezione di nullità.

Tale pratica, nota come «nulidade de algibeira», è piuttosto conveniente: se la parte vince, non dirà nulla; se perde, addurrà un vizio grave, come la presunta violazione dell'imparzialità dell'arbitro. Si tratta di uno stratagemma opportunistico che viola i principi di lealtà processuale.

Fortunatamente, il Tribunale Superiore di Giustizia (STJ) ha stabilito che la nullità relativa all'imparzialità dell'arbitro deve essere eccepita alla prima occa-

sione utile per la parte. Nel REsp 2.208.537/PI (8), lo STJ ha accolto il ricorso straordinario proprio perché ha ritenuto che l'eccezione di imparzialità sollevata tardivamente non poteva essere ammessa. Nel caso in esame, la parte ha partecipato regolarmente al procedimento, ha presentato la propria difesa e solo dopo la pronuncia della sentenza sfavorevole ha cercato di ottenerne l'annullamento.

Secondo la decisione, non vi è stata violazione del dovere di trasparenza, e l'eventuale omissione di precedenti legami accademici tra arbitri e avvocati non giustificherebbe l'annullamento del lodo. È stato ribadito che il controllo giurisdizionale del lodo arbitrale deve limitarsi agli aspetti formali, non essendo ammessa la revisione nel merito, come ripetutamente deciso dallo stesso STJ. La chiarezza della sentenza ha fornito un importante orientamento al mercato, rendendo evidente che la strategia di tacere durante il procedimento, riservando l'eventuale eccezione di nullità da far valere solo in caso di sconfitta, non sarà accolta dal potere giudiziario.

11. L'assenza di barriere all'ingresso di nuovi professionisti nell'arbitrato

La critica secondo cui l'arbitrato funzionerebbe come un «circolo chiuso», talvolta definito «country club», è stata formulata con crescente frequenza. Secondo questa visione, un numero ristretto di professionisti si alternerebbe tra i casi, raccomandandosi a vicenda e limitando l'accesso di nuovi nomi al sistema. Sebbene l'argomento sia ricorrente, non trova riscontro nel modo in cui gli arbitri vengono, di fatto, scelti.

L'inizio di una carriera come arbitro avviene solitamente attraverso una precedente attività in specifiche aree tecniche, la produzione accademica, la partecipazione istituzionale a eventi e, soprattutto, la fiducia costruita nell'ambiente professionale. Inoltre, la maggior parte delle Camere arbitrali non richiede che l'arbitro faccia già parte del proprio elenco istituzionale per poter essere designato. Le parti godono di ampia libertà nel suggerire nomi e i regolamenti delle principali istituzioni riconoscono espressamente tale margine di scelta.

In realtà, la presunta impermeabilità del sistema ribalta la logica dell'arbitrato. Innanzitutto, sono le parti o i loro avvocati a indicare i co-arbitri e, spesso, a

(8) La relatrice ha osservato che «a jurisprudência desta Corte é no sentido de que 'a suscitação tardia de nulidade, somente após a ciência de resultado de mérito desfavorável, configura a chamada nulidade de algibeira, manobra processual que não se coaduna com a boa-fé processual [...]'» [Tribunale Superiore di Giustizia, Quarta Sezione, Ricorso Speciale n. 2.208.537/PI, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, deciso il 13 maggio 2025]. Cfr. anche Corte Superiore di Giustizia, sez. IV, Ricorso interno nell'ambito del ricorso in appello speciale n. 1.734.523/RJ, Relatore: Min. Raul Araújo, deciso il 16 agosto 2021.

presentare loro un elenco di nomi che vincola la scelta del presidente. La crescita del numero di nuovi arbitri conferma che non esistono reali barriere all'ingresso. Ciò che si verifica è la già spiegata selezione naturale del mercato, per cui i professionisti che apportano valore vengono ripetutamente indicati dagli operatori di mercato. L'accesso è legato alla qualifica percepita e alla credibilità costruita, in armonia con la logica del sistema e con la funzione che l'arbitrato svolge nell'ambiente imprenditoriale.

12. Interpretazione giuridica e rischio contrattuale: i limiti del controllo esterno

Tra le argomentazioni più frequenti nelle azioni di annullamento dei lodi arbitrali vi è quella secondo cui il tribunale arbitrale avrebbe «applicato erroneamente il diritto», sostenendo che una determinata norma sarebbe stata interpretata in modo errato o che la giurisprudenza consolidata sarebbe stata ignorata.

Scegliendo l'arbitrato, la parte si assume il *rischio* che l'interpretazione giuridica data al caso non corrisponda alle sue aspettative e che non vi sia alcun ricorso contro tale decisione. Ancora una volta: questi *rischi* sono inerenti al modello stesso. La teoria giuridica contemporanea ammette la possibilità di decisioni giuridicamente "corrette" multiple. L'idea che esista sempre un unico significato adeguato, oggettivamente identificabile, non corrisponde né alla complessità del ragionamento giuridico né alla pratica forense. Ciò che convenzionalmente viene definito «errore» è, spesso, solo il disaccordo in merito al fondamento adottato nell'arbitrato. Ciò che è giusto per alcuni è sbagliato per altri.

La legge sull'arbitrato esclude espressamente il riesame del contenuto giuridico del lodo arbitrale. I casi di annullamento sono eccezionali e definiti con precisione. Il controllo giurisdizionale si limita agli aspetti formali e procedurali, senza alcuna analisi del merito della decisione, nemmeno quando si deduca un errore di diritto. *Si tratta di una scelta legislativa deliberata e il lodo arbitrale è, per definizione, definitivo*.

Le parti scelgono liberamente gli arbitri e, con tale scelta, accettano i rischi inerenti alla loro attività interpretativa. L'arbitrato implica l'accettazione del fatto che la decisione è definitiva e non soggetta ad appello. Il rischio che il diritto venga interpretato in modo diverso da quanto previsto fa parte del contratto arbitrale. L'accordo non garantisce l'infallibilità della decisione, ma piuttosto che essa sarà definitiva, nel bene e nel male. Scegliendo l'arbitrato, la parte rinuncia al doppio grado di giudizio e affida la soluzione della controversia ai giudici designati.

Consentire al potere giudiziario di sostituirsi a tale volontà manifestata al momento della scelta del sistema arbitrale equivale non solo ad andare direttamente contro il testo di legge, ma anche a vanificare l'essenza stessa dell'arbitrato come alternativa di risoluzione delle controversie.

Il potere giudiziario brasiliano ha, in larga misura, riconosciuto questo limite. Il Tribunale Superiore di Giustizia afferma che il lodo arbitrale non è soggetto a revisione nel merito. Ciononostante, persistono tentativi di ribaltare l'esito mediante argomentazioni fondate su concetti generici, come quello di ordine pubblico, spesso invocati per conferire un'apparenza di legalità al dissenso.

13. Giurisprudenza e riservatezza nell'arbitrato

L'arbitrato non è uno specchio del sistema giudiziario e non è stato concepito per generare precedenti. L'assenza di giurisprudenza vincolante non deriva da una lacuna del sistema, ma dalla sua logica strutturale, nella misura in cui è finalizzata alla risoluzione individualizzata delle controversie, da parte di arbitri scelti dalle parti in base alla loro esperienza, reputazione e visione del mondo, e non alla formazione di modelli normativi applicabili a terzi.

Le decisioni arbitrali prendono forma a partire da casi concreti, caratterizzati da peculiarità fattuali e giuridiche. Pubblicarle con l'intento di creare precedenti snatura il sistema, oltre a moltiplicare i rischi di malintesi. Senza accesso agli atti completi [che, di norma, rimangono riservati], le interpretazioni esterne tendono a estrapolare i fondamenti dal loro contesto, alimentando confusione a livello dottrinale e istituzionale.

L'esercizio di estrapolare giurisprudenza dall'arbitrato, specialmente per quanto riguarda il merito della causa e la definizione di orientamenti futuri, è in contrasto con la volontà delle parti. Chi sceglie l'arbitrato desidera un giudizio indipendente, libero da precedenti creati da giudici sconosciuti, in casi estranei. Desidera il cosiddetto «green field», in una scelta legittima e consapevole. Se l'obiettivo della parte fosse stato quello di sottomettersi a interpretazioni normative consolidate, avrebbe optato per la giurisdizione statale.

Per quanto riguarda la riservatezza, anche la critica al presunto «eccesso di riservatezza» va compresa alla luce dell'architettura del sistema. La riservatezza non deriva dalla legge, ma dalle regole delle Camere arbitrali e dall'autonomia delle parti. Si tratta, quindi, di una facoltà contrattuale e, in quanto tale, può essere modulata.

Questa scelta contrattuale ha una sua ragion d'essere. La riservatezza tutela le strategie aziendali, i modelli di business, i dati concorrenziali e le informazioni sensibili. La sua salvaguardia contribuisce alla stabilità del contesto economico, stimola l'innovazione ed evita l'esposizione di beni informativi di valore. «Lavare i panni sporchi in piazza», come si suol dire, può costare caro alle imprese e persino alle relazioni che spesso intendono mantenere. Nel contesto di mercato, l'informazione ha valore. È una regola fondamentale del gioco della concorrenza che l'operatore economico disponga di strumenti giuridici

per salvaguardare i propri vantaggi competitivi, impedendo che i propri metodi e le proprie pratiche, acquisiti in modo lecito, vengano appropriati da altri. L'innovazione e il progresso tecnico-economico si basano, in larga misura, sulla capacità di proteggere le informazioni esclusive. Senza tale tutela, viene meno l'incentivo alla ricerca di soluzioni creative ed efficienti, compromettendo la dinamica concorrenziale e la crescita economica che ne deriva. Le parti in causa, nelle controversie aziendali, sono spesso chiamate a rendere pubblici documenti e dati, a fini probatori. Come ho sottolineato in un'altra occasione (9), tale divulgazione al mercato è in grado di causare danni ingenti e ingiustificati agli operatori economici.

Esistono, tuttavia, dei limiti a tale riservatezza. Quando l'arbitrato coinvolge enti della Pubblica Amministrazione, la riservatezza non sussiste più [cfr. art. 2, §3, della Legge sull'Arbitrato]. Nelle società quotate in borsa, la logica della riservatezza deve essere conciliata con il dovere di trasparenza. La Commissione per i Valori Mobiliari (CVM) ha compiuto progressi in questo campo e, tramite la Risoluzione CVM n. 80/2022, ha iniziato a richiedere che i procedimenti arbitrali rilevanti, che coinvolgono società quotate in borsa, siano trattati come fatti rilevanti, con obbligo di divulgazione al mercato. La motivazione risiede nella tutela dell'integrità del contesto informativo e nella parità di condizioni tra gli investitori.

Altri casi, sebbene ancora soggetti al regime di riservatezza, potrebbero richiedere una riflessione più approfondita. Negli arbitrati con effetti rilevanti su terzi, come nei casi che coinvolgono società in procedura di risanamento giudiziario o controversie relative al diritto della concorrenza, disciplinate dalla L. 12.529/2011, la riservatezza, sebbene formalmente preservata, può generare disfunzioni. In tali situazioni, gli impatti vanno oltre la sfera strettamente contrattuale, raggiungendo creditori, concorrenti, investitori e lo stesso contesto di mercato. Forse si dovrebbe considerare, *de lege ferenda*, la necessità di un trattamento istituzionale distinto per questi casi, conciliando la logica della riservatezza con gli imperativi di trasparenza che le circostanze potrebbero richiedere.

La semplice "anonimizzazione" delle sentenze, con la soppressione di nomi e dati, non elimina il rischio di identificazione. Nei mercati concentrati, con pochi operatori e controversie ricorrenti, informazioni apparentemente neutre sono sufficienti per individuare i protagonisti.

---

(9) Armadilha processual ou instrumento de pacificação? Os limites da produção antecipada de provas no Direito Empresarial brasileiro, Migalhas, 20 de maio de 2.025. Disponível em: *https://www.migalhas.com.br/depeso/430669/os-limites-da-producao-antecipada-de-provas-no-direito-empresarial*.

14. Conclusione

Molte delle critiche contemporanee rivolte all'arbitrato non rivelano, di norma, disfunzioni del sistema, ma una scarsa conoscenza della sua struttura giuridica e del suo funzionamento concreto. Si pretende che l'arbitrato sia ciò che non è, né deve essere, censurando come patologie gli elementi che ne costituiscono l'identità istituzionale.

L'arbitrato non opera secondo gli stessi parametri del potere giudiziario. Funziona secondo una logica diversa, fondata sull'autonomia privata, sull'assunzione consapevole dei *rischi*, sulla libertà di scelta dei giudici, sulla flessibilità procedurale e sul carattere definitivo delle decisioni. Questo assetto deriva da una scelta legislativa deliberata, concepita per rispondere alle specificità del complesso contenzioso aziendale, in cui tempo, specializzazione, prevedibilità economica, riservatezza e qualità tecnica occupano una posizione centrale.

La scelta strategica degli arbitri, la coesistenza di molteplici funzioni professionali, la centralità della reputazione, l'assenza di precedenti vincolanti, la riservatezza procedurale, l'inesistenza del doppio grado di giurisdizione e la possibilità di interpretazioni giuridiche divergenti fanno parte della logica stessa dell'arbitrato. Non si tratta di difetti, ma di conseguenze normali di un sistema che privilegia l'autonomia e la responsabilità decisionale.

L'arbitrato offre uno spazio giuridico proprio per la risoluzione delle controversie aziendali, strutturato sulla base di scelte consapevoli, informato dalla razionalità economica e ancorato alla fiducia del mercato. Travisarne le caratteristiche in nome di una presunta correzione sistemica significa compromettere proprio ciò che gli conferisce senso, utilità e legittimità.

La sfida istituzionale non consiste nell'avvicinare l'arbitrato al sistema giudiziario, ma nel tutelarne la coerenza interna, nel rafforzare i suoi meccanismi di autocontrollo e nel garantire che l'intervento esterno rimanga eccezionale, formale e contenuto. Preservare l'arbitrato significa preservare la possibilità di una scelta responsabile da parte degli operatori economici. È questo che il sistema giuridico deve garantire.

L'arbitrato offre uno spazio giuridico proprio per la risoluzione delle controversie aziendali, strutturato sulla base di scelte consapevoli, informato dalla razionalità economica e ancorato alla fiducia del mercato. Spesse volte vengono travisate le caratteristiche peculiari dell'arbitrato cercando di avvicinare lo stesso al sistema giudiziario ordinario. Nel contributo si invita a preservare la distinzione tra arbitrato e giudizio del giudice ordinario per garantire la possibilità di una scelta responsabile da parte degli operatori economici.

Arbitration offers a specific legal framework for resolving business disputes based on informed decisions. Practitioners sometimes misunderstand the unique characteristics of arbitration by attempting to equate it with the ordinary judicial system. This article advocates preserving the distinction between arbitration and ordinary court proceedings to ensure that economic operators can make responsible decisions.

José Carlos Baptista Puoli
(Universidade de São Paulo)

Conformità, risultato equivalente e interpretazione della domanda nel diritto processuale civile brasiliano (*)

Sommario: 1. Introduzione. - **2.** Il principio di aderenza della sentenza alla domanda. - **3.** La tutela delle obbligazioni di fare e di non fare attraverso l'equivalente risultato pratico. - **4.** Interpretazione della richiesta, definizione del rimedio mediante un risultato pratico equivalente e conclusione.

1. Introduzione

In virtù di una concezione liberale del processo, l'ordinamento giuridico brasiliano contempla, tra gli altri principi, il principio di inerzia giurisdizionale, per cui la regola nel nostro diritto processuale civile è che l'attivazione dell'apparato giudiziario può svilupparsi solo dopo che la parte interessata ne abbia richiesto l'avvio. Ciò comporta la necessità che la sentenza definitiva corrisponda a tale richiesta formulata, cosicché l'intervento dello Stato nella vita dei soggetti alla sua giurisdizione possa avvenire, nell'ambito procedurale, solo per risolvere la questione portata in giudizio, senza possibilità di ampliare la materia "*ex officio*" e/o di trattare situazioni diverse da quelle sottoposte all'attenzione della parte interessata.

Questa regola generale, tuttavia, necessita di un'analisi più approfondita quando si constata che, nello stesso Codice di Procedura Civile, esistono norme specifiche volte a risolvere questioni particolari, ma che, a tal fine, richiedono l'attenzione del giurista per comprendere il contesto e/o i limiti di un'eventuale eccezione al principio generale, nonché per chiarire altre situazioni in cui l'antinomia è solo apparente.

Il presente testo tratterà due situazioni che rientrano in questa casistica. La prima riguarda la cosiddetta tutela mediante l'equivalente risultato pratico, stru-

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

mento rilevante nella ricerca di una soluzione efficace per le obbligazioni di fare e/o di non fare.

D'altra parte, verrà menzionata anche una innovazione introdotta con l'entrata in vigore del Codice di Procedura Civile del 2015 (L. 16 marzo 2015, n. 13.105). Mi riferisco alla norma giuridica che ora consente al giudice di interpretare la richiesta considerando "l'insieme della domanda", il che deve essere fatto nel rispetto del "principio di buona fede".

Infine, verrà presentato un collegamento tra questi tre temi.

2. Il principio di aderenza della sentenza alla domanda

Come già accennato, nella sua regola generale, l'ordinamento giuridico processuale brasiliano prevede che ogni sentenza debba essere "limitata" alla domanda formulata dall'attore. In termini dottrinali, questo principio caratterizza il principio di aderenza della sentenza alla domanda, la cui logica, come già detto, deriva da un principio più ampio, ovvero l'idea che la giurisdizione in sé e per sé debba essere inerte, intervenendo solo quando sollecitata dalla parte interessata e nei limiti stabiliti dalla richiesta di quest'ultima, al fine di impedire che la magistratura, in quanto potere statale, interferisca negli affari privati dei cittadini in assenza di una richiesta esplicita.

In tal senso, Mauro Cappelletti ha parlato delle "virtù passive" del processo giurisdizionale (1), come espressione atta ad esprimere l'importanza della giurisdizione che si distingue da altre forme di esercizio del potere statale, nel senso che la giurisdizione avvia il procedimento necessario per emettere la propria decisione solo in presenza di una preventiva attivazione da parte dell'interessato. È importante notare che questa virtù, in ultima analisi, persegue anche una finalità che va oltre la sfera giuridica. Da un punto di vista politico, la necessità di una attivazione da parte dell'interessato funge da ulteriore fattore di legittimazione dell'atto di potere che verrà emesso al momento dell'esercizio della funzione giurisdizionale, in quanto tale tutela sarà concessa in risposta alla richiesta presentata dal ricorrente e non come un atto arbitrario di ingerenza immotivata su una questione specifica.

Nel Codice di procedura civile brasiliano, diverse norme giuridiche riflettono quanto sopra affermato. Tra le altre, tre meritano di essere evidenziate. Il primo di questi principi è quello contenuto nella parte iniziale dell'art. 2 del Codice di procedura civile, che recita così: "il procedimento inizia su iniziativa della parte e si sviluppa per impulso ufficiale, salvo le eccezioni previste dalla legge". Commen-

(1) M. Cappelletti, *Juízes Legisladores*, tradução brasileira feita por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, I ed., Porto Alegre, 1993 p. 79.

tando tale disposizione, Carlos Alberto Carmona fa riferimento a un postulato tradizionale, chiarendo che "*Ne procedat iudex ex officio*".

L'antico adagio latino mette in guardia dalla necessità di provocare la giurisdizione, poiché il giudice non è autorizzato ad avviare il procedimento senza che la parte interessata ne richieda la tutela giurisdizionale (2). Dal canto loro, Cintra, Grinover e Dinamarco sottolineano che la necessità di una domanda, quale condizione affinché la giurisdizione emerga dalla sua inerzia, è un fattore che fornisce anche un valido supporto per proteggere l'imparzialità del giudice (3).

E, data la rilevanza di tali scopi, e continuando con i riferimenti giuridici, la seconda regola da evidenziare è quella contenuta nell'art. 141 del c.p.c. (Codice di Procedura Civile), che stabilisce che «il giudice decide nel merito entro i limiti proposti dalle parti, essendo vietato esaminare questioni non sollevate rispetto alle quali la legge richiede l'iniziativa della parte». Commentando questa regola, Cândido Rangel Dinamarco afferma che si tratta di una rilevante incidenza del "requisito giuridico di correlazione tra la tutela giudiziaria e la domanda – o la regola dell'adesione del giudice a tale principio […]. Se il giudice potesse oltrepassare questi limiti […] comprometterebbe l'efficacia della garanzia costituzionale del diritto a un giusto processo, poiché potrebbe cogliere di sorpresa le parti […]" (4). Detto questo, giungiamo ora al terzo punto saliente da evidenziare, che fa riferimento all'art. 492 del c.p.c. che, come gli altri due menzionati in precedenza, stabilisce che "è vietato al giudice emettere una sentenza di natura diversa da quella richiesta, nonché condannare la parte a un importo maggiore o a un oggetto diverso da quello richiesto". Analizzando questo articolo, Humberto Theodoro Jr. insegna che «la richiesta è la condizione e il limite della disposizione giurisdizionale, cosicché la sentenza, in risposta alla richiesta, non può essere carente rispetto alle questioni sollevate (decisione *citra petita*), né estranea ad esse (decisione *extra petita*), né eccederla (decisione *ultra petita*). E questo limite […] si estende sia agli aspetti oggettivi (richiesta e *causa petendi*) sia a quelli soggettivi (parti in causa). Tali aspetti non possono essere oltrepassati nella sentenza sulla domanda» (5).

Dopo aver formulato queste considerazioni, che illustrano e mettono in evidenza la regola generale di limitazione dell'azione giudiziaria a quanto richiesto, alla *causa petendi* e alle parti dinanzi alle quali si è instaurato il rapporto giuridico-procedurale, è opportuno procedere, come indicato nell'introduzione del presente

(2) In *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 3.

(3) Nas palavras de A.C.A. Cintra, A. Pellegrini Grinover e C.R. Dinamarco: "[…] a experiência ensina que quanto o próprio juiz toma a iniciativa do processo ele se liga psicologicamente de tal maneira à ideia contida no ato de iniciativa, que dificilmente teria condições para julgar imparcialmente." In *Teoria Geral do Processo,* XIX ed., São Paulo, 2003, p. 135.

(4) C.R. Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. IV, São Paulo, IV ed., p. 326.

(5) H. Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, LVII ed., Rio de Janeiro, 2016, p. 1081.

testo, ad esaminare, in primo luogo, una situazione eccezionale in cui il legislatore brasiliano attenua la regola restrittiva, trattandosi, successivamente, di un'altra disposizione del Codice di procedura civile che, se non erro, solo in apparenza (ma non nella sostanza) interferisce con la limitazione qui in esame.

3. La tutela delle obbligazioni di fare e di non fare attraverso l'equivalente risultato pratico

Per lungo tempo, la procedura civile brasiliana è stata carente di strumenti adeguati a garantire l'adempimento specifico delle obbligazioni di fare e di non fare. In questi casi, a differenza di quando l'oggetto dell'obbligazione consiste nel pagamento in denaro, le misure surrogate non sono pienamente efficaci, poiché la conversione in denaro dei beni del debitore (il metodo surrogato più frequente) non è sufficiente a garantire una tutela giudiziaria realmente specifica. Per comprendere meglio tale limitazione, è necessario richiamare un insegnamento tradizionale di Flávio Yarshell, il quale evidenzia che «ciò che rende specifica l'esecuzione è la specificità dell'oggetto del diritto da soddisfare, in modo che i mezzi esecutivi agiscano direttamente sull'oggetto del diritto azionabile o sulla cosa dovuta, al fine di ristabilire in modo identico la situazione giuridica lesa, attraverso una restituzione diretta» (6). Analogamente, Eduardo Talamini spiega che «la tutela specifica è quella che mira al conseguimento di beni giuridici diversi dall'ottenimento di denaro tramite l'espropriazione di beni facenti parte della responsabilità patrimoniale del debitore. Pertanto, la "tutela specifica" (categoria che comprende – ma non si limita a – l'"esecuzione in forma specifica") è quella che mira all'esatto risultato giuridico che si otterrebbe in assenza del procedimento giurisdizionale, in tutti quei casi in cui tale risultato finale non consista nel mero trasferimento di denaro dal patrimonio del debitore (o di altri soggetti obbligati) a quello del creditore» (7).

Pertanto, l'ottenimento di una tutela specifica dipende in larga misura dall'azione diretta, ovvero dalla condotta del debitore obbligato a fare o non fare qualcosa.

Accade che l'ordinamento giuridico brasiliano per lungo tempo non abbia previsto strumenti in grado di superare la resistenza del debitore che non collaborava e non adottava la condotta necessaria per ottenere l'adempimento di tali obbligazioni. Cândido Rangel Dinamarco osserva che "nel corso dei secoli, la resistenza del debitore è sempre stata considerata un ostacolo insormontabile all'adempimento delle obbligazioni di fare o non fare […]". Dinamarco prosegue

(6) F.L. Yarshell, *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*, I ed., São Paulo, 1993, p. 33.
(7) In *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*, obra coletiva, p. 159.

criticando il "dogma dell'intangibilità della volontà umana" (8) come fattore che per lungo tempo ha rappresentato tale limite e ha fatto sì che un numero significativo di cause relative a obbligazioni di fare o non fare si concludesse senza tutela specifica, ma, al massimo, convertendo la sentenza in un ordine di risarcimento danni per le perdite e i danni derivanti dall'inadempimento dell'obbligazione, come previsto dal diritto sostanziale.

E tale critica risulta necessaria, poiché la richiesta di una tutela specifica si fonda sul principio di Chiovenda, secondo il quale il processo deve dare a chi ne ha diritto tutto ed esattamente ciò che avrebbe ottenuto se il diritto sostanziale fosse stato spontaneamente rispettato. Questo obiettivo, che dovrebbe essere raggiunto attraverso il processo come metodo di adeguata risoluzione delle controversie, può essere espresso anche nei termini formulati in un importante insegnamento di José Carlos Barbosa Moreira, per il quale il risultato ottenuto attraverso il processo giudiziario dovrebbe presentarsi nell'accezione della "massima coincidenza possibile" (9).

È per tutte queste ragioni che il legislatore ha iniziato ad agire su due fronti: inizialmente attraverso riforme volte a migliorare il Codice di procedura civile del 1973 (in particolare quelle introdotte dalla L. 8.952/94) e, più di recente, con l'entrata in vigore del Codice di procedura civile del 2015. Da un lato, la normativa ha cercato di prevedere e/o perfezionare meccanismi procedurali che comportassero un certo grado di coercizione (10), capace di superare la resistenza del debitore, soprattutto in relazione a obblighi di fare o di non fare. Dall'altro, la legge ha provveduto consentire l'esecuzione di tali obblighi anche attraverso il conseguimento di un "risultato pratico equivalente".

Ai fini del presente testo, analizzeremo soltanto quest'ultima iniziativa del legislatore brasiliano.

Per iniziare questa analisi, è necessario concentrare l'attenzione sull'art. 497 del Codice di Procedura Civile brasiliano, il quale stabilisce espressamente che "in un'azione avente ad oggetto l'esecuzione o la mancata esecuzione di un atto, il giudice, se la richiesta è accolta, disporrà l'esecuzione specifica o adotterà misure che garantiscano il raggiungimento di un risultato pratico equivalente". La formulazione mostra che il legislatore offre al giudice un'alternativa. Tuttavia, non si tratta di un'alternativa completa, in cui il giudice può scegliere "liberamente" una delle

(8) C.R. Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, I ed., São Paulo, 1995 p. 150.
(9) Sobre o postulado da maior coincidência possível, v. J.C. Barbosa Moreira, *Temas de Direito Processual Civil,* 4ª Série, São Paulo, 1989, pp. 215 e ss.
(10) Em vista dos limites deste texto não trataremos aqui da questão das medidas coercitivas, sendo que, para quem quer estudar o tema, entre outros tantos textos doutrinários remeto a um de minha autoria, Jurisdição e coerção", artigo integrantes da coletânea *50 anos a Teoria Geral do Processo no Brasil*, p. 443.

due possibilità. Come accennato in precedenza, l'obiettivo principale è ottenere l'esecuzione specifica, ovvero fare tutto il possibile per produrre esattamente il risultato che si sarebbe ottenuto se il diritto sostanziale fosse stato spontaneamente rispettato. Tuttavia, qualora il conseguimento di tale risultato non sia possibile, al giudice è data la possibilità di concedere un "risultato pratico equivalente". Si può quindi notare immediatamente che tale alternativa comporterà un certo grado di differenza rispetto a quanto si otterrebbe con l'esecuzione specifica. Il significato comune delle parole fornisce un aiuto alla comprensione. Il legislatore non ha parlato di qualcosa di identico e, come ci insegna il dizionario, identico significherebbe qualcosa di "perfettamente uguale" (11). E, continuando la ricerca sul significato delle parole, scopriamo che equivalente è qualcosa di "uguale in valore, peso o forza" (12).

Adattando il contenuto del dizionario al fenomeno procedurale che stiamo esaminando, si può affermare che la nozione di "uguale valore" sarà associata a una soddisfazione che il risultato pratico, che non è identico ma equivalente, può fornire. Un esempio pratico aiuta a comprendere meglio il significato di soddisfazione. In una controversia di vicinato in cui un proprietario di un immobile si sente danneggiato dal rumore (inquinamento acustico) prodotto da una proprietà vicina nella quale è stato aperto un bar, intenta una causa chiedendo che il bar venga obbligato a garantire la cessazione dell'attività, in modo che il vicinato possa tornare ad avere il silenzio di prima. Si noti che il risultato espressamente richiesto sarebbe la chiusura dell'attività; tuttavia, era chiaro che la soddisfazione poteva essere ottenuta anche attraverso altre modalità di azione e di conseguenza altri risultati (13).

Infatti, la chiusura dell'attività economica potrebbe comportare l'interruzione della riscossione delle imposte, la perdita di guadagni e di posti di lavoro generati dal bar, impedendo ai consumatori di accedere ai servizi offerti. Pertanto, ad esempio, una soluzione meno drastica, che può essere considerata risultato pratico equivalente, sarebbe quella di ordinare al bar di installare strutture che impediscano la propagazione del rumore nell'ambiente esterno. In questo caso, a condizione che si raggiunga il silenzio desiderato, il ricorrente sarà soddisfatto, anche se il risultato non sarà identico, ma equivalente. Pertanto, Fernando da Fonseca Gajardoni, commentando l'art. 536 del c.p.c. (Codice di Procedura Civile brasiliano), che disciplina anche l'esecuzione delle obbligazioni di fare o non fare e fa riferimento anche alla possibilità di un risultato pratico equivalente,

(11) A.B.d.H. Ferreira, *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa,* VIII ed., Curitiba, 2010, p. 406.
(12) No já referido *Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa*, cit., p. 298.
(13) Aqui, para efeito de não tornar necessário exame ou referência a regras de direito material presume-se que a atividade em si é legal e autorizada.

insegna che la previsione di questa tutela per equivalenza rappresenta "in un certo senso" un indebolimento del "principio processuale di congruenza tra la domanda e la sentenza", poiché, secondo le parole di Gajardoni, "di fronte a una richiesta di una determinata misura, nulla impedisce al giudice, accertata l'impossibilità dell'adempimento specifico, di concedere un'altra misura non espressamente richiesta dal creditore […] che soddisfi ugualmente […] l'interessato […]" (14). Dal canto suo, Cândido Rangel Dinamarco afferma che "un'ipotesi molto importante per ampliare l'oggetto del procedimento oltre le richieste espressamente dedotte nella domanda iniziale è l'imposizione di misure che assicurino un risultato pratico equivalente all'adempimento in caso di inadempimento di una sentenza che ordini obbligazioni di fare o non fare". L'applicazione di tale misura non era stata richiesta dall'attore al momento della presentazione della sua domanda, né rientrava nell'oggetto del procedimento […] ma la realtà della vita, dei diritti e del processo, impone al giudice di agire in questo modo, pena l'inutilità dell'esercizio della sua giurisdizione (15).

In un altro passaggio della sua opera, Dinamarco sottolinea inoltre che, dal punto di vista del creditore, gli obblighi di fare o non fare qualcosa sono controbilanciati dal diritto del creditore a perseguire i risultati attesi dalla condotta richiesta, non alla condotta in sé, sebbene di norma tali risultati siano prodotti dalla condotta richiesta. Il regolare adempimento del dovere di fare o di astenersi dal fare qualcosa è, per il titolare del diritto, solo uno dei modi tramite i quali può ottenere soddisfazione (16).

Pertanto, Dinamarco prevede persino la possibilità di modificare, in fase di esecuzione della sentenza (17), la condotta richiesta rispetto a quella imposta nella sentenza di primo grado (18). D'altro canto, va detto che, nonostante questa maggiore flessibilità, non si deve vedere nella possibilità di tutela tramite risultati pratici una situazione di assoluta totale.

