

JUS CIVILE

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



5/2024

settembre-ottobre



G. Giappichelli Editore

ISSN 2421-2563

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

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

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

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

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

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



INDICE

pag.

Articoli e Saggi

<i>Smart legal contract e “giusto rimedio civile” del re-coding: legal protection by design e nuove declinazioni del favor contractus*</i> di <i>Francesco Longobucco</i>	762
<i>Codice civile e Codice del consumo*</i> di <i>Lorenzo Mezzasoma</i>	777
<i>Diritto all’uso esclusivo del marchio e rischio di confusione: il procedimento di opposizione alla registrazione*</i> di <i>Antonio Di Biase</i>	785
<i>Tutela degli affidamenti, criterio di giustificazione e rimedi*</i> di <i>Donato Maria Matera</i>	798
<i>Artificial Intelligence applied to the provision of banking services. Latest updates to the European acquis on automated consumer credit scoring*</i> di <i>Camilla Tabarrini e Gioia Caldarelli</i>	819
<i>I diritti di credito incerti nella formazione della massa ereditaria*</i> di <i>Fabio Trolli</i>	843
<i>Nessuna polizza è perfetta: le variabili temporali dell’assicurazione per la responsabilità civile, tra clausole claims made e circostanze note*</i> di <i>Lorenzo Locatelli</i>	856

* Contributo sottoposto a revisione.



FRANCESCO LONGOBUCCO

Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi Roma Tre

**SMART LEGAL CONTRACT E “GIUSTO RIMEDIO CIVILE” DEL RE-CODING:
LEGAL PROTECTION BY DESIGN E NUOVE DECLINAZIONI DEL FAVOR CONTRACTUS**

SOMMARIO: 1. Il ruolo del giurista nell'interpretazione ed integrazione dell'“effetto informatico” (o “code-risultato” o “fruit contract macchinico”). – 2. Smart legal contract tra “a-rimedialità” e teoria della doppia normatività: critica. – 3. Dai rimedi off-chain ai rimedi in-chain: il ruolo della Rule by Design e le nuove declinazioni del favor contractus. – 4. Lo smart legal contract non conforme all'ordinamento giuridico: spunti per una ricostruzione del “giusto rimedio civile” del re-coding tra demolizione e ricostruzione conservativa del regolamento informatico.

1. – L'ampia letteratura relativa al fenomeno della “contrattualizzazione” dell'algoritmo, oggi ammessa¹

¹ Tra i contributi monografici v. M. MAUGERI, *Smart contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021, 19 ss.; A. STAZI, *Automazione contrattuale e «contratti intelligenti»*, Torino, 2019; da ultimo, I. MARTONE, *Gli Smart Contracts. Fenomenologia e funzioni*, Napoli, 2022. Sia consentito il rinvio a F. LONGOBUCCO, *Utopia di un'autonoma Lex Criptographi(c)a. Dallo smart contract al “giusto rimedio civile” del “recoding” tra “testo informatico” e “regolamento definitivo”*, Napoli, 2023.

Tra i contributi minori si segnalano, senza alcuna pretesa di completezza e con riserva di ulteriore citazione di autori nel prosieguo del lavoro, B. SIRGIOVANNI, *Lo ‘smart contract’ e la tutela del consumatore: la traduzione del linguaggio naturale in linguaggio informatico attraverso il legal design*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 214 ss.; L. DI NELLA, *Smart Contract, Blockchain e interpretazione dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 48 ss.; A. FEDERICO, *Equilibrio contrattuale e contrattazione algoritmica*, in AA.VV., *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità*, Atti del 15° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Napoli, 14-15 maggio 2020, Napoli, 2021, 85 ss. (e ora in *Rass. dir. civ.*, 2021, 483 ss., da cui si citerà d'ora in poi); A.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, *ivi*, 69 ss. (e in *Riv. dir. civ.*, 2021, 411 ss.); ID., *Tecnica, diritto civile e smart contract. Minimalismo o massimalismo?*, Relazione tenuta nell'ambito del Convegno “Gli Stati generali del diritto di internet”, svoltosi a Roma, il 1, 2 e 3 dicembre 2022, in <https://dirittodiinternet.it>; D. DI SABATO, *Autonomia negoziale e distributed ledger technology*, in D. VALENTINO (a cura di), *Nuovi contratti della digital economy. Singoli contratti. Leggi collegate*, II, II ed. Torino, 2020, 245 ss.; EAD., *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, 378 ss.; F. DI GIOVANNI, *Sui contratti delle macchine intelligenti*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 251 ss. (da cui si citerà d'ora in poi) e, anche, in *Giur. it.*, 2019, 1677 ss.; GIUS. FINOCCHIARO-C. BOMPRESZI, *A legal analysis of the use of blockchain technology for the formation of smart legal contracts*, in *Medialaws.eu*, 2020, 1 ss.; C. PERNICE, *Distributed ledger technology, blockchain e smart contracts: prime regolazioni*, in *Tecn. dir.*, 2020, 490 ss.; EAD., “Smart contract” e automazione contrattuale: potenzialità e rischi della negoziazione algoritmica nell'era digitale, in *Dir., merc. ass. fn.*, 2019, 117 ss.; E. BIVONA, *Smart contracts e “interferenze” con la disciplina sui contratti: il sistema dei rimedi alla prova degli algoritmi*, in *Pers. Merc.*, 2021, 776 ss.; V. BELLOMIA, *Il contratto intelligente: questioni di diritto civile*, in www.judicium.it, 2020; G. REMOTTI, *Blockchain smart contract: primo inquadramento e prospettive di indagine (commento all'art. 8 ter D.L. 14 dicembre 2018, n. 135)*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, 159 ss.; C. AMATO, *La ‘computerizzazione’ del contratto. Smart, data oriented, computable e self-driving contracts. Una panoramica*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 1259 ss.; M. GIACCAGLIA, *Gli Smart Contracts. Vecchi e nuovi(?) paradigmi nella prospettiva della protezione dei consumatori*, in *dimt.it*; ID., *Il contratto del futuro? Brevi riflessioni sullo smart contract e sulla perdurante vitalità delle categorie civilistiche attuali e delle norme vigenti del Codice civile italiano*, in *Tecn. dir.*, 2021, 113



e da noi recentemente condivisa², suggerisce di porre un'attenzione privilegiata al processo di adeguamento del “testo informatico” (il c.d. linguaggio computazionale), al quale sono attribuibili effetti giuridici tra due o più parti *ex art.* 1321 c.c., alla *Rule of Law* per il tramite della *Rule by Design*. Ciò sull'assunto che la qualificazione in termini “contrattuali” del c.d. *smart legal contract*, da un lato, impone sempre di valutare la conformità del prodotto informatico ai principi e alle regole dell'ordinamento giuridico, dall'altro lato, suggerisce di indagare se la tecnica adoperabile nella costruzione della tecnologia (la *Rule by Design*) possa consentire al giurista di conformare il “code contrattuale”, inteso come “effetto” dell'algoritmo, alla *Rule of Law* nel caso concreto – che chiameremo, d'ora in poi, “*casus digitalis*” – nel quale si stagliano gli interessi delle parti.

In questo processo di adeguamento il *tech-lawyer* è chiamato ad assumere un ruolo senz'altro responsabile sia nel momento originario della predisposizione del “code informatico” sia nella fase successiva al funzionamento dell'algoritmo; questi, in prima persona, è chiamato infatti ad effettuare anzitutto una scelta di campo tra i vari modelli possibili di *smart legal contracts*, prediligendo quello maggiormente adatto a governare le circostanze e gli interessi nel concreto “*casus digitalis*”. Segnatamente, una volta predisposto il testo informatico da parte dello sviluppatore, il giurista è chiamato ad optare tra il c.d. “modello esterno”, ossia uno *smart legal contract* in grado di automatizzare soltanto talune clausole contenute in un contratto *off-chain* ed il c.d. “modello solo codice”, ossia uno *smart legal contract* scritto unicamente in linguaggio informatico e, in quanto tale, scambiato ed accettato dalle parti³; rimane, invero, una terza via, che è quella dell'adozione del c.d. “modello ibrido”, ovvero di un testo informatico al quale accede, altresì, un documento contrattuale⁴, anch'esso informatico ma scritto in linguaggio umano (c.d. linguaggio semantico), trattandosi, evidentemente, di un c.d. *Ricardian Contract* ovvero di uno *Split Contracting Model* (in presenza del “mo-

ss.; R. BATTAGLINI e M.T. GIORDANO (a cura di), *Blockchain e smart contract. Funzionamento, profili giuridici e internazionali, applicazioni pratiche*, Milano, 2019; R. PARDOLESI e A. DAVOLA, «Smart contract»: lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia, in *Foro it.*, 2019, V, 195 ss.; F. DELFINI, *Blockchain, smart contracts e innovazione tecnologica: l'informatica e il diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, 167 ss.; G. LEMME, *Blockchain, smart contracts, privacy, o del nuovo manifestarsi della volontà contrattuale*, in E. TOSI (a cura di), *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019, 297 ss.; L. CASALINI, *Blockchain and smart contracts. What changes lie ahead for banking and financial law?*, in *Diritto del risparmio*, 2019, 1 ss.; L. PAROLA-P. MERATI-G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract: questioni giuridiche aperte*, in *Contratti*, 2018, 681 ss.; P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 107 ss.; M.L. PERUGINI-P. DAL CHECCO, *Introduzione agli Smart Contract*, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2729545; D. DI MAIO e G. RINALDI, *Blockchain e la rivoluzione legale degli Smart Contracts*, in <http://www.dirittobancario.it>; M. CHIRIATTI, *Gli Smart Contracts come nuove leggi? Meglio maneggiare con cura*, in <http://www.econopoly.ilsole24ore.com>; S. MACELLARI, *Blockchain e Smart Contracts, che altro?*, in <http://www.theinnovationgroup.it>; S. CAPACCIOLI, *Smart contract: nuovi orizzonti del fintech*, in www.quotidianogiuridico.it; L.M. PEDRETTI, *Una piattaforma di nuova generazione per i contratti intelligenti e le applicazioni decentralizzate*, in <https://www.ethereum-italia.it/white-paper/>.

Per le voci enciclopediche v. G. SALITO, voce *Smart contracts*, in *Dig. disc. priv. sez. civ., agg.*, Torino, 2019, 393 ss.

² F. LONGOBUCCO, *Utopia di un'autonoma Lex Criptographi(c)a*, cit., 41 ss.

³ Secondo la metodologia di predisposizione dello *smart contract* proposta da R. BATTAGLINI-P. NICORELLI, *Smart legal contract: dall'idea al codice*, Milano, 2021, spec. 87 ss.

