



La cultura delle riviste giuridiche tedesche: frammenti dal più recente dibattito sul diritto privato.



Angelo Barba

SOMMARIO: **1.** Digitalizzazione e responsabilità extracontrattuale. – **1.2.** La responsabilità civile tra analogia e intervento del legislatore. – **1.3.** La responsabilità da decisione del soggetto digitale. – **1.4.** La responsabilità da prodotto. – **1.5.** Le soluzioni tecniche proposte. – **1.6.** Produttore e operatore nelle proposte di Direttive UE. – **2.** La sostenibilità: un principio generale. – **2.1.** Funzione regolatoria del diritto privato. – **2.2.** Il principio generale di sostenibilità e la catena del valore. – **2.3.** La struttura della disciplina. – **2.4.** Disciplina nazionale e proposta di disciplina europea. – **3.** La complessità del diritto privato.

1. Digitalizzazione e responsabilità extracontrattuale

La lettura critica che voglia individuare, ed in categorie tematiche ricondurre, le direzioni di senso del discorso sul diritto privato che prevalgono nei contributi di ricerca accolti di recente in *alcune*, non certo in tutte né in tutte le più prestigiose¹, riviste scientifiche tedesche, può fare riferimento alla digitalizzazione ed alla sostenibilità.

Con riguardo alla prima categoria, i quesiti principali sono quelli affrontati dalla Sezione civilistica del 73[^] Deutschen Juristentages (DJT) Hamburg 2020/Bonn 2022 per la costruzione di un sistema di responsabilità extracontrattuale per i danni causati da prodotti o servizi basati sull'Intelligenza Artificiale (IA).

¹ Questo contributo, per comprensibili ragioni editoriali, ha potuto tener conto delle pubblicazioni apparse nell'anno 2022 solo sulle riviste giuridiche tedesche che erano nella disponibilità dell'Autore.

A tal riguardo, è da segnalare la preziosa funzione culturale che ormai da tempo svolge la rivista *Juristenzeitung* nel promuovere più inclusive occasioni di riflessione circa gli esiti della mediazione culturale e tecnica tra società civile e Stato (società politica) che l'Associazione DJT riesce, solo grazie all'elevata qualità e indipendenza della sua attività scientifica, a realizzare.² Conviene forse ricordare che la DJT e.V. è una comunità di ricerca giuridica che impegna il giurista teorico ed il giurista pratico in un meditato, a volte anche aspro, confronto organizzato non solo per elaborare proposte destinate a sollecitare l'iniziativa del legislatore (nazionale ed europeo), ma anche per acquisire o consolidare il sapere ermeneutico ed il sapere dogmatico necessari per l'evoluzione applicativa del sistema giuridico (*Rechtsfortbildung*).

1.2. La responsabilità civile tra analogia e intervento del legislatore

In generale, l'intelligenza artificiale solleva interrogativi che il giurista, sia teorico sia pratico, percepisce prima del politico per ragioni di prossimità culturale alla concreta esperienza. Il rapporto tra tecnologia e diritto, con particolare riguardo alla responsabilità civile, rivela bisogni di protezione che il diritto privato vivente non riesce ad intercettare e che l'osservatore analizza utilizzando le strategie epistemologiche rese disponibili dall'ermeneutica e dalla dogmatica. Lacune del diritto che solo in parte possono essere integrate attraverso l'interpretazione analogica, costruendo regole di decisioni coerenti rispetto al sistema.

I limiti sistematici all'interpretazione analogica giustificano, nella riflessione del giurista tedesco, una maggiore attenzione per le regole di responsabilità extracontrattuale. Infatti, l'applicazione analogica del § 278 BGB, che disciplina la responsabilità per fatto degli ausiliari del debitore (norma raggugliabile all'art. 1228 c.c.), legittima l'elaborazione di una regola di decisione coerente con il processo ermeneutico di assoluta oggettivazione – in applicazione del § 278 BGB il debitore risponde anche dei fatti dannosi provocati dall'ausiliario incapace - della responsabilità contrattuale. A voler sintetizzare, l'interpretazione analogica del § 278 BGB esclude la possibilità che l'utilizzazione da parte del debitore di sistemi autonomi di intelligenza artificiale sia fonte di un'immunità che, già nella disciplina vigente, resta estranea all'ipotesi in cui il debitore si avvalga di altre persone nell'adempimento.³ L'evoluzione della tecnologia non impedisce – questo il senso del discorso – l'applicazione della regola generale di responsabilità per i fatti dannosi riconducibili al contesto organizzativo predisposto dal debitore per l'esecuzione della prestazione.

² Si v. il saggio di G. SPINDLER, *Neue Haftungsregelungen für autonome Systeme?*, in *JZ*, 2022, 793 ss. Cfr. altresì I. ORSSICH, *Das europäische Konzept für vertrauenswürdige Künstliche Intelligenz*, in *EuZW*, 2022, 254 ss.; J. OECHSLER, *Die Haftungsverantwortung für selbstlernende KI-Systeme*, in *NJW*, 2022, 2713 ss.

³ Si v. S. KLINGBEIL, *Schuldnerhaftung für Roboterversagen. Zum Problem der Substitution von Erfüllungsgehilfen durch Maschinen*, in *JZ*, 2019, 718 ss.

Le discipline della responsabilità extracontrattuale, invece, resistono alla elaborazione di integrazioni (o estensioni) ermeneutiche che il controllo dogmatico possa legittimare in termini di coerenza sistematica e rendono necessario l'intervento del legislatore.

L'interrogativo che caratterizza ed orienta il dibattito sui sistemi di IA, con riguardo ai profili di teoria generale e di politica del diritto (nella specifico significato che quest'ultima affermazione assume nella cultura giuridica tedesca in contrapposizione al diritto della politica), può essere sintetizzato nel senso della necessità di un sistema di responsabilità extracontrattuale complesso, per garantire le condizioni normative che possano generare la fiducia e, quindi, la diffusione delle modalità organizzative dell'azione economica basate su processi decisionali automatizzati.