Il giudice gode di piena discrezionalità. Non si tratta, però, di una discrezionalità assoluta, in quanto oltre alla suddetta natura sussidiaria (si predilige l'esecuzione specifica), deve sussistere un nesso tra il tipo di condotta che integra

(14) F. da Fonseca Gajardoni, *Comentários ao CPC de 2015 - Processo de conhecimento e cumprimento de sentença, Obra coletiva Fernando da Fonseca Gajardoni (et. al.),* I ed., Rio de Janeiro, 2016, p. 830.

(15) C.R. Dinamarco, *Instituições*, cit., vol. III, p. 332.

(16) C.R. Dinamarco, *Instituições*, cit., vol. IV, p. 504.

(17) C.R. Dinamarco, *Instituições*, cit., vol. IV, p. 519.

(18) È altresì degna di nota la posizione di Rafael Ribeiro Rodrigues, il quale, in disaccordo con quanto sopra esposto, sostiene che il risultato pratico equivalente potrebbe essere determinato solo nella fase di esecuzione della sentenza, poiché, nella fase di cognizione, il tribunale dovrebbe attenersi alla domanda oggettivamente formulata. Cfr. R.R. Rodrigues, *Interpretação do pedido*, I ed., São Paulo, 2021, p. 244. Pur nel rispetto della posizione del suddetto autore, tale interpretazione sembra in contrasto con quanto espressamente previsto dall'art. 497 del Codice di procedura civile.

tale forma di tutela e il risultato che l'attore intende "genericamente" ottenere fin dall'inizio del procedimento. Come già detto, ed è bene ribadirlo, non si tratta di richiedere che il risultato sia identico, ma che vi sia un nesso tra la misura ritenuta in grado di produrre un risultato equivalente e la relativa dimostrazione di come la soddisfazione auspicata possa essere effettivamente conseguita mediante l'attuazione pratica di tale misura. Si rende quindi necessario rafforzare la motivazione della decisione, affinché si comprenda come tale nesso sussista. In altre parole, è necessario che la previsione della tutela sia idonea a soddisfare, se non pienamente, quantomeno in modo ragionevole, la pretesa. D'altro canto, occorre verificare la sussistenza del principio di proporzionalità. In altre parole, il provvedimento non deve generare un onere sproporzionato che sacrifichi irragionevolmente il destinatario dell'ordinanza che ha concesso l'ingiunzione a fronte di un risultato pratico equivalente. A questo proposito, affronteremo ora l'altra questione del presente saggio, poiché, oltre a verificare se la modalità di interpretazione delle richieste configuri o meno una ulteriore attenuazione del vincolo, è necessario verificare in che modo il criterio stabilito nel §2 dell'art. 322 del Codice di procedura civile possa contribuire a verificare l'adeguatezza dell'ingiunzione, nel caso specifico, a fronte di un risultato pratico equivalente.

Secondo il Codice di procedura civile del 1973, e in conformità con l'espressa norma dell'art. 293 di tale strumento giuridico ora abrogato, l'interpretazione delle domande doveva essere restrittiva. Secondo Cintra, Grinover e Dinamarco, "l'interpretazione restrittiva è quella che limita l'ambito di applicazione della legge a una cerchia di casi più ristretta rispetto a quella indicata dalla sua formulazione" (19). E l'effetto di tale "limitazione", come insegnato da Cássio Scarpinella Bueno, non era solo una naturale conseguenza del rapporto che deve sussistere tra l'interpretazione della domanda e quanto allegato agli atti processuali. Queste sono le parole di Scarpinella: "Questa interpretazione restrittiva della richiesta deve essere intesa in conformità ai principi cardine del diritto processuale civile, nel senso che la richiesta dell'attore […] è ciò che determina l'attività del giudice. I limiti della richiesta, così come formulata dall'attore, si riflettono sui limiti della sentenza […]. Se il giudice ha dubbi su quanto richiesto dall'attore, l'ipotesi è di modificare l'atto introduttivo […]. Non solo perché ciò può pregiudicare il diritto a una difesa completa […] ma anche perché ha il potere di rendere impossibile una corretta attività giurisdizionale" (20).

Orbene, sebbene la norma del Codice di procedura civile del 1973 fosse perfettamente ragionevole, il legislatore ha compreso la necessità di modificare le linea guida per l'interpretazione della domanda, che, con l'emanazione del Codice

(19) A.C.A. Cintra, A. Pellegrini Grinover, C.R. Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, cit., p. 101.
(20) In *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 912.

di procedura civile del 2015, è confluita nel §2 dell'art. 322, che recita: "l'interpretazione della richiesta terrà conto dell'intero atto processuale e rispetterà il principio di buona fede". Si noti che, da un lato, il legislatore ha evitato di utilizzare i termini che tradizionalmente differenziano i metodi di interpretazione dei testi giuridici. Ciò non significa che un'interpretazione estensiva abbia sostituito quella restrittiva, precedentemente menzionata. È opportuno ribadire che il legislatore del 2015 non ha utilizzato la tradizionale classificazione dei metodi di interpretazione nel nuovo testo normativo; pertanto, in realtà, non si può desumere dalla nuova norma un'autorizzazione per il giudice a formulare richieste per conto del ricorrente o a concedere una tutela che violi i principi per i quali la sentenza deve avere ad oggetto i temi indicati nella domanda, già discussi in precedenza. In tal senso, la posizione espressa da Helena Najar Abdo è netta quando afferma che la modifica del criterio precedentemente utilizzato (nel c.p.c. del 1973) è solo apparente, e prosegue affermando che "la richiesta deve continuare ad essere interpretata in modo restrittivo […]. Ma la conclusione che si può trarre dalla lettura del titolo dell'art. 322 è solo questa: se la richiesta deve essere certa, allora si intende che, salvo le autorizzazioni legali, ciò che non è espressamente contenuto nella richiesta non può essere inteso come incluso in essa", e conclude spiegando che l'intenzione del legislatore non era quella di fornire "un'interpretazione della richiesta che contraddica la causa petendi o che non mantenga un minimo di coerenza […]" (21).

Allo stesso modo, Milton Paulo de Carvalho chiarisce che "ciò che il Codice di Procedura Civile stabilisce è che il campo sul quale interviene l'interprete è l'intero atto processuale […]". E, chiudendo il confronto con la norma del precedente c.p.c., Milton Paulo conclude affermando categoricamente che "la legge odierna non prevede […] non prescrivere un risultato più ampio" "L'ampliamento ha semplicemente aumentato il campo di apprezzamento, ovvero il volume degli argomenti da interpretare" (22).

Ciò significa che il legislatore ha chiarito che, anche in presenza di una formale separazione delle parti di un atto introduttivo del giudizio, con una di esse formalmente destinata a contenere la richiesta, questa non può essere compresa senza analizzare anche le altre parti dell'atto, soprattutto affinché vi sia coerenza tra la *causa petendi* descritta e la richiesta avanzata.

A questo proposito, è opportuno precisare che, se la richiesta è ben specificata, non sarà necessaria né applicabile alcuna interpretazione, poiché l'oggetto della domanda è già debitamente indicato e chiaro. Tuttavia, in caso di dubbio non risolto all'inizio del procedimento, sarà opportuna l'applicazione della norma di

(21) In *Código de Processo Civil Interpretado*, p. 491.
(22) R.R. Rodrigues, *Interpretação do pedido*, cit., p. 967.

cui al §2 dell'art. 322 del Codice di procedura civile. A tal fine, la norma prosegue affermando che tale interpretazione deve essere basata sulla buona fede, un riferimento che, a mio avviso, va qualificato nel senso della dimensione oggettiva dell'istituto e, riguardo a questo concetto, più comunemente utilizzato nell'ambito del diritto civile, ho già avuto modo di sottolineare che esso è legato a valori quali "probità, dovere di verità, necessità di cooperazione, tra gli altri diversi aspetti che esplicitano un fenomeno non peculiare del diritto civile, né di alcun altro ramo del diritto sostanziale, né tantomeno del diritto processuale, ma che, di fatto, trascende le varie ramificazioni del diritto al fine di ricercare un maggiore clima di fiducia che dovrebbe prevalere tra i partecipanti a qualsiasi rapporto giuridico, sia esso sostanziale o processuale, pubblico o privato" (23). Adattando questo ragionamento alla norma in questione, si deve intendere che il riferimento alla buona fede deve essere apprezzato nel senso sopra esposto.

Questo porta ad un rafforzamento dell'idea che il giudice non possa ancora "ampliare" la richiesta formulata, ma solo esaminare, in casi eccezionali, l'esatta portata della pretesa mediante un'analisi della *causa petendi*, che deve essere operata ovviamente secondo il principio della buona fede.

In senso analogo a quanto affermato sopra, Andrea Boari Caraciola ribadisce che "nonostante il Codice di Procedura Civile del 2015 preveda espressamente l'interpretazione logico-sistematica della richiesta […] ci sembra indispensabile che l'azione giudiziaria sia guidata da una tutela giurisdizionale congrua, pena la violazione del giusto processo, in particolare per quanto riguarda le garanzie della inerzia giurisdizionale, dell'iniziativa di parte, del contraddittorio e della piena difesa" (24).

A conclusione di questa prima parte della disamina, è opportuno citare il lavoro specifico di Rafael Ribeiro Rodrigues, il quale, oltre a sostenere che l'interpretazione della richiesta è appropriata solo in caso di dubbio, sottolinea che, in tale situazione, il giudice "dovrebbe concentrarsi sulla lettura dei fatti per cercare di comprendere il contesto e la volontà del ricorrente, così come delineata nella richiesta". E Rafael aggiunge: "i fatti narrati nell'atto introduttivo sono una fonte per ricavare il significato della richiesta e non per ricavarne la richiesta stessa, qualora questa non abbia un'autonoma chiarezza e necessiti di un processo interpretativo" (25).

In sintesi, non si tratta di un'effettiva mitigazione del principio della restrizione, bensì di un modo per richiamare l'attenzione del giurista sul fatto che, in

(23) J.C.B. Puoli, *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, I ed., São Paulo, 2002, p. 188.
(24) A. Boari Caraciola, *Congruência da tutela e interpretação lógico sistemática do pedido*, in *Processo em jornadas* a cura di R. De Carvalho Aprigliano, P. Lucon, A. Orthmann, J. Silva, R. Vasconcelos, Salvador, 2016, p. 60.
(25) R.R. Rodrigues, *Interpretação do pedido*, cit., p. 350.

caso di dubbio sulla richiesta, è opportuno procedere a un'ampia lettura dell'atto introduttivo del giudizio, non con l'obiettivo di "inventare" una richiesta non formulata, ma per verificare se i fatti, la *causa petendi*, contengano elementi che consentano una definizione e una comprensione più precise della richiesta avanzata.

4. Interpretazione della richiesta, definizione del rimedio mediante un risultato pratico equivalente e conclusione

Come già esaminato in precedenza, nell'impossibilità di ottenere l'adempimento in forma specifica, l'attuazione "giudiziaria" di un diritto che si configura come pretesa ad un obbligo di fare o non fare qualcosa può comportare, secondo quanto espressamente riconosciuto dal legislatore, la concessione di un rimedio mediante un risultato pratico equivalente. Si è inoltre dimostrato che tale possibilità rappresenta una fattispecie nella quale la legge medesima mitiga l'idea che la sentenza sia vincolante rispetto alla richiesta.

Tuttavia, come già accennato, ciò non costituisce manifestazione di un potere discrezionale in capo al giudice, bensì risponde alla necessità di tutelare tali diritti che, date le limitazioni derivanti dalla loro particolare natura, dipendono dall'adozione di una condotta da parte del debitore. Alla luce di ciò, e considerando quanto già esposto in merito all'interpretazione della richiesta, appare opportuno affermare che, così come si auspica una interpretazione logico-sistematica della domanda al fine di interpretare la richiesta quando necessario, lo stesso principio si applica quando è necessario ricercare i presupposti per definire e giustificare il tipo di condotta che può essere considerata, da parte del debitore, come obbligo di fare o non fare qualcosa, al fine di rendere equivalente il risultato da conseguire nel caso specifico.

Questo perché, con l'esame dei fatti che costituiscono la *causa petendi*, si ha maggiore possibilità di verificare vie alternative per raggiungere la soddisfazione desiderata nei casi in cui, come già detto, la tutela specifica non sia realizzabile concretamente.

Questo, dunque, è il nesso che, a mio parere, va stabilito tra gli argomenti trattati in questo articolo.

Il favore verso l'interpretazione sistematica è giustificato al fine di ottenere nella sostanza il rispetto degli obblighi di fare o non fare, proprio tramite il conseguimento del risultato pratico equivalente.

Il saggio esamina la questione tecnica della domanda nel processo civile brasiliano.

Il contributo inizia ad operare un approfondimento del principio di inerzia giurisdizionale che comporta che l'attivazione dell'apparato giudiziario si sviluppa dopo che la parte interessata abbia richiesto l'avvio.

Tuttavia, nel Codice di procedura civile del Brasile vi sono regole che prevedono in determinati casi una eccezione al principio generale.

In particolare l'analisi si concentra sulla tutela dell'equivalente risultato pratico, strumento giuridico rilevante per dare soddisfazione alle obbligazioni di fare e alle obbligazioni di non fare.

This essay examines the technical issue of the claim in Brazilian civil proceedings.

The paper begins by exploring in depth the principle of judicial inertia, which entails that the judicial process is set in motion only after the interested party has requested its commencement.

However, the Brazilian Code of Civil Procedure contains rules which, in certain cases, provide for an exception to the general principle.

In particular, the analysis focuses on the protection of the equivalent practical result, a legal instrument of significance for enforcing obligations to act and obligations not to act.

Antonio Cabral
(Universidade do Estado do Rio de Janeiro)

Nuovi orientamenti sui limiti oggettivi e temporali della cosa giudicata (*)

Sommario: 1. L'inadeguatezza della disciplina tradizionale sulla cosa giudicata. - **2.** I limiti oggettivi e temporali della cosa giudicata e le problematiche contemporanee: nuove tendenze e proposte. - **3.** Si verificherebbe una perdita di sicurezza o una perpetuazione del contenzioso? Relativa indipendenza del tema della certezza del diritto, della cosa giudicata e delle preclusioni delle norme di diritto positivo. - **4.** Il nuovo diritto positivo brasiliano: 4.1 "Stabilità procedurali" come categoria del Codice di Procedura Civile; 4.2 Estensione del giudicato alle questioni pregiudiziali. Azioni dichiarative incidentali non necessarie; 4.3 La sicurezza come continuità e norme transitorie. Emendamenti alla Legge di Introduzione alle Norme di Diritto Brasiliano. - **5.** Conclusione.

1. L'inadeguatezza della disciplina tradizionale sulla cosa giudicata

Dopo secoli di teorizzazione, la dottrina specialistica ritiene che il principio del giudicato non abbia risolto i problemi pratici per i quali era stato elaborato. Il principio venne predisposto per conferire certezza giuridica alle decisioni di merito; tuttavia, il principio del giudicato è stato oggetto di dibattiti puramente teorici che ne hanno svilito l'utilità pratica. Di fatto, nonostante l'inchiostro versato nei dibattiti storici, un abisso separa la dottrina dalla giurisprudenza. Gran parte della ricerca sul principio del giudicato degli ultimi cento anni sembra limitarsi a rielaborare le concezioni del passato, con scarsa o inesistente capacità di affrontare le esigenze empiriche del presente (1). Come sottolinea

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

(1) Per questa ragione João Conde Correia sostiene quanto segue: "Continuamos a lidar, basicamente, com os mesmos instrumentos teóricos de há cem anos atrás e nem o recurso ao direito comparado, sempre tão generoso, parece propiciar-nos as bases imprescindíveis à necessária rotura. Mesmo aí, salvo uma ou outra excepção, mais do que as ideias novas, abundam, sobretudo, as recompilações. Às vezes, parece mais tratar-se de história do direito do que de outra coisa qualquer". J.C. Conde, *O 'mito do caso julgado' e a revisão propter nova*, Coimbra, 2010, pp. 16-17.

Nieva, le discussioni teoriche presentano numerose "astrazioni dogmatiche" e "ipotesi di laboratorio", alcune prive di significato, altre più raffinate, ma sempre incapaci di risolvere qualsiasi problema pratico (2). In questo contesto, una serie di casi che si presentano nei procedimenti giuridici contemporanei necessita di una adeguata analisi per vagliarne i caratteri stabili, il che dimostra la necessità di predisporre alternative teoriche, poiché l'attuale modello del principio del giudicato è, a detta di tutti, in crisi (3). Questo diffuso malessere nei confronti della concezione tradizionale della cosa giudicata, che ho già richiamato, parafrasando il celebre testo di Freud, il "malessere" della cosa giudicata, si è manifestato continuamente nell'ambito giuridico. Pur riconoscendo che la cosa giudicata dovrebbe garantire sicurezza e stabilità agli atti processuali, si è sviluppata una vera e propria "ribellione", fondata sul valore sostanziale della "giustizia" e sorretta da un disagio nei confronti dei fenomeni di cristallizzazione delle aberrazioni giudiziarie.

Il problema è serio, in quanto sono in gioco i valori di giustizia ed equità che tutti devono esigere nei confronti dell'ordinamento giuridico. Sono emerse le tesi della "relativizzazione della cosa giudicata incostituzionale" che, partendo da casi patologici (che non riflettono la normalità delle situazioni quotidiane), hanno cercato di ricorrere ad una tecnica flessibile che, senza un'adeguata giustificazione e senza criteri chiari e sicuri per il superamento di casi atipici, porta costantemente a decisioni arbitrarie lesive della cosa giudicata, che possono condurre a "ignorare" o trascurare la stabilità stessa della cosa giudicata. Data l'inadeguatezza del modello tradizionale e delle tesi della relativizzazione a risolvere i problemi, cercherò di illustrare alcune delle nuove tendenze in materia, in particolare per quanto riguarda i limiti oggettivi e temporali della cosa giudicata, rimandando il lettore, per una disamina più completa, ad un altro testo di maggiore ampiezza e profondità (4). Tratterò inoltre dei grandi progressi del diritto brasiliano in materia, non solo facendo riferimento al Codice di procedura civile del 2015, ma anche alle modifiche legislative introdotte dalla Legge di introduzione alle norme del diritto brasiliano.

---

(2) J. Nieva Fenoll, *La cosa juzgada,* Barcelona, 2006, pp. 20, 46.

(3) I. Andolina, *Crisis of* res iudicata *and new techniques for dispute resolution: (self-standing anticipatory) provisional measures on the merits,* in *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, 2008, ano 13, p. 19; G. Raiti, *The crisis of civil* res iudicata *in the EC legal system,* in *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, 2008, ano 13, pp. 23 e ss.

(4) A. Cabral, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*, São Paulo, 2024, *passim*.

2. I limiti oggettivi e temporali della cosa giudicata e le problematiche contemporanee: nuove tendenze e proposte

Il modello tradizionale faceva riferimento in modo molto restrittivo alla cosa giudicata (e con essa, ad altre forme di stabilità processuale), sia nei suoi limiti oggettivi che temporali. La concezione tradizionale della teoria sui limiti oggettivi della cosa giudicata si è evoluta, indirizzandosi verso un necessario collegamento della cosa giudicata con l'oggetto del processo, collegamento sempre indagato dagli studi della processualistica tedesca. Con l'affermazione della concezione unitaria dell'oggetto del processo, che equiparava lo *Streitgegenstand* alla domanda (escludendo qualsiasi rilevanza per la *causa petendi*), la correlazione della cosa giudicata con l'oggetto del processo si è spostata verso la limitazione oggettiva della cosa giudicata al dispositivo della sentenza, ovvero al momento in cui il giudice risponde alla domanda, pronunciandosi di fatto sulla stessa. Tutti gli aspetti attinenti al ragionamento sotteso alla decisione sono stati esclusi dall'ambito oggettivo della cosa giudicata. Questa limitazione restringeva l'applicazione delle ragioni della stabilità processuale alle sentenze (e nemmeno a tutte, solo alle sentenze di merito) e solo ad alcune parti del loro contenuto. Diverse altre questioni che avrebbero potuto reclamare una qualche forma di stabilità venivano escluse dall'ambito di applicazione della *res judicata*, come la natura vincolante, nei procedimenti futuri (specialmente nei casi correlati), di questioni che erano state oggetto di cognizione ma non decise, come i dubbi sulla preclusione delle questioni pregiudiziali (*Vorfragen*) e le parti divisibili della discussione del merito; lo scarso trattamento delle preclusioni da parte del giudice; l'assenza di una disciplina teorica per gli atti processuali omissivi e gli effetti preclusivi che questi generano.

Per quanto riguarda i limiti temporali, la ricostruzione ortodossa partiva necessariamente dall'intangibilità del contenuto dell'atto passato e quindi concluso definitivamente. Questi erano i parametri di riferimento basati sull'idea di *res finitae* (cose concluse): "immutabilità" e "indiscutibilità". Si diceva che la *res judicata* fosse "eterna" o dovesse esplicare effetti "per sempre" (5). In tal senso, si sosteneva che la cosa giudicata (e la sua immutabilità) si formasse dal momento in cui la causa veniva conclusa e definita con la sentenza (quando non erano più possibili ulteriori modifiche al contenuto della sentenza); e che quindi i mezzi per impugnare la cosa giudicata fossero limitati, sia quelli tipici (come l'azione rescissoria) sia quelli atipici (la denuncia di nullità).

Orbene, in questo scenario di cristallizzazione delle decisioni giudiziarie, in caso di errori giudiziari commessi, le tesi che cercavano di "relativizzare" l'operatività della cosa giudicata per ragioni di natura costituzionale hanno acquisito

(5) Por todos, F.C. Von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol.VI, Berlin, 1840, pp. 266, 284, 289, 300, 304, 362, 387.

maggiore rilevanza e importanza. L'esistenza e la sussistenza della cosa giudicata sono state affermate, ma poi rese più flessibili per rispondere a ragioni diverse dalla certezza del diritto. Solitamente, si adduceva un pericolo per la "giustizia" sostanziale delle decisioni. Dall'altra parte, data l'impossibilità di rivedere quel contenuto stabile in un momento successivo alla formazione della cosa giudicata, lo studio dei limiti temporali è stato circoscritto all'analisi di due aspetti: 1) il momento della formazione della cosa giudicata e i fatti sopravvenuti; 2) i rapporti giuridici continui, quelli che sono naturalmente modificabili dal sopraggiungere di altri fatti che alterano sostanzialmente il fondamento della decisione. A mio avviso, il modello tradizionale è partito da un approccio che necessitava di molte correzioni, sia per quanto riguarda i limiti oggettivi sia quelli temporali. Si tratta di una visione retrospettiva, privatista, statica, cognitivista e frammentaria. Innanzitutto, siamo dinanzi ad un paradigma retrospettivo, focalizzato sul passato perché fondato sulla immutabilità.

Si tratta quindi di un sistema dogmatico che non affronta una caratteristica cruciale della società contemporanea: la trasformazione. Ritengo che un cambiamento concettuale nella disciplina della cosa giudicata possa essere razionalmente giustificato, nel quadro di un esame prospettico della stabilità. Infatti, la stabilità giuridica sottesa allo Stato moderno non dovrebbe basarsi unicamente sul passato, ma su un'analisi congiunta tra i risultati passati, le esigenze e le aspettative presenti e le prospettive e le previsioni future. In questo senso, anziché appuntare l'attenzione sul concetto di "sicurezza come immutabilità", è necessario fondare il modello di stabilità processuale sul concetto di continuità giuridica, un'accezione contemporanea di sicurezza giuridica in cui la stabilità raggiunta ha una forza *prima facie* che ne garantisce la permanenza, ma non ne impedisce le modifiche al fine di adeguare il diritto alla giustizia sostanziale (6).

La continuità giuridica è un concetto che sintetizza la tensione tra una totale e statica eternizzazione o pietrificazione del contenuto stabilizzato e il suo opposto, ovvero un'alterabilità ampia e illimitata del contenuto (7). La continuità giuridica implica un cambiamento coerente, garantendo stabilità e permanenza senza impedire la modifica di posizioni giuridiche consolidate (8). Pertanto, la continuità

(6) Non è possibile approfondire tali questioni. Mi limito a rinviare alle risultanze di alcune opere. Cfr. A. Cabral, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis,* cit., capítulo 4.cont.

(7) A. Leisner, *Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts.* Tübingen, 2002, pp. 4-5, 15, 376; L. Woerner, *Der Bundesfinanzhof zwischen Stetigkeit und Wandel – Theorie und Praxis, in Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik: Festschrift für Franz Klein,* Köln, 1994, p. 1025.

(8) H. Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, V ed., Berlin, 1993, p. 148; A. Werder, *Dispositionsschutz bei der Änderung von Steuergesetzen zwischen Rückwirkungsverbot und Kontinuitätsgebot*, Berlin, 2005, p. 94.

rivela una via per non arrestare completamente i cambiamenti e, al contempo, preservare la sicurezza (9). È importante notare che la continuità favorisce la sicurezza giuridica, incorporando la necessità della costanza (*Beständigkeit*) e della coerenza (*Stetigkeit*) nei processi di cambiamento normativo (10), e quindi promuove l'invariabilità del contenuto degli atti passati (11). Tuttavia, questa tendenza alla stabilità non è definitiva, intangibile, immutabile o inalterabile. Si tratta di una forza *prima facie* che può essere minata qualora circostanze particolari dimostrino la necessità di modificare tale situazione giuridica. Di conseguenza, non si tratta solo di concentrarsi sulla continuità giuridica in termini di coerenza, costanza e quindi di opposizione al cambiamento. Lo studio della continuità comprende anche il riconoscimento di un margine di alterabilità consentita (12). È possibile conciliare le seguenti esigenze: un certo grado di coerenza e la tutela di un minimo di continuità (13), residuando spazio per consentire che sia rispettata una sfera marginale di cambiamento consentita dal sistema giuridico. In tal modo, la continuità giuridica attribuisce al sistema solo una tendenza verso la difesa di una certa stabilità (14), senza precludere o impedire la modificazione di contenuti stabili. Sebbene, in questo modo, i cambiamenti restino eccezionali, tutti gli atti processuali, e con essi tutte le decisioni giudiziarie, devono essere intesi come essenzialmente mutabili, ovvero stabili se e nella misura in cui si mantengono gli elementi e le circostanze che hanno portato a tale risultato. Quando nuovi elementi normativi o circostanze successive dimostrano che la precedente posizione stabile non debba essere mantenuta, il contenuto degli atti processuali deve essere modificato. È opportuno sottolineare che tale analisi assume una visione prospettica perché non si concentra sul passato, ma è mediata dalle necessità del presente e orientata al futuro. Invece di analizzare "se un oggetto sia già stato deciso in un processo precedente", dovremmo chiederci se la rottura della stabilità sia giustificabile, ovvero si tratta di un esame che evita il manicheismo mutabile-immutabile e, partendo dalla mutabilità intrinseca e tendendo alla continuità, cerca di indagare se vi siano ragioni sufficienti per rompere la stabilità del contenuto di un atto giudiziario.

---

(9) H. Ávila, *Teoria da Segurança jurídica*, IV ed., São Paulo, 2015.

(10) D. Birk, *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz,* in *Vertrauensschutz im* Steuerrecht, a cura di H.-J. Pezzer, Köln, 2004*,* p. 11.

(11) A. Kaufmann, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie. Eine Einführung in das rechtsphilosophische Denken*, München, 1994*,* p. 171.

(12) W. Leisner, *Das Gesetzesvertrauen des Bürgers. Zur Theorie der Rechtsstaatlichkeit und der Rückwirkung der Gesetze, in Festschrift für Friedrich Berber zum 75.* Geburtstag, München, 1973*,* p. 281.

(13) M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation,* II ed., Berlin, 1976, pp. 263-264, na linha de vinculações presumidas das questões prejudiciais. No mesmo sentido, A. Leisner, *Kontinuität als Verfassungsprinzip,* cit.*,* p. 197.

(14) A. Leisner, *Kontinuität als Verfassungsprinzip*, cit.*,* pp. 354 e ss.; B. Pieroth, *Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung*, Berlin, 1981, 1981, p. 118.

Pertanto, il modello tradizionale di *res judicata*, oltre ad essere orientato al passato, è anche privatista e statico. Privatista perché l'analisi della triplice identità tra due o più domande (basata sull'oggetto di questi processi: lo *Streitgegenstand*), aggiunta al fatto che la *res judicata* sia limitata oggettivamente alla sola parte dispositiva della sentenza, riflette un sistema in cui sono i singoli individui a definire la stabilità della sentenza: ciò che non è oggetto di domanda non è oggetto di giudicato e, pertanto, non è incluso nella sentenza e non diventa immutabile. In un regime di stabilità processuale, vengono trascurati altri interessi pubblici rilevanti, come l'armonia delle sentenze, l'efficienza e l'uguaglianza, tutti elementi che esulano dalla sfera di competenza delle parti in causa. Si tratta inoltre di un modello statico, poiché la norma giuridica prodotta dalla sentenza è considerata come un contenuto dato, valutato attraverso il confronto di elementi precostituiti dei due processi (un confronto tra i dispositivi di due sentenze o due *Streitgegenstände* ovvero oggetti di controversia). Tale modello è il risultato di una concezione puramente oggettivistica dell'ordinamento giuridico, in cui la norma e l'interprete sono separati, con la conseguente violazione delle norme processuali per la sua "costruzione" e rivelazione. In tale modello, è oggetto di studio solo la stabilità di un atto processuale (la sentenza), dimenticando, invece, che la decisione si colloca al termine di una catena di molti altri atti, condizionati da altrettanti comportamenti, posizioni e situazioni giuridiche intermedie, la cui coerenza dovrebbe essere anch'essa considerata nell'esame della stabilità dell'atto finale. Questo modello non tiene conto del fatto che il processo è un ambiente e un luogo nel quale emergono il dialogo e la cooperazione, caratterizzati dal confronto tra tutti i soggetti, e non solo la sede della volontà solitaria e isolata dello Stato sovrano (15). La stabilità degli atti processuali non è solo un compito dello Stato, ma costituisce il risultato di una catena intersoggettiva, una interazione tra tutti gli elementi del processo, che deve essere studiata nelle transazioni giuridiche.

Pertanto, l'analisi tradizionale è errata quando considera i prodotti finali dei due processi come contenuti preconfezionati, assumendo come norma (il *decisum*) l'esito finale del processo, dimenticando di includere nell'oggetto della stabilità l'iter precedente che ha originato il convincimento del giudice, ciascuna delle conclusioni degli altri soggetti del processo, l'attività delle parti, l'esercizio dei loro diritti processuali fondamentali, il nesso teleologico-strutturale tra i due processi, nonché i fattori esterni che incidono nelle situazioni sostanziali dei due casi. Alcune questioni fondamentali vengono così escluse dai criteri di individuazione della cosa giudicata e delle preclusioni: il grado di convincimento raggiunto dal magistrato, i rapporti preclusivi inter-procedurali, la tutela della fiducia e le

(15) A. Cabral, *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 2, pp. 449-464.

legittime aspettative che gli atti di un processo (omissivi o commissivi) possono aver generato con ripercussioni sui processi futuri.

Oltre ad essere orientato al passato, privatista e statico, il modello tradizionale è anche cognitivista e frammentario. Va considerato nell'ottica dell'approccio cognitivista perché il modello è concepito per il processo di cognizione, escludendo dalla sua analisi gli atti giuridici compiuti in altri tipi di procedimenti non cognitivi, come l'esecuzione o i procedimenti cautelari. È frammentario perché si discosta dalla teoria processuale generale, separando radicalmente la stabilità degli atti delle parti (soggetta a preclusione) dalla stabilità della sentenza di merito (soggetta al principio del giudicato). Si tratta di una visione parziale del fenomeno della stabilità processuale, che non include in questo spettro la stabilità degli atti compiuti da soggetti diversi dal giudice. Inoltre, anche nell'ambito degli atti giuridici, il modello contestato esclude dalla sua analisi la stabilità di altre sentenze che non sono sentenze di merito; di altri atti giuridici intermedi che non sono sentenze, come le decisioni interlocutorie, i provvedimenti procedurali; la stabilità di alcuni punti del contraddittorio che vengono dibattuti in modo esaustivo, anche se non formalmente decisi (ad esempio, la preclusione su questioni note ma non giudicate). La mia proposta è che le carenze teoriche e pratiche del modello tradizionale della *res judicata* possano essere superate formulando una concezione di stabilità più dinamica, che integri il cambiamento di contenuto delle posizioni stabili e riesca comunque a garantire la certezza del diritto. Per quanto riguarda i limiti oggettivi, non si può isolare la parte dispositiva della sentenza, dimenticando il resto della decisione (la motivazione della sentenza, ad esempio) e tutti gli altri atti procedurali precedenti che, nella loro interazione reciproca all'interno delle implicazioni del contraddittorio, hanno plasmato lo svolgimento di quello specifico processo. L'approccio dinamico, che sostengo, rifiuta l'immutabilità o l'inalterabilità e mira ad analizzare le stabilità nel quadro delle interazioni a catena, fondando i propri limiti oggettivi e temporali sugli argomenti contenuti negli atti processuali nel rito del contraddittorio. Non è opportuno isolare un singolo atto o contenuto. Propongo quindi un affrancamento della *res judicata* dal concetto di *Streitgegenstand*, esaminando i contenuti del processo per verificare ciò che è stato dibattuto e ciò che dovrebbe diventare stabile.