⁴ V., sotto tale aspetto, E. CAPOBIANCO, *Il testo contrattuale*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto*, II, *Il regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2022, 305, secondo il quale «problemi non dissimili [di scelta della lingua applicabile al contratto] si pongono anche con riguardo agli *smart contract* relativamente ai quali il problema della libertà di lingua si sostanzia nella facoltà di adozione del codice informatico come lingua del contratto. Anche in tal caso possono porsi problemi di comprensione del testo a risolvere i quali si propone di connettere direttamente allo *smart contract* un documento contrattuale elettronico, redatto in linguaggio “umano” che ne consenta l'esplicitazione». Osserva, altresì, E. CARBONE, *Macchine pensanti e contratti non umani*, in *Foro it.*, 2020, 240 ss., che «la teoria del contratto, [...] per un verso, dovrebbe favorire modelli negoziali ibridi, capaci di mantenere la leggibilità umana del testo, e, per altro verso, dovrebbe negare tutela a modelli opachi, pericolosi per la dignità della persona e la legalità del mercato».



dello ibrido”, in ogni caso, entrambe le due fisionomie – umana ed informatica – del contratto risulteranno vincolanti per le parti).

Di là dalla scelta del modello di *smart legal contract*, il *tech-lawyer* è investito del compito di predisporre *ab origine* il “code informatico”, riducendo i termini giuridici al contesto informatico e dunque preparando il c.d. pseudo-codice ed il diagramma di flusso, sui quali poi lo sviluppatore andrà a costruire l’algoritmo in linguaggio propriamente informatico: in tal guisa il giurista è coinvolto sin dall’inizio nel procedimento di messa a punto dell’algoritmo per il tramite di un’embrionale opera di adeguamento del linguaggio semantico a quello computazionale.

Peraltro, il “regolamento informatico”, frutto del (mero) funzionamento dell’algoritmo, non è ancora in grado di assumere il crisma della definitività, trattandosi di una sistemazione necessariamente incompleta degli interessi giuridici attuata mediante lo scarno linguaggio informatico; ne è che l’opera di conformazione dell’algoritmo, una volta che sia stato eseguito e abbia prodotto degli effetti giuridici riconducibili nell’alveo dell’art. 1321 c.c., spetta ancora una volta al giurista: così non potrebbe che essere, coerentemente con le premesse di partenza, ossia ove si assuma che lo *smart legal contract* (una volta eseguito) produca gli effetti di un contratto: *non è vero allora che, dopo l’esecuzione, non vi è più nulla perché, dopo l’esecuzione, ha luogo la conformazione in termini giuridici del regolamento, alla quale è da sempre naturalmente connaturata l’attività del giurista.* Al pari di un qualunque testo contrattuale, infatti, anche il “testo informatico” concreta un mero dato strutturale, mentre la costruzione del regolamento, quale profilo valoriale e funzionale, è inevitabilmente incisa dal fenomeno dell’interpretazione e dell’integrazione⁵: ciò, oltre che per il contratto tradizionale, può predicarsi anche per lo *smart legal contract*, ossia un algoritmo che aneli a diventare, sul piano giuridico, un vero e proprio contratto vincolante per le parti.

Sulla scia di tali premesse, non convincono allora le tesi cc.dd. negazioniste, le quali vorrebbero il “code informatico” una mera *res*, impermeabile, in ragione di un’assunta (quanto discutibile) *reifificazione* del fenomeno, ad ogni attività “intrusiva” da parte del diritto e dell’interprete⁶. Invero, l’attività del giurista non si arresta ad un intervento *ex ante*, ossia relegato alla fase preliminare di predisposizione del “code informatico” stesso, ma ritorna ad imporsi, *a posteriori*, nella fase successiva al funzionamento del programma, ovvero in quella fase ineludibile dell’individuazione della normativa applicabile al concreto “*casus digitalis*” e, in altri termini, della definitiva conformazione del provvisorio “regolamento informatico” alle norme ed ai principi dell’ordinamento giuridico; ciò implica che se, da un lato, gli strumenti tradizionali di controllo

⁵ Rileva P. PERLINGIERI, *Struttura algoritmica e interpretazione*, in *Tecn. dir.*, 2020, 484, che «sin da tempi lontani i giuristi hanno manifestato interesse verso i metodi delle scienze esatte e verso possibili loro applicazioni, ravvisando nella logica per antonomasia, quella matematica, il metodo per eccellenza al fine di “ordinare” il pensiero giuridico, fino a prevedere che una specie di algebra generale avrebbe fornito gli elementi per ragionare calcolando anziché disputando. È il tentativo di costruire il diritto purificato da qualsiasi contaminazione, secondo un’autonoma dogmatica neutrale: essenzialmente razionale e ad un tempo insensibile ai contenuti».

⁶ Si rinvia a R. PARDOLESI-A. DAVOLA, «*Smart contract*»: *lusinghe ed equivoci dell’innovazione purchessia*, cit., 195 ss., specie per il rilievo che lo *smart contract* sarebbe «un contratto *reifificato*, sottratto alle manipolazioni interpretative, ineluttabile nella sua esecuzione [...]» (corsivo aggiunto). Egualmente, F. RAMPONE, *Smart contract: né smart, né contract*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, 6, nota 20, per il quale dovrebbe predicarsi l’inapplicabilità al “code informatico” dell’art. 1370 c.c. (*interpretatio contra proferentem*), sull’assunto che lo *smart contract* sia impermeabile ad ogni forma di interpretazione umana. Anche G. SALITO, voce *Smart contracts*, cit., 400, assume che lo *smart contract*, «in quanto scritto in linguaggio di programmazione, ha un significato univoco e non necessita del ricorso ad un interprete», con conseguente disapplicazione degli artt. 1362 ss. c.c. In senso contrario, A. MUSIO, *La storia non finita dell’evoluzione del contratto tra novità tecnologiche e conseguenti esigenze di regolazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 235, secondo il quale non può revocarsi in dubbio l’invocabilità delle previsioni in tema di interpretazione del contratto come, in particolare, l’art. 1366 c.c., che impone l’obbligo di interpretare secondo buona fede, o l’art. 1370 c.c., che prescrive di interpretare le clausole dubbie nel senso più sfavorevole al predisponente.



dell'autonomia privata, quindi il giudizio di liceità e di meritevolezza, appaiono «inconfidenti»⁷ (semmai) nella fase di predisposizione e di esecuzione dell'algoritmo, dall'altro lato, quegli stessi strumenti ritornano ad imporsi prepotentemente sulla scena nella ineludibile fase successiva dell'interpretazione e dell'eteroregolamentazione del “code-risultato”, la quale condurrà, appunto, a pervenire, in sede giudiziale *off-chain* ovvero in sede stragiudiziale *on-chain* (tramite, per esempio, meccanismi di soluzione arbitrale o alternativa delle controversie)⁸, alla definitiva costruzione del regolamento del “casus digitalis”. Pertanto, l'esecuzione dell'algoritmo non chiude il cerchio e non appare sufficiente *ex se* ad elidere l'attività interpretativa dell'uomo, dovendo l’“effetto informatico” risultare necessariamente conforme alla *Rule of Law*: in caso contrario, lo *smart legal contract* non avrà dignità per stare nell'ordinamento giuridico.

Se l'attività interpretativa ed eteroregolamentare, al pari di quanto già avviene per un comune contratto semantico, non può essere obliterata in funzione della tecnologia, nel quadro del noto fenomeno di progressiva “oggettivazione dell'accordo”⁹, la dottrina ha suggerito condivisibilmente il controllo sull'effettività del “consenso espresso” tramite la macchina; il fatto oggettivo dell’“effetto algoritmico” (*id est*, l'esecuzione automatica del “code informatico”), già da noi definito, in altra sede, come il c.d. “fruit contract macchinico”¹⁰, infatti, può certamente risultare affetto da errori ed, essendo il negozio strumentale alla realizzazione degli interessi dell'uomo, appare, *in primis*, imprescindibile procedere ad una verifica di conformità del prodotto contrattuale, scaturente dal funzionamento dell'algoritmo, ai fini, agli intenti, alle aspettative ed agli affidamenti umani; in caso di assenza di detta conformità, per esempio nell'evenienza di errore ostativo, ovvero di *hackeraggio* o di *imprévision du fait*, si dovrà inevitabilmente intervenire *a posteriori*¹¹, avendo riguardo al “code-risultato” e alle sue eventuali patologie, in tal modo potendosi azionare tutti i rimedi civili atti a correggere non solamente l'errore nel quale la macchina sia incorsa (arg. *ex art.* 1433 c.c.) ma, altresì, le ulteriori patologie più gravi.

Ne discende un corollario di portata generale: anche lo *smart legal contract*, al pari del contratto tradizionale, partecipa – e non potrebbe essere altrimenti – all'attuale processo di erosione del dogma dell'autonomia privata attraverso un'eterointegrazione sempre più penetrante *ex art.* 1374 c.c. Il controllo dell'interprete do-

⁷ Così A. FEDERICO, *Equilibrio contrattuale e contrattazione algoritmica*, cit., 507-509.

⁸ Da qualche tempo ci si interroga, per esempio, sull'opportunità di esportare il modello arbitrale anche *on-chain*. Sottolinea, per esempio e tra gli altri, S.A. CERRATO, *Contratti tradizionali, diritto dei contratti e smart contract*, in R. BATTAGLINI-M.T. GIORDANO (a cura di), *Blockchain e smart contract*, cit., 308, che «non poche sono le questioni di compatibilità con la disciplina processualecivile dell'arbitrato commerciale: sono in corso approfonditi studi di fattibilità all'interno di alcuni gruppi di lavoro finalizzati a sfruttare le potenzialità della tecnologia *blockchain* ed avviare servizi di gestione (una specie di “camera arbitrale”) delle liti su questa infrastruttura telematica ed è ragionevole attendersi sviluppi concreti in tempi brevi» (l'autore rinvia al progetto avviato dalla piattaforma *Jur* (in www.jur.io), che ha anche pubblicato un *whitepaper* dedicato, tra gli altri aspetti, allo *smart arbitration*).

⁹ F. DI GIOVANNI, *Intelligenza artificiale e rapporti contrattuali*, cit., 129 s. Nello stesso senso, A. MUSIO, *La storia non finita dell'evoluzione del contratto*, cit., 236, osserva come «si è, in sostanza, di fronte a una nuova evidente manifestazione di supremazia della dichiarazione sulla volontà che, questa volta, non è più il prodotto di un dato normativo, ma la conseguenza di una mera situazione fattuale».