La tecnica rimediabile della responsabilità civile extracontrattuale, questa l'impostazione del discorso, viene convocata – accanto alle tecniche sanzionatorie del diritto pubblico (*public enforcement*) – per realizzare una strategia di *private enforcement* destinata ad individuare e presidiare – ma in maniera decentrata – la combinazione tra protezione e innovazione tecnologica; ossia il punto di equilibrio tra interessi ed esigenze antagonisti che promuove la transizione verso l'economia digitale e, con questa, l'acquisizione dei vantaggi economici e sociali generati dall'IA.⁴

Si tratta di una direzione di analisi che utilizza le acquisizioni teorico-generalistiche circa la funzione regolatoria del diritto privato ormai consolidate nella cultura giuridica tedesca⁵, e che, in particolare, organizza il sistema della responsabilità extracontrattuale per i danni provocati dall'IA nella consapevolezza che tale formula (intelligenza artificiale) custodisce e descrive solo una modalità organizzativa dell'azione che viene scelta (la modalità) da un 'utente' persona fisica, persona in senso giuridico o autorità pubblica (art. 3, punto n. 4, legge intelligenza artificiale)⁶. I sistemi di IA attivano processi decisionali automatizzati per lo svolgimento di un'azione *per conto* dell'utente.

1.3. La responsabilità da decisione del soggetto digitale

Nel segno di una responsabilità per scelta organizzativa del soggetto che si affidi al processo decisionale autonomo, si colloca la ricostruzione della responsabilità extracontrattuale per i danni provocati da sistemi di IA come manifestazione del *Entscheidungsrisiko* (rischio da decisione) – non del *Kausalrisiko*, ossia del rischio da utilizzazione di un

⁴ La politica sceglie il diritto come tecnica di gestione dei conflitti economici e sociali generati dallo sviluppo tecnologico (politica del diritto) e poi individua la tecnica giuridica – di diritto pubblico e/o di diritto privato - che ritiene più adeguata allo scopo (diritto della politica).

⁵ Con la poderosa monografia di A. HELLGARDT, *Regulierung und Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016; ma v. anche J. CROON-GESTEFELD, *Gemeininteressen im Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022.

⁶ Con la formula "Legge sull'intelligenza artificiale" si fa riferimento alla proposta di Regolamento del 21. 4. 2021, COM (2021) 206 final. Sul concetto di intelligenza artificiale v. A. STAEHELIN, *Begriff und Wesen der Künstlichen Intelligenz*, in *GRUR*, 2022, 1569 ss.

prodotto - e la sua conformazione come *digitale Assistenzhaftung*, ossia come tipologia rimediabile intermedia ma autonoma rispetto ai 'modelli' offerti dalla responsabilità (contrattuale) ex § 278 BGB e dalla responsabilità ex § 831 BGB (corrispondente per diritto italiano all'art. 2049 c. c.), ma senza la possibilità della prova liberatoria prevista, invece, da quest'ultima disposizione.⁷ Si afferma la responsabilità *eines Prinzipals* (del dominus) dell'organizzazione dell'attività (non solo, dunque, di un'attività di impresa) per l'autonoma decisione errata e antiggiuridica del soggetto digitale cui il dominus ha affidato l'organizzazione dell'azione per suo conto.

Una ricostruzione, quest'ultima, che è rimasta isolata nel dibattito più recente e che rappresenta la più compiuta elaborazione teorica per risolvere in termini di autoreponsabilità generata dalla scelta organizzativa vantaggiosa - quella di utilizzare un meccanismo decisionale autonomo che può generare azioni antiggiuridiche - il fondamentale problema politico ed economico che l'argomentazione giuridica riconduce all'alternativa o alla combinazione tra responsabilità del produttore e responsabilità dell'operatore.

La ragione che giustifica l'imputazione della responsabilità non è l'utilizzazione o l'immissione sul mercato di un 'prodotto' pericoloso, bensì l'antigiuridicità (non la colpevolezza) di un comportamento deciso - in autonomia - dall' algoritmo. Una forma di *Rechtswidrigkeitshaftung* diversa dalla *Gefährdungshaftung*.⁸

Sullo sfondo, è dato rintracciare un interrogativo dogmatico assai complesso: quello della possibilità di utilizzare la soggettività, intesa come categoria che descrive una tecnica giuridica, per dare forma - dunque rilevanza - all'autonomia del processo decisionale attivato ed elaborato (solo) dal sistema di IA e per gestire il rischio generato da questa autonomia decisionale. Una modalità argomentativa che, meditata senza assecondare frettolose suggestioni, rivela in realtà la consapevolezza dell'interprete circa la necessità - imposta dalla digitalizzazione - di una rinnovata sistematica della responsabilità oggettiva. Un esito argomentativo costruito sulla consapevolezza dell'osservatore circa l'inadeguatezza dei modelli normativi di responsabilità oggettiva organizzati sui *processi causali* originati dai beni, dalle cose, per sostenere - in termini di allocazione dei costi economici e sociali - il rischio generato dall'autonomia del *processo decisionale* dell'algoritmo. Ossia di modelli costruiti in prevalenza sull'uso del bene e non sul comportamento.

L'autonomia decisionale del sistema di IA esclude la configurabilità, necessaria nel sistema tradizionale per l'imputazione del danno, della oggettiva relazione tra responsabilità e potere di controllo umano sulla cosa. Rispetto a questa inadeguatezza, sopravvenuta in ragione dello sviluppo tecnologico, è sembrato possibile configurare una regola di responsabilità oggettiva per i danni provocati dal comportamento antiggiuridico di un soggetto (c.d. agente) digitale. La categoria della soggettività giuridica digitale viene convocata ed attivata nella dinamica giuridica come medio dogmatico necessario per la co-

⁷ È la nota posizione di G. TEUBNER, *Digitale Rechtssubjekte*, in *AcP*, 2018, 155 ss. Sull'interpretazione evolutiva del § 278 BGB cfr. J. E. SCHIRMER, *Hersteller als Erfüllungsgehilfe*, in *AcP*, 2022, 572 ss.