Nella dottrina internazionale (Böhm, Bruns, Zeuner) e nella giurisprudenza (Giappone, Austria, Italia, Spagna, Svizzera, Brasile, Unione europea e nei sistemi di *common law*), abbiamo riscontrato diversi orientamenti secondo cui l'effetto vincolante della cosa giudicata si deve estendere al ragionamento che sottende gli atti processuali, e non solo alla parte dispositiva della sentenza (16). Queste in-

(16) A. Cabral, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis,* cit., capítulo 5.

terpretazioni sono importanti non solo per rafforzare l'aspetto argomentativo del modello qui proposto, in contrasto con la teorizzazione tradizionale che rifiuta la l'estensione oggettiva della cosa giudicata alle motivazioni, ma anche e soprattutto per stabilire le basi per suggerire linee guida per la limitazione oggettiva della stabilità, in particolare richiamando la natura vincolante delle conclusioni sulle questioni pregiudiziali (pregiudiziali) nei procedimenti successivi. Inoltre, i limiti oggettivi della stabilità processuale, se non devono essere vincolati al concetto di "oggetto del processo", possono riscontrare la propria essenza nel concetto, che propongo, dei c.d. schemi di azione argomentativa, definendo il contenuto di ciò che deve ritenersi stabilizzato, attraverso il pieno ed equo esercizio del principio del contraddittorio, la possibilità di adottare una determinata condotta e la prevedibilità che tale discussione sarà preclusa nei procedimenti futuri (17).

Per quanto riguarda i limiti temporali della cosa giudicata, come anticipato, le proposte sono le seguenti: 1) rifiuto della premessa della immutabilità, ponendo come centrale il concetto di continuità giuridica; 2) considerare all'interno delle forme della stabilità processuale (cosa giudicata, preclusioni, ecc.) le c.d. catene di connessione, formate dall'unione di atti processuali reciprocamente condizionanti (compiuti in procedimenti in contraddittorio intesi nell'ottica dell'influenza riflessiva). Ora, se gli atti compiuti dai soggetti del processo sono all'interno di un condizionamento reciproco derivante dal procedimento del contraddittorio, le stabilità processuali che proteggono tali atti da cambiamenti di contenuto devono essere analizzate come anelli di una catena. Con ciò, cerco di rimodellare i limiti temporali della cosa giudicata.

Nel modello da me propugnato, non ci sarà più una divisione temporale degli spazi di stabilità in "prima" e "dopo" il momento in cui si è originata la posizione stabile, un "prima" e un "dopo" la formazione della cosa giudicata, ad esempio. A differenza del modello classico, in cui gli atti influenzati dalla stabilità sono lineari (legati alla dimensione temporale, con mutua esclusione delle stabilità tra di essi: ad esempio, l'estinzione delle preclusioni e il loro assorbimento nella cosa giudicata), propongo un modello per così dire ellittico, che consente la coesistenza di diverse tipologie di stabilità (preclusioni extra e inter-procedurali e cosa giudicata simultaneamente) nelle transazioni giuridiche (18). D'altra parte, la continuità giuridica, in quanto concetto dinamico di certezza del diritto, che ritengo più appropriato rispetto alle esigenze e agli obiettivi dello stato di diritto contemporaneo, permette di includere tutti gli atti processuali nell'esame delle stabilità, nel quadro di un modello teorico unificante e non esclusivamente cognitivista,

(17) A. Cabral, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis,* cit., capítulo 8.
(18) A. Cabral, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis,* cit., capítulo 6.

applicabile alla stabilità di diversi atti processuali (non solo della sentenza) e delle diverse tipologie di procedimenti (cognitivi, cautelari, esecutivi).

Tuttavia, un modello di certezza del diritto inteso come continuità giuridica e come forma più dinamica di stabilità, con la conseguenza di una intrinseca modificabilità degli atti procedurali, comprese le sentenze definitive di merito, deve essere contemperato da un meccanismo compensativo che assicuri la stabilità e la permanenza delle posizioni giuridiche pregresse. È rilevante che esistano compensazioni sistemiche per bilanciare cambiamento e permanenza, alterazione e stabilità. Tali compensazioni possono essere attuate, da un lato, mediante norme procedurali che stabiliscano istituti che vigilino sulle condizioni, affinché la stabilità sia superata e rispetti la sua forza *prima facie*. Uno di questi istituti giuridici è l'introduzione di un onere probatorio ai fini della emissione della decisione che intende invalidare la continuità giuridica già raggiunta. Dall'altro lato, la certezza del diritto deve bilanciarsi con la modificabilità del contenuto degli atti processuali tramite l'introduzione di norme transitorie ai fini del superamento di una posizione stabile. Tali tecniche, a titolo esemplificativo, potrebbero essere le seguenti: la rottura della cosa giudicata o la sua preclusione con efficacia *ex nunc*; il risarcimento economico a favore della parte che ha precedentemente beneficiato della stabilità; le clausole di eccezione e la possibilità di scegliere tra la normativa precedente e il nuovo contenuto modificato.

3. Si verificherebbe una perdita di sicurezza o una perpetuazione del contenzioso? Relativa indipendenza del tema della certezza del diritto, della cosa giudicata e delle preclusioni delle norme di diritto positivo

Quando parlo di questo nuovo approccio, si deve evidenziare come un possibile ostacolo allo sviluppo di visioni alternative è costituito dal diritto positivo della maggior parte dei Paesi di tradizione romano-germanica: la previsione e l'esistenza dell'istituto della cosa giudicata nel diritto positivo, così come alcune norme sui suoi limiti oggettivi, soggettivi e temporali, rappresenterebbero un ostacolo insormontabile per trattare la questione in modo diverso. Tuttavia, è possibile sollevare alcune considerazioni finalizzare a stimolare una riflessione complessiva in ordine all'applicabilità di questa nuova concezione negli ordinamenti giuridici. Sorge un interrogativo: le norme attualmente codificate sono davvero insuperabili? La dottrina e la giurisprudenza, anche quelle tradizionali, non hanno forse dovuto interpretarle, talvolta persino in contrasto con la legge? In tal caso, non sarebbe opportuna un'altra interpretazione delle norme concernenti il sistema di stabilità processuale nell'ottica di una "interpretazione conforme" ai rispettivi principi costituzionali? Non sarebbe possibile concepire una diversa concezione della stabilità processuale anche senza specifiche disposizioni di legge?

Si noti che l'istituto della preclusione nei fatti è costruito in assenza di norme giuridiche dettagliate. Immaginiamo inoltre che, in un determinato Paese, vengano abrogati gli articoli del Codice di procedura civile relativi alla cosa giudicata: le sentenze di merito cesserebbero di essere tutelate da qualsiasi forma di stabilità? Certamente no. Per queste ragioni, ritengo che il tema della stabilità processuale sia indipendente dal diritto positivo, ma faccia riferimento ad un principio procedurale che sussiste anche senza essere codificato. In questo senso, la cosa giudicata, la preclusione o qualsiasi altro meccanismo di stabilizzazione delle decisioni possono anche assumere una forma diversa per scelta legislativa o secondo la tradizione giuridica di ciascun Paese; tuttavia, i testi giuridici potrebbero semplicemente essere aboliti. Non intendo dire che il sistema giuridico potrebbe funzionare senza meccanismi di stabilizzazione; intendo solo sottolineare che questi strumenti non devono necessariamente essere la cosa giudicata e la preclusione come le conosciamo. Altre forme di stabilità potrebbero essere ricavate dai principi generali dell'ordinamento giuridico.

Si noti che anche la dottrina tradizionale, pur difendendo la dipendenza della cosa giudicata dal diritto positivo, spesso associa la cosa giudicata a clausole generali, siano esse costituzionali o di diritto ordinario. Ora, se la cosa giudicata esistesse solo in virtù del diritto positivo, che senso avrebbe ricondurla alla certezza del diritto o a un altro principio, talvolta nemmeno codificato? Servirebbe solo ad accertare il valore che ha ispirato l'istituto, senza alcuna conseguenza giuridica, pratica o teorica? Se la cosa giudicata è istituto strumentale a realizzare la certezza del diritto e le garanzie dello Stato di diritto, il nucleo concettuale della cosa giudicata non risiede tanto nella legislazione ordinaria, quanto in principi generali, anche in assenza di una specifica norma. Lo stesso si può dire, a maggior ragione, delle preclusioni, il cui concetto e i cui limiti non sono solitamente così dettagliatamente regolati nella legislazione. Pertanto, qui intendo proporre una teorizzazione che prescinde dal diritto oggettivo.

Il diritto codificato sarà certamente utile per fornire certezza alle diverse tipologie di stabilità processuale, ma non dovrebbe contraddire le linee generali del paradigma proposto in questo saggio. Un'altra obiezione che potrebbe essere mossa al modello proposto sta nel rischio di una diminuzione della certezza del diritto. Tuttavia, in uno scenario in cui tutte le decisioni sono mutevoli, come si può garantire la stabilità? Staremmo forse proponendo un paradigma di "sicurezza come insicurezza"? Non mi sembra. Innanzitutto, intendo sostenere che la cosa giudicata (o qualsiasi istituto che attribuisca immutabilità agli atti giuridici) non sia una caratteristica essenziale di qualsiasi sistema giuridico: esistono sistemi giuridici che non la prevedono e che tuttora non la riconoscono.

Questo era il caso dell'antico sistema scandinavo, che ancora oggi, in parte, recepisce il modello del diritto canonico; lo stesso vale per la procedura penale

brasiliana e per molti altri paesi. Si noti che, in Brasile, una condanna penale non diventa mai immutabile, non è mai coperta dal principio della "cosa giudicata sovrana", semplicemente perché non esiste un termine per la presentazione di un ricorso *pro reo*. Qualcuno, quindi, sostiene che il sistema di procedura penale sia insicuro o instabile? Inoltre, il modello che proponiamo riflette una concezione che contemporaneamente aumenta e riduce la stabilità processuale. In effetti, mentre io propongo un allentamento del limite temporale di stabilità, i limiti oggettivi vengono intensificati, estendendo la stabilizzazione normativa ad altre situazioni procedurali delle parti e del giudice, in proiezione non solo intra-processuale, ma anche inter-processuale, il che certamente conferisce maggiore equilibrio sistemico alle mie proposte. D'altra parte, se è vero che si verificherebbe un "allentamento" della sicurezza processuale sotto certi aspetti, si deve sottolineare che tale deficit di sicurezza giuridica esiste già oggi, con minori garanzie per i singoli e per gli interessi dello Stato stesso. Tesi come la "relativizzazione della cosa giudicata incostituzionale" introducono molta più insicurezza, disuguaglianza e incertezza nel sistema perché, pur alterando il quadro dell'immutabilità, non presentano una adeguata giustificazione teorica per le loro conclusioni, peccano nel non esigere una base razionale per la violazione della stabilità e non definiscono chiaramente in quali casi tale rottura sarebbe possibile.

È di gran lunga preferibile riconoscere la mutevolezza degli atti processuali (incluse le decisioni giudiziarie definitive e inappellabili), sviluppando criteri e meccanismi per tale modifica, piuttosto che nascondere o mascherare il cambiamento con formule vuote e vaghe; è di gran lunga preferibile ammettere che il processo, come la vita, debba essere dinamico e integrare questa realtà nello studio delle stabilità, piuttosto che "fingere" che il giudizio di merito sia immutabile e che, di conseguenza, siamo tutti protetti e al sicuro, pur sapendo che l'arbitrarietà e il decisionismo possono essere giustificati dottrinalmente. Il modello della "sicurezza come continuità" è più trasparente, anche se la modifica delle stabilità richiede un bilanciamento con procedure decisionali controllabili. Quindi, se la cosa giudicata non è nata per essere eterna, si deve convenire sul fatto che almeno sia "stabile" finché dura.

4. Il nuovo diritto positivo brasiliano

Quando ho terminato il mio lavoro sulla cosa giudicata e sulle preclusioni dinamiche nel 2011, non immaginavo che alcune delle tesi che sostenevo sarebbero state incorporate nella legislazione brasiliana. È stata per me una grande soddisfazione accademica vedere approvato il Codice di Procedura Civile, che ha portato a una riformulazione del sistema allora in vigore, in linea con quanto da me proposto. È vero che si avvertono vuoti normativi e che il testo finale del Codice di

procedura civile avrebbe imposto migliorie, ma il progresso è stato immenso. Tra le idee che ho sostenuto, vorrei portare alla discussione alcune che mi sembrano rilevanti.

4.1 "Stabilità procedurali" come categoria del Codice di Procedura Civile

In primo luogo, nella tradizionale sistematizzazione della cosa giudicata e delle preclusioni, manca una disamina complessiva circa la stabilità degli atti processuali. Nel diritto brasiliano, il fenomeno della stabilizzazione del contenuto di un atto processuale non viene considerato come qualcosa di più ampio e comprensivo della cosa giudicata. Nella concezione classica, vi è un presupposto implicito dal quale si parte, quello per il quale la stabilità è garantita da una serie di istituti processuali, definiti nei seguenti sensi: cosa giudicata materiale, cosa giudicata formale, preclusione, effetto preclusivo della cosa giudicata, ecc. Tuttavia, anziché considerarli tutti come specie dello stesso genere, la dogmatica sul processo ancora oggi prevalente – almeno nella tradizione romano-germanica – ha sempre cercato di distinguerli. Ad esempio, la cosa giudicata e la preclusione sono differenziate; l'effetto preclusivo della cosa giudicata è a sua volta distinto dalla cosa giudicata stessa. A mio avviso, infatti, il fenomeno della stabilità processuale deve essere inteso nella sua interezza. Questo ci conduce alla seconda idea chiave per comprendere il problema, ovvero ammettere che il concetto di "stabilità processuale" debba essere integrato nel diritto processuale, in modo da fornire una teoria unitaria che includa le diverse forme e istituzioni attraverso cui il sistema normativo attribuisce stabilità agli atti processuali, impedendo la ridiscussione.

La "stabilità processuale" è un genere che comprende diverse specie. L'approccio sulla "stabilità procedurale" deve accantonare l'erronea supposizione, comune a quasi tutta la dottrina romano-germanica, che la *res judicata* sia la stabilità processuale "per eccellenza" (si noti che le discussioni sulla stabilità di un atto processuale iniziano solitamente con la questione se tale stabilità sia o meno *res judicata*). In realtà, la *res judicata* dovrebbe essere intesa solo come una delle numerose manifestazioni del fenomeno, una delle diverse tipologie di stabilità processuale. Il Codice di Procedura Civile brasiliano del 2015 ha introdotto significative innovazioni in materia: 1) ha iniziato ad ammettere le stabilità processuali come genere a sé stante, che comprende diverse tipologie; 2) ha ampliato le tipologie di stabilità espressamente disciplinate dalla legge, rispetto al Codice di Procedura Civile del 1973; e 3) ha introdotto l'obbligo di un esame congiunto delle stabilità processuali. Di fatto, il Codice di Procedura Civile del 2015 (CPC/2015) ha adottato la terminologia di "stabilità processuali", disciplinando espressamente diverse tipologie di stabilità che non erano presenti (almeno non espressamente) nel Codice di Procedura Civile del 1973 (CPC/73). Ad esempio, il Codice prevede una nuo-

va forma di stabilità denominata "stabilizzazione delle ingiunzioni preliminari" (articolo 304), prevedendo, al comma 6 dello stesso articolo, che la "stabilità" dei suoi effetti possa essere revocata solo mediante l'avvio di un'azione legale da parte della parte interessata. Inoltre, il termine "stabile" è utilizzato nel titolo dell'art. 304 e nell'art. 357, §1, che disciplina espressamente, in quest'ultima disposizione, un'altra nuova forma di stabilità, tipica delle questioni assunte nella decisione di organizzare e snellire il processo. D'altra parte, l'art. 926 menziona il dovere di coerenza a cui i tribunali devono improntarsi nel sistema dei precedenti vincolanti, stabilendo che essi devono mantenere la loro giurisprudenza "stabile". Non c'è dubbio che la stabilità derivante dai precedenti costituisca anche una sorta di stabilità procedurale anche secondo le modificazioni del Codice di procedura civile/2015. Il Codice prevede anche una preclusione extra-procedurale per l'attribuzione di precedenti vincolanti. Si pensi alla stabilità delle decisioni che pongono fine al procedimento, totalmente o parzialmente, per ragioni puramente procedurali (art. 486 §1). Tutte queste stabilità della nuova normativa si aggiungono alla cosa giudicata (art. 502) e a numerose altre disposizioni che stabiliscono diverse preclusioni (efficacia dell'intervento, efficacia preclusiva della cosa giudicata, preclusione, ecc., ad esempio articoli 123, 223, 486 §3, 494, 508, tra gli altri).

Si può quindi constatare che il sistema CPC/2015 non solo ha incorporato il tema della stabilità, ma ha anche introdotto questa nomenclatura (utilizzando le espressioni "stabilità", "stabile", "stabilizzazione") e ha anche recepito l'idea che si tratti di un genere, comprendente molteplici categorie. Non ci troviamo, quindi, di fronte a un semplice cambiamento terminologico. Nel nuovo sistema, la cosa giudicata non può più essere considerata la stabilità processuale per eccellenza. Il Codice di procedura civile del 2015 (CPC/2015) mirava ad ampliare le tipologie e le forme di stabilità processuali, prevedendone espressamente diverse.

4.2 Estensione del giudicato alle questioni pregiudiziali. Azioni dichiarative incidentali non necessarie

Come abbiamo riscontrato, i limiti oggettivi del giudicato escludevano tutte le questioni anteriori al merito, ovvero quelle note al giudice prima di giungere a una soluzione della questione principale. Si tratta delle questioni "preliminari", che possono essere di natura procedurale o sostanziale. Le questioni pregiudiziali di natura procedurale sono quelle la cui individuazione potrebbe comportare l'interruzione del procedimento e persino l'emissione di sentenze che estinguono il procedimento stesso. Esempi sono le questioni concernenti i requisiti procedurali, la legittimazione ad agire e l'interesse processuale. Le questioni pregiudiziali, d'altro canto, sono quelle la cui soluzione subordinerà la pronuncia su un'altra questione. Poiché non erano state effettivamente decise, ma erano note solo incidentalmente (*accantor tantum*) come percorso logico per il giudice per giungere

alla questione principale, le questioni pregiudiziali di merito non erano coperte dal principio del giudicato e venivano trattate nella motivazione della sentenza, a meno che la parte non si servisse dell'azione incidentale dichiarativa per trasformarle in questioni principali (formulando una richiesta al riguardo), con le quali sarebbero state effettivamente giudicate e inserite nella parte dispositiva della sentenza, estendendo loro la forza del giudicato. Il Codice di procedura civile del 2015 ha infranto questa logica ed ha eliminato il divieto di giudicato in materia di questioni pregiudiziali (art. 504). D'altra parte, il Codice brasiliano ora consente espressamente l'estensione del giudicato alle questioni pregiudiziali, se vengono osservate cumulativamente determinate condizioni (o più propriamente, presupposti) previste dall'art. 503, commi 1 e 2 del Codice di procedura civile.

In particolare, opera la seguente condizione: deve esserci stata una decisione espressa del tribunale in merito alla questione pregiudiziale. Inoltre, occorre osservare quanto segue: la dipendenza della sentenza di merito dalla risoluzione della questione pregiudiziale; che vi sia stato un precedente ed effettivo procedimento rispettoso del contraddittorio; che il Tribunale abbia giurisdizione *ratione materiae* e *ratione personae* per decidere sulla questione qualora fosse individuata come questione principale. È necessario che non vi siano state restrizioni probatorie o limitazioni alla conoscenza che possano ridurre o violare il contraddittorio durante il procedimento. I presupposti dell'art. 503 del Codice di procedura civile/15 e dei suoi §1 e 2 servono a richiedere che il dibattito si sia svolto in circostanze tali da consentire di concludere che le parti si siano volontariamente impegnate nella discussione della questione in modo ampio ed esaustivo, e che non saranno sorprese da una formazione della cosa giudicata, che impedisca loro di riesaminare il contenuto del dibattito in altri procedimenti.

Occorre sottolineare che, qualora sussistano i presupposti previsti dai paragrafi uno e due dell'art. 503 del Codice di procedura civile, le questioni pregiudiziali possono essere coperte dal principio del giudicato senza la necessità di una specifica richiesta. È altresì importante evidenziare che l'estensione del principio del giudicato alle questioni pregiudiziali è indipendente da un'azione dichiarativa incidentale. Infine, occorre notare che l'estensione del principio del giudicato alle questioni pregiudiziali modifica la logica del significato di vittoria e sconfitta nel procedimento. Tradizionalmente, la soccombenza si configurava con il rigetto della domanda principale. Nel sistema introdotto dal Codice di procedura civile del 2015, anche in caso di vittoria in merito alla domanda (e quindi non di sconfitta), è possibile che la sconfitta in merito alla questione pregiudiziale risulti ancora più pregiudizievole per la parte.

Vittoria e sconfitta in un procedimento ora comprenderanno qualcosa di più della mera sconfitta in merito alla domanda. Anche l'interesse a impugnare la sentenza assume una connotazione diversa: chi vince la controversia, vedendo

riconosciuta la validità della propria pretesa, può comunque avere un interesse procedurale a impugnare la sentenza per ribaltare l'accordo su una questione pregiudiziale su cui il tribunale si è pronunciato a suo sfavore, impedendo che tale questione venga incorporata in altri procedimenti (effetto positivo del giudicato). Tuttavia, per non cogliere di sorpresa le parti in causa con il nuovo sistema dei limiti oggettivi al giudicato, e forse per imporre un effetto vincolante su aspetti del dibattito che le parti in causa non avevano nemmeno prefigurato che potessero diventare stabili (perché non erano incluse nella richiesta), il legislatore ha emanato una norma di diritto intertemporale (art. 1054 del Codice di procedura civile) che prevede che l'estensione del giudicato alle questioni pregiudiziali si applica solo ai procedimenti avviati dopo l'entrata in vigore del Codice, non a quelli avviati ai sensi della normativa precedente.

Pertanto, è corretto affermare che, per molti anni, coesisteranno due sistemi normativi: quello del Codice di procedura civile del 2015, con l'estensione del giudicato alle questioni pregiudiziali, ai sensi dell'art. 503 e seguenti, applicabile solo ai procedimenti avviati dopo la sua entrata in vigore, e il regime dei limiti oggettivi del giudicato del Codice precedente, con la limitazione del giudicato alla parte dispositiva della sentenza (senza estensione alle questioni pregiudiziali, salvo richiesta incidentale di accertamento), applicabile retroattivamente a tutti i procedimenti avviati fino a marzo 2016 (data di entrata in vigore del Codice di procedura civile del 2015).

4.3 La sicurezza come continuità e norme transitorie. Emendamenti alla Legge di Introduzione alle Norme di Diritto Brasiliano

Come abbiamo visto, il parametro della certezza del diritto che difendo è quello della sicurezza come continuità giuridica. Ovvero, anziché riferirci ai concetti di "immutabilità" o "inalterabilità", ritengo che nel diritto contemporaneo il dinamismo dei rapporti giuridici richieda maggiore flessibilità e modificabilità. La sfida è garantire la certezza del diritto senza necessariamente impedire modifiche al contenuto stabile degli atti giuridici. La continuità giuridica funge da riferimento che spinge al mantenimento del contenuto dell'atto protetto da una forma di stabilità, pur lasciando spazio alla modificabilità. Inoltre, la continuità giuridica realizza la sicurezza nel cambiamento. Quando è necessario modificare il contenuto stabile, è necessaria l'emanazione di norme transitorie per evitare modifiche che colgano di sorpresa l'individuo.

Tutto ciò si applica alla violazione della stabilità degli atti processuali, ad esempio con il superamento del principio del giudicato mediante meccanismi di rescissione o la violazione delle preclusioni; ad esempio, si pensi alla restituzione nel termine per l'adempimento di un atto processuale. Ebbene, questo concetto, che sostengo dal 2011, è stato anche sancito dalla legislazione brasiliana come regola generale per l'ap-

plicazione delle norme. Si tratta dell'art. 23 della Legge di introduzione alle norme di diritto brasiliano (LINDB), entrata in vigore nel 2018. Il legislatore ha voluto stabilire un vero e proprio obbligo per il giudice di regolamentare il regime transitorio, tramite un insieme di norme transitorie in caso di interruzione della continuità giuridica.

Da un lato, tale direttiva è stata imposta non solo ai processi amministrativi, ma anche a quelli giurisdizionali, menzionando espressamente le decisioni adottate in ciascuna di queste tipologie di processi.

D'altro canto, la legge utilizza l'espressione "deve prevedere", il che indica che non si tratta di una mera facoltà del magistrato. Come sostengo, è un dovere emanare norme transitorie, legate al diritto del litigante di adeguarsi ai casi interruzione della continuità giuridica. Non potrò approfondire in un breve articolo la discussione relativa alle norme transitorie e al loro regime. L'obiettivo di questo testo è più circoscritto, limitandosi unicamente a dimostrare che la continuità giuridica è il modello di certezza del diritto previsto dall'ordinamento giuridico brasiliano. Tuttavia, una delle grandi sfide odierne nell'applicazione e nell'interpretazione dell'art. 23 della LINDB (Legge di introduzione alle norme di diritto brasiliano) è analizzare come il regime debba essere strutturato in ogni singolo caso, nonché elaborare criteri e parametri per individuare la procedura appropriata per l'emanazione di tali norme transitorie.

Sorgono tuttavia diverse questioni. La magistratura può stabilire norme transitorie nelle decisioni giudiziarie? O vi sarebbe qualche violazione del principio della separazione dei poteri? È opportuno inoltre chiedersi quale sia il margine di discrezionalità del giudice nella scelta delle norme transitorie; la necessità di una durata per la loro validità; la sede e le formalità richieste per la loro emissione e mantenimento; i criteri per la definizione delle norme transitorie, al fine di evitare una eccessiva o insufficiente compensazione; nonché quali tipologie di norme transitorie siano possibili. A questo proposito, rimando il lettore a un altro mio testo, corredato da un'ampia bibliografia, in cui analizzo tali questioni e discuto diverse possibilità applicative sulle norme transitorie, quali la compensazione finanziaria, l'assistenza all'adattamento, le clausole di eccezione e di opzione, la dichiarazione di invalidità senza annullare l'atto giuridico e la modulazione degli effetti della decisione che ha superato la stabilità normativa (19).

5. Conclusione

L'obiettivo di questo breve testo era di sottoporre a critica alcuni aspetti della tradizionale sistematizzazione della *res judicata*, presente da secoli negli ordina-

(19) A. Cabral, *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis,* cit., capítulo 9.

menti giuridici della tradizione romano-germanica, evidenziandone l'insufficienza nell'affrontare alcune problematiche del diritto contemporaneo.

Al contempo, ho presentato alcune nuove tendenze dottrinali e giurisprudenziali volte a risolvere o mitigare i difetti del formato classico. Ho inoltre proposto alcune soluzioni formulate per migliorare la teorizzazione sulla *res judicata* e aggiornarla ai tempi moderni e alle problematiche che la magistratura deve affrontare nel mondo attuale.

Infine, ho illustrato le ultime modifiche in materia di diritto positivo in Brasile, introdotte dal Codice di procedura civile del 2015 e dalla Legge di introduzione alle norme del diritto brasiliano (modificata nel 2018) tra cui il riconoscimento dell'esistenza di diverse forme di stabilità procedurale, distinte dalla *res judicata* (che ne rappresenta solo una tipologia), l'estensione della *res judicata* alle questioni pregiudiziali dibattute nei procedimenti contraddittori; e la disposizione sulla certezza del diritto come continuità giuridica, che impone allo Stato di emanare norme transitorie in caso di rottura della stabilità normativa, il che si applica anche al superamento della cosa giudicata, delle preclusioni e di altre forme di stabilità procedurale.

Il contributo opera una serrata critica dottrinale alla teoria tradizionale della cosa giudicata. In particolare, la teoria tradizionale è criticata perché si limita ad una lettura formalistica della materia. È invece necessaria una radicale rivisitazione dell'istituto della cosa giudicata per adeguarlo ai principi delle trasformazioni sociali, dell'equità e della giustizia. È inoltre interessante vedere come tali critiche siano state anche recepite in alcune modifiche legislative del Codice di procedura civile del Brasile.

This paper offers a rigorous doctrinal critique of the traditional theory of res judicata. In particular, the traditional theory is criticised for being limited to a formalistic interpretation of the subject matter. What is needed, instead, is a radical re-examination of the institution of res judicata in order to bring it into line with the principles of social change, equity and justice. It is also interesting to note how these criticisms.

Valentina Faggiani
(Universidad de Granada)

Le nuove dimensioni della corruzione nel quadro della crisi dello stato di diritto nell'Unione europea (*) (**)

Sommario: 1. La corruzione istituzionale. - **2.** Il carattere poliedrico e transnazionale in un contesto digitalizzato: 2.1 La dimensione multilivello; 2.2 La interrelazione con le altre forme di delinquenza organizzata. - **3.** La destabilizzazione dello Stato di diritto: 3.1 Tendenze involutive; 3.2 La difficoltà di contrastare il processo di regressione costituzionale; 3.3 Corruzione e *rule of law backsliding* in Spagna. - **4.** La strategia dell'Unione europea: tra armonizzazione normativa e cooperazione giudiziaria in materia penale: 4.1 La cornice Ue anticorruzione; 4.2 La Direttiva anticorruzione; 4.3 La necessità di integrare la cornice anticorruzione con la normativa dell'Ue in materia di lotta contro la criminalità transnazionale. - **5.** Conclusioni.

1. La corruzione istituzionale

Il presente contributo intende analizzare l'impatto della corruzione sullo Stato di diritto nell'Unione europea. A tal fine, il lavoro si strutturerà in tre parti: nella prima parte introduttiva, ci si concentrerà sulla nozione di corruzione istituzionale e sulle dimensioni di questo fenomeno criminale nella società attuale, considerando l'acquisito carattere transnazionale in un contesto digitalizzato. Nella seconda, si approfondiranno gli effetti sullo Stato di diritto, facendo riferimento sia alle tendenze generali nell'Ue sia in modo più specifico alla situazione in Spagna. Infine, nella terza parte si analizzerà la strategia adottata dall'Unione europea, che ruota su due pilastri: sul piano sostanziale, sono state armonizzate le diverse fattispecie sussumibili nel reato di corruzione; su quello procedurale, è stata raf-

---

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

(**) Il presente contributo è stato elaborato nell'ambito dei seguenti progetti: Modulo Jean Monnet, "*Challenges to Justice in the EU: Perspectives for Reform*", 2022-2025, ref. 101085462; Modulo Jean Monnet, "*Desafíos y perfiles estratégicos de la UE en la lucha contra el crimen organizado*" (RUECO) 2023-2026, ref. 101127315; e Progetto di ricerca I+D+i "*Proceso Penal y Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Garantías, Cooperación Transfronteriza y Digitalización*", PID2023-152074NB-I00.

forzata la cooperazione giudiziaria in materia penale e la cooperazione di polizia per contrastare gli effetti transazionali di questi reati. In tal modo, si intende comprendere come la corruzione riesce a penetrare nel sostrato delle istituzioni, le conseguenze sulla tenuta del modello democratico e, se del caso, come l'Ue e i suoi Stati membri possano combattere questo male endemico.

Sebbene in dottrina siano state formulate molte definizioni di corruzione, il carattere contraddittorio di questo crimine rende difficile elaborare una nozione, in grado di coglierne tutte le sfumature e le ambiguità. In termini generali, il concetto di corruzione istituzionale, nel quale sono ricomprese sia la "corruzione politica" sia la "corruzione amministrativa" (1), rinvia a una deviazione della gestione del potere delegato dalla società alle autorità (2) per perseguire interessi particolari di carattere economico in pregiudizio della *res pública* (3). L'abuso di potere, che deriva da un "contratto" (4) tra un soggetto pubblico e un attore privato, produce una disfunzione nell'amministrazione dell'interesse generale, che è strumentalizzato per il conseguimento di finalità personali.

Questo contratto, secondo Vannucci, rappresenterebbe il "patto di ferro tra corrotti e corruttori, che a nessuno dei partecipanti conviene denunciare"(5), essendo indissolubile. Tale definizione permette di comprendere come questo fenomeno criminale si muove e di coglierne la pericolosità. Al riguardo, innanzitutto, è importante considerare che si assiste a un crimine senza vittime. Questa caratteristica contribuisce ad assicurarne l'impunità.