¹⁰ L'espressione è di F. LONGBUCCO, *Smart contract e “contratto giusto”: dalla soggettività giuridica delle macchine all'oggettivazione del fatto-contratto. Il ruolo dell'interprete*, in *Federalismi*, 2021, 115, ove il “fruit contract macchinico” è, per meglio dire, assimilato a «mero fatto empirico ed a risultato concreto della contrattazione» (corsivo originale).

¹¹ Richiama l'errore ostativo, F. DI GIOVANNI, *Intelligenza artificiale e rapporti contrattuali*, cit., 133. Nello stesso senso propendono L. PAROLA-P. MERATI-G. GAVOTTI, *Blockchain e smart contract*, cit., 686; A. ALPINI, *I vizi del consenso fra contratto e trattamento dei dati: la riconoscibilità dell'errore*, in *Pers. merc.*, 2022, 2, 208; D. FAUCEGLIA, *Il problema dell'integrazione dello smart contract*, in *Contratti*, 2020, 591 ss., 593. Nell'ambito dei mercati regolamentati v., in senso contrario, le osservazioni di A. FEDERICO, *Equilibrio e contrattazione algoritmica*, cit., 483 ss., secondo il quale i sistemi di intelligenza artificiale «sottraggono la determinazione volitiva al soggetto al quale il regolamento negoziale è riferito, sì che il medesimo soggetto non può lamentare alcun contrasto tra dichiarazione e volontà. Il problema del contrasto tra dichiarato e voluto non può neanche essere ipotizzato».



vrà estendersi, dunque, fino all'eventuale integrazione del “*regolamento informatico*”, non potendosi lo stesso, similmente a quanto già accade per il contratto semantico, esaurire nelle mere “dichiarazioni” (informatiche) espresse in sede macchinica: d'altronde, già la possibilità stessa di ricorrere ad un oracolo esterno¹² pone in luce l'insufficienza della mera tecnologia nella dinamica complessa del *contrahere*.

Si rafforza allora l'idea di “giustizia” (alla stregua del vigente ordinamento) dello *smart legal contract*, poiché esso dovrà aspirare, a seguito dell'attività conformatrice dell'interprete, ad essere il più possibile un “*contratto giusto*”¹³, segnatamente, un contratto che non violi (o non realizzi una frode verso) i principi fondamentali dell'ordinamento ed i suoi valori, che non ospiti clausole vessatorie¹⁴, che non implichi elusione al diritto imperativo¹⁵, alle norme di diritto internazionale privato e di applicazione necessaria o, ancora, al diritto concorrenziale¹⁶, che consenta sempre, in ultima analisi, al contraente umano, del cui interesse la macchina è in ogni caso servente, di esperire ogni più “*giusto rimedio civile*”¹⁷. Tanto al fine di sollecitare costantemente quella funzione “ortopedica” dell'interprete (esercitabile sia *on-chain* sia *off-chain*), ove la macchina abbia sbagliato, ovvero il “*regolamento informatico*” presenti frizioni con l'ordinamento giuridico, così, in ultima analisi, dovendosi realisticamente rinunciare all'utopica vocazione dello *smart legal contract* di obliterare totalmente la *litigation* tra i privati.

¹² Opportunamente, dunque, l'oracolo esterno è definito come «il fattore che maggiormente potrà adattare l'intrinseca rigidità degli *smart contracts* ai dinamici e variabili interessi delle parti», da E. BATTELLI-E.M. INCUTTI, *Gli smart contracts nel diritto bancario tra esigenze di tutela e innovativi profili di applicazione*, in *Contr. impr.*, 2019, 933.

¹³ Si leggano le lucide parole di B. ROMANO, *Algoritmi al potere. Calcolo giudizio pensiero*, Torino, 2018, 43: «le relazioni giuridiche comportano una composizione armonica di tre piani, quello della *giustizia*, quello dell'*equità* e quello della *legalità*» (corsivo originale). Si aderisce pienamente, allora, alle osservazioni di A. MORACE PINELLI, *Il contratto giusto*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 679 s., secondo il quale «lo *smart contract* potrebbe essere illecito, ove la causa o l'oggetto fossero contrari a buon costume, ordine pubblico o norme imperative. Potrebbe essere nullo, se, ad esempio, abbia ad oggetto beni *extra commercium* e vi è spazio anche per la sua annullabilità per incapacità o vizi del consenso, potendosi scegliere un contratto algoritmico in base ad una volontà viziata. E questo controllo del giudice, a nostro avviso, nell'attuale stadio evolutivo dell'ordinamento, non può che riguardare anche la “giustizia” del contratto, nel caso in cui parte dello *smart contract* sia un soggetto debole, tutelato dalla legge, con la conseguenza che dovrà essere congegnato in maniera tale da garantire l'equilibrio considerato dal legislatore».

¹⁴ Rileva S. TROIANO, *Il contratto tra analogico e digitale*, in *Pactum*, 2022, 59, che «non può dirsi di ostacolo alla qualificazione di una clausola “algoritmica” come vessatoria il fatto che essa sia astrattamente in grado di operare in modo reciproco per entrambe le parti, ponendo cioè un diritto o un obbligo sia al professionista sia al consumatore. È, infatti, un dato da tempo assodato che la formale reciprocità degli effetti di una clausola non è requisito sufficiente ad escluderne la vessatorietà, che deve essere valutata avendo riguardo alla concreta incidenza della clausola stessa sugli interessi sostanziali delle parti». Anche, di recente, B. SIRGIOVANNI, *Lo ‘smart contract’*, cit., 224, osserva che «con riferimento alle clausole cc.dd. abusive, non dovranno essere ‘costruiti’ protocolli che permettano soltanto al professionista di esercitare determinati diritti ovvero che obblighino soltanto il consumatore a determinati comportamenti».

¹⁵ Su tale punto, A.U. JANSSEN-F.P. PATTI, *Demistificare gli smart contracts*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2020, 41 s., richiamano J. SCHREY-T. THALHOFER, *Rechtliche Aspekte der Blockchain*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2017, 1431 ss., per il caso di nullità della clausola e dei conseguenti obblighi restitutori da eseguirsi sulla stessa piattaforma *bitcoin*.

¹⁶ Sulla possibilità che lo *smart contract* possa eludere le norme della concorrenza, v. gli studi recenti della dottrina straniera e, segnatamente, di T. SCHREPEL, *Blockchain Antitrust*, reperibili in *open access* su www.blockchainantitrust.com (e in ID., *Blockchain + Antitrust. The Decentralization Formula*, Cheltenham, 2021).

¹⁷ L'espressione è di P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2011, 1 ss.; gli fa eco, recentemente, F. DELLA ROCCA, *Il contratto tra tecnologia e diritti fondamentali*, in *Tecn. dir.*, 2022, 272, il quale rileva, da un lato, che «un controllo postumo di ragionevolezza giudiziale degli effetti algoritmici rispetto al caso concreto dovrebbe essere sempre possibile, a garanzia della giustizia del contratto e dei valori costituzionali presenti», dall'altro lato, auspica «il superamento del dato lessicale [già] nei classici contratti per garantire una ragionevole applicazione della disciplina e del *giusto rimedio*» (corsivo aggiunto).



2. – Il descritto processo di “contrattualizzazione” dello *smart legal contract*, attraverso il richiamo all’esistente disciplina negoziale, specie in tema di rimedi civili esperibili, si è tuttavia dipanato finora attraverso una metodologia secondo la quale la norma giuridica sarebbe essa stessa una variabile dipendente della tecnica. L’idea di fondo manifestata dagli interpreti è, infatti, quella di individuare la normativa applicabile al concreto “*casus digitalis*” muovendo dalle caratteristiche strutturali del “*code informatico*”, con ciò, tuttavia, limitando enormemente il bagaglio delle prerogative delle quali la parte contrattuale dispone invece nella negoziazione classica. Il *Nóμος*, *mutatis mutandis*, si dovrebbe arrendere dinanzi alla *Τέχνη*: sulla scorta di tale assunto, lo *smart legal contract* sarebbe presieduto non soltanto da una normatività e da una ermeneutica macchiniche, distinte da quelle classicamente impiegate per il comune contratto¹⁸, bensì dal connesso crisma della “*a-rimedialità*” in ragione del noto carattere (tecnicamente) auto-esecutivo del “*code informatico*”. Evocativa di una tale sensibilità è l’opinione secondo la quale «gli automatismi, anche estremi, delle *Blockchain* potrebbero realizzare il caso di contratti invalidi o sciolti per la legge dell’uomo, ma perfettamente operanti nel mondo digitale, quando l’automatismo esecutivo, è inarrestabile»¹⁹.

In questa prospettiva, dunque, milita la suggerita inapplicabilità allo *smart legal contract* della disciplina dettata in materia di patologie contrattuali. Si osserva, infatti, che risulterebbe difficile, se non impossibile, estendere la normativa dettata in materia di nullità, annullabilità e rescissione del contratto al fenomeno in esame in ragione della rigidità che connota lo *smart legal contract* e l’inaccessibilità al contenuto dello stesso per i soggetti non esperti della materia informatica e del linguaggio computazionale²⁰; per esempio, si esclude la possibilità di ritenere lo *smart legal contract* attinto da nullità totale o parziale (art. 1419 c.c.)²¹, nonché di configurare una formazione perturbata della volontà negoziale, come accade in tema di vizi del consenso²². In definitiva, se non vi è dubbio che l’automazione del “*code informatico*” possa favorire, come

¹⁸ Non convince quindi, in questa prospettiva di metodo, l’opinione secondo la quale staremmo oggi vivendo una graduale «eclissi del diritto tradizionale» imposta dall’avvento dell’IA: tanto non può consentirsi, poiché anche la “*normatività dell’algoritmo*” resta soggetta all’ermeneutica giuridica tradizionale, che tale rimane, anche dinanzi al fatto empirico manifestato dalle nuove tecnologie: La nota espressione è di C. CASTRONOVO, *L’eclissi del diritto civile*, Milano, rist. 2015, richiamato adesivamente, sul punto, da E. BATTELLI-E.M. INCUTTI, *Gli smart contracts nel diritto bancario*, cit., 934, nota 47.

¹⁹ In tali termini, A.M. BENEDETTI, *Tecnica, diritto civile e smart contract*, cit., 12.