⁸ G. TEUBNER, *op. cit.*, 192.

struzione di un sistema di responsabilità oggettiva per l'*Autonomierisiko*, che resiste alla rassicurante finzione, o illusione, della sovranità umana sull'azione.⁹

La *digitale Assistenzhaftung* descrive un'evoluzione della responsabilità vicaria giustificata dall'autonomia del processo decisionale attivato e controllato dall'IA, da un lato; e dalla scelta dell'utente di organizzare la propria azione attraverso un meccanismo di funzionalizzazione di tale autonomia decisionale, dall'altro. L'agente digitale agisce per conto dell'utente e tale relazione organizzativa rende responsabile l'utente per la decisione errata e antiggiuridica del soggetto agente.

Una vicenda culturale che rivela – a tratti dissimula – la curiosità o la diffidenza del giurista verso le evoluzioni antropologiche attivate dallo sviluppo tecnologico.

1.4. La responsabilità da prodotto

Tuttavia, l'inadeguatezza dei tradizionali modelli di responsabilità oggettiva rispetto alla digitalizzazione delle relazioni sociali ed economiche viene affrontata e superata anche attraverso un'argomentazione alternativa. Un modello di responsabilità oggettiva edificato sull'inclusione del sistema di IA nella categoria giuridica di "prodotto". In questa direzione di analisi, il discorso propone al legislatore europeo soluzioni normative orientate nel senso dell'evoluzione del sistema disegnato dalla Direttiva 85/374/CEE.

L'argomentazione continua ad utilizzare il 'prodotto' e la logica causale (*Kausalrisiko*) che tale categoria include ed attiva nella dinamica giuridica.

L'impostazione accolta dalla DJT- che ripropone quella condivisa dalla prevalente riflessione teorica - resiste all'idea di riconoscere la "ePerson", ossia la autonoma soggettività giuridica dei sistemi di IA, ed insiste sulla estensione della disciplina di origine europea della responsabilità da prodotto difettoso ai danni provocati dai sistemi di IA.

Il problema della responsabilità extracontrattuale per i danni provocati dai sistemi di IA viene accolto e meditato nella direzione di analisi indicata dalla combinazione di meccanismi rimediali conformati secondo il modello della responsabilità oggettiva (*Gefährdungshaftung*), da un lato; e di meccanismi che utilizzano il modello della responsabilità per colpa semplificati non solo sotto il profilo dell'accesso ai mezzi di prova ma anche con riguardo all'onere della prova mediante la tecnica della presunzione semplice, dall'altro.

Un sistema complesso che ripropone la possibilità che la responsabilità da prodotto concorra con la responsabilità per colpa del produttore (§ 823 Abs. 1 BGB) al fine di realizzare un dispositivo risarcitorio di maggiore effettività rimediale (arg. ex § 15, Abs. 2, ProdHaftG).¹⁰

⁹ Cfr. inoltre G. BORGES, *Haftung für KI-Systeme Konzepte und Adressaten der Haftung*, in *Computer und Recht*, 2022, 553 ss.; O. GIERING, *Künstliche Intelligenz und Arbeit: Betrachtungen zwischen Prognose und betrieblicher Realität*, *Z. Arb. Wiss.* 76, 50–64 (2022). <https://doi.org/10.1007/s41449-021-00289-0>.

¹⁰ Cfr. Art. 127, Cod. cons.

La combinazione tra i due modelli rimediali viene elaborata e ricostruita nel discorso giuridico più recente secondo un'impostazione che si allontana da quella che era già stata accolta nella Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio formalizzata nel 2020¹¹.

In particolare, *a*) viene abbandonato il criterio della misura (o intensità) del rischio da autonomia del sistema di IA per individuare il confine della responsabilità oggettiva rispetto alla responsabilità per colpa e *b*) viene ridimensionata la centralità dell'operatore.

A prevalere, è una linea di politica del diritto diversa da quella accolta nella proposta di Regolamento 2020: organizzare la disciplina della responsabilità civile extracontrattuale per i danni provocati dai Sistemi di IA in maniera più aderente al principio del *günstigen Kostenvermeiders* (cheapest cost avoider). In tale direzione di analisi la complessità del sistema riproduce e formalizza la diversa posizione del produttore rispetto all'operatore (Front-beck e Front-end) nei processi di digitalizzazione identitaria (individuale) e dei rapporti sociali ed economici.¹²

1.5. Le soluzioni tecniche proposte

La relazione tra potere di controllo umano e responsabilità oggettiva induce a proporre (*de jure condendo*) un sistema di responsabilità che accoglie e formalizza la complessità rimediale – quella resa necessaria dall'*Autonomierisiko* – mediante la combinazione tra responsabilità oggettiva del produttore (*Produkthaftung* ex ProdHaftG modificato) e responsabilità per colpa del produttore (*Produzentenhaftung* ex 823 BGB), da un lato; e responsabilità dell'operatore, dall'altro. Quest'ultima (la responsabilità dell'operatore) conformata sia come oggettiva - secondo il modello offerto dal § 7 StVG – sia come responsabilità per colpa presunta dell'operatore (Front -end, Front-beck) secondo il paradigma ricavato dai §§ 831, Abs. 1 e 836 Abs. 1 (BGB, corrispondenti, in larga parte ai modelli offerti, per diritto italiano, dagli artt. 2049, 2051 e 2053).

Per tutte le ipotesi di responsabilità oggettiva viene altresì suggerita la previsione di obblighi assicurativi.

In particolare, la nuova disciplina armonizzata della responsabilità da prodotto difettoso dovrebbe prevedere una fattispecie di responsabilità oggettiva del produttore di Sistemi di IA che prescinde dall'esistenza del difetto ed è organizzata, in ragione della misura di autonomia del processo decisionale digitale - quindi della esistenza o meno di un potere di controllo umano - sulla connessione causale tra autonoma decisione digitale anti-giuridica e danno.¹³

¹¹ Si tratta della ben nota Proposta di Regolamento sulla responsabilità per il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale, 20 ottobre 2020, P9_TA (2020)0276.

¹² Tali figure sono utilizzate nella riflessione secondo la definizione normativa contenuta nell'art. 3 della Proposta di Regolamento 2020.