Il fatto che la corruzione non venga denunciata è solo il riflesso delle altre difficoltà, che caratterizzano sia le indagini sia il processo. Purtroppo, questo crimine in molte occasioni passa inavvertito, è tollerato e spesso giustificato, come se fosse un comportamento *secundum legem*. Tale atteggiamento contribuisce a normalizzarlo e a legittimarlo nel contesto sociale in cui si produce. Il caso italiano

---

(1) M. Villoria Mendieta, *Corrupción pública*, in *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 2013, pp. 159 e ss. A sua volta, secondo F. Cingari, *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, p. 79, si può distinguere tra una "corruzione burocratica-amministrativa-pulviscolare, con carattere episodico e che coinvolge funzionari in posizione non apicale" e una "corruzione politico-amministrativa-sistemica", con una struttura molto più complessa ed articolata, che scatena effetti sistematici nell'amministrazione pubblica, rischiando di delegittimare la legittimazione democratica degli apparati pubblici.

(2) V. Musacchio, *Corruzione politica e criminalità organizzata: le connivenze pericolose*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno,* XXVII, 2013, pp. 187 e ss.. Secondo l'autore, "La corruzione politica attualmente rappresenta lo strumento più efficace e potente che i criminali possono utilizzare, in quanto, permette di influenzare la burocrazia, le forze dell'ordine, la magistratura nonché, in alcuni casi, l'economia e le forze sociali", p. 187.

(3) J.M. Terradillos Basoco, *Corrupción política Consideraciones político-criminales*, in *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n. 1, 2017.

(4) R. Cantone, E. Carloni, *Corruzione e anticorruzione: Dieci lezioni*, Milano, 2018.

(5) A. Vannucci, *Un nuovo paradigma contro la corruzione*, in *Il Mulino*, fasc. 3, maggio-giugno 2012, pp. 422 e ss. Sul punto v. p. 425.

rappresenta un esempio molto interessante di come questa fattispecie criminale sia riuscita ad infiltrarsi nelle strutture fondamentali dello Stato, consolidando uno Stato parallelo, uno Stato nello Stato. Gli scandali di "tangentopoli" e "Mani Pulite" e la connivenza con le organizzazioni criminali, come la Mafia, la Camorra o la 'Ndrangheta sono significative (6), soprattutto se si pensa che l'Italia è una democrazia consolidata e non uno Stato fallito o che sta attraversando un processo di transizione costituzionale (7). L'esempio italiano conferma altresì il carattere endemico di questo delitto. Infine, l'assenza o l'inefficacia di meccanismi di carattere repressivo sviluppa una sensazione di impotenza nei cittadini e la mancanza di fiducia nel sistema (8).

2. Il carattere poliedrico e transnazionale in un contesto digitalizzato

2.1 La dimensione multilivello

La corruzione è un fenomeno universale molto complesso, che è sempre esistito in tutti i paesi, nessuno escluso. Ciononostante, nella società globalizzata, ha acquisito un carattere multidimensionale e transnazionale, manifestandosi con una maggiore intensità. Si può infatti facilmente osservare che interessa tutti i livelli di governo. Questa acquisita dimensione sistemica (9) produce effetti a catena.

(6) A. Sergi, A. Vannucci, *Mafia, Deviant Masons and Corruption: Shifty Brotherhoods in Italy*, Routledge, London, 2023; A. Sergi, A. Vannucci, *"Capturing Calabria? 'ndrangheta, corruption, and maladministration in local public institutions in Southern Italy"*, in *Small Wars & Insurgencies*, 2024, pp. 1 e ss.

(7) Ad agosto 2024, il legislatore italiano abrogò l'"*abuso d'ufficio*" e limitò l'ambito di applicazione del traffico di influenze illecite (L. 9 agosto 2024, n. 114, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare, G.U. Serie Generale, 10 agosto 2024, n. 187). La riforma ha determinato la perdita di un pilastro, che permetteva ai cittadini di denunciare comportamenti illeciti dei funzionari pubblici per favorire, ad esempio, un amico o un parente in un processo selettivo pubblico o qualora avessero denegato un permesso per costruire, sebbene il soggetto riunisse tutti i requisiti legalmente previsti. La *Corte costituzionale* nella sent. 95/2025, del 7 maggio 2025, ha considerato che non esiste un obbligo da parte del legislatore di prevedere come delitto le condotte di "abuso di ufficio", essendo un "reato che peraltro non è uniformemente presente in tutti gli ordinamenti penali degli Stati firmatari". Al contrario, la Commissione europea, nel rapporto annuale sullo Stato di diritto in Italia ha sottolineato i rischi della depenalizzazione di importanti fattispecie di delitto nell'adozione di una risposta efficace contro la corruzione. *Commission staff working document 2023 Rule of Law report country chapter on the Rule of Law situation in Italy, swd/2023/812 final.*

(8) Sul concetto di corruzione, *v.:* B. García Sánchez, *La corrupción en España su persecución penal en la última década*, Iustel, Madrid, 2024.

(9) D. Della Porta, A. Vannucci, *La corruzione come sistema. Meccanismi, dinamiche, attori*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 240, secondo cui: "È evidente la somiglianza tra il liquido gelatinoso in cui sono immersi gli attori coinvolti nel reticolo corruttivo e la cosiddetta area grigia – in questo specifico caso priva di una connotazione mafiosa – da intendersi come metafora utile a descrivere lo

Non esiste, infatti, corruzione solo a livello locale ma si sono riscontrati casi molto gravi anche nelle istituzioni europee e nelle organizzazioni internazionali. In tutti gli ambiti di governo si riproducono schemi di questo tipo, nessuno è immune. Il coinvolgimento degli esecutivi, in particolare a livello centrale ed europeo, dove si gestiscono ingenti fondi, attraverso i rappresentanti della sovranità statale, è un indice importante del declino democratico dei nostri ordinamenti (10). A questi livelli non si producono infatti semplici casi di "*petty corruption*" ma ci troviamo di fronte a casi di "*grand corruption*" (11).

Il *Qatargate* rappresenta un esempio emblematico in questo senso. Trattasi di un caso impattante sotto vari punti di vista. Innanzitutto, possiede un forte carattere simbolico, dal momento che ha mostrato l'esistenza di una "crisi dello Stato di diritto dell'Ue e nell'Ue", che ha inciso sull'istituzione per definizione più democratica, vale a dire il Parlamento europeo, la casa dei popoli d'Europa.

In secondo luogo, è un caso di criminalità "capillare e reticolato" (12) di estrema gravità. Non si assiste ad una semplice fattispecie di corruzione locale, di "basso livello" ma integra piuttosto un caso di "corruzione di élite". Inoltre, potrebbe costituire l'occasione per scoprire nuovi episodi, che coinvolgono anche altre istituzioni ed agenzie dell'Ue, mostrando la loro connivenza con determinate lobbies (13), che stanno esercitando forti pressioni. Infine, è un esempio pericoloso di come le interferenze degli Stati terzi possono pregiudicare la struttura democratica, determinando dall'esterno i processi decisionali.

Questo carattere multilivello contribuisce a rafforzare il concetto di "corruzione internazionale", in cui si può sussumere la "corruzione transnazionale", che si produce quando la presunta fattispecie criminale si realizza (totalmente o parzial-

---

spazio opaco in cui 'prendono forma relazioni di collusione e complicità', che coinvolgono 'un'ampia varietà di attori, diversi per competenze, risorse, interessi e ruoli sociali', in un contesto nel quale 'sono diventati molto più opachi e porosi i confini tra mercati legali ed illegali: non si tratta di una mera estensione dell'area dell'illecito nel lecito quanto di una commistione tra le due aree'.

(10) Sulla nuova dimensione acquisita dalla corruzione, v. T. Russo, A. Oriolo (a cura di), *La lotta alla corruzione nella legalità reticolare. Il sistema penale multilivello*, Milano, 2021; R. Cadin, L. Manca, A. Piga, V. Zambrano (a cura di), *Lotta alla corruzione e diritti umani. Teorie, buone prassi e normative a carattere internazionale e regionale,* Torino, 2022.

(11) Transparency International, *Grand corruption*, in *https://www.transparency.org/en/our-priorities/grand-corruption*, distingue tra "Grand corruption and petty corruption". Il primo tipo di corruzione si produce, ad esempio, quando "A doctor takes a bribe to move a patient up the waiting list. This is clearly corruption but petty corruption". "By contrast, when the health minister works with other public officials and unscrupulous companies to systematically divert resources from the country's entire hospital system into their own pockets – that is grand corruption".

(12) E. Vasques, *I possibili effetti devastanti del Qatargate sull'Ue*, in *www. rivistailmulino.it/a/i-possibili-effetti-devastanti-del-qatargate-sull-unione-europea*, 19 dicembre 2022.

(13) In questo senso, v. N. Alarcón, *La fiscalía belga investiga un nuevo escándalo de corrupción en la Eurocámara vinculado con Huawei*, in *https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2025-03-13/policia-registro-sede-huawei-corrupcion-parlamento-europeo_4085132/, 13.03.2025*.

mente) all'estero, con una deviazione della condotta che si sviluppa in vari Stati, e la corruzione del pubblico agente straniero o di un pubblico agente internazionale (14). Anche in questo caso, gli effetti del reato superano le frontiere nazionali dello Stato in cui è stato commesso, coinvolgendo gli Stati stranieri e/o organizzazioni internazionali. Le due categorie si collegano fino a frapporsi, trattandosi di condotte, che pregiudicano sia gli interessi finanziari sia la sicurezza dell'Ue.

2.2 La interrelazione con le altre forme di delinquenza organizzata

Il "carattere transnazionale del fenomeno corruttivo" contribuisce ad aumentarne in modo esponenziale gli effetti e la pericolosità. Per questo, secondo Gambardella, deve essere apprezzato "nel suo complesso, a livello di 'microsistema della corruzione'", dovendosi realizzare una "valutazione globale del fenomeno, che può essere casuistica" (15). Non si può poi trascurare il nesso esistente tra la corruzione e le altre forme di criminalità transnazionale grave (terrorismo, traffico di esseri umani, traffico di droga, cybercrime, crimini ambientali), che impone l'adozione di un approccio integrale (16). Questo legame si vede rafforzato dall'esistenza di un vincolo intrinseco, che unisce queste strutture reticolari alla politica, un nesso che ne favorisce l'estensione ai "mercati legali", permettendo a tali reati di assumere una "apparenza pubblica pulita" (17).

La complessità e il carattere poliedrico e multidimensionale della corruzione hanno contribuito a convertirla in una priorità per la *EU Security Union Strategy* (2020-2025) (18), in coordinamento con la *EU Strategy to tackle Organised*

(14) S. Manacorda, *La 'diafana' tipicità della corruzione internazionale: verso un ulteriore indebolimento del modello tassativizzante?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2024, pp. 741 e ss.
(15) M. Gambardella, *La 'proposta di direttiva in materia di lotta alla corruzione' al vaglio del parlamento: qualche riflessione sui reati di abuso d'ufficio e traffico di influenze*, in *Sistema penale*, 27 luglio 2023 (*https://www.sistemapenale.it*).
(16) Sulle tendenze del crimine organizzato, *v.*: F.J. Garrido Carrillo (dir.), V. Faggiani (coord.), *Retos en la lucha contra la delincuencia organizada: Un estudio multidisciplinar: garantías, instrumentos y control de los beneficios económicos*, Aranzadi, Pamplona, 2021; F. Garrido Carrillo (dir.), V. Faggiani (coord.), *Respuesta institucional y normativa al crimen organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*, Aranzadi, Pamplona, 2022; F.J. Garrido Carrillo (dir.) e V. Faggiani (coord.), *Lucha contra la criminalidad organizada y cooperación judicial en la UE: instrumentos, límites y perspectivas en la era digital*, Aranzadi, Pamplona, 2022; F.J. Garrido Carrillo (dir.), V. Faggiani (coord.), *Planificación, estrategias y medios en la lucha contra el crimen organizado y en la recuperación de activos*, Aranzadi, Pamplona, 2023.
(17) In questo senso, seguendo V. Musacchio, *op. cit.,* p. 188, "I modelli prevalenti del legame criminalità organizzata e politica sono determinati, sia dalla natura del crimine organizzato, sia dalla natura della cultura politica, sia dal sistema politico di uno Stato membro". Da questo punto di vista, l'estensione delle attività criminali nei mercati legali fa acquisire alla corruzione una "parvenza pubblica pulita", che contribuisce a rafforzare questa capacità di connivenza tra corruzione politica e criminalità organizzata.
(18) Commissione Europea, Comunicazione del 24 luglio 2020 sulla strategia dell'UE per l'Unione della sicurezza, COM(2020) 605 final.

Crime (19), che propone misure specifiche per contrastare questo reato, che può essere concepito come il motore della delinquenza organizzata. In effetti, si assiste a una minaccia per il mantenimento della sicurezza e dell'ordine pubblico nell'Ue (EU SOCTA 2021) (20) e, in sostanza, la sopravvivenza dello Stato di diritto (*EU Roadmap to step up the fight against drug trafficking*)(21).

In questo senso, la corruzione si trova nel "DNA della delinquenza", poiché facilita e catalizza le attività criminali, contribuendo a "destabilizzare la società" (22). Secondo i dati di Europol, circa il 71% delle reti criminali ricorre a schemi di questo tipo in alcune occasioni, e circa il 28 % lo fa in modo proattivo e sistematico, sia nel settore pubblico sia nel privato (23). Di conseguenza, l'acquisita dimensione transnazionale, oltre lo Stato, della corruzione (24), che le permette di coinvolgere simultaneamente più Stati, costruendo un sistema criminale a rete, insieme all'interrelazione con le altre forme di delinquenza grave, richiede di rafforzare i meccanismi di cooperazione giudiziaria al fine di favorire, ad esempio, lo scambio di dati e informazioni sul finanziamento illecito nei territori stranieri o confiscare gli attivi del delitto. Infine, non si può trascurare l'importanza dell'uso e abuso da parte dei criminali delle nuove tecnologie, inclusa l'intelligenza artificiale. La IA è un'arma molto pericolosa al servizio dei delinquenti. La sua capacità di rompere barriere spazio-temporali favorisce la commissione di crimini a grande scala (25).

---

(19) Commissione Europea, Comunicazione del 14 aprile 2021 sulla strategia dell'Ue contro la delinquenza organizzata 2021-2025, COM(2021) 170 final.

(20) Europol, SOCTA 2021, Serious and organised crimes threat assessment. A corrupting influence: the infiltration and undermining of Europe's economy and society by organised crime.

(21) European Commission, Communication to the European Parliament and the Council on the EU roadmap to fight drug trafficking and organised crime, COM/2023/641 final.

(22) Europol, The changing DNA of serious and organised crime. EU Serious and Organised Crime Threat Assessment 2025 (EU-SOCTA), 18.3.2025. Al riguardo, si afferma che: "Corruption is embedded in the very DNA of crime – as a criminal act in itself, but also as a facilitator for all types of serious and organised crime. It undermines the rule of law and threatens citizens' trust in democratic institutions, affecting citizens, businesses and society as a whole".

(23) Europol, Decoding the EU's most threatening criminal networks, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2024.

(24) Zúñiga Rodríguez, Laura, "Redes internacionales y criminalidad: a propósito del modelo de participación en organización criminal", in L. Zúñiga Rodríguez, C. Méndez Rodríguez, Mª.R. Diego Díaz-Santos (coord.), *El derecho penal ante la globalización*, Colex, Barcelona, 2002, pp. 51 e ss.

(25) Sulla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria in materia penale e pertanto della giustizia europea v.: V. Faggiani, F.J. Garrido Carrillo (dirs.), *Inteligencia Artificial, lucha contra el crimen organizado y proceso. Desafíos y límites en Europa y América Latina*, Bosch, Barcelona, 2025; in particolare *vid*. F.J. Garrido Carrillo, *Consideraciones sobre la aplicación de las nuevas tecnologías a la lucha contra el crimen organizado*, pp. 21 e ss.; e V. Faggiani, *La estrategia europea de lucha contra la corrupción: entre cooperación judicial y digitalización*, pp. 69 e ss.; Id., *Digitalisation of criminal justice in the EU through eu-LISA cooperation with Eurojust and Europol: between extraordinary potential*

In questo senso, è molto importante rispondere alla digitalizzazione del crimine mediante la digitalizzazione dei meccanismi di prevenzione e risposta alla commissione del delitto (26), al fine di dotare le forze dell'ordine e le autorità competenti degli strumenti necessari per scoprire schemi criminali, essendo le nuove tecnologie in grado di analizzare ingenti quantità di dati.

L'uso della tecnologia può contribuire a trasformare la strategia di contrasto. Al riguardo, è importante osservare che l'Ue negli ultimi anni ha adottato un importante pacchetto di misure legislative per promuovere la digitalizzazione della cooperazione giudiziaria e della cooperazione di polizia (27). Gli Stati membri invece si sono concentrati sulla digitalizzazione dell'amministrazione pubblica per rafforzare le diverse aree, in cui possono prodursi fenomeni di questa tipologia.

Lo sviluppo di una azione preventiva, attraverso l'identificazione di indici di rischio, "anomalie" o "anormalità" (28), consente di misurare la corruzione. Questi "parametri di riferimento" usati per attivare una "strategi[a] decentralizzat[a]" richiedono una risposta differenziata, più specifica e, pertanto, adattata al contesto territoriale di riferimento (29). In tal modo, si può comprendere da dove proviene il delitto, controllare come evolve e facilitare l'adozione di azioni di risposta.

---

and persistent opacity, *UNIO - EU Law Journal*, Vol. 10, n. 2, 2024, pp. 40 e ss.; Id., *La digitalización de la cooperación judicial en la UE a través de eu-LISA: avances, virtualidades e incertidumbres del nuevo sistema de justicia penal en Red*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, vol. 7, n. 2, pp. 29 e ss.; Id., *El derecho a un proceso con todas las garantías ante los cambios de paradigma de la inteligencia artificial*, in *Teoría y realidad constitucional*, n. 50, 2022, pp. 517 e ss.

(26) Mette in rilievo la necessità di concentrarsi su una strategia preventiva e repressiva: R. Cantone, E. Carloni, *Corruzione e anticorruzione: dieci lezioni*, cit.; E. Carloni, *Misurare la corruzione? Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione*, in *Politica del diritto*, 2018, pp. 445 e ss.

(27) V. le seguenti misure: Regolamento (UE) 2023/969 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023 che istituisce una piattaforma di collaborazione come ausilio al funzionamento delle squadre investigative comuni e che modifica il regolamento (UE) 2018/1726, PE/73/2022/REV/1, OJ L 132, 17 maggio 2023; Regolamento (UE) 2023/2131 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 ottobre 2023 che modifica il regolamento (UE) 2018/1727 del Parlamento europeo e del Consiglio e la decisione 2005/671/GAI del Consiglio, per quanto riguarda lo scambio digitale di informazioni nei casi di terrorismo, PE/74/2022/REV/1, DO L, 2023/2131; Regolamento (UE) 2023/2844 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2023, sulla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria e dell'accesso alla giustizia in materia civile, commerciale e penale a livello transfrontaliero e che modifica taluni atti nel settore della cooperazione giudiziaria, PE/50/2023/REV/1, OJ, 2844, 27, 12.2023. In relazione all'ambito della cooperazione di polizia, v. Regolamento (UE) 2024/982 del 13 marzo 2024 sulla consultazione e lo scambio automatizzati di dati per la cooperazione di polizia e che modifica le decisioni 2008/615/GAI e 2008/616/GAI del Consiglio e i regolamenti (UE) 2018/1726, (UE) 2019/817 e (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio (regolamento «Prüm II»), PE/75/2023/REV/1, DO L, 2024/982, 5 aprile 2024.

(28) E. Carloni, *Misurare la corruzione? Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione*, cit., p. 456.

(29) *Ivi,* p. 450.

Tuttavia, dobbiamo essere consapevoli che, come affirma Sbicca, sebbene la corruzione rappresenti uno dei principali ostacoli per lo sviluppo economico, politico e sociale, è un fenomeno latente e pertanto difficile da misurare (30). Per questo, a suo parere, può essere comparata a un "iceberg", di cui è visibile solo la punta, ossia i casi di cui gli organi giurisdizionali sono arrivati a pronunciarsi con sentenza, che sono irrisori. La parte sommersa, che non è possibile percepire, è decisamente maggiore. La sensazione è, infatti, che gli strumenti di contrasto, sia quelli di carattere preventivo sia repressivo, possano indentificare solo "i pesci più piccoli", non essendo in grado di scoprire le trame criminali più complesse e articolate. Inoltre, non si può trascurare che l'uso della tecnologia da parte delle autorità di *law enforcement* non è esente da rischi e difficoltà dal punto di vista del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento, in particolare la protezione dei dati personali, il diritto a un processo garantista e il principio di eguaglianza.

3. La destabilizzazione dello Stato di diritto

3.1 Tendenze involutive

La corruzione è un crimine strutturalmente complesso, caratterizzato da un particolare *modus operandi*, che si ripercuote direttamente sull'assetto democratico e sul benessere dei cittadini. Pregiudica infatti l'economia, la sicurezza e in generale lo Stato di diritto (art. 2 TUE). Dal punto di vista economico è stata riscontrata una perdita di 120.000.000 euro (31), con un impatto importante sullo sviluppo sostenibile e sulla crescita soprattutto negli Stati con una economia più debole e una maggiore instabilità democratica, come i paesi dei Balcani occidentali. La corruzione pregiudica infatti "l'inclusività delle nostre economie" (32), incide negativamente sui sistemi democratici, che divengono sempre più vulnerabili, e favorisce la creazione di spazi di impunità e di forme di delinquenza grave. Sebbene i risultati dell'IPC mostrino che più della metà dei 20 paesi meglio

(30) F. Sbicca, *Artificial Intelligence and Anti-Corruption*, in *https://ceur-ws.org/Vol-3762/481.pdf.*
(31) Direttiva (UE) 2026/1021 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2026 sulla lotta contro la corruzione, che sostituisce la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio e la convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, OJ L 1021, 11 maggio 2026. Riguardo ai dati *v.* anche Transparency International Italia, *L'Unione europea aumenterà i suoi standard anticorruzione? Will the EU act decisively and raise its anti-corruption standards?*, in *https://www.transparency.it/informati/blog/unione-europea-standard-direttiva-anticorruzione*; Rand, *Press Room, News Releases, The Cost of Corruption in Europe – Up to €990 Billion (£781.64 Billion) Lost Annually, For Release,* Marzo 22, 2016. Al riguardo, v. anche European Commission, Communication, 2024, Rule of Law Report, The rule of law situation in the European Union, Brussels, 24.7.2024, COM (2024) 800 final, pp. 17 e ss.
(32) Considerando n. 1 della Direttiva anticorruzione.

classificati a scala internazionale, ossia più virtuosi, sono Stati membri dell'Ue, secondo Trasparenza Internazionale, la situazione nell'Ue sta peggiorando (33).

Si constata inoltre che esistono forti differenze tra gli Stati membri, i quali hanno adottato politiche difformi per rispondere a questo fenomeno. I paesi meno corrotti sono Danimarca, Finlandia e Norvegia, mentre i peggio classificati sono Ungheria, Bulgaria, Romania e Malta, i paesi centri-orientali dell'Ue, i quali continuano ad essere caratterizzati da importanti deficit. La Slovacchia è stata qualificata come un paese da vigilare. Al contrario, gli Stati del Baltico rappresentano un esempio di cambiamento democratico sostenibile, dopo essere riusciti a superare in modo soddisfacente cinque decenni di occupazione comunista e la politica sovietica. Infine, i paesi dei Balcani occidentali, i candidati all'ingresso nell'Ue, si posizionano sotto la media, essendo ancora "*hot countries"* (34).

Anche la Spagna è peggiorata: ha perso un punto (55/100) ed è scesa di 3 posizioni nella classifica rispetto all'IPC dello scorso anno (35) e di un posto dal 16 al 17 rispetto ai 27 Stati dell'Ue. È interessante osservare che è stata superata dal Portogallo, dalla Slovenia e condivide la stessa posizione con Cipro. Questi risultati negativi preoccupano, sebbene confermino l'involuzione generalizzata: circa un quarto degli Stati ha ottenuto il punteggio più basso dal 2012. Si tratta di un dato indubbiamente preoccupante, che denota l'esistenza di una distorsione della cornice anticorruzione a discapito dello Stato di diritto (36). Questo peggioramento si può imputare a diversi fattori, che sono tra loro collegati, come le deficienze strutturali presenti negli ordinamenti interni, deficienze che sono state aggravate dall'intensità acquisita dall'involuzione democratica. Si osserva inoltre che la sua forte *vis* espansiva ha innescato un effetto domino che le ha permesso di estendersi in modo progressivo da est a ovest (37). Non si può poi trascurare il fattore culturale, che in molte circostanze contribuisce a legittimare tali condotte, normalizzandole, come succede soprattutto nei paesi dei Balcani occidentali.

---

(33) Transparency International, *2023 Corruption Perceptions Index: Weak checks & balances undermining anti-corruption efforts in Western Europe & EU, Region's first CPI score drop in almost a decade*, in *https://www.transparency.org/en/press/2023-corruption- perceptions-index-weak-checks-balances-undermining-anti-corruption-efforts-in-western-europe-eu*, 30 gennaio 2024.

(34) *Ivi*.

(35) Transparency International, *Índice de Percepción de la Corrupción 2025,* in *https://transparencia.org.es/actualidad/indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2025/*, 10 febbraio 2026; Transparency International, *Corruption perceptions Index 2024*, 2024, p. 4 (*https://www.transparency.org/en/cpi/2024?gad_source=1&gclid=Cj0KCQjwqv2_BhC0ARIsAFb5Ac-6zSszcBYlYjKgS453XpUBJev8R_bgmfYgJY1PIKqYKulZ0Qmd9QIaAtPIEALw_wcB*). La Spagna condivide questa posizione con Cipro, la Repubblica Checa e Granada.

(36) *Ivi.*

(37) V. Faggiani, *Indici di violazione dell'indipendenza giudiziaria nell'UE da est a ovest: l'importanza degli standard di Strasburgo e Lussemburgo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2023, pp. 283 e ss.

L'Albania, ad esempio, continua ad essere caratterizzata da importanti problemi strutturali. Al riguardo, la Commissione europea ha messo in rilievo che l'indipendenza del potere giudiziario e la lotta contro la corruzione rappresentano i pilastri della politica in materia di ampliazione, condizionandola (38).

3.2 La difficoltà di contrastare il processo di regressione costituzionale

La corruzione pregiudica l'essenza del *Rule of Law*, penetrando nelle sue istituzioni e nelle imprese private. La "cattura" degli organi di contropotere al fine di controllare le nomine alle alte cariche giudiziarie, i procuratori, le corti costituzionali, gli organi di autogoverno della magistratura, i mezzi di comunicazione, i partiti politici, le lobbies, i centri economici e le grandi imprese affini all'esecutivo stanno trasformando in modo sostanziale lo Stato di diritto e i suoi elementi costitutivi. Questa colonizzazione da parte della "criminalità del potere" (39) produce "micro-colpi di Stato" (40), consolidando un nuovo sistema, che è poi molto difficile modificare nuovamente.

Nell'Ue sono significativi i casi dell'Ungheria e della Polonia (41) per le riforme e le misure involutive dei governi illiberali di estrema destra o della Spagna, che sarebbe un esempio di uno Stato con un governo "progressista" di sinistra con tratti illiberali. La situazione di questo paese è abbastanza anomala perché malgrado la regressione democratica degli ultimi anni e la gravità dei casi di corruzione, che sono stati scoperti, nell'Ue non è stato ancora aperto un dibattito simile a quello sviluppatosi per affrontare la crisi nei paesi dell'Europa centro-orientale. L'uso da parte delle istituzioni dell'Unione di un doppio standard produce una situazione di impunità, che contribuisce a mettere in discussione il principio di eguaglianza tra gli Stati membri. Questa tendenza è stata confermata anche negli

(38) Communication on the enlargement process – *2023 Communication on EU Enlargement Policy*, COM(2023) 690 fin. 8 novembre 2023. I. Ingravallo, *Il contrasto ai crimini transnazionali nella prospettiva dell'ammissione dei Paesi dei Balcani occidentali all'Unione europea*, in *Euro-Balkan Law and Economics Review*, 24 giugno 2022 (*https://ojs.cimedoc.uniba.it/index.php/law/article/view/1468*).

(39) L. Ferrajoli, *Criminalidad y globalización*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2006, pp. 301 e ss., considera che "La criminalidad que hoy en día atenta contra los derechos y los bienes fundamentales no es ya la vieja criminalidad de subsistencia, ejecutada por sujetos individuales, prevalentemente marginados. La criminalidad que amenaza más gravemente los derechos, la democracia, la paz y el futuro mismo de nuestro planeta es seguramente la criminalidad del poder: un fenómeno no marginal ni excepcional como la criminalidad tradicional, sino inserto en el funcionamiento normal de nuestras sociedades", p. 303.

(40) M. Alcaraz Ramos, *Corrupción política, derechos fundamentales y opinión pública*, in A. Jareño Leal, A. Doval Pais (dirs.), *Corrupción pública, prueba y delito: cuestiones de libertad e intimidad",* Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 20 e ss.

(41) In Polonia il Governo di estrema destra è stato sostituito alla fine del 2023.

ultimi rapporti della Commissione europea sullo Stato di diritto (42), che sono stati ritoccati affinché all'estero i cittadini dell'Ue non si rendessero conto della gravità della situazione.

Al riguardo, è opportuno considerare che gli esecutivi con tendenze illiberali, indipendentemente dal segno politico di riferimento, agiscono seguendo un determinato schema: adottano riforme o misure involutive volte a controllare le istituzioni di garanzia, che funzionano come contropoteri, alterando l'assetto dello Stato e dei meccanismi di *cheeck and balances*. Tale processo favorisce la creazione di spazi (43), in cui le reti di corruzione si muovono in una apparente legalità, riuscendo a mascherare eventuali "abusi di potere" (44).

È sufficiente pensare al *chilling effect* delle riforme in materia di giustizia adottate dalla Polonia nel 2017 e 2019 (45), che hanno inciso sul regime della responsabilità disciplinare dei giudici. La Corte di giustizia nelle sue pronunce è stata chiara. In primo luogo, ha affermato che la normativa in questione è contraria alla cornice dell'Ue perché la Sala disciplinare non è un organo indipendente e imparziale (46), non potendo pertanto conoscere di fattispecie relative allo status e all'esercizio delle funzioni giudiziarie.

In secondo luogo, ha sottolineato che il divieto per i giudici nazionali di verificare il rispetto dei requisiti previsti nel diritto dell'Ue, in particolare delle garanzie

(42) Commissione europea, 2025 *Rule of Law Report*, Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Spagna, 8 luglio 2025, SWD(2025) 909 final; e Commissione europea, 2026 Rule of Law Report, sulla situazione dello Stato di diritto in Spagna, 17 luglio 2026 SWD(2026) 909 final.
(43) V. Faggiani, *La 'rule of law backsliding' como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE*, in *Revista Española de Derecho Europe*o, n. 71, 2019, pp. 57 e ss.; V. Faggiani, *Rule of Law Backsliding y libertad de expresión en la UE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2021, pp. 467 e ss.
(44) S. Rose-Ackerman, *Desarrollo y corrupción*, in *Gestión y análisis de políticas públicas*, n. 21, 2001, pp. 5 e ss. Secondo l'autrice "Dado que la corrupción se equipara normalmente al mal, a menudo su sola existencia es causa de preocupación", p. 5. "La corrupción es síntoma de otros problemas subyacentes más que una variable independiente", p. 6. "Los sobornos pueden sustituir formas legales de influencia política. *El soborno de los políticos compra la influencia, y el soborno por parte de los políticos compra votos",* p. 6.
(45) G. Halmai, *How the EU can and should cope with illiberal Member States*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, pp. 313 e ss.; W. Sadurski, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, in *Sydney Law School Legal Studies*, Research Paper, 2018, pp. 71 e ss.; S. Gianello, *La riforma giudiziaria in Polonia: la minaccia allo Stato di diritto oltre i confini nazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2020, pp. 489 ss.; A. Krzywon, *La crisis constitucional en Polonia (2015-2017): como cuestionar el sistema del equilibrio constitucional en dos años*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 41, 2018, pp. 359 e ss.; A. Śledzińska-Simon, *The Rise and Fall of Judicial Self-Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic Transition*, in *German Law Journal,* vol. 19, n. 7, 2018, pp. 1839 e ss.; L. Bojarski, *Judicial Resistance: missing part of judicial independence? The case of Poland and beyond*, in *Oñati Socio-Legal Series*, 2024, pp. 1 e ss.
(46) Corte di giustizia Ue, sentenza del 15 luglio 2021, *Commissione* c. *Polonia,* C-791/19; e Corte di giustizia, sentenza del 5 giugno 2023, *Commissione europea c. Polonia,* C-204/21.

processuali, attraverso l'esercizio del diritto-dovere di formulare un rinvio pregiudiziale (47), è contrario alla cornice normativa dell'Unione. Infine, ha riaffermato il principio di non regressione delle tutele, sottolineando che gli Stati sono obbligati a mantenere standard di protezione adeguati anche dopo l'adesione.