²⁰ V. ancora, muovendo dalla premessa che lo *smart contract* possa «eliminare la possibilità tecnica di un inadempimento» delle parti, le osservazioni di A.M. BENEDETTI, *Tecnica, diritto civile e smart contract*, cit., 11: «per i rimedi distruttivi, la questione merita una soluzione diversa; lo *smart contract* serve proprio a evitare la cancellazione del contratto, rendendo impossibile il verificarsi dell’inadempimento, specialmente nel contesto della *blockchain*; sembra così del tutto fuori gioco la prospettiva rimediabile, che, in tutte le esperienze ordinamentali, è il cuore della legislazione sul contratto» (l’autore riprende la linea di pensiero espressa da K. WERBACH and N. CORNELL, *Contracts ex machina*, in *Duke Law Journal*, 67, 2, 2017, 318, secondo i quali «*smart contracts bring this core function of contract law into sharper relief, as they eliminate the act of remediation by admitting no possibility of breach*»). Analogamente, discorre di «ineffettività rimediabile» (con attinenza ai rimedi sia ablativi sia manutentivi), E. BIVONA, *Smart contracts*, cit., 792.

²¹ A. CINQUE, *La Blockchain. Smart contract – cripto-attività, applicazioni pratiche*, Pisa, 2022, 101, secondo la quale lo *smart contract* produce effetti (incompatibili con la nullità totale o parziale) fintantoché non venga azionata una funzione *Kill* così, dunque, cancellato il codice. Inoltre, la pronuncia di nullità, nel caso dello *smart contract*, potrebbe avere valore sia dichiarativo (se le parti abbiano già azionato la funzione *Kill*) sia costitutivo (se la pronuncia ordini di azionare la funzione *Kill*). Secondo N. GENTILE, *Vicende patologiche del contratto in forma di smart contract*, in R. BATTAGLINI-M.T. GIORDANO (a cura di), *Blockchain e smart contract*, cit., 323, il quale rileva che «l’ipotesi che un contratto sia dapprima valido e poi, *ope legis*, nullo, non incontra limiti particolari quando ci si trovi dinanzi ad uno *smart contract*: gli effetti, già verificati, dovranno essere posti nel nulla, in via automatica e predefinita o a seguito di un intervento successivo [anche di sostituzione “automatizzata” di clausole imperative]. Pure in questo caso la forma “informatica” non va in corto circuito con l’istituto previsto dalla legge per i contratti *pre-smart contract*».

²² A.M. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*, 12, per il quale risulta «improbabile, se non impossibile, che un contratto generato o governato dall’algoritmo possa essere affetto da errore, dolo o, men che meno, violenza; o che, in un contesto di esecuzione automatica, possano riscontrarsi comportamenti contrari a buona fede o correttezza. Per quel che riguarda, invece, l’accordo configurativo che



naturale, la praticabilità delle restituzioni (c.d. *reverse transaction*) e del risarcimento dei danni²³, nonché l'impiego dei rimedi conservativi del regolamento, come quello della rinegoziazione in caso di rischio di sopravvenienze²⁴, ovvero quello della *reductio ad equitatem* in caso di *lesio ultra dimidium*²⁵, dall'altro lato, si esclude tendenzialmente *in nuce* la praticabilità di tutti i rimedi distruttivi.

Il propugnato dominio della tecnica sulla norma conduce, inoltre, ad una visione distopica della stessa tecnologia applicata in sede di contrattazione asimmetrica. Le peculiarità dello *smart legal contract* hanno infatti spesso indotto l'esistente letteratura, rinunciando a quella giustizia sostanziale che soltanto l'ordinamento giuridico può realizzare, a ritenere «assai arduo cercare di applicare il diritto dei consumatori a qualcosa di totalmente differente dalle “vecchie” tecniche di contrattazione a distanza, che comunque non incidono sulla natura di contratti che permanevano totalmente “umani”. Nemmeno i riferimenti alla “distanza” o ai “locali commerciali” sembrano più adatti alle nuove situazioni, se non in forza di analogie molto difficili da sostenere»²⁶. La conseguenza più evidente di una simile concezione è quella di assumere come non configurabile, per esempio, lo *ius poenitendi* del consumatore, a meno di non immaginare meccanismi tecnologici di sospensione dell'esecuzione della prestazione.

Invero occorre rimeditare un tale stato di cose prendendo atto del fatto che la tecnologia comporta la ne-

legittima l'uso della tecnica, non si può escludere la ricorrenza di errore o dolo, specie nei casi in cui la tecnica è interamente gestita da una delle parti contraenti. *Contra*, N. GENTILE, *op. cit.*, 331, non intravede «alcuna problematica particolare per l'adattamento allo *smart contract* della vicenda relativa alla convalida di un contratto annullabile. E infatti, *nulla quaestio* per la volontaria esecuzione che venga fatta conoscendo il motivo di annullabilità (si pensi alla notifica *intra-smart contract* di un motivo di annullabilità che venga superata da una successiva esecuzione del contratto) e, parimenti, per il comando in *smart contract* che contenga [...] la menzione del contratto e del motivo di annullamento e la dichiarazione che si intende convalidarlo» (l'autore ammette, peraltro, l'annullabilità del contratto *smart* per vizi del consenso – 327 s., la possibilità di farlo oggetto di rescissione – 333 s., di assoggettare lo *smart contract* a clausola risolutiva espressa, a diffida ad adempiere, a pronuncia di risoluzione per inadempimento, con immediata cessazione degli effetti automatici dello *smart contract* – 334 s., nonché di veicolare il fenomeno della impossibilità sopravvenuta totale o parziale nello stesso linguaggio informatico – 340).

²³ V., per tutti, M. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina in tema di contratto*, cit., 66 s.

²⁴ D. DI SABATO, *Gli smart contracts*, cit., 378 ss., spec. 398 ss.; egualmente, A.M. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*, 11; A. ALPINI, *L'impatto delle nuove tecnologie sul diritto*, in *Comparazione dir. civ.* (sito internet: www.comparazionediritto.civile.it), 2018, 8 ss.

²⁵ A. CINQUE, *op. cit.*, 102, la quale ipotizza la programmazione di un codice in cui si preveda, *ab initio*, un'“autocorrezione” in caso di sproporzione, [il che] scongiurerebbe l'esigenza di agire in giudizio *ex art.* 1448 c.c.

²⁶ Così, ancora, A.M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, 10. Pone in evidenza taluni aspetti problematici, A. CINQUE, *La Blockchain. Smart contract*, cit., 119 ss., la quale osserva che: a) la disciplina consumeristica contiene numerose clausole che fanno riferimenti a concetti astratti; b) la nullità parziale della clausola vessatoria sarebbe incompatibile con la distruzione integrale del “code informatico”; c) la clausola vessatoria non potrebbe essere sostituita, nello *smart contract*, con norme di legge; d) il consumatore potrebbe, in ogni caso, rinunciare ad azionare, esprimendo un consenso libero ed informato, la vessatorietà della clausola. In senso contrario è l'opinione di A.U. JANSSEN-F.P. PATTI, *Demistificare gli smart contracts*, cit., 45, i quali richiamano, dissentendo sul punto, la formalistica e non convincente tesi di A. SAVELYEV, *Contract Law 2.0: 'Smart' Contracts as the Beginning of The End of Classic Contract Law*, in *Information and Communications Technology Law*, 26, 2017, 131: «*the whole layer of legal provisions relating to consumer law [...] is non-applicable to smart contracts*», poiché gli «*smart contracts are egalitarian by its nature*». Sostiene l'applicabilità, senz'altro, della disciplina consumeristica, anche, M. GIACCAGLIA, *Il contratto del futuro?*, cit., 135. *Contra*, A. SIGNORELLI, *La tutela del consumatore in blockchain*, cit., 108 ss., secondo la quale l'automatizzazione di tutte le fasi negoziali, la contrattazione *peer-to-peer* e la presenza di trattative in *Blockchain*, «escluderebbe in *apicibus* la possibilità di inserimento di clausole abusive» (p. 110).

I *Principles* elaborati dall'ELI (*European Law Institute*) su “*Blockchain Technology and Smart Contracts*”, nell'ambito del gruppo di lavoro al quale ho personalmente partecipato come membro del *Consultative Committee*, assumono invece, chiaramente e condivisibilmente, la prospettiva di tutelare in ogni caso il consumatore: quivi si legge, per esempio, che «*a smart contract should be an eligible way to express the will of a party. However, this should certainly not lead to a reduction of the protection of market participants or consumers, i.e. all remedies (e.g. moral unlawfulness remedies, consumer protection rules) also apply in the context of smart contracts*».



cessità certamente di un adattamento delle norme giuridiche alla tecnica: sotto tale aspetto, vanno incoraggiati tutti i fenomeni incentrati sulla *Rule of Law by Design*²⁷, proprio come già avviene in tema di *Privacy by Design*²⁸: si pensi, come da taluno suggerito, alla possibile creazione di un sistema di “auto-correzione” del regolamento qualora lo *smart legal contract* rilevi esso stesso uno squilibrio economico sopravvenuto tra le prestazioni²⁹, ovvero alla “sospensione” del programma al fine di garantire al consumatore uno *spatium deliberandi* finalizzato a consentire al consumatore l’esercizio del diritto inderogabile al recesso dal contratto³⁰, ovvero l’attivazione di una *Self-Destruct Function* (o c.d. funzione *Kill*)³¹ una volta esercitato il recesso.

A ben vedere, però, se l’adattamento, per un verso, è un processo naturale e fisiologico per il “*casus digitalis*”, per altro verso, occorre manifestare il convincimento dell’opportunità di ribaltare la metodologia di partenza: sono infatti le norme e la tutela degli interessi ad esse sottese che devono indurre l’interprete, di là da ogni pur benemerito sforzo di adattamento delle norme alla tecnologia, ad assumere la tecnologia come una variabile dipendente della norma, e non già, come finora ritenuto, il contrario. In altri termini, non può sostenersi l’inapplicabilità di una norma ove la tecnica – *id est*, l’automatismo esecutivo – non ne renda possibile l’applicazione in concreto.

Quanto affermato consente, anzitutto, di collocare quelle discipline sostanziali, nonché gli stessi rimedi demolitori, che a prima vista non risultano applicabili alla stregua della tecnologia correlata allo *smart legal contract*, inevitabilmente *off-chain*; né si può cadere nel paradosso di ammettere, come dietro riferito e assumendo che la tecnologia si inscriverebbe sotto l’egida di un sotto-ordinamento a sé stante, l’esistenza parallela di due sistemi autonomi di norme e di rimedi, l’uno destinato ad applicarsi al contratto stipulato tramite il linguaggio computazionale e l’altro all’applicazione al contratto tradizionale espresso in linguaggio semantico, poiché l’ordinamento è unitario e non è possibile pensare a sotto-ordinamenti distinti ed ispirati ad

²⁷ Significative sono, sotto tale aspetto, le osservazioni di M. ZALNIERIUTE-L. BENNETT MOSES-G. WILLIAMS, *The Rule of Law ‘By Design’*, in *Tulane Law Review*, 95(5), 2021, 1063 ss.: «*can the rule of law be designed into technological systems? The idea of achieving legal objectives through technology ‘by design’ is not new [...]. Technology thus is increasingly presented as a tool for fostering rule of law values – a rule of law ‘by design’*». Gli autori esaminano diversi *use cases*, tra i quali appare di interesse il *China’s Social Credit System*: «*panoptic governance mechanisms such as China’s Social Credit System promise a perfectly predictable, consistent, and equal enforcement of the law*».