¹³ Cfr. il saggio di H. ZECH, *Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung beim Einsatz Künstlicher Intelligenz?*, in *NJW-Beilage*, 2022, p.33 ss.; J. OECHSLER, *Die Haftungsverantwortung*

Il difetto del ‘prodotto digitale’ – come fenomenologia del *Verschuldens* che si risolve nella violazione di una *Verkehrspflicht* – rileva, mediante la tecnica della presunzione semplice, solo nella responsabilità del produttore in base al § 823, Abs. 1 BGB. Si presume il difetto del Sistema di IA ed il nesso di causalità tra difetto e danno.

La responsabilità extracontrattuale dell’operatore (*der Betreiber*) – quella contrattuale dovrebbe essere disciplinata dal § 278 BGB esteso dal legislatore ai *digitale Assistenzsysteme* – è costruita utilizzando un modello ricavato dai §§ 831 Abs. 1 e 836 Abs. 1 BGB e conformata in base ad *a)* una presunzione semplice di colpa, alla *b)* irrilevanza della misura di autonomia decisionale del Sistema di IA e ad *c)* una estensione soggettiva della nozione tecnica di operatore tale da includere anche il consumatore.

Viene inoltre proposta una responsabilità oggettiva dell’operatore che, tuttavia, si limita a riprodurre la regola che il sistema giuridico tedesco già conosce per la circolazione dei veicoli (*Betriebsgefahr*, § 7 StVG) anche a guida autonoma (1a StVG) e che è costruita sulla figura del “detentore” utilizzatore del veicolo (*der Halter*). Dunque, una responsabilità oggettiva dell’operatore Front-end senza specificazioni, quindi anche dell’operatore consumatore, che viene configurata solo in relazione alla *Betriebsgefahr*, § 7 StVG per i veicoli a guida autonoma.¹⁴

A tal riguardo, le ragioni delle critiche e delle perplessità che è dato registrare in alcune riflessioni muovono dalla considerazione che il riferimento all’operatore come soggetto fatto responsabile in via oggettiva per i danni provocati da veicoli gestiti da sistemi di IA, se utilizzata come equivalente funzionale dell’*Halters* nella responsabilità per i danni provocati dagli autoveicoli, non riesce a tener conto dell’effettiva misura di potere di controllo di cui l’operatore Front-end dispone.¹⁵

1.6. Produttore e operatore nelle proposte di Direttive UE

Dunque, alla stregua di una considerazione complessiva delle discipline della responsabilità extracontrattuale che vengono proposte, emerge una sistematica alternativa rispetto a quella prefigurata dal legislatore europeo attraverso l’art. 11 del Regolamento 2020, che sembrava orientata, invece, nel senso della centralità dell’operatore come soggetto responsabile. Diversità che trae origine, almeno in larga parte, dalle sollecitazioni critiche rispetto all’impostazione accolta nel Regolamento 2020 che sono state elaborate in punto di analisi teorico generale e di politica del diritto.

Il riferimento è alla convinzione che la responsabilità extracontrattuale sia una tecnica di diritto privato necessaria ma non sufficiente per costruire l’equilibrio sostenibi-

für selbstlernende KI-Systeme, cit., 2714.

¹⁴ Si v. G. SPINDLER, *Neue Haftungsregelungen für autonome Systeme?*, cit., 798. Cfr. inoltre S. BURCHARDI, *Risikotragung für KI-Systeme*, in *EuZW*, 2022, 685 ss.

¹⁵ In tal senso sembrano orientati F. SEDLMAIER - A. K. BOGATAJ, *Die Haftung beim (teil-)autonomen Fahren*, in *NJW*, 2022, 2953.

le, in termini di efficienza economica e di benessere sociale, tra sicurezza e innovazione tecnologica¹⁶.

In particolare, la responsabilità oggettiva dell'operatore Front-end genera sicurezza attraverso un meccanismo di deterrenza che – laddove manchi un effettivo potere di controllo - incide sull'intensità dell'utilizzazione del sistema di IA. L'operatore può evitare la responsabilità *non* utilizzando il sistema autonomo: la deterrenza coincide quindi con la minore diffusione (utilizzazione) dell'innovazione tecnologica acquisita.

Al contrario, la responsabilità oggettiva del produttore (o dell'operatore Back-end) attiva anche il contratto di scambio come tecnica di costruzione dell'equilibrio sostenibile. Il prezzo del sistema digitale, e con questo la contendibilità della domanda, viene determinato dal produttore anche in considerazione della sua responsabilità oggettiva e per colpa. Il prezzo competitivo dovrà comunque accompagnare una offerta di sistema di IA che presenti un livello di sicurezza adeguato e, quindi, sollecitare nel produttore l'esercizio della massima misura possibile di controllo.

Considerazione questa che non esclude la responsabilità per colpa dell'operatore Front-end (persino consumatore) in base al § 823 BGB (corrispondente all'art. 2043 c.c.), bensì la necessità (opportunità giuridica) di una sua responsabilità oggettiva.

L'impostazione ormai prevalente nel più recente dibattito tedesco sembra accolta in due proposte di Direttiva europea: quella relativa alla responsabilità per danno da prodotti difettosi, destinata a sostituire la Direttiva 85/374/CEE¹⁷, e quella relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale¹⁸.

Mentre la prima, attraverso la definizione di prodotto, include i Sistemi di IA così adeguando il modello rimediabile anche a questa tipologia di innovazione tecnologica; la seconda, senza incidere sulle discipline nazionali della responsabilità civile per colpa – ed in particolare sulle definizioni di colpa e di causalità - fissa regole che rendono più accessibili i mezzi di prova, e individua ipotesi di presunzione semplice di colpa ed una regola di presunzione relativa del nesso di causalità in caso di colpa.

A riguardo la riflessione sistematica più avanzata è nel senso che entrambe le Direttive sono rivolte (la prima non solo) ai produttori di Sistemi di IA e che il sistema costruito mediante i due interventi normativi consentirebbe di risarcire anche i danni che la responsabilità da prodotto difettoso non riesce a raggiungere. La proposta di Direttiva KI-Haftung¹⁹ assicura – rispetto alla proposta di Direttiva sulla responsabilità da prodotto difettoso – una più estesa tutela risarcitoria della proprietà (cfr. art. 4, n. 6, proposta di

¹⁶ Cfr. G. WAGNER, *Produkthaftung für das digitale Zeitalter – ein Paukenschlag aus Brüssel*, in *JZ*, 2023, 1 ss. (3).