La lotta contro la corruzione rappresenta un elemento fondamentale per la salvaguardia dello Stato di diritto, che ha ispirato le misure adottate dall'Ue in questo ambito nelle varie fasi del processo di integrazione. In questo senso, l'Unione considera la lotta contro la corruzione insieme all'indipendenza giudiziaria un elemento indefettibile per il mantenimento del sistema democratico.

La sua azione in questo ambito si è consolidata progressivamente nel quadro della condizionalità. Nel 2006 fu istituito il meccanismo di cooperazione e di verifica (MCV), uno strumento politico incaricato di supervisionare le riforme richieste alla Romania e alla Bulgaria per adattarsi agli standard europei e facilitare in tal modo il processo di integrazione (48). Successivamente, il Parlamento europeo e la Commissione formalizzarono la richiesta di applicazione dell'art. 7, §1, TUE rispettivamente all'Ungheria e alla Polonia (49). Tuttavia, tali richieste non hanno prodotto effetti concreti. Infine, il Regolamento di condizionalità orizzontale per la protezione del bilancio dell'Unione (50) condiziona l'accesso al finanziamento dell'Ue al rispetto dello Stato di diritto, di cui l'indipendenza e l'imparzialità degli organi di giustizia e l'adozione di una cornice di contrasto contro la corruzione costituiscono valori essenziali. La presenza di gravi deficit in tali ambiti, da cui dipende la "buona gestione finanziaria" dell'Ue dovrebbe legittimare l'applicazione del presente regolamento (51), come avvenuto nel caso dell'Ungheria (52).

---

(47) Corte di giustizia, sentenza del 5 giugno 2023, *Commissione europea* c. *Repubblica di Polonia,* C-204/21.

(48) Decisione 2006/929/CE, DO L 354, 14 dicembre 2006. Questo meccanismo è stato abrogato dalle Decisioni (UE) 2023/1785 e 2023/1786 del 15 settembre 2023, che abrogano la decisione 2006/929/CE che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti in Bulgaria e Romania relativamente a sei parametri di riferimento specifici nei settori della riforma giudiziaria e della lotta contro la corruzione e la criminalità organizzata. Tali decisioni stabiliscono che i due paesi sono finalmente riusciti a soddisfare i parametri che erano stati loro imposti in relazione alla necessità di intraprendere riforme profonde dei loro sistemi di giustizia e in materia di lotta contro la corruzione. La chiusura del MCV ha facilitato il successivo ingresso di questi due Paesi nello spazio Schengen.

(49) Nel caso della Polonia, il procedimento si è chiuso a giugno 2024, in seguito alla formazione del nuovo Governo.

(50) Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, G.U. L 433I del 22 dicembre 2020.

(51) *Ivi*, Considerando n. 8.

(52) Decisione di esecuzione (UE) 2022/2506 del Consiglio del 15 dicembre 2022 relativa a misure di protezione del bilancio dell'Unione da violazioni dei principi dello Stato di diritto in Ungheria, ST/14247/2022/INIT, DO L 325, 20.12.2022.

Questo contesto di deterioramento democratico è stato duramente condannato negli ultimi anni non solo dalla Corte di giustizia ma anche dalla Corte europea (53). Entrambe hanno mostrato il nesso tra la presenza di deficit sistemici nei sistemi giudiziari e amministrativi di questi paesi e la loro conseguente maggior esposizione a fenomeni di delinquenza organizzata. In effetti, la lotta contro la corruzione e il mantenimento dell'indipendenza giudiziaria sono strettamente collegate, essendo uno dei principali indici dello "stato di salute" delle nostre democrazie (54). Questo significa che la *conditio sine qua non* per il corretto funzionamento della strategia in questo ambito è data dall'esistenza di un quadro istituzionale solido e robusto. Solo in tal modo i responsabili di questi crimini potranno essere giudicati e condannati e sarà possibile promuovere una politica chiara, che contribuisca a educare la cittadinanza, essendo necessario disporre di organi di giustizia indipendenti, imparziali ed efficienti, dotati di mezzi finanziari sufficienti e di risorse umane adeguate.

Inoltre, sebbene non vi siano dubbi che l'esistenza di un processo di involuzione democratica o di transizione costituzionale siano terreni fertili, che facilitano lo sviluppo della criminalità, la corruzione è un fenomeno molto più complesso, endemico, che costituisce parte integrante del sistema, dal momento che neppure gli altri Stati né le stesse istituzioni dell'Ue ne sono esenti. Pertanto, indipendentemente dall'esistenza di una situazione di involuzione, l'indagine e il processo dei casi di corruzione presentano una particolare complessità anche negli Stati "democraticamente più forti", coinvolgendo in numerose occasioni alte cariche o persone con ruoli di rilievo e influenza.

3.3 Corruzione e *rule of law backsliding* in Spagna

La Spagna rappresenta un esempio particolare che merita di essere approfondito. In questo caso, l'involuzione democratica ha interessato una delle democrazie più consolidate dell'Ue, soprattutto rispetto agli altri Stati membri, che riuscirono a superare solo pochi decenni fa importanti processi di transizione costituzionale, come quelli dell'Europa centro-orientale. La corruzione iniziò a propagarsi con una forte intensità in seguito alla crisi economica del 2008 (55). A partire da quel momento il paese è stato caratterizzato da un numero importante, sempre crescente, di casi, che hanno coinvolto importanti figure politiche (56). In realtà,

(53) Corte edu (IVª sec.), sentenza del 5 maggio 2020, *Kövesi c. Romania*, n. 3594/19.
(54) V. Faggiani, *La lucha contra la criminalidad organizada como cuestión de Estado de Derecho*, in F.J. Garrido Carrillo (dir.), V. Faggiani (coord.), *Planificación, estrategias y medios en la lucha contra el crimen organizado y en la recuperación de activos*, cit., pp. 27 e ss.
(55) *Fourth evaluation round, Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors, Adoption: 6 December 2013, Publication*: 15.1.2014 Greco Eval IV Rep (2013) 5E, p. 8.
(56) M. Villoria Mendieta, *La corrupción en España: rasgos y causas esenciales*, in *Cahiers de civilisation espagnole contemporaine: (de 1808 au temps présent)*, n. 15, 2015, pp. 1 e ss. L'autore offre un'immagine della corruzione in Spagna a partire dai seguenti punti: "1. España no tiene un problema de corrupción

la reciproca interazione tra lo sviluppo della corruzione e l'aumento di intensità della *rule of law backsliding* non sorprende, dal momento che i due processi si rafforzano, creando un circolo vizioso, che si consolida sempre più.

L'attuale Governo si è servito della debolezza istituzionale e delle contraddizioni intrinseche del paese per costruire una "trama", che sta portando alla trasformazione progressiva dello Stato e delle sue strutture fondamentali. A tal fine, sono state rafforzate le relazioni tra lo Stato e le imprese, sono state colonizzate le istituzioni e i diversi centri di potere, designando persone affini, indipendentemente del merito e della capacità, si è cercato, seppur senza riuscirci, di catturare il potere giudiziario e il CGPJ (*Consejo General del Poder Judicial*), l'organo di autogoverno della magistratura, e sono state accettate tutte le richieste dei partiti indipendentisti al solo scopo di mantenere il potere.

Questo tipo di corruzione "più visibile" (57) è riuscita a sviluppare una "corruzione silenziosa" (58), che si è infiltrata nelle istituzioni e nei principali centri di potere controllati dall'Esecutivo. È sufficiente pensare che in questo momento è accusata di corruzione la moglie del Presidente del Governo, è stato condannato l'ex Ministro dei trasporti J.L. Abalos, è stato imputato l'ex Presidente del Governo José Luis Rodríguez Zapatero e si stanno investigando altri ministri, ex-ministri, alte cariche del Governo, ex-parlamentari e membri del PSOE.

Senza pregiudizio della presunzione di innocenza, che è un pilastro del diritto a un processo equo e dello Stato di diritto, dal continuo aumento del numero di casi si può dedurre che non si tratta di episodi isolati. Stiamo assistendo piuttosto a un fenomeno sistemico. Tuttavia, mentre varie organizzazioni internazionali come la OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico), il GRECO (Gruppo degli Stati contro la corruzione), il Consiglio d'Europa e Trasparenza Internazionale (59) hanno esortato la Spagna in numerose occasioni

---

sistémica. 2. En España la corrupción de los funcionarios es baja. 3. Pero, sin embargo, existe un problema serio de corrupción política. 4. Probablemente ahora hay menos corrupción de la que había cuando estábamos creciendo. 5. La corrupción se da sobre todo en el nivel local de Gobierno. 6. La percepción de corrupción ciudadana de la corrupción es altísima y ello genera, a su vez, problemas. 7. Las causas fundamentales de corrupción han tenido o tienen que ver con defectos institucionales muy graves y áreas de riesgo muy poco protegidas". L'autore già nel 2015 aveva individuato l'esistenza di un problema serio di corruzione politica. Purtroppo, la situazione da allora è peggiorata con un impatto importante sulla qualità del sistema, a causa del basso livello di formazione e di compromesso etico della classe politica, ovvero dei rappresentanti dei cittadini nel seno delle istituzioni democratiche.

(57) E. De la Nuez, *La corrupción silenciosa*, in *El mundo*, 14 ottobre 2024; Id., "Sobre la corrupción de siempre", 10 marzo 2025.

(58) *Idem*.

(59) A. Sánchez, *Cinco organismos internacionales alertan ya sobre la corrupción en España,* in *https://www.abc.es/espana/cinco-instituciones-internacionales-alertado-sobre-corrupcion-espana-20260425015959-nt.html*, 25 aprile 2026.

di adattarsi agli standard in questo ambito; al contrario, la Ue, sebbene sia consapevole di ciò che sta succedendo, fino a questo momento ha mantenuto un atteggiamento passivo. È evidente che non ha intenzione di intervenire perché l'attuale esecutivo Ue ha bisogno dell'appoggio del Governo spagnolo.

La Spagna ormai da tempo non rispetta le raccomandazioni del GRECO (60). Questi, ad aprile 2025, pubblicò i due report (61), che fino a quel momento erano stati bloccati dal Governo (62). L'atteggiamento ostruzionista dell'Esecutivo per impedire l'accesso a informazioni e dati importanti e in questo modo l'adozione di una risposta efficace è molto grave e conferma la transizione da un sistema di "democrazia piena" a una "democrazia difettosa" (63). Allo stesso tempo, poco dopo, ad agosto 2025, il GRECO ha nuovamente costatato che le "autorità spagnole devono intensificare i loro sforzi per applicare le riforme previste dirette a rafforzare i meccanismi anticorruzione" in relazione alle alte cariche esecutive del Governo attuale e alle forze di sicurezza (Polizia Nazionale e Guardia Civile) (64).

Quanto alla cattura delle istituzioni, è sufficiente pensare che negli ultimi anni sono stati colonizzati, solo per citare alcuni esempi, il *Tribunal Constitucional*, il *Consejo de Estado*, il *Banco de España*, la *Fiscalía general del Estado*, la *Agencia Efe*, *RTVE*. Sebbene il potere giudiziario non sia ancora stato sequestrato, non si può trascurare l'adozione di alcune riforme, con cui si è cercato di paralizzare la giustizia, come la *Ley Orgánica* 4/2021 (65), che ha istituito un CGPJ *ad interim,* cui è vietato designare le alte cariche giudiziarie. Per comprendere l'impatto della presente modifica è sufficiente considerare che dal 2018 a giugno 2024 non è stato possibile rinnovare il CGPJ(66). La LO 4/2021 ha pertanto bloccato le nomine

(60) Greco, Informe 2022. Secondo il presente rapporto di valutazione la Spagna non ha adempiuto in modo soddisfacente nessuna delle 19 raccomandazioni (*/sites/default/fi les/2022-03/20220329-greco-5-ronda-avaluaciocompliment-espanya.pdf*).

(61) Greco, *Council of Europe, Fifth evaluation Round*, *Preventing corruption and promoting integrity in central governments (top executive functions) and law enforcement agencies, Second compliance Report Spain, Adoption* 1° dicembre 2023, *Publication:* 16 aprile 2025; Fourth evaluation round, Corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors, cit.

(62) Greco, Council of Europe, Strasbourg, 99th Greco Plenary Meeting, Decision, Strasbourg, 17-19 marzo 2025, p. 37.

(63) A.J. Medina, *El Banco Mundial rompe la opacidad del Gobierno con la corrupción en España*, in *https://www.moncloa.com/2025/02/10/banco-mundial-corrupcion-espana-3136238/*, 10 febbraio 2025.

(64) Greco, Fifth Evaluation Round, Preventing corruption and promoting integrity in central governments (top executive functions) and law enforcement agencies, Addendum to the second compliance report, Spain, Public GrecoRC5(2025)17, Adopted by GRECO at its 100th Plenary Meeting (Strasbourg, 3-6 June 2025), publication 1° agosto 2025.

(65) Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial en funciones, BOE, n. 76, de 30 de marzo de 2021.

(66) Sul rinnovo del CGPJ, V. Faggiani, *¿Está a salvo la Independencia Judicial en España tras el acuerdo de Renovación del CGPJ?*, in *www.forolibertadyalternativa.es*, 2024.

per vari anni (67), approfittando la situazione di *impasse,* che stava attraversando questo organo.

In questa cornice, non si può trascurare poi la condanna dell'ex Procuratore Generale (*Fiscal General*), Álvaro García Ortiz, ex FGE, per la divulgazione di dati riservati per defraudazione tributaria e falsità documentali relativi alle indagini nei confronti del compagno della presidente della Comunità di Madrid. Al riguardo, è interessante sottolineare che il Procuratore Generale, da un lato, non si dimise, ma non fu neppure sospeso, como sarebbe successo a qualsiasi altro pubblico ministero (68). Il Sig. García Ortiz, come era prevedibile, ha sollevato ricorso di amparo davanti al TC, sollecitando l'annullamento della condanna di inabilitazione imposta dal TS. La situazione di polarizzazione si sta intensificando sempre più per i casi di corruzione, che sono stati scoperti. Per questo, ora più che mai è necessario salvaguardare l'indipendenza del potere giudiziario e resistere agli attacchi dell'Esecutivo.

Infine, si può osservare la presenza di schemi di questo tipo negli accordi per mantenere l'appoggio dei nazionalisti e degli indipendentisti. La LO 1/2024 (69) sull'amnistia per la normalizzazione istituzionale, politica e sociale in Catalogna, la cui costituzionalità è stata dichiarata nella sentenza STC 137/2025, del 26 giugno, rappresenta un'ulteriore conferma di questa tendenza. Questa misura è concessa alle persone responsabili degli atti nell'ambito del processo indipendentista, ovvero le consultazioni celebrate dal 2014 al 2023, tipificati come usurpazione di funzioni pubbliche, malversazione e prevaricazione (70). In altri termini, l'amnistia ha come destinatari persone colpevoli di corruzione. Al riguardo, come sottolineato anche da Manfred Weber, non si può trascurare che l'impunità di questo crimine "rompe lo Stato di diritto" (71). In modo analogo, la corruzione quando deriva dal potere o è utilizzata dal potere pregiudica lo Stato di diritto. Per questo, è necessario attivare una risposta penale effettiva, proporzionata e dissuasoria, che non possa essere modificata da strumenti in mano del potere volti a creare una giustizia selettiva, come gli indulti o le am-

(67) Per ulteriori informazioni al riguardo, v. V. Faggiani, *Il Consejo General del Poder Judicial nel quadro della crisi dello Stato di diritto in Spagna: prospettive di riforma*, *https://www.giustiziainsieme.it/articolo/3887-il-consejo-general-del-poder-judicial-nel-quadro-della-crisi-dello-stato-di-diritto-in-spagna-prospettive-di-riforma*, 18 marzo 2026; V. Faggiani, *Los consejos de justicia ante la involución del estado de derecho: perspectivas de reforma interna y estándares supranacionales*, in *Revista de Derecho Político*, n. 123, mayo-agosto, 2025, pp. 251 e ss., *https://doi.org/10.5944/rdp.123.2025.45509*.
(68) A. Ruiz Robledo, *El Fiscal, al banquillo: Un paso esperado, una suspensión pendiente*, in *El Español*, 14 settembre 2025.
(69) Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, BOE, n. 141, 11 giugno 2024.
(70) Art. 1, LO 1/2024.
(71) EPP Group, *El Estado de Derecho en peligro en España*, in *https://www.eppgroup.eu/es/sala-de-redaccion/el-estado-de-derecho-en-peligro-en-espana*, 22 novembre 2023.

nistie, e fomentare la presenza di un'élite politica con valori e disposta a lottare contro tali comportamenti (72).

4. La strategia dell'Unione europea: tra armonizzazione normativa e cooperazione giudiziaria in materia penale

4.1 La cornice Ue anticorruzione

La globalizzazione delle relazioni sociali ed economiche ha determinato la globalizzazione del crimine organizzato, di cui la corruzione rappresenta una delle sue principali forme di manifestazione, essendo a questo consustanziale (73). Era inevitabile che le reti criminali si approfittassero anche dei fondi europei. La gestione opaca della Politica Agraria Comune e più recentemente del *Next Generation* (74) rappresentano due esempi molto evidenti in questo senso.

La costruzione di una cornice comune di risposta a questo fenomeno da parte dell'Ue iniziò a svilupparsi insieme alla cooperazione giudiziaria in materia penale. Già nel Trattato di Amsterdam si riconosceva, nel Titolo VI, art. K.1, la funzionalità della prevenzione e della lotta contro la criminalità organizzata, "in particolare il terrorismo, la tratta degli esseri umani ed i reati contro i minori, il traffico illecito di droga e di armi, la corruzione e la frode", alla costruzione e salvaguardia dello SLSG. In questo senso, l'Unione era consapevole che per raggiungere tali finalità era necessario attivare una "azione comune" basata, da una parte, dal punto di vista operativo, sulla cooperazione tra le forze di polizia, le autorità giudiziarie, le autorità doganali e le autorità competenti degli Stati membri; dall'altra, sul ravvicinamento, quando fosse necessario, delle legislazioni penali. Di seguito, il Trattato di Amsterdam permise di passare progressivamente da un'impostazione intergovernativa ad un approccio sovranazionale, che si consolidò nel Trattato di Lisbona con la soppressione formale dei tre pilastri comunitari e il riconoscimento all'Ue della competenza in materia penale. In questa nuova cornice normativa, la corruzione è stata inclusa espressamente nell'art. 83 TFUE tra gli euro-delitti. In tal modo, al legislatore europeo è stata attribuita la

(72) In questo senso, l'art. 17 della direttiva anticorruzione prevede che "A meno che ciò non sia in contrasto con le loro costituzioni, i loro principi costituzionali e le loro leggi, gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché i privilegi e le immunità in materia di indagini e azione penale concessi ai funzionari nazionali per i reati di cui alla presente direttiva possano essere revocati".
(73) In tal senso, v. J.E. Anguita Osuna, *La lucha de la Unión Europea contra la delincuencia organizada: la nueva hoja de ruta de 2023*, in *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n. 39, 2023, pp. 69 e ss.; Id., *La seguridad interior en la Unión Europea: del acuerdo de Schengen 1985 a la estrategia para una unión de la seguridad 2020*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021.
(74) Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza**,** GU L 57 del 18 febbraio 2021.

competenza per prevedere una regolamentazione specifica, mediante direttive, adottate in conformità con il procedimento legislativo ordinario dal Parlamento europeo e dal Consiglio, che definiscano le fattispecie di delitto e le corrispondenti sanzioni.

Dal punto di vista operativo, non si può trascurare il ruolo, che hanno svolto gli attori coinvolti in questo ambito da Eurojust (75) ed Europol (76), come Agenzie specializzate rispettivamente nella cooperazione giudiziaria in materia penale e nella cooperazione di polizia, la OLAF e la Procura Europea (EPPO) (77). Eurojust ed Europol rappresentano due centri di scambio di dati e informazioni strutturate tra le autorità giudiziarie e di polizia degli Stati membri dell'Ue e dei paesi terzi, che abbiano stipulato accordi con tali entità, per favorire la ricerca e la persecuzione della delinquenza transnazionale, i cui effetti incidono su due o più Stati membri.

La OLAF (78) è la Agenzia dell'Ue incaricata di realizzare indagini amministrative su casi, che coinvolgono le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Ue, al fine di proteggere gli interessi dell'Unione e lottare contro la frode, la corruzione e qualsiasi altra attività illegale, che pregiudichino gli interessi finanziari dell'Unione. L'investigazione dell'OLAF conclude con un rapporto, che deve essere accompagnato da raccomandazioni del Direttore generale, sulla necessità o meno di adottare misure e che costituiranno elementi di prova ammissibili nei procedimenti amministrativi o giudiziari dello Stato membro, "alle medesime condizioni delle relazioni amministrative redatte dagli ispettori amministrativi nazionali" (79). Tuttavia, la scarsa effettività nell'adozione di risposte nazionali per lottare contro l'impunità e recuperare gli attivi del delitto ha trasformato questa agenzia in un organo meramente "ausiliare" e complementare alla Procura europea (80).

---

(75) Regolamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust) e che sostituisce e abroga la decisione 2002/187/GAI del Consiglio, PE/37/2018/REV/1, OJ L 295, 21 novembre 2018.

(76) Regolamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2016 che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione nell'attività di contrasto (Europol) e sostituisce e abroga le decisioni del Consiglio 2009/371/GAI, 2009/934/GAI, 2009/935/GAI, 2009/936/GAI e 2009/968/GAI, OJ L 135, 24 maggio 2016.

(77) Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»), OJ L 283, 31 ottobre 2017.

(78) M.Á. Pérez Marín, *La oficina europea de lucha contra el fraude: un órgano administrativo en la investigación penal*, in *Revista General de Derecho Procesal*, n. 50, 2020.

(79) Art. 11 del Regolamento (UE, Euratom) 883/2013.

(80) A. Alzina Lozano, *La lucha contra la corrupción en la Unión Europea a través de la OLAF y la Fiscalía Europea*, in *Revista penal*, n. 53, 2024, pp. 5 e ss.

Quanto alla EPPO (81) svolge un ruolo molto importante nella costruzione di un modello di giustizia penale europeo, essendo un organo indipendente, che non si limita ad esercitare una funzione di coordinamento e intermediazione nelle indagini nei diversi Stati membri, come Eurojust ed Europol, o a svolgere investigazioni amministrative, come la OLAF. Alla Procura europea, che iniziò a funzionare il 1º giugno 2021, spetta investigare i delitti che pregiudichino gli interessi finanziari dell'Ue previsti nella Direttiva (UE) 2017/1371 (Direttiva PIF) (82), così come esercitare l'azione penale e richiedere l'apertura del giudizio contro gli autori e i complici di tali crimini.

Si tratta di un organo dal punto di vista strutturale verticale, un'entità sovranazionale dotata di importanti poteri di investigazione, che ha segnato un passo in avanti importante nello sviluppo di un sistema di giustizia penale propriamente europeo di taglio federale. Sebbene la competenza *ratione materiae* sia al momento abbastanza limitata, sono ricompresi ambiti chiave per il mantenimento dello Stato di diritto, come il riciclaggio di denaro, la corruzione, la malversazione e la frode.

Inoltre, dal punto di vista strutturale ed organizzativo, nella Procura Europea si può rinvenire l'eredità del giudice Giovanni Falcone, sia in relazione all'idea di "*network*", attraverso il coordinamento tra il livello centrale europeo e il livello decentralizzato degli Stati membri, così come alla necessità di concedere una protezione propriamente "europea" agli interessi finanziari. I gruppi organizzati, attraverso i loro ingenti guadagni, riescono a penetrare nelle strutture fondamentali dei nostri ordinamenti, nell'economia e nelle istituzioni, servendosi anche della corruzione. Tutto ciò contribuisce a pregiudicare i diritti e la fiducia nelle istituzioni, incidendo sui valori comuni sui quali si fonda l'Ue (art. 2 TUE).

4.2 La Direttiva anticorruzione

Gli scandali, che hanno coinvolto negli ultimi anni le istituzioni europee, hanno imposto la necessità di rafforzare la strategia in questo ambito per cercare di recuperare la fiducia dei cittadini. Questa risposta deve appoggiarsi su una cornice normativa anticorruzione e una cultura condivisa. L'esigenza di una regolamentazione comune non deve causare una proliferazione normativa (83); si ricollega

(81) Aa. Vv., *Tratado sobre la Fiscalía Europea y el procedimiento penal especial de la L.O. 9/2021, de 1 de julio*, Aranzadi, Pamplona, 2023.

(82) Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, OJ L 198, 2017.

(83) In questo senso, D.U. Galetta, *Trasparenza e contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione: verso un moderno panottico di Bentham?*, in *Diritto e società*, 2017, pp. 43 e ss., ritiene che "La lotta alla corruzione non necessita dunque, a mio modo di vedere, di una proliferazione ulteriore di norme, organi, competenze; poiché quest'ultima è semmai favorita dall'eccesso di norme, organi, intrecci di competenze, che rendono a loro volta il sistema opaco e non trasparente", p. 64.

piuttosto alla necessità di consolidare un sostrato istituzionale robusto e una politica chiara, che contribuiscano a educare la cittadinanza.

L'adozione di una strategia coerente è ancor più necessaria se si considera la dimensione transnazionale di questo crimine. La risposta alla corruzione, che richiede una azione sia da parte degli Stati membri sia dell'Ue, deve basarsi su due pilastri: il rafforzamento della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia e la digitalizzazione di questi ambiti. Tale approccio è fondamentale per poter individuare ad esempio i pagamenti illeciti realizzati all'estero, acquistare e confiscare gli attivi del delitto.

A sua volta, è importante considerare che la cooperazione giudiziaria si sviluppa sul piano normativo mediante l'armonizzazione e sul piano processuale operativo mediante l'attività dei giudici, dei procuratori e delle autorità di polizia e la collaborazione con le agenzie coinvolte in questi ambiti. Purtroppo, nell'Ue manca ancora una strategia coerente: la direttiva anticorruzione, adottata recentemente, sebbene rappresenti un importante passo in avanti, dovrà essere recepita all'interno degli ordinamenti degli Stati membri. Per il momento, pertanto le norme nazionali non sono ancora complete né in grado di prevenire e di combattere in modo efficace questo crimine.

In seguito al *Qatargate*, l'Ue ha elaborato un pacchetto di misure per cercare di recuperare la fiducia dei cittadini. Il principale strumento è la direttiva europea anticorruzione. Sebbene sia molto difficile attaccare le reti criminali, la misura è indubbiamente opportuna, dal momento che non esiste una nozione unica, che possa includere tutte le diverse manifestazioni di questo crimine (corruzione e concussione, malversazione e appropriazione indebita, traffico di influenze, divulgazione di informazioni privilegiate, abuso d'ufficio e arricchimento illecito). Inoltre, si tratta di una fattispecie penale, che interagisce in modo inevitabile con altre attività proprie della delinquenza organizzata, come la tratta di esseri umani, il contrabbando e il terrorismo, essendo parte integrante del suo *modus operandi*. Per questo, è importante scoprire i nessi con le diverse fattispecie penali.

La direttiva anticorruzione va oltre la Convenzione delle Nazioni Unite (UNCAC, 2003) (84), che fino a questo momento è stato lo strumento giuridicamente vincolante più importante a livello internazionale, di cui è parte anche l'Ue (85). Trattasi di uno strumento innovativo per contrastare questo crimine sia nel settore pubblico che in quello privato, obbligando gli Stati dell'Ue a tipicizzare le medesime fattispecie penali, a definirle in modo uniforme e a imporre sanzioni

(84) Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, firmata a New York il 31 ottobre 2003.
(85) In particolare, sulla proposta di direttiva anticorruzione, v. L. Salazar, e F. Clementucci, *Per una nuova anticorruzione europea: EU-RBI et orbi*, in *Sistema penale*, 2023; F. Merenda, *L'anticorruzione tra l'integrazione con le altre politiche e la prospettiva della nuova Direttiva Europea*, in *Federalismi.it*, 2025, pp. 39 e ss.

proporzionali, effettive e dissuasive (86). La base normativa della direttiva anticorruzione si rinviene negli artt. 325, 82 e 83 TFUE. Dal punto di vista sostanziale, l'art. 325 TFUE stabilisce la responsabilità condivisa dell'Ue e degli Stati membri di lottare con misure effettive e dissuasorie qualsiasi tipo di attività illegale, che leda gli interessi finanziari dell'Ue, e l'obbligo di concedere una protezione equivalente agli interessi finanziari dell'Ue a quelli degli Stati membri. In tal modo, è stata aggiornata anche la direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (87).

Ai sensi dell'art. 83.1 TFUE, la corruzione è un delitto con una speciale dimensione transnazionale. L'elemento extraterritoriale legittima il PE e il Consiglio ad intervenire, adottando in conformità con il procedimento legislativo ordinario norme minime attraverso lo strumento della direttiva (88). La Direttiva anticorruzione, che recepisce una definizione ampia di questo crimine, ha lo scopo di armonizzare le sue diverse manifestazioni, facilitando in tal modo il funzionamento effettivo degli strumenti di cooperazione giudiziaria.

L'armonizzazione normativa è molto importante perché la costruzione di un diritto penale anticorruzione produce effetti positivi anche sullo sviluppo di una cultura comune, che permetta di comprendere il disvalore di questo crimine. Inoltre, in questo caso, si tratterebbe di una armonizzazione delle fattispecie di reato e delle correlative sanzioni, che sebbene imponga obblighi di criminalizzazione in capo agli Stati membri, permette loro di continuare a disporre di uno spazio di discrezionalità per adattare la normativa dell'Ue alle specificità degli ordinamenti interni e al loro contesto.

Dal punto di vista processuale-operativo, l'art. 82.1 *d)* TFUE prevede l'adozione di misure, che facilitino la cooperazione tra le autorità giudiziarie o equiva-

(86) L'Italia, ad esempio, nel dibattito parlamentare considerò che la proposta di direttiva sulla corruzione non rispettava i principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Non trattandosi di reati transnazionali, la Ue non sarebbe stata competente per armonizzare questo ambito. Questa interpretazione, nonostante, non considera né la distribuzione delle competenze *ex* art. 5 TUE, art. 4, §2, TFUE e art. 83 TFUE né, in generale, l'acquisito carattere transnazionale della corruzione nella società attuale fortemente globalizzata e digitalizzata. Per un'analisi più dettagliata, v. M. Gambardella, *op. cit.*

(87) I principali precedenti nell'ambito dell'Ue furono: l'Atto del Consiglio, del 26 luglio 1995, che stabilisce la convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, OJ C 316, 27 novembre 1995.

Azione comune del 22 dicembre 1998 adottata dal Consiglio sulla base dell'art. K.3 del trattato sull'Unione europea, sulla corruzione nel settore privato, OJ n. L 358, 31 dicembre 1998; e la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato, OJ L 192, 31 luglio 2003.

(88) L'art. 83.1 TFUE include espressamente tra gli "euro-delitti" la corruzione insieme al "terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro", "contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata".

lenti degli Stati membri nel procedimento penale e nell'esecuzione delle decisioni giudiziarie, così come l'adozione di norme comuni relative alla giurisdizione in materia penale (89). In effetti, come è risaputo, la percezione della gravità di questo delitto nei diversi paesi dell'Ue e, specialmente, nei paesi terzi varia da uno Stato all'altro. L'adozione di norme minime incentiverebbe la formazione degli operatori giuridici, dei funzionari pubblici e dei corpi e delle forze di sicurezza. Allo stesso tempo, contribuirebbe a migliorare la collaborazione e la cooperazione di tutti gli attori in questo ambito (OLAF, Europol, Eurojust, Procura Europea). Inoltre, questa misura è parte di un pacchetto più ampio di strumenti normativi, tra cui la proposta dell'Alto Rappresentante dell'Ue per gli Affari Esteri di decisione del Consiglio relativa all'adozione di misure restrittive contro gli atti gravi di corruzione per evitare le interferenze straniere (90). Quest'ultima proposta è stata incentivata dalla modifica dell'art. 83 TFUE, che ha incluso tra le "sfere di criminalità" sulla quale l'Ue può legiferare anche la violazione delle misure restrittive adottate con decisioni Pesc" *ex* art. 29 TUE.

4.3 La necessità di integrare la cornice anticorruzione con la normativa dell'Ue in materia di lotta contro la criminalità transnazionale

L'implementazione della direttiva anticorruzione dell'Ue esige di interpretare e applicare detta misura insieme al corpus normativo in materia di lotta contro la criminalità transnazionale grave adottato nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, con l'inclusione degli strumenti di riconoscimento mutuo delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, e di cooperazione di polizia, al fine creare una cornice legale di risposta integrata.