²⁸ V., in argomento, G. PASCUZZI, *Il diritto dell’era digitale*, cit., 98 e nota 56, che definisce la *Privacy by Design* come «una modalità di creazione degli strumenti tecnologici che prenda in considerazione il rispetto della *privacy* in tutto il suo processo produttivo». Il sintagma si deve ad Ann Cavoukian, ex *Privacy Commissioner* dello Stato canadese dell’Ontario e si fonda sull’enucleazione di sette principi fondazionali (sui quali cfr., *amplius*, il sito internet <https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/resources/7foundationalprinciples.pdf>).

²⁹ In questo senso A. CINQUE, *La Blockchain. Smart contract*, cit., 102; anche, N. GENTILE, *Vicende patologiche del contratto*, cit., 334.

³⁰ Muove in tale prospettiva, sia pure in termini dubitativi e discorrendo di soluzione eccessivamente «farraginosa, non gratuita e non in linea con il principio di auto-esecuzione», M. MAUGERI, *Smart Contracts e disciplina in tema di contratto*, cit., 63.

³¹ Talune perplessità manifesta, su tale aspetto, A. CINQUE, *op. cit.*, 103 ss., rileva che la funzione *Kill* non è priva di svantaggi. Essa, infatti, determina l’invalidazione dell’indirizzo del contratto *Self-Destruct*, con la conseguenza che, se altri utenti trasferissero criptovalute all’indirizzo del contratto auto-distrutto, queste sarebbero perdute per sempre [il che, peraltro, apre la stura alla possibile applicazione dell’art. 1189 c.c. in tema di pagamento liberatorio al creditore apparente da parte del debitore in buona fede (p. 104)]. La *Self-Destruction Function*, secondo i timori manifestati dagli sviluppatori, potrebbe rendere più vulnerabile ed attaccabile *ab externo* il sistema dello *smart contract*. Nella dottrina straniera, che si è occupata del tema, J. CHEN-X. XIA-D. LO-J. GRUNDY, *Why Do Smart Contract Self-Destruct? Investigating the Self-destruct Function on Ethereum*, 2016, in www.arXiv.org, tentano di offrire soluzioni tecniche per arginare gli svantaggi della funzione *Kill* su *Ethereum* e, dunque, per incrementarne l’uso sicuro, muovendo appunto dall’assunto che «*on the one hand, using selfdestruct function enables developers to remove smart contracts (SC) from Ethereum and transfers Ethers when emergency situations happen, e.g. being attacked. On the other hand, this function can increase the complexity for the development and open an attack vector for attackers*».



una non condivisibile “*personalizzazione del diritto e dei rimedi*”³². Ne discende che il sacrificio di diritti ed interessi non può legittimarsi alla stregua della tecnica, come se la norma rappresenti una variabile dipendente della tecnologia, ma quegli stessi diritti ed interessi, ove non compatibili con la tecnologia, devono poter rivivere quantomeno in ambiente *off-chain*³³, essendo il contratto, pur laddove stipulato in linguaggio informatico, comunque uno strumento destinato sempre a soddisfare esigenze umane ed essendo altresì velleitario affermare che lo *smart legal contract* elida in radice l’inadempimento, poiché non può scongiurarsi *a priori* una *failure* della macchina o qualsivoglia libertà di non eseguire le prestazioni contratte (il c.d. diritto del debitore di non adempiere)³⁴.

A ciò si correla, sempre sul piano metodologico di base, una convinta smentita dell’adagio che *Code is Law*³⁵, poiché tutto ciò che non può essere tradotto in un codice informatico è destinato, *a fortiori*, ad essere governato tramite strumenti *off-chain*³⁶, idonei a realizzare più realisticamente il bilanciamento ragionevole degli interessi in gioco in caso di incompatibilità insanabile della *Τέχνη* al *Νόμος*.

³² Si mostra, su tale profilo, ragionevolmente perplesso S. TROIANO, *Il contratto tra analogico e digitale*, in *Pactum*, 2022, 60 e nota 70, il quale stigmatizza il ricorso ad una “*personalizzazione del diritto*” in *subiecta materia*, «se non si vuole che il diritto abdichi alla funzione di orientare *ex ante* le condotte dei consociati, con regole informate al principio di eguaglianza». L’autore richiama, criticamente, l’analisi svolta dalla dottrina americana sul tema in esame con riguardo anche alle opportunità offerte dalle tecnologie informatiche: O. BEN-SHAHAR-A. PORAT, *Personalized Law: Different Rules for Different People*, Oxford Scholarship Online, 2021; A.J. CASEY-A. NIBLETT, *The Death of Rules and Standards*, in *Indiana Law Journal*, 92(4), 2017, 1401 ss.; per l’Italia, v. F.P. PATTI, *Personalization of the Law and Unfair Terms in Consumer Contracts*, in *Bocconi Legal Studies Research Paper* No. 3466214, October 2019, in <https://ssrn.com/abstract=3466214>.

³³ Lo rimarca, espressamente, M. MAUGERI, *Smart Contracts e discipline in tema di contratto*, cit., 52 s.: «[...] non è del tutto vero che lo *Smart Contract* garantisca sempre il corretto adempimento ma, soprattutto perché – se anche si dovesse accogliere l’idea secondo la quale un apparato rimediale che incidesse in modo coercitivo sulla *Blockchain*, oltre a non essere allo stato tecnicamente possibile, risulterebbe anche del tutto distonico rispetto al funzionamento di questa – non vi sarebbe ragione alcuna per escludere rimedi che si collocassero fuori dalla suddetta *Blockchain*. Non vi è, infatti, né dimostrazione alcuna che siano venuti meno gli interessi che hanno storicamente giustificato l’esistenza delle discipline in tema di contratto [...] né che sia impossibile utilizzare rimedi diversi rispetto a quelli della modifica delle transazioni registrate sulla *Blockchain*». Egualmente, EAD, *Autonomia e costruzione dello spazio digitale*, in *AV.VV., Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, cit., 159 ss. Aderisce a una tale posizione anche A. D’ADDA, *Smart contract e diritto generale dei contratti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2022, 105 ss., il quale si mostra scettico rispetto a quelle opinioni che suggeriscono di inglobare nel meccanismo di funzionamento esecutivo dello *smart contract* e dentro la catena della *DLT* l’attuazione dell’autotutela preventiva delle parti (in assenza di un intervento del giudice), dei divieti imperativi, l’integrazione suppletiva (attraverso il sistema dell’oracolo). Gli fa eco L. REGAZZONI, *Alcune questioni in tema di smart contracts assicurativi: tra istanze di innovazione tecnologica e principi inderogabili dell’ordinamento giuridico*, *ivi*, 133, per l’osservazione che «l’ordinamento giuridico consente di individuare gli spazi per un consolidamento della nascente prassi degli *smart contracts* assicurativi (per ora di carattere parametrico), pur non potendosi del tutto escludere la necessità di ricorrere ai dispositivi rimediali “tradizionali”: ma è questo un problema che accomuna tutte le applicazioni delle tecnologie *DLT* in ambito contrattuale e che sollecita quindi riflessioni di portata più generale».

³⁴ In senso conforme, A. MUSIO, *La storia non finita dell’evoluzione del contratto*, cit., 237.

³⁵ Si tratta della celebre massima coniata da L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, 1999.

³⁶ Quindi, semmai e rovesciando i termini, “*Code is not Law*”: per una prima linea di indagine in tal senso sia consentito rinviare a F. LONGOBUCCO, *Doveri informativi e neoformalismo negoziale nel contratto on-chain: dalla figura del giurista tradizionale alle nuove frontiere del legal engineering*, in M. D’AURIA (a cura di), *I problemi dell’informazione nel diritto civile, oggi. Studi in onore di Vincenzo Cuffaro*, Roma, 2022, 204, e 203 (nota 33), per il richiamo alle osservazioni di F. RAMPONE, *Giuristi e informatici: the code is NOT law*, in www.associazioneblockchain.it, con riguardo ad un ipotetico *smart contract* di locazione di immobile destinato ad uso abitativo, come segue: «andrebbe poi considerata anche la lesione dei diritti del conduttore in bilanciamento con quelli di credito del locatore: il diritto alla vita di relazione, all’incolumità, alla dignità della persona, alla proprietà di tutto quanto è in casa, ecc. *In molti casi non sarebbe solo impossibile o contrario alle leggi, ma profondamente ingiusto*. Un eventuale *smart contract* dovrebbe quindi essere limitato a certi aspetti (ad esempio calcolo e addebito degli interessi di mora o dell’imposta di registro), ma non dovrebbe spingersi oltre, almeno non prima di un intervento di un giudice o di un accordo tra le parti» (corsivo aggiunto).



3. – Ma si può andare ancora oltre, poiché la stessa tecnologia può diventare solidale alla norma attraverso la *Rule of Law by Design* che consente un “adeguamento” dello *smart legal contract* alla *Law* direttamente *on-chain*. In questo senso la tecnologia diventa strumento per attuare, in una chiave evolutiva, il noto canone ermeneutico della “conservazione” dello *smart contract* (arg. ex art. 1367 c.c.)³⁷. D'altronde, se il postulato del *favor contractus*, come posto in evidenza dagli interpreti, si connota per il suo slancio assiologicamente orientato³⁸, la proposta “tecnologia adeguatrice” del “code informatico” originario diventa dirimente per conciliare il testo algoritmico con i valori dell'ordinamento.

Su tale fronte si convalida quanto già dietro osservato in merito alla circostanza che l'ordinamento giuridico rimane costantemente sullo sfondo sia nella fase di iniziale predisposizione dell'algoritmo sia nella successiva opera di interpretazione-integrazione del “regolamento informatico” che consente di pervenire ad un “regolamento definitivo” conforme alla normativa vigente. La predisposizione di una tecnologia la quale aspiri a rendere conforme l'algoritmo alla *Rule of Law*, al pari di quanto già avviene in tema di *privacy*, rafforza il ruolo del giurista, propriamente del *Legal Engineer*³⁹, nel dialogo costante con lo sviluppatore che è chiamato a “disegnare” *ab origine* una architettura informatica solidale ai canoni ermeneutici tradizionali del contratto.