¹⁷ Proposta del 28. 9. 2022, COM(2022) 495 final.

¹⁸ Proposta del 3.10. 2022, COM(2022) 496 final.

¹⁹ Proposta del 3.10. 2022, COM(2022) 496 final.

Direttiva²⁰), dei diritti della personalità ed una tutela risarcitoria per i danni meramente patrimoniali (reine Vermögensschäden)²¹.

2. La sostenibilità: un principio generale

Accanto alla digitalizzazione è la sostenibilità, lo si accennava in precedenza, ad impegnare la riflessione del privatista di cultura tedesca. Il tema emerge con significativa frequenza ed intensità nelle (poche) riviste esaminate ed in relazione ad interrogativi tecnici diversi. Spesso l'elaborazione teorica deve farsi carico, tra l'altro, della ineludibile necessità di rivedere o di controllare le categorie del discorso giuridico sul diritto privato e, in particolare, sulle sue funzioni nella regolazione dei rapporti sociali.

In punto di analisi teorico generale, la qualificazione della sostenibilità come *principio* fondamentale della legalità costituzionale estesa alle norme interposte viene elaborata attraverso il riferimento all'art. 20a GG e 37 Carta di Nizza, e raccogliendo le preziose sollecitazioni ermeneutiche e dogmatiche offerte dalla fondamentale sentenza 2021 del *BVerfG*²².

Tale sentenza, assai nota e analizzata con molta attenzione anche in Italia, ha contribuito, tra l'altro, a confermare del concetto di sostenibilità (*Nachhaltigkeit*) il complesso contenuto di senso elaborato dalla riflessione teorica interdisciplinare. Intesa come *Verbundbegriff*, ossia come concetto integrato in cui confluiscono (e si combinano) i saperi ecologico, economico e sociale, il termine sostenibilità custodisce, ed attiva nelle dinamiche epistemologiche, la necessità di ottimizzare (*Optimierungsgebot*) il contesto esistenziale della persona. Descrive, detto in altri termini, la direzione teleologica che deve orientare lo sviluppo delle conoscenze, la costruzione e la protezione *dinamica* delle indispensabili condizioni ecologiche, sociali ed economiche della vita umana²³.

Qualificata come *principio* generale, ossia come forma di rilevanza giuridica che funziona per bilanciamento con altri principi antagonisti e non per sussunzione – modalità che caratterizza, invece, la dinamica giuridica della *regola* – la sostenibilità accolta nell'Art. 20a GG custodisce e descrive un compito dello Stato. Seleziona uno scopo di interesse generale – la protezione del bene comune che il legislatore costituzionale individua con la formula “*die natürlichen Lebensgrundlagen*” (fondamenti naturali della vita) – che deve orientare non solo l'azione del legislatore, del giudice e della pubblica amministra-

²⁰ Proposta del 28. 9. 2022, COM(2022) 495 final.

²¹ G. WAGNER, *Die Richtlinie über KI-Haftung: Viel Rauch, wenig Feuer*, in *JZ*, 2023, p.123 ss.

²² Si v. a riguardo, A. HELLERGADT - V. JOUANNAUD, *Nachhaltigkeitsziele und Privatrecht*, in *AcP*, 2022, 163 ss. La sentenza menzionata nel testo è *BVerfG*, 24. 03. 2021, in *NJW*, 2021, 1723 (Klimabeschluss).

²³ Si tratta di una concezione della sostenibilità che, nel dibattito tedesco, viene elaborata da W. Kahl; si v. in particolare W. KAHL (Hrsg.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, TÜBINGEN (Mohr Siebeck), 2008, *passim*, ma in parti, 25 ss. e 267 ss.

zione, ma anche la necessaria mediazione culturale tra norma e fatti (atti) istituzionali di attuazione (la legge, la sentenza, l'atto amministrativo) che viene svolta dall'interprete. Una mediazione culturale elaborata attraverso un articolato processo epistemologico: quello in cui il sapere dogmatico organizza il sapere ermeneutico *in* sapere sistematico²⁴.

In particolare, il discorso giuridico sul principio generale di sostenibilità si caratterizza, da un lato, per il riconoscimento della prevalenza assiologica della condizione ecologica dell'esistenza umana (i fondamenti naturali della vita) nel processo euristico di integrazione con le condizioni sociale ed economica; dall'altro, per la funzione argomentativa riconosciuta al principio²⁵.

2.1. Funzione regolatoria del diritto privato

La sostenibilità diventa così il medio dogmatico necessario per orientare il sapere ermeneutico verso la costruzione di una sistematica dei diritti fondamentali delle generazioni future. Attraverso il bilanciamento con altri principi antagonisti, la sostenibilità seleziona una direzione assiologica dell'ermeneutica diversa da quella che caratterizza la tutela dinamica dei diritti fondamentali. Gli interrogativi che attivano il principio generale della sostenibilità non riguardano l'adeguamento delle forme e delle tecniche di protezione dei diritti fondamentali della persona allo sviluppo attuale delle tecnologie e delle conoscenze. Riguardano, invece, la possibilità di garantire condizioni di sviluppo compatibili con l'effettiva tutela dei diritti fondamentali delle generazioni future.

In termini di protezione del clima, a voler sintetizzare solo il senso della storica decisione resa dal *BVerG* nel 2021, la misura della riduzione di emissioni di gas serra che lo Stato deve realizzare viene individuata, ed in termini di illegittimità costituzionale della legge federale del 2019 formalizzata, in considerazione della necessità di assicurare *anche* alle generazioni future – ossia per il tempo successivo al 2030 - la possibilità di una gestione dell'onere di riduzione dei gas serra compatibile con i diritti fondamentali. Il principio di sostenibilità custodisce, in relazione alle condizioni ecologiche (quindi non solo in relazione al clima) ed a quelle economico e sociali a queste connesse, il valore costituzionale della tutela intertemporale della persona e della sua dignità.