È sufficiente pensare all'importanza della direttiva (UE) 2024/1640 (91) sui meccanismi che devono stabilire gli Stati membri per prevenire l'uso del sistema finanziario per la confisca o il finanziamento del terrorismo, e la direttiva (UE) 2024/1260 sul recupero e la confisca degli attivi (92). Quest'ultima, che "equipararebbe alle autorità con migliori strumenti per privare i gruppi di delinquenza organizzata dei mezzi finanziari necessari per continuare a delinquere e commet-

(89) Sulla necessità di armonizzare questi ambiti v. European Commission, DG HOME, I. Gaglio, J. Guzzon, K. Bartz, et al., *Strengthening the fight against corruption. Assessing the EU legislative and policy framework: final report for acceptance*, Oficina de Publicaciones, 2023.
(90) *Vid*. también la Propuesta del Alto representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad al Consejo de Decisión del Consejo relativa a la adopción de medidas restrictivas contra los actos graves de corrupción [HR(2023)108] para evitar las interferencias extranjeras.
(91) DO L 2024/1640, 19 giugno 2024.
(92) DO L 2024/1260, 2 maggio 2024.

tere atti di corruzione" (93), potrebbe rappresentare un esempio per favorire la cooperazione giudiziaria con i paesi terzi, che spesso risulta essere molto difficile. Il dialogo con i paesi extra-Ue dipende, in sostanza, non solo dalla ratifica ed implementazione dei trattati in questo ambito, ma dal livello di sviluppo dei loro sistemi di giustizia e, pertanto, dal rispetto dei principi democratici e delle relazioni diplomatiche tra gli Stati coinvolti (94).

In questa cornice, non si può trascurare poi l'importanza della corretta applicazione della direttiva (UE) 2019/1937 (95), che regola la posizione dei denuncianti (*whistleblowers*). In effetti, la protezione delle persone che informano sulle infrazioni di diritto dell'Ue, come i casi di frode, corruzione e qualsiasi altra attività illegale che pregiudichi gli interessi finanziari dell'Ue, è di prioritaria importanza per assicurare le indagini e i processi, migliorando la trasparenza e l'assunzione delle responsabilità.

Tuttavia, sebbene la direttiva (UE) 2019/1937 conceda protezione a queste persone, da una parte, ci sono Stati, che hanno recepito questa misura in

(93) *Ibidem*, exposición de motivos (Preambolo). Al riguardo, *v.* F.J. Garrido Carrillo, *Cuestiones pendientes sobre el decomiso ocho años después. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre recuperación y decomiso de activos*, in *Revista de Estudios Europeos*, Extra 1, 2023, pp. 311 e ss.

(94) Come segnala il considerando n. 3, la Direttiva 2024/1260, "Le organizzazioni criminali generalmente reinvestono parte dei profitti derivanti da attività criminali per creare una base finanziaria che consenta loro di proseguire tali attività. Inoltre, le organizzazioni criminali ricorrono spesso alla violenza, alle minacce, all'intimidazione o alla corruzione, per acquisire il controllo di imprese, ottenere concessioni e autorizzazioni, aggiudicarsi appalti o sovvenzioni, realizzare profitti o vantaggi illeciti o infiltrarsi in infrastrutture chiave come i centri logistici. Pertanto tali organizzazioni incidono negativamente sulla libertà di concorrenza o influenzano le decisioni delle autorità pubbliche, minacciando lo Stato di diritto e la democrazia. Le organizzazioni criminali sono diventate operatori economici di portata mondiale con obiettivi imprenditoriali. Privare i criminali dei profitti illeciti è essenziale per smantellare le loro attività e impedire loro di infiltrarsi nelle economie legali". In modo più specifico, sul ruolo della confisca nella corruzione v. N. Rodríguez García, *En la búsqueda de un sistema penal más eficaz en el combate a la corrupción: Expectativas depositadas en el decomiso*, in *Encuentros multidisciplinares*, Vol. 22, n. 65, pp. 1 e ss.; Id., *Dilemas en el diseño de una estrategia efectiva en la recuperación de activos procedentes de la corrupción*, in N. Rodríguez García, F.C. Rodríguez López (coords.), *Corrupción y desarrollo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 353 e ss.; e più recentemente N. Rodríguez García, A.E. Carrillo del Teso (dirs.), *Alertadores, corrupción y cumplimiento normativo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

(95) DO L 305 de 26.11.2019. E. Guichot Reina, *Hacia una convergencia en la protección del whistleblower en el derecho europeo*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 28, n. 79, 2024, pp. 175 e ss.; V. Abazi, *Whistleblowing in the European Union*, in *Common Market Law Review*, n. 58, 2021, pp. 813 e ss.; L. Ambler e C. Leger, *Whistleblower protection. The next frontier in the transnationalization of anti-corruption law*, in R. Bismuth, J. Dunin-Wasowicz, e P. Nichols (eds.), *The transnationalization of anti-corruption law*, Routledge, London, 2021, pp. 307 e ss.; J. Miranzo Diaz, *La nueva directiva europea de protección del denunciante: un análisis desde el Derecho Público*, in *Revista General de Derecho Europeo*, n. 49, 2019; J.A. Viguri Cordero, *La protección de los denunciantes en el contexto europeo análisis normativo, jurisprudencial y de revisión de los órganos y agencias especializadas*, Dykinson, Madrid, 2024.

ritardo (Polonia è stato l'ultimo Stato a fine giugno 2024) e altri che la hanno trasposto incorrettamente. Inoltre, sono ancora importanti gli ostacoli per denunciare casi di corruzione. È sufficiente pensare che solo il 43 % degli europei sa dove denunciare un caso di questo tipo e in molte occasioni si rinuncia ad informare per timore di soffrire rappresaglie (96). Inoltre, le donne sono solite denunciare meno per il rischio di soffrire pregiudizi, critiche e rivittimizzazione. Per questo, è molto importante che i canali di denuncia siano effettivi, confidenziali e sicuri.

Infine, è molto importante pensare alla particolare funzione che svolgono i giornalisti di inchiesta. Al riguardo, la Ue ha adottato il regolamento (UE) 2024/1083, che istituisce un quadro comune per i servizi di media nell'ambito del mercato interno e che modifica la direttiva 2010/13/UE (regolamento europeo sulla libertà dei media) (97), e la direttiva 2024/1069 sulla protezione delle persone attive nella partecipazione pubblica da domande manifestamente infondate o procedimenti giudiziari abusivi («azioni legali strategiche tese a bloccare la partecipazione pubblica»/*Strategic lawsuit against public participation*"), interposte da persone o enti di potere (imprese o organi dello Stato), e il suo *chilling effect*, permettendo loro di difendersi (98). Tali atti devono essere letti congiuntamente.

Il regolamento sulla libertà dei media ha l'obiettivo di assicurare l'indipendenza editoriale e funzionale (99), l'imparzialità e la pluralità dei servizi di comunicazione, contrastando direttamente o indirettamente le interferenze nell'opinione pubblica. Queste ingerenze possono procedere dallo Stato o da altri attori, come "autorità pubbliche, funzionari eletti, funzionari amministrativi e personaggi politici" o "gli azionisti o le altre parti private" (100). Tali gruppi possono esercitare pressioni mediante la disinformazione, la manipolazione dell'informazione o le ingerenze di terzi.

---

(96) European Commission, 2024 Rule of Law Report The rule of law situation in the European Union, p. 23.

(97) Regolamento (UE) 2024/1083 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 aprile 2024, che istituisce un quadro comune per i servizi di media nell'ambito del mercato interno e che modifica la direttiva 2010/13/UE (regolamento europeo sulla libertà dei media), PE/4/2024/REV/1, DO L 2024/1083, 17 aprile 2024.

Sulla protezione dei giornalisti nel diritto dell'Ue v. C. Pauner Chulvi, *La protección de las fuentes periodísticas en la era digital y el impulso regulatorio de la Unión Europea,* in *Teoría y realidad constitucional*, n. 54, 2024, pp. 189 e ss.

(98) Direttiva (UE) 2024/1069 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 aprile 2024, sulla protezione delle persone attive nella partecipazione pubblica da domande manifestamente infondate o procedimenti giudiziari abusivi («azioni legali strategiche tese a bloccare la partecipazione pubblica»), PE/88/2023/REV/1, OJ L, 2024/1069, 17 aprile 2024.

(99) Art. 5, Regolamento (UE) 2024/1083.

(100) Considerando n. 18 e art. 4, Regolamento (UE) 2024/1083.

I giornalisti soffrono aggressioni, specialmente quando investigano presunti casi di corruzione, essendo attaccati per il ruolo di contropotere che svolge l'accesso all'informazione. Una informazione libera permette ai cittadini di formarsi un'opinione critica, di avere fiducia nelle istituzioni e pertanto di partecipare in modo attivo ai processi democratici, controllando l'esecutivo. Per questo, sia i governi meno liberali, como quelli più liberali, sono interessati a mantenere il controllo dei *mass media*.

Questa professione espone inevitabilmente alla cattura per il rischio di essere sottoposti a misure dissuasorie, volte ad impedire il corretto esercizio delle proprie funzioni. In troppe circostanze, i giornalisti sono costretti a decidere se svolgere correttamente il loro lavoro, cercando di scoprire la verità e quindi diffondere informazione obiettiva e verace, perché ciò significherebbe mettere a rischio la propria vita e quella dei loro familiari.

Quanto alla direttiva anti-slapp, questa misura intende contrastare i c.d. "processi strategici contro la partecipazione pubblica", sollevati da persone o entità con potere (imprese o organi dello Stato). Queste azioni hanno l'obiettivo di indurre le voci critiche, come quelle dei giornalisti, al silenzio per gli ingenti costi e le conseguenze che tali processi comportano. Per questo, è importante fomentare investigazioni e il giudizio effettivo e imparziale dei reati contro i giornalisti, che permettano di imporre sanzioni effettive, proporzionate e dissuasorie nei confronti di coloro che promuovo tali azioni e in tal modo impediscano lo sviluppo di una "cultura dell'impunità".

5. Conclusioni

Il carattere endemico della corruzione costituisce parte integrante degli schemi di potere. Sebbene tale profilo impedisca di estirparla, è tuttavia possibile elaborare una strategia in grado di limitarla. Per questo, sia l'Ue sia gli Stati membri hanno il dovere di intervenire per cercare di limitare questo fenomeno criminale e la sua acquisita dimensione transnazionale. Il presente contributo si è concentrato sul fenomeno della corruzione istituzionale, in particolare di carattere politico. Si tratta di un crimine molto insidioso, non solo perché in molte occasioni non è possibile percepirlo, non manifestandosi in modo evidente, ma per l'impatto sullo Stato di diritto. Sebbene si assista a un male endemico, che può interessare anche gli Stati democraticamente più forti, esiste una forte connessione tra la corruzione e la *rule of law backsliding,* ovvero il processo di involuzione, che sta interessando alcuni Stati dell'Ue, i quali hanno assunto un carattere illiberale, e il circolo vizioso, che si crea tra questi due fenomeni.

In altri termini, i processi di regressione democratica potenziano inevitabilmente lo sviluppo di schemi corruttivi. Il fatto che questo crimine riesca a pene-

trare "nelle" istituzioni e pertanto si muova all'interno dell'apparato statale fa sì che in molte occasioni non venga percepito, sia tollerato e addirittura giustificato, come se fosse un comportamento *secundum legem*. Tale percezione contribuisce a normalizzare e a legittimare questo fenomeno criminale.

L'Ungheria, la Polonia e la Romania ma anche la Spagna sono esempi in questo senso. In questa cornice, la situazione dello Stato spagnolo è forse la più particolare, perché in pochi anni è passato da essere uno degli Stati meno corrotti, grazie allo sviluppo seguito alla transizione costituzionale, ad essere uno Stato in cui la corruzione è riuscita a penetrare nel cuore delle strutture di governo e delle alte istituzioni.

L'Ue è consapevole della situazione, sebbene purtroppo per il momento non è intervenuta per ragioni di opportunità politica. Il Paese si trova in una fase in cui per bloccare questo processo di involuzione non è più sufficiente conformarsi alle raccomandazioni del GRECO, in cui si esorta a modificare, ad esempio, il metodo di selezione e la durata del mandato del Procuratore generale, a riformare il CGPJ, affinché sia davvero indipendente dall'esecutivo, e ad adottare un "codice di condotta" accessibile al pubblico per i membri del Parlamento. Il recepimento normativo di queste raccomandazioni richiede di essere accompagnato da una serie di altre misure, in particolare dal ricambio e dalla rigenerazione della classe politica.

Inoltre, al di là del contesto di involuzione democratica, che sta interessando in particolare determinati Stati dell'Ue, non si può trascurare che la complessità di questo crimine è stata ulteriormente rafforzata dall'acquisita dimensione multilivello e dall'uso-abuso delle nuove tecnologie. Per contrastarlo l'Unione europea, in seguito al Qatargate, ha attivato un'interessante strategia di lotta. Detta azione si muove tra l'armonizzazione normativa, la cui finalità è creare una cornice europea anticorruzione, della quale la direttiva anticorruzione rappresenterebbe il principale strumento, e la cooperazione giudiziaria in materia penale e la cooperazione di polizia. L'applicazione congiunta di tutte queste misure, che intendono creare una cornice legale per la "nuova *governance*" della corruzione, potrebbe rappresentare un passo importante. In effetti, è necessario raggiungere la "progressiva osmosi" (101) tra la lotta contro la criminalità organizzata e la corruzione (102) per studiare a breve termine l'efficienza e l'effettività delle misure repressive e preventive esistenti (103).

---

(101) V. Mongillo, *La legge 'spazzacorrotti': ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 5, 2019, pp. 231 ss., sul punto v. pp. 247 e ss.

(102) A. La Spina, F. Roberti, *Il contrasto alla mafia e alla corruzione: una panoramica sugli sviluppi recenti*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, 2018, pp. 441 e ss.

(103) R. Cantone, E. Carloni, *Corruzione e anticorruzione: Dieci lezioni*, cit.

Il riconoscimento a livello nazionale degli standard elaborati nel seno dell'Ue produce effetti positivi non solo nei diversi Stati membri ma anche nell'Ue nel suo insieme. Da una parte, dal punto di vista interno, l'incorporazione della regolamentazione stabilita dal legislatore europeo dovrebbe favorire una risposta interna più efficace, facilitando la diffusione e l'interiorizzazione di una cultura nell'immaginario collettivo e il conseguente rifiuto di condotte di questo tipo da parte dei cittadini. Dall'altra, l'adozione di una azione condivisa può svolgere un ruolo determinante nell'applicazione pratica e nel corretto funzionamento degli strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia e dell'intervento delle agenzie dell'Ue e delle altre autorità competenti.

Il rafforzamento di questa strategia di lotta può contribuire a sviluppare una coscienza e una percezione comune della gravità e del disvalore di questo crimine. In aggiunta, non si può trascurare che, quando la corruzione diviene un fenomeno sistemico, produce effetti pregiudizievoli a catena sugli altri elementi strutturali dello Stato di diritto, legittimando l'Ue a servirsi degli strumenti di condizionalità, come il regolamento 2092/2020. La possibilità di bloccare la concessione dei fondi europei in situazioni di questo tipo continua ad essere la misura più incisiva.

Il successo della strategia di risposta dell'Ue al fenomeno della corruzione richiede pertanto, da una parte, una lettura sistematica ed integrata della cornice anticorruzione europea e della normativa sulla salvaguardia dello Stato di diritto con le misure in materia di cooperazione giudiziaria in materia penale e cooperazione di polizia. Tuttavia, non si può trascurare un elemento limitante, che può vanificare l'intervento dell'Ue nei confronti degli Stati più "ribelli" in termini democratici: il carattere politico del suo intervento, che produce un doppio standard di tutela, basato su criteri di mera opportunità.

Il presente contributo, in cui si intende analizzare come la corruzione incide sullo Stato di diritto, si struttura in tre parti: nella prima, di carattere introduttivo, si analizzeranno la nozione e le dimensioni che la corruzione politica ha assunto nella società attuale. In particolare, ci si concentrerà sul carattere transnazionale in un contesto digitalizzato. Nella seconda parte si approfondiranno gli effetti di questo fenomeno sullo Stato di diritto, facendo riferimento prima alle tendenze generali nell'Unione europea e poi in modo più specifico alla situazione in Spagna. Infine, la terza parte avrà ad oggetto la strategia dell'Ue per contrastare questa forma di criminalità, nell'ambito della quale la cooperazione giudiziaria in materia penale e la cooperazione di polizia assumono un ruolo determinante.

The purpose of this paper is to analyse how corruption affects the rule of law. It is divided into three parts: the first introductory part will focus on the concept and scope of political corruption. Specially, it will consider its transnational nature in a digitalised context. The second part will examine in depth the effects of this phenomenon on the rule of law. It will examine before general trends within the European Union and after in specific way the situation in Spain. Finally, the third part will address the EU's strategy for combating this form of crime, in which judicial cooperation in criminal matters and police cooperation play a decisive role.

Lino Panzeri
(Università dell'Insubria)

La tutela delle "lingue immigrate" in Italia (*)

Sommario: 1. Dinamiche migratore e dimensione linguistica: "lingue immigrate", "lingue etniche" e "lingue ereditarie". - **2.** Il fondamento costituzionale della tutela delle lingue immigrate alla luce, in particolare, di un'interpretazione evolutiva dell'art. 6 Cost. - **3.** Le ragioni della (finora) trascurata tutela delle lingue immigrate e le (crescenti) sfide del multiculturalismo. - **4.** Il "governo" del neoplurilinguismo tra resistenze politiche e suggestioni riformatrici.

1. Dinamiche migratore e dimensione linguistica: "lingue immigrate", "lingue etniche" e "lingue ereditarie"

L'intensificazione dei flussi migratori verso l'Italia ha posto all'attenzione del decisore politico moltissime sfide, funzionali al consolidamento di una società inclusiva e pienamente rispettosa degli impegni formalizzati dalla Costituzione repubblicana. Per quanto essa sia nata in una fase storica nella quale l'immigrazione non costituiva un tema attuale (semmai, lo era il fenomeno opposto, che spingeva l'Italia alla tutela dei propri emigrati all'estero ed al mantenimento di un qualche legame di costoro con la Patria), l'accoglimento del principio personalistico e l'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale offrono una chiara cornice di riferimento per il "governo" di questo fenomeno, che assume caratteristiche ormai strutturali (1).

La garanzia dei diritti di cui ciascun immigrato è titolare sollecita una pluralità di interventi, da indirizzare alla soddisfazione non soltanto, preliminarmente, dei bisogni essenziali di cui è portatore, ma anche di quelli aventi altra natura, che incidono su piani diversi ma non per questo sono da ritenere secondari. Tra questi, un'indubbia centralità assumono i diritti afferenti alla sfera linguistica, tanto più rilevanti quanto più si consideri, oltre alla dimensione individuale, il significato

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione da parte di due *referee*.

(1) Sulle caratteristiche del fenomeno immigratorio in Italia resta attuale lo studio di C. Bonifazi, *L'immigrazione straniera in Italia*, Bologna, 2007; tra gli studi più recenti cfr. altresì M. Colucci, *Storia dell'immigrazione straniera in Italia. Dal 1945 ai nostri giorni*, Roma, 2018.

che ogni idioma reca con sé. Esso, infatti, non costituisce soltanto un mezzo che consente agli appartenenti ad un gruppo di relazionarsi, ma «la componente più immediatamente percepibile […] di un determinato patrimonio culturale, inteso come insieme di elementi materiali e immateriali da proteggere e tramandare alle generazioni future in quanto significativo della peculiarità di un popolo ovvero di comunità particolari» (2).

La lingua, in questo modo, assume un'inedita centralità anche per il diritto (3).

Essa, innanzi tutto, può costituire un elemento di discriminazione, da superare assicurando all'immigrato la possibilità di comprendere i diritti di cui è titolare già nel momento del suo ingresso nel territorio nazionale. Il riconoscimento di questa garanzia, tuttavia, non è sufficiente. Avviato il percorso di integrazione, infatti, si pone per l'immigrato l'esigenza di apprendere la lingua della maggioranza, indispensabile per la promozione delle relazioni sociali, ambientali e lavorative e, nel medio termine, per l'interiorizzazione dei princìpi sui quali si fonda la società che lo ha accolto (4). Ancorché indispensabile, tuttavia, neppure l'apprendimento della lingua della maggioranza è una condizione sufficiente per realizzare efficaci politiche d'integrazione, per lo meno ove s'intenda questo processo non solo quale adattamento, ma anche quale interazione (5). Come ben dimostra l'esperienza dei Paesi europei ove il moderno fenomeno migratorio ha origini più risalenti che in Italia, come la Francia, la formale integrazione dei cittadini aventi un *background* straniero non sempre è stata soddisfacente sul piano sostanziale (6). La formazione di società culturalmente composite richiede, infatti, il consolidamento di un autentico multiculturalismo – corrispondente ad un «preciso modello politico,

(2) Così, V. Piergigli, *La valorizzazione delle identità minoritarie e della diversità culturale nelle Costituzioni africane vigenti*, in *federalismi.it - Focus Africa*, 2013, pp. 1-2. Sul valore identitario della lingua cfr. altresì G. de Vergottini, *Introduzione alla sessione*, in AA.VV., *Annuario 2022. Lingua linguaggi diritti. Atti del XXXVII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti (Messina-Taormina, 27-29 ottobre 2022)*, Napoli, 2023, pp. 27 e ss., e, *ivi*, anche G. Pitruzzella, *Identità, linguaggio e integrazione europea*, pp. 35 e ss., e G. Demuro, *Identità linguistica e forma di Stato*, pp. 57 e ss.; dalla prospettiva sociolinguistica, sul significato, oltre che comunicativo, anche simbolico della lingua cfr. V. Dell'Aquila, G. Iannàccaro, *La pianificazione linguistica. Lingue, società e istituzioni*, Roma, 2004, p. 19.

(3) Cfr. A. Pizzorusso, *L'uso della lingua come oggetto di disciplina giuridica*, in *Le Regioni*, 1990, pp. 7 e ss.

(4) Cfr. G. Poggeschi, *I diritti linguistici. Un'analisi comparata*, Roma, 2010, p. 34.

(5) Sull'irriducibile ambivalenza che caratterizza l'integrazione, potendo essa intendersi, in modo unilaterale, come adattamento e, in modo bilaterale, come interazione cfr. E. Cellini, R. Fideli, *Gli indicatori di integrazione degli immigrati in Italia. Alcune riflessioni concettuali e di metodo*, in *Quaderni di Sociologia*, 2002, 28, pp. 60 e ss., §3. Sulla controversa nozione di integrazione cfr. altresì M.C. Locchi, *Integrazione (contratti di)*, in S. Bagni et Al. (a cura di), *Interculturalismo. Lessico comparato*, Napoli, 2024, pp. 316 e ss.

(6) Sulle aspettative deluse del modello assimilazionista francese cfr. G. Cerrina Feroni, *Diritto costituzionale e società multiculturale*, in *Rivista AIC*, 2017, 1, pp. 13-16.

giuridico ed etico» (7) –, l'interiorizzazione degli immigrati quali parti integranti delle società e non meri compresenti (8) e, ancora, il riconoscimento giuridico della diversità (anche) linguistica di cui essi sono portatori, nella consapevolezza che ogni lingua, idonea come tale a svolgere una funzione tanto inclusiva quanto identitaria (9), può trasformarsi da «fattore di divisione» in un «ponte di collegamento fra le genti» (10).

La dottrina linguistica, sul tema, offre al diritto utili spunti, innanzi tutto qualificatori, necessari per definire le questioni dirimenti ed ipotizzare garanzie efficaci.

In particolare, è oggi condivisa la nozione di «lingue immigrate» che, a differenza delle «lingue dei migranti» (caratterizzate «[dal]l'alto tasso di mobilità migratoria individuale, [dal]la fluttuazione dei gruppi in un contesto locale e [da]l conseguente non radicamento della nuova lingua nello spazio idiomatico locale»), si contraddistinguono per «scarsa fluttuazione e […] sicuro radicamento sociale», con la conseguente capacità delle stesse «di condizionare l'assetto idiomatico locale, i comportamenti comunicativi negli schemi di interazione, la rete dei codici presenti e visibili nella società» (11). Le «lingue immigrate», inoltre, sono utilizzate da gruppi sufficientemente numerosi da costituire «una vera "comunità migrante"», che hanno «un progetto migratorio di lunga durata, se non definitiva», e che manifestano «la volontà (anche attraverso la creazione di associazioni e istituzioni proprie) di mantenere la lingua, la cultura e l'identità d'origine, in modo esclusivo o in combinazione con la lingua e la cultura d'arrivo» (12).

---

(7) Così, a margine della distinzione tra «società multiculturale» (o «Stato multiculturale») e «multiculturalismo», G. Cavaggion, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, Torino, 2018, p. 130. Sugli elementi che definiscono lo Stato multiculturale come anello ulteriore nella catena evolutiva dello Stato democratico cfr. E. Ceccherini, *Multiculturalismo (dir. comp.)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, *Aggiornamenti*, II, Torino, 2008, pp. 486-489.

(8) Secondo G. Azzariti, *Cittadinanza e multiculturalismo: immagini riflesse e giudizio politico*, in *Diritto pubblico*, 2008, spec. pp. 190-191, il consolidamento di una società multiculturale e democratica implica il superamento di un'azione basata soltanto sull'"accoglienza" e sull'"ospitalità" degli stranieri.

(9) Su questa duplice funzione insiste, da ultimo, P. Caretti, *Lingua*, in G. Matucci (a cura di), *Lingua. Fra identità e integrazione*, Roma, 2025, spec. p. 2.

(10) Così, G. Matucci, *La lingua come fattore culturale-identitario*, in Ead. (a cura di), *Lingua*, cit., p. 17.

(11) Così, C. Bagna, S. Machetti, M. Vedovelli, *Italiano e lingue immigrate: verso un plurilinguismo consapevole o verso varietà di contatto?*, in A. Valentini et Al. (a cura di), *Ecologia linguistica. Atti del XXXVI Congresso internazionale di studi della Società di linguistica italiana (Bergamo, 26-28 settembre 2002)*, Roma, 2003, p. 203; sul piano definitorio cfr. altresì, più di recente, M. Vedovelli, *Le lingue immigrate nello spazio linguistico italiano globale*, in Id. (a cura di), *L'italiano dei nuovi Italiani. Atti del XIX Convegno nazionale del GISCEL di Siena, Università per Stranieri di Siena, 7-9 aprile 2016*, Roma, 2017, pp. 34 e ss.

(12) Così, V. Orioles, *Modelli di tutela a confronto: promuovere la ricerca e la formazione o assecondare la deriva burocratica?*, in C. Consani, P. Desideri (a cura di), *Minoranze linguistiche. Prospettive, strumenti, territori*, Roma, 2007, p. 331.

Talvolta, la dottrina linguistica utilizza anche altre espressioni, quali «lingue d'origine degli stranieri stabilmente presenti in Europa» (13), «lingue etniche» (14) o, ancora, «lingue ereditarie». Queste ultime costituiscono idiomi parlati in famiglia o nella comunità di origine da soggetti bilingui che, nati e cresciuti in un Paese di cui padroneggiano la lingua ufficiale, hanno però anche qualche competenza della lingua d'origine della famiglia, la cui trasmissione, attraverso i genitori od altri familiari, avviene quasi sempre in modo informale (15). Esse non sono propriamente lingue immigrate, in quanto i locutori delle lingue ereditarie, pur avendo un *background* migratorio, sono nati e cresciuti nel Paese d'arrivo di genitori o nonni; ma, a differenza di questi ultimi, che hanno ricevuto un qualche tipo di istruzione L1 nel Paese d'origine, le seconde e terze generazioni vantano una conoscenza precoce della lingua ufficiale e l'apprendimento della lingua avìta – appunto, ereditaria – avviene attraverso canali informali (16). Proprio per questo, la relativa tutela pone interrogativi che riguardano non solo i Paesi mèta di recenti flussi migratori ma anche quelli extraeuropei che lo sono stati nei secoli scorsi, tra i quali il Brasile (17).

---

(13) Così, M. Simoniello, *L*'integrazione *nella diversità: lo spazio possibile (e necessario) delle lingue di origine degli stranieri residenti nella politica linguistica dell'Unione Europea*, in *De Europa*, 2023, 6, 1, 2023, pp. 88-90.

(14) L'espressione indica «la lingua della comunità d'origine di una persona quando questa lingua non sia la sua lingua materna, ma sia comunque presente nell'ambiente degli immigrati»: così, P.E. Balboni, *Etnica, lingua*, in Id., *Dizionario di glottodidattica*, Perugia-Welland, 1999, p. 40.

(15) Sulla nozione, in generale, T.G. Wiley, *On Defining Heritage Languages and their Speakers*, in J. K. Peyton et Al. (Eds.), *Heritage Languages in America. Preserving a National Resource*, Washington-McHenry, 2001, pp. 29 e ss., M. Polinsky, *Heritage Languages and their Speakers*, Cambridge, 2018, S. Aalberse, A. Backus, P. Muysken, *Heritage languages. A language contact approach*, Amsterdam, 2019. Cfr. altresì F.R. Moro, *Lingue ereditarie nei Paesi Bassi; innovazioni morfosintattiche*, in A. Marra, S. Dal Negro (a cura di), *Lingue minoritarie tra localismi e globalizzazione*, Milano, 2020, p. 351, che ben sintetizza gli elementi caratterizzanti le lingue ereditarie, sottolineandone: l'apprendimento dalla nascita, a volte contemporaneamente alla lingua dominante del Paese in cui il parlante vive; l'apprendimento spontaneo, all'interno del contesto familiare; il valore culturale e/o identitario che assume per il parlante; l'essere la lingua di una comunità o di un gruppo di persone che condividono una stessa provenienza geografica e/o un'identità culturale; l'essere una lingua di migrazione, non autoctona e priva di ufficialità nel Paese di riferimento.

(16) Cfr., ancora, F.R. Moro, *Lingue ereditarie*, cit., pp. 352-353.

(17) Il Brasile, tra il XIX ed il XX secolo, è stato mèta di destinazione di milioni di emigrati dall'Europa e, in misura significativa, anche dall'Italia (su questo flusso, già G. Mortara, *Cento anni di emigrazione italiana in Brasile. Nota statistica*, in *Giornale degli Economisti e Annali di Economia*, 1962, 9-10, pp. 573 e ss.; anche rispetto alla trasmissione identitaria, cfr., tra i molti, A. Trento, *Do outro lado do Atlântico. Um século de Imigração italiana no Brasil,* São Paulo, 1989, S. De Andreis, E. Bernardini, *Italiani in Brasile fra migrazione e tutela della cultura*, in A. Casella Paltrinieri (a cura di), *Brasile-Italia: andata e ritorno. Storia, cultura, società. Confronti interdisciplinari. Atti del Convegno internazionale (Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 20-22 ottobre 2016*), 2018, 5, pp. 176 e ss.). Proprio per questo motivo, il tema dell'italiano quale lingua ereditaria ha assunto un crescente interesse, sollecitando studi in àmbito linguistico (di recente,

A prescindere da ogni ulteriore sforzo qualificatorio, che pure è indispensabile per valutare e predisporre misure di tutela, il dato certo è che tali patrimoni linguistici, che convivono con la lingua maggioritaria in un rapporto di scambio e confronto costante (18), costituiscono una risorsa preziosa, non solo in ragione – come detto – del valore culturale ed identitario di cui ogni idioma è espressione, ma anche per il successo dei processi di inclusione.

2. Il fondamento costituzionale della tutela delle lingue immigrate alla luce, in particolare, di un'interpretazione evolutiva dell'art. 6 Cost.

Al fine di individuare le possibilità di tutela dei richiamati patrimoni linguistici (per quanto – come detto – variamente qualificabili sul piano definitorio) occorre considerare, preliminarmente, la classificazione dei diritti linguistici proposti dalla dottrina giuridica, che ha distinto quelli di prima, seconda e terza specie (19). I primi garantiscono che la lingua madre o prevalente non costituisca motivo di discriminazione: essi, in quanto strumentali all'esercizio di diritti fondamentali, erano in origine riconosciuti soltanto ai cittadini, ma oggi, quale conseguenza dell'universalizzazione dei diritti stessi, spettano anche agli stranieri; i diritti di seconda specie sono diretti alla tutela delle minoranze storiche o nazionali radicate in un determinato Paese; infine, i diritti di terza specie riguardano gli immigrati e i loro discendenti stabilmente inseriti in uno Stato la cui lingua dominante è diversa dalla loro.

Se i diritti linguistici appartenenti alle prime due categorie non pongono particolari criticità, essendo la relativa tutela ormai pienamente acquisita, è con riferimento a quelli di terza specie che persistono le maggiori difficoltà, derivanti dalla necessità non solo di definire tecniche di tutela nuove, ma anche di superare diffuse resistenze politiche e culturali della maggioranza.