Ma, se è vero che il *favor contractus* può essere attuato attraverso la *Rule of Law by Design*, allorché venga accertata dall'interprete l'inconciliabilità insanabile dello *smart legal contract* all'ordinamento giuridico, dunque la necessità di procedere alla destituzione semantica del “code-risultato” nel contesto della at-

³⁷ V., in tal senso, G. DE NOVA, *Il favor contractus nei contratti relazionali*, Relazione tenuta al Seminario su “La renegociación, resolución y rescisión de contratos”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 25 gennaio 2024 (nel testo scritto cortesemente posto a mia disposizione dall'autore che ringrazio).

³⁸ P. PERLINGIERI, *Riflessioni sul «diritto contrattuale europeo» tra fonti e tecniche legislative*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, 487, ed *ivi* il rilievo che «il principio di conservazione si prospetta come relativo non al voluto o all'effetto negoziale, ma al risultato da raggiungere, al valore da realizzare» (corsivo aggiunto).

³⁹ L'espressione *Legal Engineering Knowledge* è definita da Richard Susskind, immaginando il futuro della professione legale, in questi termini: «when legal service comes to be standardized and computerized, talented lawyers will be required in great numbers to organize and model huge quantities of complex legal materials and processes. The law will need to be analysed, distilled, and then captured as standard working practices and embodied in computer systems. The result of this might be, for example, an online legal service, or it could be that the law is seamlessly embedded in some broader system or process [...]. Developing legal standards and procedures, and organizing and representing legal knowledge in computer systems, is irreducibly a job of legal research and legal analysis. More than this, it is often more intellectually demanding than traditional legal work, largely because it is more taxing to create a system that can solve many problems than to find an answer to a specific issue. It is plainly wrong to imagine, as many conventional lawyers do, that the development of standards and systems is a task that can be handed over to junior lawyers, professional support staff or even systems analysts. If a modern legal business intends to compete on the strength of its first-rate standards and systems, then it must have first-rate lawyers engaged in building them. These lawyers will be legal knowledge engineers» (R. SUSSKIND, *Tomorrow's Lawyers. An introduction to your future*, II ed., Oxford, 2017, 135 s.). Più recentemente, Dariusz Szostek definisce il *Legal Engineering* come segue: «the third stage consists in a direct fusion of the provisions of law or the contents of agreements with programming code, in a manner allowing for their performance or enforcement. This is the so-called legal engineering – the linking of legal regulation, as theses, with IT modules that are program codes (implementation of the provisions of law into programming codes). We observe legal engineering both in private law and (ever more boldly) in public law. Intense development thereof mainly occurs in the field of private law, and chiefly through increasingly widespread implementation of smart contracts or tokenisation of values. Linking of codes with the law was not subject to legal regulation until only recently. The European legislator and (above all) national legislators have noticed this problem, ever more boldly introducing regulation pertinent to, on one hand, substantive issues, and to engineering of the law and control over algorithms on the other, connecting the respective entries in algorithms with legal presumptions» [D. SZOSTEK-M. ZALUCKI (eds.), *Legal Tech. Information technology tools in the administration of justice*, Baden, 2021, 19-28]. Tra gli autori italiani, v., per una prima analisi, L. CAPPELLO, *L'evoluzione della professione nella digital economy*, in EAD. (a cura di), *La trasformazione delle professioni legali. Legal Engineering, Blockchain, Metaverso, Iot e altre tecnologie nella digital economy*, Torino, 2023, 75 ss., ove l'autrice richiama l'attenzione sul concetto di *Team di Legal Engineering* (spec. nota 54).



tuale normatività giuridica, ci si potrebbe anche spingere fino a teorizzare e sistematizzare un nuovo rimedio specifico, di portata generale ed *extra ordinem* che prende corpo nel c.d. *re-coding*. Si tratta di una misura evidentemente rivolta all'attuazione diretta dell'interesse a ricevere le utilità contrattuali (e non, semplicemente, a vederselo restituire o risarcire), che consente, ancora una volta, la conservazione del contratto – attraverso la riscrittura *ex novo* del testo informatico – e la salvezza degli interessi divisati dalle parti, così arrendendosi *la stipulazione di una massa futura di contratti illeciti o immeritevoli*⁴⁰.

La strada indicata apre la via alla garanzia di un *enforcement* effettivo della patologia dello *smart legal contract*⁴¹ consentendo di porre la *Rule of Law by Design* a servizio del giurista direttamente *on-chain*, così superandosi l'anzidetto dogma della “*a-rimedialità*” e, segnatamente, dell'impraticabilità dei rimedi distruttivi quando si parla di *smart legal contract*. In ultima analisi, si tratta non soltanto di utilizzare la tecnologia per adeguare lo *smart legal contract* al dettato normativo, ma fondamentalmente di importare direttamente *on-chain* i rimedi demolitori (che, come dietro osservato, certamente potrebbero esperirsi anche *off-chain*⁴²). In questo processo la *Legal Protection by Design* mira a garantire *on-chain* l'attuazione del *favor contractus* incoraggiando un meccanismo di soluzione bonaria del contendere che sono maggiormente fruibili (rispetto alla via giudiziale) nel contesto della tecnologia *Blockchain*.

4. – Il teorizzato “*rimedio civile*” del *re-coding* dell'algoritmo ha ad oggetto una totale “*riscrittura*” del precedente “*code informatico*” che, in tale maniera, verrebbe sostituito da un successivo nuovo “*code informatico*”⁴³, questa volta conforme ai principi ed alle norme dell'ordinamento giuridico. Si tratterebbe di una tutela insieme distruttiva e costruttiva, ben solidale con la funzione attiva del giurista nel dialogo con lo sviluppatore, coerentemente con la Risoluzione del Parlamento europeo 20 ottobre 2020 che auspica l'adozione di “*misure atte ad assicurare che i contratti intelligenti siano dotati di meccanismi in grado di arrestarne e invertirne l'esecuzione*”⁴⁴.

⁴⁰ Rileva M. GIACCAGLIA, *Questioni (ir)risolte in tema di smart contract. Per un ritorno al passato*, in *Tecn. dir.*, 356, in ogni caso, «ciò che verrà eliminato dalla realtà giuridica mediante i rimedi [demolitori], non sarà mai il codice informatico ma, semmai, il contratto precedentemente stipulato dai contraenti e che prevede l'esecuzione o la stipulazione di successivi contratti in via automatica».

⁴¹ La possibilità di aprire lo *smart contract* al c.d. *private enforcement*, peraltro, è assunta in considerazione anche dalla letteratura statunitense: v., in particolare, S. KATYAL, *Private Accountability in the Age of Artificial Intelligence*, in *UCLA Law Review*, 66, 2019, 54 ss.

⁴² *Retro*, § 2.

⁴³ Peraltro, già con riguardo alla c.d. *Self-Destruct Function* o c.d. funzione *Kill*, la dottrina straniera ha suggerito di impiegare la distinzione tra “*predecessor contracts*” e “*successor contracts*”: v. J. CHEN-X. XIA-D. LO-J. GRUNDY, *Why Do Smart Contract Self-Destruct? Investigating the Self-destruct Function on Ethereum*, 2016, in www.arXiv.org, ed *ivi* la notazione che «*we propose a method to find the self-destructed contracts (also called predecessor contracts) and their updated version (successor contracts) by computing the code similarity. By analyzing the difference between the predecessor contracts and their successor contracts, we found five reasons that led to the death of the contracts*». Nella dottrina italiana, osserva che, per qualsiasi effetto indesiderato prodotto da uno *smart contract*, non soltanto è possibile porvi rimedio *off-chain*, ma è anche possibile scrivere un nuovo *smart contract* che, eseguito in futuro unitamente al primo, rimedi all'originario errore di progettazione, L. PIATTI, *Dal Codice civile al codice binario: “blockchains” e “smart contracts”*, in *Cib. dir.*, 2016, 340, il quale discorre, segnatamente, di «*contratti satellite*», richiamando il lavoro di B. MARINO-A. JULES, *Setting standards for altering and undoing smart contracts*, in *Rule Technologies. Research, Tools, and Applications 10th International Symposium, RuleML 2016*, New York, July 2016.

⁴⁴ In senso contrario, quanto già osservato, *retro* § 2, nota 20, ove il richiamo ad A.M. BENEDETTI, *Tecnica, diritto civile e smart contract*, cit., 11, per la notazione, sul noto postulato dell'automatica esecuzione tecnica, che «*(...) lo smart contract serve proprio a evitare la cancellazione del contratto*».



Una prospettiva del genere, al pari di quanto già paventato in tema di *Self-Destruct Function*, potrebbe, tuttavia, alimentare i timori degli informatici di interventi malevoli sullo *smart legal contract* atti a minare l'integrità complessiva del sistema di *Blockchain*. Tuttavia, di là dal fatto che è sempre possibile, anche per le piattaforme che non lo consentano, cambiare la semantica e che di tutte le versioni "cronologiche" di *smart legal contract*, non più cancellabili, resterebbe comunque una traccia, può osservarsi, nell'ottica di rintuzzare la portata di questi timori, che il proposto rimedio del *re-coding* andrebbe consentito unicamente a seguito di una decisione giurisdizionale esterna (previa "esecuzione condivisa" in *Blockchain*)⁴⁵ o, più realisticamente, di un accordo stragiudiziale *ADR/ODR* tra i membri partecipanti al sistema informatico.