Il principio generale di sostenibilità rivela, e nella dinamica giuridica attiva, un *limite interno* al potere generato dalla conoscenza e dal progresso tecnologico. Un limite funzionale a generare e conservare le condizioni ecologiche, sociali ed economiche ne-

²⁴ A. HELLGARDT - V. JOUANNAUD, *op. cit.*, 170 ss. Gli Autori utilizzano, non sempre in maniera esplicita, le note acquisizioni di R. ALEXU, *Theorie der Grundrechte*, 9^a Ed., Suhrkamp (Frankfurt am Main), 2020: a) circa la differenza tra principi e regole e b) con riguardo alla ricostruzione dei principi come Optimierunggebote, 71 ss., 75 ss. e 87 ss. Cfr. inoltre C. MÖLLERS - N. WEINBERG, *Die Klimaschutzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in *JZ*, 2021, 1069 ss.

²⁵ Cfr. anche D. ZIMMER - L. SCHÄFER, *Nachhaltigkeitskooperationen in kartellrechtlicher und rechtsökonomischer Betrachtung*, in *JZ*, 2022, 870 ss.

cessarie ad evitare che la *Macht del sapere* attivi dispositivi e forme di *Gewalt sull'essere*, ossia sulla vita intesa secondo una concezione oggettiva e integrale dell'umano.

Attraverso questo processo argomentativo, il discorso rivela ragioni di conferma e di rinnovato interesse per la funzione regolatoria del diritto privato.

Infatti, uno degli interrogativi che caratterizza la riflessione riguarda la tecnica giuridica che il legislatore può scegliere di utilizzare per realizzare il valore assiologico custodito dalla sostenibilità e la possibilità che l'interpretazione giurisprudenziale della norma o la concretizzazione delle clausole generali possano o debbano accogliere il principio di sostenibilità come uno dei valori ordinanti dei processi ermeneutici.

Sullo sfondo, dunque, non vi è solo l'interrogativo della *mittelbaren Drittwirkung* dell'art. 20a GG, ma anche quello più generale della funzione regolatoria del diritto intesa come compito di *enforcement* della sostenibilità che il legislatore può scegliere di affidare alle tecniche rimediali del diritto privato.

Un discorso che coinvolge, a voler esemplificare, anche la disciplina della garanzia per vizi della cosa venduta (§ 434 BGB)²⁶, quelle delle immissioni (§ 906 BGB) o la concretizzazione della clausola generale "die guten Sitten" nella disciplina della responsabilità extracontrattuale (§ 826 BGB) o della clausola generale nella disciplina di tutela della proprietà che giustifica, in base ad una regola di decisione elaborata dalla concretizzazione giudiziale, la pretesa di rimozione del pregiudizio (§ 1004 BGB)²⁷.

Tuttavia, è la relazione tra *public* e *private enforcement*, quest'ultimo con riguardo alla utilizzazione della tecnica rimediale di tipo risarcitorio, che viene approfondita nella direzione di senso indicata dalla sostenibilità.

2.2. Il principio generale di sostenibilità e la catena del valore

Il principio di sostenibilità orienta anche la riflessione ermeneutica che ha accompagnato l'entrata in vigore – 1 gennaio 2023 - della legge sui doveri di diligenza conformativi dell'(attività di) impresa all'interno della catena di approvvigionamento (*Lieferketten-gestez*, LkSG) e funzionali alla protezione dei diritti umani e dell'ambiente²⁸.

Occorre a riguardo chiarire che la nozione tecnica di *Lieferkette*, contenuta nel § 2, al n. 5, non è più ristretta della nozione aziendalistica di catena del valore (*Wertschöpfungskette*) e si riferisce ai processi aziendali che conducono alla produzione ed alla distribuzione di beni e servizi a partire dall'acquisizione delle materie prime sino alla distribuzione al cliente finale (*Endkunde*) imprenditore o consumatore.

²⁶ Cfr. R. RACHLITZ - L. KOCHENDÖRFER - J. GANSMEIER, *Mangelbegriff und Beschaffenheitsvereinbarung*, JZ 2022, 705 ss.

²⁷ A. HELLGARDT - V. JOUANNAUD, *op. cit.*, 198 ss. e 202 ss. Istruttivo, sembra, il confronto con la motivazione della sentenza Cass. SS. UU., 1° febbraio 2023, n. 3077.

²⁸ Si v. P. WIATER, *Unternehmerische Menschenrechtsbindung nach Maßgabe des Lieferkettengesetzes*, in JZ, 2022, 859 ss.

Il diritto generato dalla politica dei diritti umani, ossia il diritto della politica che si rende funzionale alla politica dei diritti umani, convoca il dovere di diligenza per costruire una modalità conformativa dell'attività di impresa destinata a riflettersi sui rapporti tra imprese.

Si tratta, ed è una considerazione che viene sottolineata, di un approccio diverso da quello consueto nella costruzione della responsabilità sociale di impresa. Il legislatore nazionale abbandona le tecniche di *nudging* nella costruzione della sostenibilità sociale ed economica, non solo ambientale; in particolare supera il modello giuridico costruito sulla figura dell'onere e dell'autoresponsabilità di impresa che utilizza fiducia, consenso e reputazione come oggetto di libero (volontario) investimento intangibile, e dunque come fonte di valore dell'impresa²⁹.

La diligenza come obbligo sostanziale – ossia assistito da un apparato sanzionatorio efficace proporzionato e dissuasivo che lo renda effettivo – rivela un approccio giuridico più incisivo di quello che caratterizza(va) la Direttiva 2013/34/UE anche dopo la modifica introdotta con la Direttiva 2014/95/UE e, solo per alcuni aspetti di generale impostazione, ragguagliabile a quello che caratterizza, per diritto italiano, le dichiarazioni individuali o consolidate di carattere non finanziario previste dal d.lgs. n. 254 del 30 dicembre 2016 (cfr. artt. 8 e 9). Un diverso approccio, che l'osservatore tedesco riconosceva e descriveva anche attraverso il trascorrere dalla Direttiva CSR del 2014 – attuata in Germania con l'introduzione dei §§ 289b e ss. nel HGB – alla proposta di Direttiva relativa alla “comunicazione societaria sulla sostenibilità” (ESG). Tale proposta di modifica, tra l'altro, della Direttiva CSR³⁰ veniva osservata con interesse sia per l'articolata disciplina dell'informativa sulla sostenibilità (art. 19bis – nel testo tedesco, art. 19a), sia per il consistente apparato sanzionatorio di diritto pubblico ex art. 51³¹.