A tal fine, è necessario accertare in via preliminare l'esistenza di un fondamento costituzionale che legittimi azioni *ad hoc*.

C. Bagna, *America Latina*, in M. Vedovelli (a cura di) *Storia linguistica dell'emigrazione italiana nel mondo*, Roma, 2021, pp. 339 e ss.) e la definizione di specifiche misure di riconoscimento (v., *infra*, nota (96)).

(18) Sulla complessità di questo rapporto cfr. G. Favaro, *Parole, lingue e alfabeti nella classe multiculturale*, in *Italiano LingueDue*, 2012, 1, pp. 253 e ss., che, nell'approfondire la condizione linguistica dei giovani immigrati, utilizza l'espressione "bilinguismi", al plurale, funzionale a descrivere un patrimonio linguistico individuale che «non è un sistema solido e immutabile, definito e stabilito una volta per tutte», ma che, al contrario, costituisce «una costellazione fluida, nella quale l'egemonia di una lingua sull'altra, la gerarchia interna, il grado di padronanza assoluto e relativo variano continuamente nel tempo e nello spazio» (p. 253).

(19) Cfr. G. Poggeschi, *I diritti linguistici*, cit., pp. 32 e ss.; sull'accoglimento di questa distinzione da parte della dottrina linguistica cfr. M. Santipolo, *Dei diritti (e doveri…) linguistici*, in *EL.LE*, 2018, 7, 2, pp. 193-195.

In questo senso, muovendo dall'equiparazione tra cittadini e stranieri nella titolarità dei diritti inviolabili dell'uomo, ed inclusi tra questi anche il diritto alla trasmissione di una lingua diversa dall'italiano, è stato invocato l'art. 2 Cost. (20). È stato altresì considerato l'art. 3 Cost., che, impegnando la Repubblica alla rimozione degli ostacoli che impediscono l'uguaglianza sostanziale, assicura l'adozione a favore degli immigrati di misure idonee al superamento di ogni svantaggio linguistico che ne limiti il godimento dei diritti fondamentali (21); tale obiettivo preclude il disconoscimento aprioristico o, peggio, la stigmatizzazione della lingua trasmessa in famiglia, la quale, anzi, può contribuire al consolidamento dell'identità individuale, contenendo le difficoltà che spesso gli appartenenti alle seconde generazioni vivono nelle fasi più delicate del processo evolutivo.

La tutela delle lingue immigrate trova però soprattutto in altri due parametri il proprio fondamento costituzionale, l'art. 6 e l'art. 9.

Il primo contiene un esplicito riferimento alle «minoranze linguistiche» ed impone alla Repubblica, per la relativa tutela, l'adozione di misure positive, ulteriori cioè rispetto a quelle dirette a realizzare l'uguaglianza sostanziale (22). La scelta di inserire questo precetto, tanto più tra i Princìpi fondamentali della Costituzione, fu condizionata dall'esigenza di offrire una protezione specifica a favore dei gruppi alloglotti radicati nelle aree di confine (a cominciare da quello germanofono dell'Alto Adige), oggetto di specifici obblighi internazionali assunti dall'Italia (23). Il tema della condizione giuridica delle altre alloglossie, invece, durante il dibattito costituente, fu trascurato: le restanti minoranze storiche del Paese (ad esempio quelle albanesi e greche nel Mezzogiorno o quella occitana del Piemonte), pure esistenti, non furono infatti prese in considerazione come meritevoli di attenzione; per quelle immigrate, addirittura, l'esigenza di un confronto nel merito neppure si pose: l'Italia dell'immediato secondo dopoguerra era infatti segnata dal riavvio dei flussi emigratori verso le Americhe o l'Australia, esauritisi soltanto alla metà degli Anni Settanta, non potendosi certo prevedere in quel momento quali dimensioni avrebbero assunto, alcuni decenni dopo, i flussi immigratori provenienti dal sud del Mondo (24).

---

(20) Su questo rilievo, considerando le lingue immigrate, cfr. già M. Cosulich, *Lingue straniere e lingue minoritarie nell'ordinamento repubblicano*, in *Quaderni regionali*, 2012, pp. 141-142.

(21) Sulla duplice declinazione dell'uguaglianza, in "negativo" ed in "positivo", rispetto alla dimensione linguistica cfr. E. Palici di Suni Prat, *Intorno alle minoranze*, II ed., Torino, 2002, pp. 16-17.

(22) Cfr. S. Bartole, *Minoranze nazionali*, in *Novissimo Digesto italiano*, *Appendice*, V, Torino, 1984, p. 45.

(23) L'art. 1 dell'Accordo De Gasperi-Gruber tra Italia ed Austria del 1946, in particolare, recava l'impegno per la Repubblica a che «gli abitanti di lingua tedesca della Provincia di Bolzano […] [godessero] di completa eguaglianza di diritti rispetto agli abitanti di lingua italiana, nel quadro di disposizioni speciali destinate a salvaguardare il carattere etnico e lo sviluppo culturale ed economico del gruppo di lingua tedesca».

(24) Cfr. già G. de Vergottini, *Multiculturalismo, minoranze linguistiche e immigrazione*, in T. Bonazzi, M. Dunne (a cura di), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1994, p. 237.

Neppure la successiva approvazione della legge di attuazione dell'art. 6 Cost., la L. 482/1999, ha affrontato tale carenza. Se, da un lato, essa ha finalmente garantito misure di tutela alle minoranze storiche (o, quanto meno, alla maggioranza di esse) (25), anche grazie a un mutato contesto socio-culturale e a una giurisprudenza costituzionale più sensibile al tema linguistico, essa, dall'altro lato, non ha previsto analoghe misure per le lingue degli immigrati, in questo modo assicurando ai relativi locutori la sola protezione contro le discriminazioni (26).

Nonostante il silenzio mantenuto anche dal Legislatore ordinario in fase attuativa, ciò non ha però esaurito le potenzialità del disposto costituzionale, che, riferendosi genericamente alle «minoranze linguistiche», senza alcuna altra aggettivazione, resta suscettibile di esprimere le proprie potenzialità anche a favore di altri patrimoni idiomatici, ben oltre, dunque, le alloglossie storiche. Le garanzie che la Costituzione detta nell'art. 6 Cost. possono infatti estendersi anche a favore delle c.d. "nuove minoranze" (27), comprendenti sia gli immigrati di prima generazione, locutori nativi di "lingue immigrate", sia i loro discendenti, cioè coloro che queste lingue hanno appreso, per via ereditaria, secondo le dinamiche sopra descritte (28).

---

(25) L'art. 2 individua quale oggetto di tutela «la lingua e la cultura delle popolazioni albanesi, catalane, germaniche, greche, slovene e croate e quelle parlanti il francese, il franco-provenzale, il friulano, il ladino, l'occitano e il sardo».

(26) Sebbene la scelta compiuta dal Legislatore statale sia stata ritenuta di per sé non irragionevole, l'impianto complessivo della L. 482/1999 è stato considerato, e non soltanto per l'omissione delle lingue immigrate, incompleto: cfr., sul punto, I. Ruggiu, *Costituzione e multiculturalismo. L'estensibilità delle norme costituzionali su lingua e cultura agli immigrati*, in R. Toniatti (a cura di), *Minoranze autoctone e altre minoranze*, Trento, 2022, pp. 56-57.

(27) Sulla nozione di "nuova minoranza" cfr. R. Medda Windischer, *Nuove minoranze. Immigrazione tra diversità culturale e coesione sociale*, Padova, 2010, pp. 67 e ss., F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Milano, 2021, pp. 259-262; sulle specificità di queste minoranze cfr. altresì R. Toniatti, *Minoranze autoctone e "altre" minoranze: premesse per una riflessione sullo status costituzionale delle comunità di immigrati*, in Id. (a cura di), *Minoranze autoctone e altre minoranze*, cit., spec. pp. 16 e ss.; dalla prospettiva linguistica cfr. I. Fiorentini, *Sociolinguistica delle minoranze in Italia. Un'introduzione*, Roma, 2022, pp. 78 e ss., M. Chini, *New linguistic minorities: repertoires, language maintenance and shift*, in *International Journal of the Sociology of Language*, 2011, 210, pp. 50-55.

(28) Efficacemente, in dottrina è stato rilevato che la nozione di minoranza protetta è «destinata a non essere esclusivamente limitata alle formazioni sociali caratterizzate dal fattore autoctono», sollecitando un'apertura alla «componente linguistico-culturale delle etnie presenti nel territorio»: così, già G. de Vergottini, *Verso una nuova definizione del concetto di minoranza*, in *Regione e governo locale*, 1995, p. 21. In senso favorevole ad un'interpretazione inclusiva degli immigrati tra le «minoranze linguistiche» *ex* art. 6 Cost. cfr. altresì, tra i primi, P. Bonetti, *Prime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1994, pp. 21-22; più di recente, tra gli altri, V. Piergigli, *Costituzione italiana: art. 6*, Roma, 2017, pp. 125 e ss., I. Ruggiu, *Costituzione e multiculturalismo*, cit., pp. 60-61; *contra*, invece, E. Palici di Suni, *Immigrati come nuove minoranze? Le Ragioni del no*, in P. Bonetti (a cura di), *L'uso della lingua negli atti e nella comunicazione dei poteri pubblici italiani*, Torino, 2016, pp. 645 e ss., secondo la quale

leQuesta rilettura dell'art. 6 Cost. ha trovato nella giurisprudenza costituzionale qualche utile sostegno. In particolare, nella sent. 81/2018, la lingua è stata definita come «"un elemento […] di importanza basilare" che, insieme a quello nazionale, etnico, religioso e culturale, contribuisce a definire la "identità individuale e collettiva" dei singoli e dei gruppi»; la tutela delle minoranze linguistiche prevista dall'art. 6, inoltre, è stata interpretata come un'«espressione paradigmatica di una più ampia e articolata garanzia delle identità e del pluralismo culturale, i cui princìpi debbono ritenersi applicabili a tutte le minoranze, siano esse religiose, etniche o nazionali, oltre che linguistiche», dischiudendo anche per le lingue immigrate l'esistenza, nel suddetto parametro, di un solido fondamento costituzionale (29). Il criterio sulla base del quale estendere, eventualmente, le garanzie linguistiche alle nuove minoranze dovrebbe quindi essere individuato nell'esistenza, tra i relativi appartenenti, di un "*animus* comunitario" (30), oggettivato da una lingua capace di svolgere una funzione aggregante ed identitaria. Le «apposite norme» a cui si riferisce l'art. 6 Cost., infatti, si rivolgono alle minoranze considerate nella loro dimensione collettiva, con l'obiettivo di «tutelare i valori

---

«[l]a concentrazione territoriale e la dimensione collettiva della tutela rendono […] fuori luogo appellarsi all'art. 6 e alle minoranze linguistiche per gli stranieri e gli immigrati […]» (p. 647). Più articolata è la posizione di G. Cavaggion, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, cit., p. 270, secondo il quale il fondamento della tutela delle nuove minoranze non dovrebbe essere ricercato tanto nell'interpretazione evolutiva del parametro richiamato, essendo invece necessario riflettere «sull'idoneità dell'articolo 6 a promuovere, accanto all'art. 9 Cost., diritti culturali linguistici fondamentali in capo alle nuove minoranze, in particolare come forma di tutela contro politiche volte a imporre l'utilizzo della lingua maggioritaria». Sulla possibile interpretazione evolutiva dell'art. 6 Cost. cfr. oggi, anche per i puntuali riferimenti bibliografici, C. Galbersanini, *La tutela delle nuove minoranze nella Costituzione pluralista*, Torino, 2025, pp. 47 e ss.

(29) Sul richiamo di questa decisione a sostegno della possibile estensione anche alle minoranze "altre" rispetto a quelle "storiche" delle tutele di cui all'art. 6 Cost., C. Nardocci, *Prime note in tema di sovranità, rappresentanza politica e multiculturalismo: tra nuove forme di cittadinanza e "diritti" di autogoverno*, in *federalismi.it*, *Focus Human Rights*, 2018, 3, pp. 12-13; sull'ampliamento del concetto di minoranza che si evince dalla sent. 81/2018 e sulle relative potenzialità cfr. altresì E. Pignanelli, *La partecipazione politica come strumento di inclusione delle "nuove" minoranze tra aperture della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. Aurino et Al. (a cura di), *Democrazie rappresentative e forme di partecipazione. Atti del seminario di Diritto comparato in memoria di Paolo Carrozza (20 marzo 2024)*, Quaderno monografico n. 9, *Rivista Gruppo di Pisa*, 2024, 3, pp. 522-524. Sulla giurisprudenza costituzionale più recente, da cui si evince la volontà di accogliere una lettura estensiva della nozione di "minoranza linguistica", V. Piergigli, *Minoranze linguistiche e Costituzione: l'art. 6 è ancora attuale?*, in G. Iannàccaro, S. Pisano (a cura di), *Intrecci di parole. Esperienze di pianificazione del plurilinguismo, in Europa e fuori dell'Europa*, Alessandria, 2021, p. 329.

(30) Come già sottolineava V. Orioles, *Le minoranze linguistiche. Profili sociolinguistici e quadro dei documenti di tutela*, Roma, 2003, p. 51, «[n]on tutti i soggetti immigrati in quanto tali sono destinatari potenziali di tutela: perché essi possano costituire una vera e propria entità minoritaria devono maturare determinate condizioni quali, in particolare, un processo di consolidamento sociale che porti a riconoscibili strutture di vita comunitaria».

che uniscono i loro appartenenti, consentendo loro di mantenere e rafforzare i legami culturali, linguistici e storici che li accomunano» (31).

Accanto alle garanzie offerte a *tutte* le «minoranze linguistiche», nei termini appena richiamati, dall'art. 6 Cost., non può trascurarsi, ai nostri fini, come detto, la forza precettiva anche dell'art. 9 Cost. (32). A prescindere dalla più o meno ampia perimetrazione semantica della nozione di cultura, detto parametro, una volta sussunta la lingua tra i beni culturali "immateriali", potrebbe garantire tutela anche alle alloglossie non storiche (33). Qualificare le lingue immigrate e quelle ereditarie come beni culturali non costituisce un *minus* sul piano delle garanzie, potendo anzi rappresentare lo strumento più efficace per favorirne il riconoscimento sociale, promuoverne eventualmente l'uso anche al di fuori dei contesti familiari e, soprattutto, stimolare l'interiorizzazione del pluralismo linguistico quale valore collettivo (34). Come autorevolmente affermato da Alessandro Pizzorusso ben prima che il tema delle lingue immigrate ed ereditarie assumesse rilevanza nel dibattito pubblico e scientifico, «l'obiettivo delle misure di tutela delle lingue intese come beni culturali è anche quello di far capire a tutti che la propria lingua è soltanto una delle possibili forme di espressione e che essa non è né migliore né peggiore delle altre, incrementando così lo spirito di tolleranza e di comprensione fra i popoli» (35).

3. Le ragioni della (finora) trascurata tutela delle lingue immigrate e le (crescenti) sfide del multiculturalismo

Nonostante le richiamate potenzialità del dettato costituzionale, l'atteggiamento del Legislatore statale – come si è già incidentalmente anticipato considerando il silenzio serbato dalla L. 482/1999 – è stato a lungo caratterizzato dalla sostanziale refrattarietà nei confronti delle istanze linguistiche degli immigrati,

(31) Così, E. Palici di Suni Prat, *Intorno alle minoranze*, cit., pp. 17-18.
(32) Sulla lingua come "bene culturale", già A. Pizzorusso, *Libertà di lingua e diritti linguistici: una rassegna comparata*, in *Le Regioni*, 1987, pp. 1344-1345. Su questa prospettiva cfr. altresì, di recente, G. Cavaggion, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, cit., spec. p. 268.
(33) Su questa conclusione cfr. L. Conte, *Il regionalismo italiano dopo la riforma del Titolo V "considerato nelle vicende della lingua"*, in S. Mangiameli (a cura di), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma. Atti delle giornate di studio, Roma, 20-21-22 ottobre 2011*, II, Milano, 2012, pp. 533-534; da ultimo, su questa conclusione, cfr. C. Galbersanini, *La tutela delle nuove minoranze*, cit., pp. 71-72.
(34) Cfr. già L. Panzeri, *La tutela dei diritti linguistici nella Repubblica delle autonomie*, Milano, 2016, pp. 331-332.
(35) Così, A. Pizzorusso, *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993, p. 201; per uno spunto di analogo tenore cfr. altresì F. Pacini, *A mo' di conclusione. Aspetti e funzioni della lingua oggetto del diritto (e dei diritti)*, in F. Biondi Dal Monte, V. Casamassima, E. Rossi (a cura di), *Lingua, istruzione e integrazione delle nuove minoranze*, Pisa, 2017, pp. 347-350.

così come, più in generale, nei confronti del fenomeno migratorio, oggetto di interventi sistematicamente tardivi, discontinui ed inadeguati.

In una prima fase, questa indifferenza fu giustificata dalla modesta consistenza numerica degli immigrati, soprattutto se paragonata alle dimensioni raggiunte in altri contesti europei, caratterizzati, rispetto all'Italia, da una ben più risalente e significativa storia coloniale (come Francia e Regno Unito). Successivamente, nonostante l'intensificarsi dei flussi, l'intervento del Legislatore si concentrò su aspetti del "governo" del fenomeno migratorio ritenuti prioritari, quali l'ordine pubblico e la sicurezza, focalizzando le misure relative alla sfera linguistica soprattutto sull'apprendimento della lingua ufficiale.

Un primo timido intervento fu formalizzato dalla L. 943/1986 (c.d. "Legge Foschi"): l'art. 9, comma 2, sancì infatti l'impegno delle Regioni, «[a]l fine di favorire l'integrazione nella comunità italiana dei lavoratori extracomunitari e delle loro famiglie», alla promozione di «appositi corsi di lingua e cultura italiana», impegno poi oggetto di una copiosa legislazione territoriale (36); rispetto alle "lingue immigrate", invece, l'art. 1 formalizzò il diritto degli stranieri regolari al «mantenimento dell'identità culturale», da realizzare anche assicurando interventi di «tutela della lingua e della cultura» del Paese di provenienza (art. 3, comma 1, lett. *f)*) e l'organizzazione di «specifici insegnamenti integrativi nella lingua e cultura di origine» (art. 9, comma 5). Se queste misure, da un lato, confermavano la graduale presa di coscienza dell'esigenza di «consentire ai gruppi di immigrati di approssimarsi gradualmente ai modi di vita del Paese ospitante, senza naturalmente perdere la propria identità culturale» (37), esse, dall'altro lato, soprattutto con riguardo alle misure rivolte alle lingue immigra-

(36) Negli anni successivi, le Regioni introdussero misure tese all'apprendimento della lingua e della cultura italiane da parte dei lavoratori extracomunitari e dei loro familiari (v.: art. 10, comma 1, lett. *a)*, Legge Piemonte 64/1989; art. 22, comma 1, lett. *b)*, Legge Abruzzo 10/1990; art. 8, comma 1, lett. *b)*, Legge Calabria 17/1990; art. 5, comma 2, lett. *a)*, e art. 9, comma 2, Legge Emilia-Romagna 14/1990; art. 4, comma 2, lett. *a)*, Legge Puglia 29/1990; art. 14, commi 1 e 2, lett. *a)*, Legge Toscana 22/1990) e, talvolta, per favorire l'inserimento scolastico dei minori, disposero l'attivazione di corsi di italiano e di programmi di recupero linguistico (v.: art. 15, comma 1, lett. *a)*, cit. Legge Piemonte; art. 22, comma 1, lett. *a)*, cit. Legge Abruzzo; art. 5, comma 1, lett. *d)*, e art. 8, comma 1, lett. *a)*, cit. Legge Calabria; art. 9, comma 1, cit. Legge Emilia-Romagna; art. 14, commi 1 e 2, lett. *a)*, cit. Legge Toscana): su questa legislazione cfr. L. Panzeri, *Sui diritti linguistici degli immigrati: il (possibile) contributo della legislazione regionale con particolare riferimento all'esperienza della Lombardia*, in *Le Regioni*, 2019, 5-6, pp. 1592 e ss.

(37) Così, F. Salerno, *Sulla tutela internazionale dell'identità culturale delle minoranze straniere*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1990, pp. 285-286. Cfr. altresì F. Pastore, *Migrazioni internazionali e ordinamento giuridico*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia*, *Annali*, XIV, *Legge, diritto, giustizia*, Torino, 1998, p. 1051, secondo il quale, rispetto a questa specifica dimensione, la L. 943/1986, sebbene oggetto di un ampio consenso politico in fase approvativa, assunse un «ruolo più dimostrativo che effettivamente regolativo».

te, rimasero prive di sostanziale sèguito (38), difettando a tal fine il necessario sostegno politico.

Questa tendenziale univocità a favore del solo apprendimento della lingua italiana (39), agevolata anche dalla maggiore semplicità attuativa delle misure a tal fine necessarie, lasciava già intravedere diffuse, seppur non esplicitate, resistenze nei confronti di modelli di inclusione davvero rispettosi delle differenze identitarie. La centralità attribuita alla lingua di maggioranza si rivelava, infatti, funzionale a riaffermarne il ruolo sia quale strumento privilegiato di comunicazione sia quale veicolo identitario, escludendo implicitamente che tale posizione potesse essere messa in discussione dal riconoscimento di diritti linguistici in capo a gruppi percepiti come estranei al tessuto sociale nazionale (40).

Questo atteggiamento rimase dominante anche negli Anni Novanta, nel corso dei quali fu ribadita la centralità dell'apprendimento della lingua italiana.

Così, la L. 39/1990 (c.d. "Legge Martelli"), all'art. 2, comma 3, intervenendo sulla programmazione dei flussi d'ingresso, sancì bensì il formale impegno «[a]l mantenimento dell'identità culturale» degli immigrati, concentrando però la propria attenzione sulla definizione di un «programma degli interventi sociali ed economici atti a favorire l'inserimento socio-culturale degli stranieri». Qualche sforzo in più fu compiuto dal D.Lgs. 286/1998 («Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero»): l'art. 3, comma 3, dispose che il «documento programmatico relativo alla politica dell'immigrazione e degli stranieri nel territorio dello Stato» di cui al comma 1 «delinea[sse] gli interventi pubblici volti a favorire le relazioni familiari, l'inserimento sociale e l'integrazione culturale degli stranieri residenti in Italia, *nel rispetto delle diversità e delle identità culturali delle persone*, purché non confliggenti con l'ordinamento giuridico, e prevede[sse] ogni possibile strumento per un positivo reinserimento nei Paesi di origine» (41); l'art. 38, invece, sancita la garanzia da parte dello Stato, delle Regioni e degli enti locali «[dell]'effettività del diritto allo studio […] anche mediante l'attivazione di appositi corsi e iniziative per l'appren-

(38) Limitato fu altresì il sèguito delle misure introdotte a livello territoriale, recanti, oltre ad azioni per l'educazione all'interculturalità (v. art. 14, comma 2, lett. *c)*, Legge Toscana 22/1990), l'avvio di corsi per la conservazione della lingua e della cultura d'origine degli immigrati (v.: art. 16 Legge Piemonte 64/1989; art. 22, comma 2, Legge Abruzzo 10/1990; art. 5, comma 2, lett. *a)*, e art. 9 Legge Emilia-Romagna 14/1990; art. 4, comma 2, lett. *b)*, Legge Puglia 29/1990; art. 1, comma 2, lett. *c)*, e art. 14, comma 2, lett. *b)*, cit. Legge Toscana) o, più semplicemente, la predisposizione di moduli in più lingue da rendere disponibili a costoro negli uffici pubblici (v. art. 17, comma 2, cit. Legge Piemonte).
(39) Criticamente su questo approccio, P. Carrozza, *Stati nazionali, multiculturalismo, diritti scolastici e culturali. Il punto di vista giuridico-istituzionale*, in G. Tassinari, G. Ceccatelli Gurrieri, M. Giusti (a cura di), *Scuola e società multiculturale. Elementi di analisi multidisciplinare*, Scandicci, 1992, p. 164.
(40) Cfr. già L. Panzeri, *La tutela dei diritti linguistici*, cit., p. 312.
(41) Corsivo non testuale.

dimento della lingua italiana» (comma 2), dispose il coinvolgimento della comunità scolastica nell'accogliere «le *differenze linguistiche e culturali* come valore da porre a fondamento del rispetto reciproco, dello scambio tra le culture e della tolleranza» e, a tal fine, incoraggiò la promozione di «iniziative volte alla accoglienza, alla *tutela della cultura e della lingua d'origine* e alla realizzazione di attività interculturali comuni» (comma 3) (42); l'art. 42, comma 1, lett. *c)*, infine, sancì l'impegno a favorire «*la conoscenza e la valorizzazione delle espressioni culturali, ricreative, sociali, economiche e religiose degli stranieri* regolarmente soggiornanti in Italia […]» (43). Sebbene indicative, sul piano formale, di una maggiore attenzione per la conservazione e trasmissione del patrimonio identitario immigrato, neppure queste misure, efficaci solo se adeguatamente finanziate e sostenute nel tempo, ebbero però il sèguito necessario (44).

Tale persistente inerzia può essere ricondotta, da un lato, alla convinzione secondo cui l'assimilazione linguistica rappresentasse lo strumento privilegiato di integrazione (45), dall'altro, all'idea che la condizione di precarietà degli stranieri continuasse ad imporre la prioritaria soddisfazione di diritti fondamentali diversi, quali quelli relativi al lavoro, alla salute e all'abitazione (46). Neppure sotto il profilo del principio di uguaglianza si ravvisavano in quella fase criticità, in ragione delle differenze ritenute sussistenti tra minoranze storiche, destinatarie di tutela *ex* art. 6 Cost., e comunità immigrate: per queste ultime, infatti, si evidenziavano l'assenza del requisito dell'autoctonia (47), una ancora debole coscienza dell'identità collettiva (48) e, frequentemente, la mancanza della cittadinanza italiana in capo ai singoli membri (49), fattori questi ultimi sufficienti per giustificare scelte politiche in verità animate da un approccio escludente.

Solo in una fase successiva all'attuazione legislativa dell'art. 6 Cost., tardivamente avvenuta – come detto – ad opera della L. 482/1999, tali elementi distin-

(42) Corsivo, in entrambi i casi, non testuale.
(43) Corsivo, ancora, non testuale.
(44) Su queste misure, G. Famiglietti, *Diritti culturali e diritto della cultura.* La voce "cultura" dal campo *delle tutele* a quello *della tutela*, Torino, 2010, p. 151, L. Degrassi, *Lingue e linguaggi, diritti e libertà culturali*, Milano, 2016, spec. pp. 165-167; da ultimo, M. Simoniello, *L'*integrazione *nella diversità*, cit., p. 94, che ricorda come dette misure ebbero vita breve.
(45) Cfr. G. de Vergottini, *Verso una nuova definizione del concetto di minoranza*, cit., p. 21.
(46) Cfr., a margine della L. 482/1999, E. Palici di Suni Prat, *La legge italiana sulla tutela delle minoranze linguistiche storiche nel quadro europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, 1, p. 105.
(47) Richiama questo elemento, G. de Vergottini, *Verso una nuova definizione del concetto di minoranza*, cit., p. 11.
(48) Su questa variabile, dirimente per valutare se la lingua minoritaria assurga ad elemento distintivo ed aggregante di un gruppo, V. Piergigli, *Lingue minoritarie e identità culturali*, Milano, 2001, p. 134 (v. anche, *supra*, nota (30)).
(49) Su questa variabile, R. Toniatti, *Minoranze, diritti delle*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, V, Roma, 1996, pp. 708-709.

tivi hanno progressivamente attenuato la propria portata dirimente (50), parallelamente all'intensificazione dei flussi migratori verso l'Italia, forieri di profonde trasformazioni sul piano socio-linguistico (51), ed al consolidamento di alcune garanzie di fonte internazionale (52).

Così, sul piano delle priorità, pur permanendo quelle della soddisfazione dei bisogni essenziali e dell'apprendimento della lingua italiana quale condizione per la regolarizzazione e l'inclusione (53), si è sviluppata una più marcata consapevolezza dell'importanza di conservare l'identità linguistica e culturale propria delle comunità di origine straniera (54). Anzi, gradualmente, i due obiettivi in apparente antitesi – integrazione sociale, linguistica e culturale nel luogo di accoglienza, da un lato, e, dall'altro, salvaguardia delle specificità culturali degli immigrati – sono stati interiorizzati come «due facce della stessa medaglia», stante il rilievo per il quale «un processo di effettiva integrazione non dovrebbe prescindere dalla salvaguardia della identità linguistica e culturale di una data comunità e dei suoi membri» (55).

Rispetto agli altri elementi originariamente addotti per escludere misure rivolte a favore delle alloglossie immigrate – ovverosia, difetto di autoctonia del gruppo e mancanza della titolarità della cittadinanza italiana in capo ai relativi appartenenti –, nel tempo se ne è relativizzata la portata. Con riguardo al requisito del radicamento

(50) Cfr. L. Panzeri, *La tutela dei diritti linguistici*, cit., pp. 316 e ss.

(51) La lingua, sul piano comunicativo, «vive e si alimenta del confronto con gli altri» e, ancora, «risente del tessuto sociale nel quale è impiegata quotidianamente»: così, V. Piergigli, *Lingue e minoranze: tra eguaglianza, identità e integrazione*, in *Rivista AIC*, 2020, 1, p. 160, la quale sottolinea altresì come la diffusione delle lingue immigrate si sia riflessa non soltanto sugli assetti relazionali tra maggioranza e minoranze e sullo strumentario regolativo della convivenza sociale, ma anche «[sul]la distinzione tuttora invalsa tra minoranze vecchie (o di antico insediamento) e nuove (ossia di recente formazione) [, che] non potrà resistere a lungo».

(52) Si consideri la «Dichiarazione universale dei diritti linguistici», proclamata a Barcellona nel 1996, che, all'art. 1, comma 5, individua quale oggetto di tutela, accanto alla «comunità linguistica», intesa come «ogni società […] insediata storicamente in un determinato spazio territoriale», anche il «gruppo linguistico», definito come «ogni gruppo sociale condividente una stessa lingua insediata nello spazio territoriale di un'altra comunità linguistica, ma non avente antecedenti storici equivalenti, com'è il caso degli immigrati, dei rifugiati, delle persone deportate o dei membri delle diaspore»: su questo richiamo, L. Panzeri, *La tutela dei diritti linguistici*, cit., pp. 318-320. Sull'impatto del diritto internazionale ed eurounitario a tutela delle nuove minoranze cfr. altresì P. Caretti, *Lingua*, cit., pp. 25-28, il quale, tuttavia, ne mette in luce i persistenti limiti nell'introdurre effettivi strumenti di garanzia.

(53) Sul punto, G. Poggeschi, *I diritti linguistici*, cit., p. 34.

(54) Secondo C. Galbersanini, *La tutela delle nuove minoranze*, cit., pp. 7-8, le nuove minoranze, a differenza di quelle storiche, «non condividono solo una componente linguistica, ma anche culturale e, spesso, religiosa diverse da quelle della maggioranza della popolazione, contribuendo alla caratterizzazione in senso profondamente plurale del tessuto sociale».

(55) Così, V. Piergigli, *Le minoranze linguistiche storiche nell'ordinamento italiano: recenti sviluppi normativi*, in A. D'Aloia (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, p. 22.

territoriale quale condizione per la tutela, si è sottolineata la difficoltà di stabilire ciò che possa considerarsi autoctono e, comunque, l'impossibilità di individuare un arco temporale predeterminato idoneo a comprovare la sussistenza di tale radicamento (56). Del resto, molte delle minoranze oggi qualificate come storiche (ad esempio, quella albanofona del Mezzogiorno) sono il risultato di risalenti processi migratori, donde l'inevitabile conseguenza per la quale anche i gruppi di più recente immigrazione potranno in linea di principio raggiungere un'analoga storicità d'insediamento (57), destinata a legittimarne la tutela anche secondo il modello accolto dal Legislatore ordinario nel 1999. Con riferimento al requisito della cittadinanza, invece, non solo esso non è indicato dall'art. 6 Cost. (58), ma deve confrontarsi con la progressiva marginalizzazione della relativa esistenza ai fini del riconoscimento dei diritti a favore degli stranieri immigrati (59), nonché con la possibilità per costoro, nel medio-lungo periodo, di acquisire lo *status civitatis* anche in un ordinamento, qual è quello italiano, tradizionalmente ancorato al criterio dello *ius sanguinis* (60).