⁴⁵ È noto, infatti, che la *Blockchain* si vorrebbe posta al di fuori della tradizionale giurisdizione statale (in evidente contrasto, si è osservato, con l'art. 24 Cost.). Osserva, per esempio, E. BIVONA, *Smart contracts*, cit., 797, che «il tecnicismo connesso alle peculiari caratteristiche delle contrattazioni su *blockchain* esige competenze specifiche, normalmente estranee alla cultura di un giudice togato: non mi riferisco soltanto alla necessità di decifrare l'algoritmo, ma anche di comprenderne il funzionamento, ispirato com'è a logiche affatto diverse rispetto a quelle delle ordinarie negoziazioni *off-line* ed alle quali il magistrato di ogni giurisdizione è poco avvezzo». Alla nota 189, l'autrice auspica, allora, l'intervento di un tecnico, ex art. 123 c.p.c., o di uno dei soggetti menzionati all'art. 68, comma 1, c.p.c.). Se allora, *rebus sic stantibus*, si deve prendere atto, da un lato, che le tutele tradizionali da esperire in sede giudiziale potranno produrre i loro effetti unicamente *off-chain* e, dunque, fuori dalla dimensione del digitale, dall'altro lato, la tecnologia *peer-to-peer* favorisce, di gran lunga, l'esercizio dei rimedi civili in sede stragiudiziale o arbitrale direttamente *on-chain* (per esempio, per il tramite di appositi *On-chain Dispute Arbitration Resolution Agreements*). Da parte di taluni si è avallata la proposta di istituire dei "tribunali digitali" che possano essere invocati dalle parti di uno *smart contract* tra le quali è sorta una controversia le cui decisioni possono divenire operative sulla *blockchain* tramite il sistema degli oracoli [v., in particolare, T. PELLEGRINI, *Gli Smart contract*, in E. BATTELLI (a cura di), *Diritto privato digitale*, Torino, 2022, 275]. Articolato è, poi, il dibattito che si è aperto, specie sulla scia della dottrina straniera, in merito alla possibilità di ricorrere alla tutela stragiudiziale: si è proposto, per esempio, di costituire fondi destinati a compensare pregiudizi derivanti da violazione del contratto, di ricorrere ai cc.dd. *hybrid contracts* (F. GHODOOSI, *Contracting in the age of smart contracts*, in *Washington Law Review*, 96, 2021, 82, che discorre, altresì, di cc.dd. *entry points* nello *smart contract*), o, ancora, di far leva su tecniche di recupero di legalità *ex ante* degli *smart contracts*. In quest'ultima direzione, si è pensato, per esempio, ad uno "Stato *super-user*", che vorrebbe garantire un accesso speciale all'autorità pubblica (c.d. *backdoor*), con una «*blockchain-sotto-controllo*» [A. SAVELYEV, *Contract Law 2.0: 'Smart' Contracts as the Beginning of The End of Classic Contract Law*, in *Information and Communications Technology Law*, 26, 2017, 130; per maggiori ragguagli, T. PELLEGRINI, *Prestazioni auto-esecutive. Smart contract e dintorni*, in *Comparazione dir. civ.* (sito internet: www.comparazionedirittocivile.it), 2019, 872], ovvero a sistemi dotati di *multisignature Keys* nei quali una delle chiavi digitali sarebbe da consegnarsi ad un'autorità esterna chiamata a verificare la liceità del contratto (il c.d. Stato-oracolo, su cui v. E. BATTELLI-E.M. INCUTTI, *Gli smart contracts*, cit., 934), o, ancora, ai cc.dd. "*programmi-ponte*" deputati ad una verifica *ex ante* dei codici in cui è trasfuso l'accordo (v., tra gli altri, M. RASKIN, *The Law and Legality of Smart Contracts*, in *Georgetown Law Technology Review*, 1, 305, 2017, 327 ss., che, preoccupato in particolare di un'illegalità sopravvenuta per una qualche modifica legislativa, ipotizza la creazione pubblica di un'applicazione, la quale, richiamata dai singoli *smart contracts*, sarebbe in grado di aggiornarne i termini; e, per ulteriori spunti, v., in ogni caso, T. PELLEGRINI, *op. ult. cit.*, 873, che evidenzia come la denominazione di "ponte" discende dalla funzione assolta dai programmi in questione: quella di collegare lo *smart contract* con l'ordinamento giuridico). Anche, con particolare riferimento ai contratti del consumatore, si è suggerita, poi, l'opportunità di contratti *standard*, previamente controllati da un'autorità pubblica o privata (E. BIVONA, *Smart contracts*, cit., 795). La dottrina statunitense, dal canto suo, è molto impegnata nella riflessione sul punto: v., per tutti, N. CORNELL, *Contracts ex machina*, in *Duke Law Journal*, 67, 2, 2017, 318, specie per il rilievo che «*smart contracts thus offer a window into thinking about contract law at a theoretical level. Even if one were uninterested in the technology, smart contracts could illuminate foundational issues in the theory of contract. Their theoretical possibility, whether the technology can deliver or not, raises a pointed question about what function courts play when they adjudicate a contract case. Put another way, the basic question about whether smart contracts do what courts do, only better, introduces a reciprocal question about contract law more generally: Does contract law do what smart contracts aim to do? Taking smart contracts seriously is therefore a fruitful way to examine the function of courts and contract law*». Taluni autori stranieri pongono in luce l'utilità delle *ODR* (*On-line Dispute Resolution*), al fine di risolvere le liti in *Blockchain*: v., tra i vari, O. RABINOVICH-EINYE and E. KATSCH, *Blockchain and the inevitability of disputes: the role for On Line Dispute Resolution*, in *Journal of dispute resolution*, 2019, spec. 59 ss., ove si passano in rassegna i vari sistemi adottati in via stragiudiziale, come *Kleros*, *Juris*, *Jur*, *Aragon*, *Sagewise*, *Mattereum*, *RHUBarb*, *Jury on line*, *ECAF* ed *Interim Summary*.



Sul piano poi della teoria generale, non servirebbe obiettare che, alla stregua dell'impostazione tradizionale dei *remedies*, la strategia del *re-coding* non abbia un corrispettivo diritto soggettivo (codificato) sul quale fondarsi⁴⁶. È noto, infatti, che, come gli ordinamenti di *common law* sono più recettivi ad individuare nuovi diritti, quelli di *civil law*, di contro, mostrano una maggiore propensione a predisporre nuovi rimedi e forme di tutela, senza definire la posizione sostanziale della quale i fruitori della protezione sarebbero titolari⁴⁷. Si tratta, infatti di garantire, *in primis* e celermente, l'*effettività della tutela*, allorché i diritti sostanziali della parte siano stati lesi dal "*code informatico*" illegittimo o immeritevole⁴⁸. Questa impostazione consente, per altro verso, di arginare definitivamente, non soltanto le tensioni verso la *cripto-anarchia*⁴⁹, bensì di tacitare quelle opinioni che, come dietro illustrato, facendo metodologicamente prevalere la tecnologia sulla norma, assumono come non applicabili *in nuce* allo *smart legal contract* tutti i rimedi incompatibili con il principio della auto-esecuzione, per esempio, l'*exceptio doli*⁵⁰ e le altre eccezioni ed autodifese (come la clausola *solve et repete*⁵¹), nonché, come già osservato, l'intero coacervo dei rimedi demolitori.

⁴⁶ Rileva, infatti, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, IV ed., 2003, Milano, 13 ss., che il problema comune tanto al diritto soggettivo quanto al rimedio è l'individuazione di criteri utili al «giudizio di rilevanza cui sottoporre gli interessi che aspirano ad essere tutelati». Non è dunque escluso, come è noto, che la protezione possa nascere con il rimedio e non essere già in anticipo affermata, sì che «il rimedio può precedere un diritto (*ubi remedium, ibi ius*)» [v., altresì e in tal senso, ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 341 s.; ID., *Forme e tecniche di tutela*, in AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Atti del Convegno "Processo e tecniche di attuazione dei diritti", Palermo, 22-24 ottobre 1989, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, 23 s., ove l'autore rimarca che «tra bisogno e rimedio v'è un filo diretto. Il rimedio necessariamente si raccorda ad un bisogno qualificato di tutela e, solo in via indiretta, all'interesse della cui tutela si tratta» (corsivo aggiunto); pertanto, il rimedio «già presuppone, almeno in linea generale, che l'interesse, più a monte, risulti protetto. Esso non decide dell'*an* della protezione ma solo delle sue modalità di applicazione (ossia del *quomodo* di essa)»: ID., *Il linguaggio dei rimedi*, cit., 344 s.]. Dunque, «i rimedi costituiscono dispositivi tecnici immediatamente a ridosso del bisogno di tutela e sono il frutto della rilettura in termini funzionali dell'intero armamentario concettuale del diritto sostanziale e processuale, ma ora aspirano ad una rilevanza autonoma e ad una nuova tassonomia» (S. MAZZAMUTO, *I rimedi*, in C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 752). Rispetto a tali posizioni, maggiormente misurata risulta quella di P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, cit., 6, che osserva come «affermare che la previsione di un rimedio è misura della rilevanza giuridica di un interesse (*ubi remedium ibi ius*) non è operazione logico giuridica diversa dall'affermare che una situazione è meritevole di tutela soltanto se qualificata dall'ordinamento come diritto (*ubi ius ibi remedium*)».

⁴⁷ Invero, taluni autori nutrono molte perplessità, sotto l'aspetto dogmatico, circa l'inserimento della nozione di rimedio all'interno di sistemi (quelli di *civil law*) storicamente articolati su altre traiettorie: così, tra gli altri, A. GENTILI, *A proposito de «Il diritto soggettivo»*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 363.

⁴⁸ In ogni caso, giova rilevare che il rimedio, oltre che una categoria concettuale, costituisce oggi una vera e propria metodologia generale (c.d. "*linguaggio rimedi*"), che ripudia il formalismo e si fonda su realismo e fattualità, poiché «mira a conoscere quale soluzione concretamente l'ordinamento offre ad un individuo di fronte alla violazione del suo interesse»: in tali termini, U. MATTEI, *I rimedi*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-A. GUARNERI-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. SACCO, *La parte generale del diritto*, 2, *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 2001, 107.

⁴⁹ Questa tendenza si coglie nelle parole di A. SAVELYEV, *Contract Law 2.0*, cit., 131: «*whether it was concluded for mistake, as a result of fraudulent misrepresentation, coercion or threats, unfair exploitation of relationship of trust – it is completely irrelevant for its performance in contrast to classic contracts, where such circumstances serve as a basis for court interference in all the legal systems. Moreover, such consideration of such vitiating factors is in contradiction with the main feature of blockchain-based databases of transactions*». Nella dottrina italiana, gli fa eco T. PELLEGRINI, *Prestazioni auto-esecutive*, cit., 857, per il quale «il rapporto tra *smart contract* e Stato è caratterizzato da una doppia autonomia: funzionale, giacché lo *smart contract* fa a meno dell'*enforcement* pubblico; tecnica perché, anche volendo, *le mani dello Stato non possono arrivare a toccare ciò che gira su un registro distribuito*» (corsivo aggiunto).

⁵⁰ V., in tal senso, G. PASSAGNOLI, *Ragionamento giuridico e tutele nell'intelligenza artificiale*, in *Pers. e merc.*, 2019, 85.