Il testo approvato in via definitiva della Direttiva 2022/2464/UE³², sebbene non contenga l'apparato sanzionatorio che era previsto, invece, nella proposta all'art. 51, conferma la progressiva affermazione di un modello normativo caratterizzato nel senso della maggiore effettività dell'obbligo di “rendicontazione di sostenibilità” (art. 19 bis, 29 bis e 29 quinquies)³³.

²⁹ Sul „Nudging-Ansatz” (approccio di Nudging) cfr. M. NIETSCH, *Von der nichtfinanziellen Berichterstattung zur Nachhaltigkeitsberichterstattung – Eine Momentaufnahme zum Vorschlag der Corporate Sustainability Reporting Directive*, in ZIP, 2022, 449 ss.

³⁰ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2013/34/UE, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e il regolamento (UE) n. 537/2014 per quanto riguarda la comunicazione societaria sulla sostenibilità, 21.4.2021 COM (2021) 189 final.

³¹ Si v. M. P. WELLER – N. BENZ, *Klimaschutz und Corporate Governance*, in ZGR, 2022, 563 ss.

³² Direttiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che modifica il regolamento (UE) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità.

³³ Cfr. Per una prima riflessione S. ALLGEIER, *CSRD-Nachhaltigkeitsberichterstattung und KMU-Schutz*, in NZG, 2023, 195 ss.

2.3. La struttura della disciplina

L'ambito di applicazione dei doveri di diligenza è individuato nel LkSG mediante il riferimento all'impresa *ungeachtet ihrer Rechtsform* (§ 1): l'applicazione della regola è indifferente alla forma giuridica dell'impresa. L'ambito di applicazione è delimitato solo in base a criteri quantitativi – soglie minime (*Schwellenwerten*) – individuati attraverso il numero dei dipendenti e può includere, accanto alle imprese che hanno sede ed operano nel mercato interno, persino imprese di paesi terzi³⁴.

Del dibattito, non privo di contenuti critici che riflettono anche il lungo e aspro confronto politico che ha caratterizzato i lavori parlamentari, conviene limitarsi a sottolineare tre aspetti.

Il primo riguarda il dovere di diligenza in relazione alla considerazione e utilizzazione della sostenibilità come concetto integrato. L'impresa è obbligata nella costruzione e nella esecuzione dei rapporti contrattuali (con altre imprese) che organizzano la catena del valore – quindi all'interno della sua *Lieferkette* – a rispettare ragionevoli doveri di diligenza funzionali alla analisi, alla gestione, alla prevenzione o alla riduzione dei rischi di impatto negativo generato dalla violazione di diritti umani o di doveri connessi alla protezione dell'ambiente.

La correlazione tra diritti umani ed ambiente, che tuttavia ancora esclude un preciso riferimento alla protezione del clima (*Klimaschutz*), viene formalizzata in una articolata tipologia di doveri di organizzazione aziendale che, attraverso l'intera catena di approvvigionamenti e di distribuzione, assumono connotazione di principi regolativi di un determinato mercato.

Il dovere di diligenza, una volta collocato all'interno della catena del valore, raggiunge e conforma l'azione di altre imprese e tende a regolare il funzionamento del mercato nel segno della sostenibilità sociale ed ambientale e, quindi, individua un modello di sostenibilità economica.

Il secondo aspetto da sottolineare riguarda le tecniche di enforcement selezionate dal legislatore tedesco.

Viene costruito un apparato rimediale di diritto pubblico e viene espressamente esclusa la possibilità di attivare la tutela risarcitoria di diritto privato nel caso di violazione dei doveri di diligenza tipizzati (§ 3, Abs. 3 LkSG).

Una previsione, quest'ultima, resa necessaria dalla effettiva possibilità ermeneutica di ricondurre la violazione dei doveri di diligenza tipizzati al § 823, Abs. II (contrarietà ad un *Schutzgesetz*) o al § 823, Abs. I (violazione di *Verkehrssicherungspflicht*)³⁵.

³⁴ Si v. M. NIETSCH -M. WIEDMANN, *Adressatenkreis und sachlicher Anwendungsbereich des neuen Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*, in *NJW*, 2022, 1 ss.

³⁵ Cfr. S. BURCHARDI, *Lieferkettensorgfaltspflichten: Risiken für die Unternehmensleitung*, in *N(eue) Z(eitschrift) für G(esellschaftsrecht)*, 2022, 1467 ss.

2.4. Disciplina nazionale e proposta di disciplina europea

Il terzo aspetto, forse quello più interessante in punto di analisi teorico-generale, riguarda il LkSG come occasione che ha sollecitato un'azione di armonizzazione da parte dell'UE³⁶.

In tale direzione di analisi, il LkSG viene collocato accanto alla *loi de vigilance* francese del 2017. Rispetto a tali discipline nazionali caratterizzate da una attitudine regolativa del mercato interno, la Commissione europea si è dovuta attivare con una proposta di Direttiva relativa ai doveri di diligenza delle imprese funzionali alla sostenibilità³⁷.

Di quella proposta, che per molti aspetti riprende il LkSG, viene sottolineato non solo l'esplicita inclusione nel dovere di diligenza della lotta ai cambiamenti climatici (art. 15), ma anche il diverso approccio di enforcement (*Durchsetzung*). A differenza del legislatore nazionale, il legislatore europeo prevede *anche* una tecnica di private enforcement. In particolare, l'art. 22 regola la responsabilità civile della società – come definita in maniera molto articolata nell'art. 3 – per i danni determinati dal mancato rispetto degli obblighi di diligenza.