Superata l'attitudine dirimente degli argomenti in origine frappostisi alla definizione di nuove forme di garanzie linguistiche, a partire dai primi Anni Duemila è lentamente maturata, anche sul piano politico, una nuova consapevolezza sulla centralità (ma anche sulla complessità) del fattore idiomatico. Tale consapevolezza è stata alimentata dal rilievo per il quale, nella storia linguistica della Penisola, l'affermazione dell'italiano come lingua nazionale e la relativa diffusione nell'uso parlato e scritto, che pure hanno costituito elementi decisivi per il raggiungimento dell'unità politica del Paese, hanno convissuto con la conservazione di altre lingue e dialetti (61). Questa lunga esperienza di plurilinguismo, a lungo non interiorizzata, è oggi destinata ad arricchirsi anche con il contributo delle nuove alloglossie (62), aprendo una prospettiva definita

(56) M. Cosulich, *Lingue straniere e lingue minoritarie*, cit., p. 136.

(57) Possono considerarsi, ad esempio, le comunità cinesi, spesso concentrate in territori circoscritti ed ivi radicate da decenni, caratterizzate da un profondo senso di appartenenza dei componenti e da un forte attaccamento alla lingua ed alla cultura d'origine, confermativa di un "*animus* comunitario": cfr. L. Panzeri, *La tutela delle comunità cinesi in Italia*, in R. Toniatti (a cura di), *Minoranze autoctone e altre minoranze*, cit., pp. 97 e ss.

(58) Da ultimo, C. Galbersanini, *La tutela delle nuove minoranze*, cit., p. 54.

(59) Sul tema, già L. Melica, *Lo straniero extracomunitario. Valori costituzionali e identità culturale*, Torino, 1996, pp. 214 e ss.; sulla graduale relativizzazione di questo requisito cfr. altresì V. Piergigli, *Rileggendo l'opera di Alessandro Pizzorusso sulle minoranze linguistiche: le "nuove minoranze" tra identità e integrazione*, in *Nomos*, 2019, 1, pp. 4-6.

(60) Cfr. già M. Cosulich, *Lingue straniere e lingue minoritarie*, cit., p. 139.

(61) Su questo spunto, P. Caretti, *Lingua*, cit., pp. 20-21. Dalla prospettiva linguistica cfr. altresì I. Fiorentini, *Sociolinguistica delle minoranze in Italia*, cit., p. 13, secondo la quale «in Italia il plurilinguismo è – storicamente – la norma, non l'eccezione: alla percezione di una maggioranza compatta corrisponde in realtà una pluralità complessa, composta da tante minoranze».

(62) Secondo M. Vedovelli, *Le lingue immigrate*, cit., p. 34, «i nuovi idiomi che hanno accompagnato le immigrazioni dall'estero rialimentano il tradizionale plurilinguismo storico, accentuando

come «neoplurilinguismo» (63), per il "governo" del quale il diritto è chiamato ad intervenire su due piani aventi pari dignità: permettere all'immigrato «di apprendere la nostra lingua, vera e propria chiave di accesso alla nostra cultura» (64); al contempo, e finalmente con eguale importanza, assicurare il «diritto/dovere per ciascun individuo di preservare la propria lingua materna, non tanto e non solo per ovvie ragioni comunicative, ma soprattutto per conservare la propria identità originaria, parte fondante del sé» (65).

4. Il "governo" del neoplurilinguismo tra resistenze politiche e suggestioni riformatrici

Sebbene anche la seconda dimensione poc'anzi richiamata sia stata gradualmente interiorizzata, sul piano normativo, negli ultimi anni, ha continuato a prevalere un atteggiamento ambiguo nei confronti della diversità linguistica, «vista insieme come minacciante e minacciata» (66).

Così, nonostante l'apprezzabilità di alcuni interventi (67), l'attenzione si è ancora strumentalmente focalizzata sull'acquisizione della lingua italiana piuttosto

---

[…] il carattere intrinsecamente plurimo degli assetti idiomatici nazionali […]»; l'A. ricorda altresì come l'Italia sia il primo Paese della UE per indice di diversità linguistica.

(63) Cfr. M. Vedovelli, *Nuove configurazioni dello spazio linguistico italiano: il neoplurilinguismo*, in F. Biondi Dal Monte, V. Casamassima, E. Rossi (a cura di), *Lingua, istruzione e integrazione delle nuove minoranze*, cit., pp. 281 e ss.

(64) Così, M. Santipolo, *Dei diritti (e doveri…) linguistici*, cit., p. 198.

(65) *Ibidem*.

(66) Così, G. Iannàccaro, *Per una tipologia delle politiche linguistiche europee tra lingue di minoranza e lingue nazionali*, in A. Marra, S. Dal Negro (a cura di), *Lingue minoritarie tra localismi e globalizzazione*, cit., p. 28, secondo il quale la presenza di lingue diverse in uno stesso spazio «si porta dietro tutta una serie di timori immaginati o amplificati talora ad arte, ma anche in parte reali, legati alla perdita di identità comunitarie e di antiche abitudini comunicative».

(67) Si segnala, innanzi tutto, la Direttiva MIUR 27 dicembre 2012, recante «Strumenti di intervento per alunni con bisogni educativi speciali e organizzazione territoriale per l'inclusione scolastica», che, nell'area dello svantaggio scolastico, ha incluso le «difficoltà derivanti dalla non conoscenza della cultura e della lingua italiana [di alunni] […] appartenenti a culture diverse», permettendo l'attivazione di percorsi individualizzati e personalizzati funzionali al superamento, per gli studenti stranieri di recente immigrazione, delle difficoltà derivanti dalla mancata conoscenza della lingua della maggioranza. Si ricorda altresì il più recente D.L. 71/2024, poi convertito dalla L. 106/2024, recante, all'art. 11, «Misure per l'integrazione scolastica degli alunni stranieri»: esso ha introdotto la possibilità, nelle classi in cui la percentuale di studenti iscritti per la prima volta al sistema nazionale di istruzione o che non possiedono una competenza linguistica di base nella lingua italiana (almeno pari al livello A2) sia superiore al 20%, l'assegnazione di un docente dedicato all'insegnamento dell'italiano per stranieri. Sugli interventi da ultimo richiamati, F. Biondi Dal Monte, *Lingua e percorsi di inclusione degli stranieri con* background *migratorio*, in G. Matucci (a cura di), *Lingua*, cit., pp. 40-42; sul cit. art. 11 cfr. C. Galbersanini, *Alcune osservazioni sul tema dell'inclusione scolastica degli alunni stranieri alla luce dell'art. 11 del D.L. 31 maggio 2024, n. 71*, in *Osservatorio AIC*, 2025, 3, pp. 75 e ss.; sull'esigenza di ulteriori interventi, peraltro, resta attuale

che sulla trasmissione di quelle degli immigrati, come ben dimostra la disciplina introdotta dalla L. 94/2009, recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica»: essa ha introdotto l'«Accordo di integrazione» (art. 4bis T.U. Immigrazione), a cui ha fatto sèguito, in sede attuativa, la formalizzazione dell'impegno dello straniero all'acquisizione di «un livello adeguato di conoscenza della lingua italiana parlata equivalente almeno al livello A2 di cui al Quadro comune europeo di riferimento» (art. 2, comma 4, lett. *a)*, D.P.R. 179/2011); essa ha altresì subordinato il rilascio allo straniero extra UE del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo «al superamento, da parte del richiedente, di un test di conoscenza della lingua italiana» (art. 9, comma 2bis, T.U. Immigrazione) (68). Su queste scelte si sono appuntate alcune doglianze (69), fondate sul rilievo per il quale «il vincolo alla conoscenza di un adeguato livello della lingua parlata non [sia stato] controbilanciato da misure che promuovano invece la conoscenza delle specificità linguistico-culturali straniere tra la popolazione nativa […]», in questo modo determinando «una progressiva riduzione degli spazi d'uso e di visibilità possibile delle [lingue di origine degli stranieri]» (70). Questo modello, inoltre, ha confermato l'affermazione di «una concezione delle esigenze linguistiche dei migranti intese come obblighi e non come diritti» ed «un'idea dell'integrazione come mero raggiungimento di un certo numero di crediti e non come processo dai tempi lunghi che richiede la predisposizione delle condizioni idonee per il suo effettivo compimento» (71).

A fronte di ciò, almeno nel dibattito scientifico, si è comunque avviato un confronto sulle modalità con cui favorire la protezione dei patrimoni idiomatici immigrati, alimentato da alcuni interventi adottati dalle Regioni (72). Esse, nei li-

---

l'auspicio espresso da B. Gross, *The Marginalisation of Heritage Languages, Heritage Language Education and Heritage Language Teachers in Italy: Results from a Case Study*, in *Migration and Language Education*, 2025, 6, 1, pp. 12-14.

(68) Su questa disciplina cfr. D. Strazzari, *Integrazione linguistica e immigrazione in ordinamenti composti plurilingue. Tendenze dal diritto comparato europeo*, in *Le Regioni*, 2015, 4, pp. 874-880, L. Cozzolino, *La conoscenza della lingua del Paese di accoglienza nella disciplina dell'integrazione degli immigrati*, in G. Di Cosimo (a cura di), *Il fattore linguistico nel settore giustizia. Profili costituzionali*, Torino, 2016, pp. 173 e ss.; contestualizza questo intervento normativo rispetto alla disciplina dei test linguistici introdotti in altri Paesi europei G. Milani, *Cittadini* jure linguae. *Test linguistici e cittadinanza in Europa*, Milano, 2017, spec. pp. 348-350.

(69) Sull'attitudine potenzialmente escludente dell'obbligo della conoscenza della lingua italiana insiste G. Matucci, *La lingua come fattore culturale-identitario*, cit., p. 13, che sottolinea la tardività con la quale la Corte costituzionale, con la sent. 25/2025, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 9, comma 1, della L. 91/1992, «nella parte in cui non esonera dalla prova della conoscenza della lingua italiana il richiedente affetto da gravi limitazioni alla capacità di apprendimento linguistico derivanti dall'età, da patologie o da disabilità».

(70) Così, M. Simoniello, *L*'integrazione *nella diversità*, cit., p. 95.

(71) Così, P. Caretti, *Lingua*, cit., p. 29.

(72) Sul consolidamento, rispetto ad una legislazione statale di stampo securitario, di «una legislazione regionale più attenta a creare condizioni di integrazione (sociale, culturale, civile) degli stra-

miti dell'autonomia legislativa come rinnovata dalla L. cost. 3/2001, hanno spesso operato quali "laboratori" di misure di tutela a favore delle comunità straniere residenti (73), declinatesi anche sul piano dei diritti linguistici attraverso il sostegno della conoscenza della lingua e della cultura dei Paesi d'origine, l'aggiornamento degli operatori della formazione, la garanzia dei servizi di mediazione linguistica, la realizzazione di interventi a favore del dialogo e dell'educazione interculturale, l'elaborazione di protocolli di accoglienza plurilingue e la promozione del multilinguismo negli strumenti di comunicazione istituzionale (74).

Queste misure hanno condotto, anche per il livello statale, alla formulazione di alcune proposte, suscettibili di sperimentazione ove se ne creassero le condizioni, che spaziano dall'adozione di una nuova disciplina organica della materia, attraverso una "legge linguistica" di portata generale (75), alla formalizzazione di interventi specificamente rivolti alle lingue immigrate (76).

In primo luogo, è stata valutata l'integrazione dell'elenco dell'art. 2 della L. 482/1999 con alcune alloglossie immigrate, almeno di quelle ritenute meritevoli di protezione sulla base di una valutazione rimessa al Legislatore, estendendosi ad esse le garanzie già operanti per le minoranze storiche (77). Questa soluzione, peraltro, trascura le specificità proprie delle nuove minoranze, ognuna delle quali è portatrice di autonome istanze (78), che sollecitano soluzioni normative diffe-

---

nieri sul territorio», E. Rossi, *Immigrazione e diritti a quattordici anni dalla Legge Turco-Napolitano*, in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (a cura di), *La governance dell'immigrazione: diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013, p. 90.

(73) V. Legge Abruzzo 46/2004, Legge Emilia-Romagna 5/2004, Legge Liguria 7/2007, Legge Lazio 10/2008, Legge Calabria 18/2009, Legge Marche 13/2009, Legge Puglia 32/2009, Legge Toscana 29/2009, Legge Campania 6/2010: su questa legislazione, tra gli altri, L. Degrassi, *Lingue e linguaggi, diritti e libertà culturali*, cit., pp. 170 e ss.

(74) Per i necessari riferimenti testuali cfr. L. Panzeri, *La tutela dei diritti linguistici*, cit., pp. 332 e ss. Esprime apprezzamento sulle nuove leggi regionali V. Orioles, '*Nuove minoranze'. Come cambia lo spazio comunicativo*, in E. Pistolesi (a cura di), *Lingua, scuola e società. I nuovi bisogni comunicativi nelle classi multiculturali. Atti del Convegno organizzato dall'Istituto Gramsci del Friuli-Venezia Giulia con il patrocinio dell'Università degli Studi di Trieste (Trieste, 6-7 ottobre 2006)*, Trieste, 2007, p. 75.

(75) G. Poggeschi, *Diritti linguistici (la lingua come strumento del diritto e la lingua quale oggetto della regolamentazione giuridica)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, *Aggiornamenti*, VI, Torino, 2015, §4, ha ipotizzato l'adozione di una "legge linguistica" rivolta sia alla lingua della maggioranza sia alle lingue delle minoranze storiche sia ai dialetti sia alle lingue degli stranieri.

(76) Su alcune di queste alternative cfr. già L. Panzeri, *La tutela dei diritti linguistici*, cit., pp. 320 e ss.

(77) Per una proposta in tal senso v. il D.D.L. 1486, d'iniziativa della sen. Minasi, comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica il 13 maggio 2025, recante «Modifica all'art. 2 della L. 15 dicembre 1999, n. 482, in materia di tutela della lingua delle popolazioni romene nel territorio nazionale»; il progetto, consistente in un unico articolo, ha previsto l'inserimento nell'art. 2, comma 1, della Legge attuativa dell'art. 6 Cost., dopo la parola «slovene», dell'espressione «romene».

(78) F. Palermo, J. Woelk, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, cit., p. 262, sottolineano come le nuove minoranze non costituiscano un gruppo omogeneo, risultando dunque difficile l'univoca individuazione delle relative istanze, suscettibili di spaziare dall'assimilazione, alla mera non discriminazione, alla richiesta di forme di integrazione, al riconoscimento di diritti spe-

renziate, da graduare secondo ragionevolezza; essa, inoltre, non considera l'ancoraggio del sistema di tutele introdotto dalla L. 482 al criterio territoriale, poco funzionale, fuorché in alcune ipotesi ad oggi residuali (79), nei confronti delle minoranze immigrate, spesso "diffuse" e prive di stabili legami con porzioni di territorio definite (80).

In alternativa a questa opzione, è stata considerata l'adozione di una legge *ad hoc* rivolta ai diritti linguistici e culturali delle sole nuove minoranze o, quale variante, di più leggi, una per ciascuna di esse, da predisporre muovendo dalle caratteristiche dei gruppi linguistici di nuova formazione. Posto che la L. 482, come affermato dalla stessa Corte costituzionale nella sent. 88/2011, non «esaurisce ogni forma di riconoscimento e sostegno del pluralismo linguistico» (81), il Legislatore statale potrebbe agire in questo senso, sia mutuando soluzioni tradizionali – ad esempio, estendendo alle nuove minoranze, ove possibile, alcune garanzie già operanti per quelle storiche (82) – sia definendo modalità d'intervento del tutto innovative.

Questa esigenza si pone, soprattutto, nel settore scolastico, assai rilevante al fine dell'integrazione degli immigrati (83), ma che fatica a farsi carico con efficacia dei

---

ciali. Secondo R. Toniatti, *Minoranze autoctone e "altre" minoranze*, cit., pp. 26-27, una minoranza costituita da immigrati sollecita l'individuazione di «una disciplina corrispondente alla specificità degli interessi, delle esigenze e delle aspettative di questa minoranza, che è "nuova" in senso cronologico, in quanto la sua configurazione è più recente […], ma che in realtà è "altra" in quanto dotata di caratteri propri che non la rendono assimilabile alle minoranze nazionali e linguistiche». Cfr. altresì C. Galbersanini, *La tutela delle nuove minoranze*, cit., p. 12, che, accanto ai condivisi fattori differenziali, sottolinea come la presenza di nuove minoranze non interroghi l'ordinamento soltanto sul piano della protezione linguistica e culturale, ma solleciti altresì misure funzionali all'inclusione sociale, economica e culturale nel Paese di insediamento. Dalla prospettiva linguistica, su questa posizione, cfr. V. Ganfi, M. Simoniello, *Elementi sociolinguistici nel discorso sul riconoscimento istituzionale delle lingue immigrate. Basi per una riflessione sulla necessità di superare i presupposti ideologici della Legge n. 482/1999*, in G. Iannàccaro, S. Pisano (a cura di), *Intrecci di parole*, cit., p. 337.

(79) Il riferimento è, ancora, alle comunità cinesi (v., *supra*, nota (57)).

(80) In senso critico sulla possibilità di estendere alle nuove minoranze le forme di tutela previste dalla L. 482/1999, P. Caretti, A. Cardone, *La Legge n. 482/1999: problemi applicativi ed esigenze di riforma*, in Id. (a cura di), *Lingue e diritti*, II, *Lingua come fattore di integrazione politica e sociale. Minoranze storiche e nuove minoranze*, Firenze, 2014, pp. 97, 106 e 109; su questa conclusione, altresì, E. Palici di Suni, *Immigrati come nuove minoranze?*, cit., p. 647, G. Cavaggion, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, cit., p. 270, V. Piergigli, *Rileggendo l'opera di Alessandro Pizzorusso sulle minoranze linguistiche*, cit., p. 7, E. Rossi, *L'estensione della tutela delle minoranze linguistiche storiche alle altre minoranze: un'ipotesi di lavoro*, in R. Toniatti (a cura di), *Minoranze autoctone e altre minoranze*, cit., p. 110.

(81) Sulle potenzialità dischiuse dalla sent. 88/2011, A. Anzon Demmig, *La Corte apre a «nuove» minoranze?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, p. 1314.

(82) Si consideri, ancora, il caso delle comunità cinesi (v., *supra*, nota (57)).

(83) Su questa dimensione, dalla prospettiva giuridica, cfr. F. Biondi Dal Monte, *La lingua come strumento di integrazione scolastica delle nuove minoranze tra prospettiva internazionale e diritto interno*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2015, 3, pp. 6 e ss.

bisogni di cui sono portatori gli studenti con *background* migratorio (84). Oltre a favorirsi l'apprendimento della lingua della maggioranza, potrebbe istituzionalizzarsi l'insegnamento delle lingue e delle culture d'origine, utile da diverse prospettive: a livello individuale, per il migliore apprendimento della lingua italiana – posto che, come ci insegna la riflessione pedagogica, la valorizzazione della lingua d'origine costituisce una premessa fondamentale per apprendere la lingua del Paese in cui si vive (85) – e per la trasmissione del patrimonio idiomatico familiare quale valore identitario (86); a livello collettivo, per educare all'interculturalità, consolidando la consapevolezza per la quale «essere bilingue è una ricchezza e una *chance*, e non una condizione di minorità» (87), ma anche, in un mondo globalizzato, per offrire a *tutti* gli studenti, anche autoctoni, preziose opportunità formative (88).

L'intervento del Legislatore dovrebbe operare assicurando modalità d'azione flessibili e differenziate, da realizzare valorizzando l'autonomia delle istituzioni scolastiche ed il coinvolgimento degli enti locali, delle realtà associative degli stranieri e delle famiglie. A tal fine, sarebbero altresì meritevoli di sostegno gli sforzi profusi per la trasmissione delle lingue d'origine già realizzati attraverso le c.d. "scuole ereditarie", operanti in orario extrascolastico ed auto-organizzate, rivelatesi un veicolo fondamentale, oltre che sul piano aggregativo, per la trasmissione di identità linguistiche destinate, diversamente, ad un rapido percorso di assimilazione (89). Dirimente, in ogni caso, sarebbe la certezza di adeguate e costanti risorse finanziarie (90), funzionali al potenziamento dei servizi di mediazione in-

(84) Cfr., a questo proposito, G. Sergio, *Heritage language education in Italy: first survey as a part of a European project*, in *Italiano LingueDue*, 2024, 2, pp. 555 e ss.
(85) Cfr. G. Favaro, *Parole, lingue e alfabeti nella classe multiculturale*, cit., spec. pp. 259-260; riprende questo spunto G. Matucci, *La lingua come fattore culturale-identitario*, cit., p. 12.
(86) Su queste due finalità, B. Brancati, *L'insegnamento delle lingue di origine agli stranieri, alla luce del diritto nazionale e sovranazionale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2015, 3, pp. 6 e ss.
(87) Così, ancora, G. Favaro, *Parole, lingue e alfabeti nella classe multiculturale*, cit., p. 261; sulle potenzialità della valorizzazione dell'«essere plurilingue» cfr. altresì, dalla prospettiva linguistica, V. Ganfi, M. Simoniello, *Elementi sociolinguistici*, cit., p. 347.
(88) Secondo M. Vedovelli, *Le lingue immigrate*, cit., p. 44, «le lingue immigrate potrebbero rappresentare gli elementi sui quali fondare un generale progetto di sviluppo linguistico della nostra società che si rivolga anche e soprattutto agli Italiani nativi»; dalla prospettiva dell'inclusione scolastica cfr. altresì I. Fiorentini, C. Gianollo, N. Grandi, *La classe plurilingue in Italia: sfide e opportunità*, in Iid. (a cura di), *La classe plurilingue*, Bologna, 2020, pp. 9 e ss. Dalla prospettiva giuridica, di recente, cfr. F. Biondi Dal Monte, *Lingua e percorsi di inclusione degli stranieri*, cit., p. 67, che, muovendo dall'insegnamento di Tullio De Mauro, sottolinea le potenzialità insite nell'inserimento scolastico di minori provenienti da contesti migratori al fine della costruzione di una scuola democratica.
(89) Sulla importante funzione svolta dalle scuole ereditarie cfr. P. Bocale, *L'apprendimento delle lingue delle comunità migranti nelle scuole ereditarie*, in *Lend. Lingua e nuova didattica*, 2023, 1, pp. 41 e ss.
(90) La carenza ed intermittenza delle risorse disponibili ha finora costituito un grave ostacolo all'implementazione delle politiche di integrazione in àmbito scolastico dei minori stranieri: per utili spunti cfr. C. Napoli, *L'integrazione linguistica dei minori stranieri nell'ordinamento scolastico italiano*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2016, 1, p. 18.

terlinguistica ed interculturale (91), oltre che alla sperimentazione di nuove modalità didattiche, facilitata dalle nuove tecnologie (92), ed all'adeguata formazione degli insegnanti.

Margini di sperimentazione, ancora, sussistono con riguardo all'uso pubblico delle lingue immigrate, che, stante il carattere "diffuso" delle alloglossie di più recente formazione, solleciterebbe l'introduzione di misure ispirate al criterio personale (93), assicurando all'immigrato la possibilità di utilizzare la lingua d'origine in ogni contesto pubblico e sull'intero territorio nazionale. Sebbene questo modello sia irrealizzabile, per lo meno nella sua versione più garantistica, sussistono spazi per soluzioni intermedie, anch'esse facilitate dall'impiego delle nuove tecnologie dell'informazione (94). Meno problematico, inoltre, nei contesti territoriali ove maggiore è la concentrazione di immigrati, resta il sostegno delle *good practices* già realizzate (95), da implementare attraverso l'apertura di sportelli che, anche con l'impiego di personale d'origine non italiana, favoriscano la conoscibilità e l'accessibilità dei servizi offerti al pubblico.

Di estrema importanza, infine, anche sul piano simbolico, potrebbero rivelarsi interventi normativi con i quali riconoscere la rilevanza culturale delle lingue immigrate, anche muovendo dal mero riconoscimento delle stesse quali espressioni

---

(91) Sull'importanza di questi servizi, G. Poggeschi, *La mediazione linguistica e culturale come strumento esemplare per la vigenza dei diritti linguistici di prima specie*, in *Lingue e Linguaggi*, 2015, 16, pp. 435 e ss., G. Tiberi, S. Ninatti, *Lingua, normazione, inclusione sociale: quanto "accessibile" è la lingua del legislatore?*, in P. Bonetti (a cura di), *L'uso della lingua*, cit., spec. pp. 120 e ss.

(92) A. Ciancio, *Profili problematici della tutela delle minoranze linguistiche nell'epoca di Internet*, in Ead. (a cura di), *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, Torino, 2012, p. 171, considera, ad esempio, il ricorso a lezioni in videoconferenza, la somministrazione di test ed esami in forma telematica e, più in generale, lo studio delle lingue attraverso strumenti multimediali.

(93) Da ultimo, C. Galbersanini, *La tutela delle nuove minoranze*, cit., pp. 61-63.

(94) Sulle potenzialità di questi strumenti, F. Leotta, *Pluralismo linguistico e reti telematiche della P.A.: quali prospettive per la comunicazione istituzionale con gli immigrati?*, in A. Ciancio (a cura di), *Il pluralismo alla prova dei nuovi mezzi di comunicazione*, cit., spec. pp. 120 e ss.; con specifico riferimento ad alcune sperimentazioni in àmbito sanitario cfr. P. Desideri, M. D'Angelo, *Diritti linguistici e mediazione linguistico-culturale in contesti sanitari plurilingui*, in M.C. Ferro (a cura di), *La mediazione linguistico-culturale. Voci e istanze dall'accademia*, Milano, 2021, pp. 111 e ss.

(95) Sulle potenzialità del contributo degli enti territoriali a favore delle nuove minoranze cfr. già C. Galbersanini, *Il ruolo delle Regioni e delle Città metropolitane nella società multiculturale: la tutela delle nuove minoranze linguistiche*, Research Paper, Centro Studi sul Federalismo, 2015, spec. pp. 7-8. Cfr. altresì F. Furlan, *L'uso delle lingue minoritarie nei rapporti delle persone con le pubbliche amministrazioni nelle Regioni ad autonomia ordinaria*, in P. Bonetti (a cura di), *L'uso della lingua*, cit., pp. 500 e ss., P. Bonetti, S. Troilo, *L'uso della lingua nei rapporti tra le amministrazioni pubbliche e gli appartenenti alle minoranze linguistiche o gli stranieri*, in P. Caretti, G. Mobilio (a cura di), *La lingua come fattore di integrazione sociale e politica. Atti del Convegno, Firenze, 18 marzo 2016*, Torino, 2016, spec. pp. 149 e ss., e, ivi, rispetto all'àmbito sanitario, anche P. Milazzo, *Lingua, identità ed inclusione*, spec. pp. 86 e ss.

di un patrimonio immateriale, come già sperimentato in alcuni ordinamenti extraeuropei e, tra questi, quello brasiliano (96).

Sebbene sul piano teorico siano disponibili alcune soluzioni e, sul piano delle affermazioni di principio, vi sia un'ampia condivisione sull'esigenza di realizzare efficaci politiche di inclusione, è stato rilevato come, negli ordinamenti occidentali, resti frequente lo «iato», tra le suddette proclamazioni di principio e «la soffocazione (illiberale) delle diversità […]» (97) e, ancora, come l'«agenda politica [sia] più impegnata a risolvere singoli problemi contingenti, senza guardare con intelligenza alla complessità del fenomeno migratorio, soprattutto in una prospettiva futura» (98).

La presa di coscienza delle trasformazioni sociali avvenute negli ultimi decenni, l'affermazione di *tutte* le appartenenze etnico-linguistiche quali «segmenti sui quali ricostruire un'identità di Stato pluralista» (99), l'interiorizzazione dell'opportunità (oltre che della doverosità costituzionale) di un approccio inclusivo (100) costituiscono però argomenti con i quali i Paesi d'immigrazione sono oggi

---

(96) Accanto al portoghese (lingua ufficiale della Repubblica), l'ordinamento brasiliano riconosce varie forme di tutela a favore delle lingue e delle culture indigene (tra le quali quelle *guaranì*, *tikuna*, *yanomani*), ma anche di alcune lingue immigrate, tra le quali il *pomerano*, l'*hunsrik* (entrambe di origine germanica) ed il *talian* (una varietà di veneto, poi arricchita dai contatti linguistici con il portoghese, parlata da circa cinquecentomila discendenti degli immigrati dall'Italia nord orientale e diffusa in alcuni Stati, in particolare Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná ed Espírito Santo). Quest'ultimo, nel 2014, è stata la prima lingua immigrata ad essere inserita nell'*Inventário Nacional da Diversidade Linguística*, istituito nel 2010, ottenendo in questo modo il riconoscimento, a livello federale, di «*Referência Cultural Brasileira*» («Riferimento Culturale Brasiliano»); a livello statale, la Legge dello Stato del Rio Grande n. 13.178/2009 e la Legge dello Stato di Santa Catarina 14.951/2009 hanno riconosciuto questo idioma come parte integrante del patrimonio storico e culturale statale; il *talian*, ancora, ha ottenuto un riconoscimento ancora più incisivo da parte di alcune Municipalità, nelle quali è stata formalizzata la relativa co-ufficialità accanto al portoghese. Sul multilinguismo brasiliano, in generale, M.C. Cavalcanti, T.M. Maher (Eds.), *Multilingual Brazil. Language Resources, Identities and Ideologies in a Globalized World*, New York-London, 2018; sull'origine e la rilevanza culturale ed identitaria del *talian* cfr. S. Damiani, *Diversidade Linguística e Patrimônio Imaterial do Brasil: Talian - língua de imigração*, in *Ideas*, 2017, 3, pp. 125 e ss.; sul riconoscimento giuridico del *talian* cfr. A.F. Comiotto, *Ensino de línguas minoritárias: uma revisão de literatura sobre o talian*, in *Uniletras*, 2021, 43, spec. pp. 3-5; su alcune iniziative di co-ufficializzazione del *talian* a livello municipale cfr. E.R. Sturza, M. da Fonseca Misceno Araujo, *A Institucionalização do talian/italiano na Região da Quarta Colônia do Rio Grande do Sul: língua e patrimônio*, in *Revista Digital de Políticas Lingüísticas*, 2024, 20, pp. 69 e ss.

(97) Così, V. Piergigli, *Integrazione linguistica e immigrazione: luci e ombre del sistema italiano nel contesto dell'Unione europea*, in F. Biondi Dal Monte, V. Casamassima, E. Rossi (a cura di), *Lingua, istruzione e integrazione delle nuove minoranze*, cit., pp. 126-127.

(98) Così, P. Caretti, *Lingua*, cit., p. 30.

(99) Così, già E. Rossi, *Minoranze etnico-linguistiche (voce per un'enciclopedia)*, in *Archivio giuridico Serafini*, 1993, p. 271.

(100) Sulla qualificazione del «pluralismo linguistico e culturale come valore necessario per la democrazia e la coesione sociale», V. Piergigli, *Lingue e minoranze*, cit., pp. 160 e ss.; con specifico riferimento ai diritti di terza specie, G. Poggeschi, *La mediazione linguistica e culturale*, cit., pp.

tenuti a confrontarsi, per garantire la continuità delle istituzioni democratiche ed uno sviluppo socialmente sostenibile. E ciò, come è stato giustamente sottolineato (101), sollecita uno sforzo corale che, oltre al decisore politico, coinvolga, in omaggio ad una "rinnovata sussidiarietà", una pluralità di altri attori (scuola, pubbliche amministrazioni, società civile, famiglie, singoli individui) animati dalla capacità di vedere l'"altro" ed i relativi bisogni, dando ad essi risposte efficaci.

Il contributo analizza l'intensificazione dei flussi migratori verso l'Italia, che pongono all'attenzione del decisore politico moltissime sfide, anche sul piano linguistico, funzionali al consolidamento di una società inclusiva e pienamente rispettosa degli impegni formalizzati dalla Costituzione repubblicana. Per quanto essa sia nata in una fase storica nella quale l'immigrazione non costituiva un tema attuale (semmai, lo era il fenomeno opposto, che spingeva l'Italia alla tutela dei propri emigrati all'estero ed al mantenimento di un qualche legame di costoro con la Patria), l'accoglimento del principio personalistico e l'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale offrono una chiara cornice di riferimento per il "governo" di questo fenomeno, che assume caratteristiche ormai strutturali.

This paper analyses the increase in migration flows to Italy, drawing the attention of policy-makers to a wide range of challenges, including in the linguistic sphere, that are key to consolidating an inclusive society that fully respects the commitments enshrined in the Republican Constitution. Although it originated at a time in history when immigration was not a pressing issue (if anything, the opposite was the case, prompting Italy to protect its emigrants abroad and to maintain some link between them and their homeland), the adoption of the personalist principle and the objective of substantive equality provide a clear framework for the 'management' of this phenomenon, which has now acquired a structural character.

441-442, qualifica gli stessi come la mèta cui un ordinamento ispirato ai princìpi dell'interculturalismo deve tendere.

(101) Cfr. T. Groppi, *Multiculturalismo 4.0*, in *Osservatorio AIC*, 2018, 1, pp. 10 e ss., spec. p. 13.