L'analisi del giurista tedesco si sofferma, anche a tal riguardo, sul rinnovato valore sistematico da riconoscere agli 'obblighi di mezzi' – *Mittelverpflichtung* – rispetto alla garanzia di risultati che, in alcuni casi, esorbitano dai poteri di controllo dell'impresa. Anche la suggestiva figura della cascata contrattuale – *Vertragsskaskade* – sembra promettere sollecitazioni e riflessioni con riguardo alla forma giuridica che assume il fatto aziendale denominato catena del valore.

Tuttavia, l'interrogativo dogmatico più interessante (non solo) per il giurista tedesco riguarda il rapporto tra *public* e *private enforcement* in relazione alla regola di risarcimento contenuta nell'art. 22, comma 2, secondo periodo della proposta di Direttiva.

Infatti, non solo l'esistenza, ma persino la portata (*Umfang*) della responsabilità può dipendere da azioni avviate dalla società già inadempiente per conformarsi, *in futuro*, ai correttivi richiesti dall'autorità di controllo.

L'azione successiva dell'impresa, in quanto conforme all'indicazione dell'autorità, incide in maniera *retroattiva* (*rückwirkend*) sul fatto di danno che si è già verificato, limitando o persino escludendo il risarcimento. Una regola che il giurista tedesco osserva con critica diffidenza in considerazione della possibilità che possa condurre ad un "dogmatischen Durcheinander" in relazione alla *Ausgleichsfunktion* della responsabilità civile³⁸.

³⁶ A tal riguardo v. L. HÜBNER, V. HABRICH, M. P. WELLER, *Corporate Sustainability Due Diligence. Der EU-Richtlinienentwurf für eine Lieferkettenregulierung*, in *N(eue) Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2022, 644 ss.

³⁷ Proposta, 23.2.2022 COM (2022) 71 final. Si v. T. BOMSDORF – B. BLATECKI-BURGERT, *Lieferketten-Richtlinie und Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*, in *ZRP*, 2022, 141 ss.

³⁸ L. HÜBNER, V. HABRICH, M. P. WELLER, *op. cit.*, 649.

3. La complessità del diritto privato

I frammenti del discorso giuridico che l'osservatore può rintracciare attraverso i più recenti contributi apparsi su alcune riviste giuridiche tedesche rivelano un'impostazione ed un contenuto che confermano il senso di un impegno culturale nella costruzione di una più complessa razionalità ordinante del sistema del diritto privato³⁹.

Digitalizzazione e sostenibilità, meditate in relazione alle tecniche rimediali del diritto privato, descrivono fenomenologie culturali riconducibili alla *Politisierung* del diritto privato⁴⁰. Ossia alla progressiva acquisizione della assoluta e ineludibile necessità ma anche di tutta l'insufficienza di una concezione del diritto privato come apparato tecnico caratterizzato nel senso della neutralità assiologica delle forme giuridiche. Una conformazione destinata *solo* a garantire il primato della libertà individuale all'interno di un sistema privo di identità politica, ossia di specificità assiologica. Una concezione che sottovaluta le attitudini infrastrutturali e regolatorie del diritto privato nei sistemi di democrazia pluralista.

Nel segno di una progressiva evoluzione culturale che *a)* trae origine dalla prima giurisprudenza costituzionale sulla *Drittwirkung von Grundrechten*, *b)* si manifesta attraverso l'introduzione di discipline del lavoro e delle locazioni ad uso abitativo ad elevata sensibilità sociale⁴¹, e *c)* acquisisce poi una definitiva elaborazione con il dibattito sulla *Materialisierung* del diritto privato avviato dal famoso scritto di C. W. Canaris⁴², si sviluppa e si consolida un discorso giuridico che tende a superare la classica distinzione tra diritto pubblico e diritto privato.

Il diritto privato diventa politico in quanto tecnica di regolazione (*Regulierung*), ossia come modalità che il legislatore può utilizzare, accanto o in alternativa al diritto pubblico, per la realizzazione di finalità che la scelta politica, attraverso le forme istituzionali della legittimazione che caratterizzano le democrazie pluraliste, seleziona come di prevalente interesse generale nei limiti della legalità costituzionale estesa alle norme interposte.

Le più recenti evoluzioni normative, anche quelle che regolano l'attività di impresa e l'organizzazione delle forme collettive del suo esercizio – non solo le società di capitali ma anche le società di persone (MoPeG) – confermano l'evoluzione del sistema giuridico verso l'utilizzazione delle tecniche del diritto privato per la realizzazione *decentrata* di interessi generali.

³⁹ Un'operazione culturale ricostruita, tra gli altri, da M. AUER, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

⁴⁰ Cfr. la riflessione di H. ZECH, *Nachhaltigkeit und Digitalisierung im Recht*, in *ZfDR* 2022, 123 ss.

⁴¹ Con riguardo alla disciplina delle locazioni è significativa, a tale ultimo riguardo, la recente riforma introdotta con i §§ 555b ss. e 559 ss. BGB.

⁴² Il riferimento è al noto saggio *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“*, in *AcP*, 2000, 273.

Anche digitalizzazione e sostenibilità, in questa direzione di analisi, rivelano una ulteriore e diversa attitudine del diritto privato. Se infatti, *Grund- und Menschenrechte* (i diritti fondamentali e i diritti umani) continuano a *conformare* il diritto privato; occorre altresì tener conto del processo di progressiva legittimazione del diritto privato come tecnica giuridica utilizzata *per dare forma*, nella concreta esperienza, ai diritti fondamentali ed ai diritti umani.

Quest'ultima funzione identifica la trasformazione del classico diritto privato *individualfixirt* in *politischen Privatrecht*⁴³.

⁴³ Sulla „politischen Funktion der Privatrechtsordnung“, v. J. CROON-GESTEFELD, *Gemeininteressen im Privatrecht*, cit., 59 ss.; D. LOOSCHELDERS, *Gleichheit und Materialisierungstendenzen im Privatrecht des 20. und 21. Jahrhunderts*, in M. GEBAUER – S. HUBER (Hrsg.), *Freiheit und Gleichheit im Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebert 2022, 63 ss.