⁵¹ D. DI SABATO, *Gli smart contracts*, cit., 401, osserva che adottando lo *smart contract*, i contraenti «accettano convenzionalmente questa modalità di esecuzione, con ciò rinunciando agli strumenti di autotutela che l'ordinamento mette generalmente a loro disposizione». Anche G. PASSAGNOLI, *op. loc. ult. cit.*, rimarca come «l'esecuzione automatizzata del contratto, mentre lo affranca



Il rimedio del *re-coding*, in quanto concretante una destituzione semantica sul piano giuridico, del “*testo informatico*” illegittimo o immeritevole, presenta, invece, una vocazione sistematica di ordine generale, quale possibile “*giusto rimedio civile*” per la parte lesa dalla tecnologia (legittimazione relativa), poiché lo stesso, sebbene al di fuori di una fattispecie specifica⁵², ciononostante consente, in maniera generale e diffusa, di attuare direttamente *on-chain* tutti quei diritti e le connesse tutele che la parte lesa, altrimenti, in ragione della tecnologia stessa, non potrebbe esercitare (se non, come già dietro osservato, esclusivamente *off-chain* tramite l’intervento di un giudice).

Sotto altro profilo, il proposto rimedio civile del *re-coding* sarebbe destinato ad operare direttamente sulla tecnologia dello *smart legal contract*, identificando il portato ultimo della *Rule of Law* by “*By Design*” e, differentemente dalla *Self-Destruct Function* già proposta dalla dottrina straniera⁵³, implicando non soltanto la cancellazione del precedente contratto, bensì la nascita di “*un nuovo smart legal contract*”, questa volta conforme alla *Rule of Law*. Ne è che il rimedio in discorso assume di fatto una funzione anche conservativa e attuativa del *favor contractus* come tutte le applicazioni della *Legal Protection by Design* sul contratto.

Il *re-coding* appare inoltre vocato a tutelare le parti deboli lese dalla tecnologia, così rendendo lo *smart contract*, nel concreto “*casus digitalis*”, effettivamente un “*contratto giusto*” e consente di creare un necessario ponte di collegamento tra la *Lex Criptographi(c)a* e l’ordinamento giuridico, dinanzi alla constatazione oggi ineludibile che la prima non può avere alcun autonomo *ubi consistam* senza il secondo, almeno ove la scelta di partenza sia quella di “*contrattualizzare*” fino in fondo – se il caso concreto lo impone – la nuova epifania dello *smart legal contract*. L’utopia di un’autonoma *Lex Criptographi(c)a* cede allora il passo alla sostanziale responsabilità del giurista e di questo anche gli sviluppatori informatici, fino a pochi anni fa rimasti da soli nel gestire la vicenda, dovranno progressivamente prendere consapevolezza, poiché nulla è “*pu-ro*”, ma le scienze si contaminano tra di loro attraverso un auspicabile cambiamento di cultura⁵⁴ sul quale co-

dall’incertezza esecutiva, lo rende insensibile all’esigenza – che è invece al centro dell’art. 1462 c.c. – di effettività dell’autotutela mediante eccezione». V., inoltre, E. BIVONA, *Smart contracts*, cit., 790 s., per la notazione che «sono precluse all’onerato le eccezioni che, toccando anch’esse il piano dell’esistenza e della validità, vengono equiparate a quelle espressamente escluse dalla lettera dell’art. 1462 c.c.: come l’eccezione di avvenuto pagamento, di novazione, di remissione, di compensazione, di confusione, di impossibilità sopravvenuta o di transazione». Nella (diversa) prospettiva di indagine di T. PELLEGRINI, *Prestazioni auto-esecutive*, cit., 857 ss., invece, l’autonomia funzionale dal potere dello Stato impedirebbe, da un lato, una conformazione *ex ante* del contratto all’ordinamento (ferma restando la possibilità per il debitore di attivare le tutele *ex post*), e, dall’altro lato, consentirebbe, del pari, di configurare lo *smart contract* proprio come una clausola *solve et repete* sottratta al limite di efficacia imposto dall’art. 1462 c.c., nel contesto, dunque, di un fenomeno di “autotutela” e di “esecuzione privata”, «senza processo» e come tale distinta dalla tradizionale esecuzione forzata sul patrimonio del debitore (l’autore richiama, sul punto, le osservazioni e l’espressione impiegata da A. ZOPPINI, *L’effettività in-vece del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 679 ss.).

⁵² Aderendo all’opinione che proprio nel “distacco dalla fattispecie” individua l’indice rivelatore della presenza del rimedio: v., su tale passaggio, A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 301, il quale precisa che «“*Distacco dalla fattispecie*” vuol dire disvelamento di un bisogno o di un’esigenza che la “fattispecie” non ha avuto la volontà, l’occasione o la capacità di individuare, onde la necessità di delineare un altro percorso» (corsivo aggiunto).

⁵³ *Retro*, § 2, nota 31 e *infra*, nota 42.

⁵⁴ In questo contesto, non ha senso scindere il diritto dalla morale e dalla cultura: superare infatti il positivismo “legislativo” non significa abbandonare il principio di positività del diritto: così, P. PERLINGIERI, *Dogmatica giuridica e legalità costituzionale*, in *Annali della S.I.S.Di.C.*, Napoli, 2019, 1 ss.; P. FEMIA, *La via normativa. Pietro Perlingieri e i valori costituzionali*, in G. ALPA-F. MACARIO (a cura di), *Diritto civile del novecento: scuole, luoghi, figure di giuristi*, Milano, 2019, 359 ss. Infatti, «sociologia, religione, tecnologia, economia, cultura di un popolo sono componenti indefettibili nel processo applicativo del diritto, ma non possono sostituirsi o trasformarsi in uno strumento alternativo al dato positivo»: in tali termini, G. PERLINGIERI, *La via alternativa alle teorie del*



struire, d'ora innanzi, non soltanto il “*diritto degli smart legal contracts*”⁵⁵, ma il complesso “*diritto delle nuove tecnologie*”.

«*diritto naturale*» e del «*positivismo giuridico inclusivo*» ed «*esclusivo*». Leggendo Wil J. Waluchow, in *Annali della S.I.S.Di.C.*, Napoli, 2020, 69 ss. (v., altresì, ID., *Legge, giudizio e diritto civile*, *Annali della S.I.S.Di.C.*, Napoli, 2018, 63 ss.).

⁵⁵ Ciò non implica, invero, la necessità di ricorrere a nuove categorie civilistiche, ma semmai di rifunzionizzarle, in una rinnovata eterogeneità dei fini, all'attuale scenario della digitalizzazione: sul punto, sia consentito il rinvio a F. LONGOBUCCO, *Smart contract e “contratto giusto”*, cit., 106, ove ho concluso che «dinanzi all'imporsi del *contrahere* macchinico, non occorrono nuove categorie civilistiche, le attuali sono sufficienti, a condizione che l'interprete rivendichi il suo ruolo e la sua responsabilità della quale deve andare orgoglioso». D'altro canto però, sotto il profilo di *policy* comunitaria, si avverte l'esigenza, in ogni caso, di una nuova normativa: cfr. la Risoluzione del Parlamento Europeo del 16 febbraio 2017, ove si legge che «*sono palesi le carenze dell'attuale quadro normativo anche in materia di responsabilità contrattuale, dal momento che le macchine progettate per scegliere le loro controparti, negoziare termini contrattuali, concludere contratti e decidere se e come attuarli rendono inapplicabili le norme tradizionali. [...] Ciò pone in evidenza la necessità di norme nuove, efficaci e al passo coi tempi che corrispondano alle innovazioni e agli sviluppi tecnologici che sono stati di recente introdotti e che sono attualmente utilizzati sul mercato*». Da ultimo, uno specifico intervento normativo settoriale in materia soddisferebbe, peraltro, quelle opinioni che, diversamente da quanto qui sostenuto attraverso il richiamo alle categorie delle quali già disponiamo, auspicano invece una regolamentazione (settoriale) di carattere universale del fenomeno: v., per tutti, A.M. BENEDETTI, *Tecnica, diritto civile e smart contract*, cit., 15, secondo il quale «*quel che occorre, almeno nella nostra realtà, non è (solo) l'ennesima Direttiva europea. [...] Ma è necessaria, piuttosto, una nuova “Convenzione di Vienna”, cui affidare la costruzione di un vero e proprio codice mondiale del contratto algoritmico*» (corsivo originale).



LORENZO MEZZASOMA

Professore ordinario di Diritto privato – Università degli Studi di Perugia

CODICE CIVILE E CODICE DEL CONSUMO*

SOMMARIO: 1. Il rapporto tra disciplina di diritto comune e disciplina consumeristica: dal criterio di specialità al favor consumatoris. – 2. Il progressivo allineamento tra codice civile e codice del consumo. – 3. Il superamento dell'atto di consumo nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. – 4. Osservazioni finali.

1. – Il problema del rapporto tra codice civile e codice del consumo sorge in conseguenza del fatto che al momento dell'emanazione del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206¹ il nostro legislatore ha trasfuso nel codice del consumo – al fine di realizzare una migliore e più efficiente tutela del consumatore nell'ambito dei cc.dd. rapporti *business to consumer*² caratterizzati, notoriamente, da una fisiologica asimmetria contrattuale tra le parti – disposizioni concernenti prevalentemente la materia contrattuale complementari al codice civile³ senza affrontare in maniera organica il problema del coordinamento tra la previgente disciplina di diritto comune e la nuova legislazione consumeristica, limitandosi, al contrario, ad inserire nel codice di settore alcuni articoli con funzione di rinvio, interpretabili in maniera non univoca⁴.

Muovendo dall'assunto che il codice del consumo rappresenti una sorta di «ponte» tra il diritto nazionale ed il diritto comunitario⁵, risulta essere imprescindibile operare una riflessione sui rapporti che inter-

* Lo scritto rielabora, con l'aggiunta di note ed integrazioni, la relazione tenuta in occasione del Convegno su «Codificazione e ricodificazione tra diritto civile, commerciale e diritto dei consumi» che si è svolto presso il Dipartimento di Economia – sede di Terni dell'Università degli Studi di Perugia, l'11 luglio 2023.

¹ Tra i numerosi commenti al codice, v. G. ALPA-L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005; E. CAPOBIANCO-G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, I ed., Napoli, 2009; G. D'AMICO (a cura di), *La riforma del Codice del consumo. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, Milano, 2015; E. CAPOBIANCO-L. MEZZASOMA-G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, II ed., Napoli, 2018; V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, V ed., Milano, 2019.

² In proposito v. la Relazione accompagnatoria al codice del consumo, la quale precisa che tale codificazione si basa sull'«approccio specifico, ignoto al codice civile del 1942, fondato invece su un concetto formale di eguaglianza, diretto a garantire una tutela sostanziale, attenta all'equilibrio effettivo – normativo ed economico – del contratto. Ciò trova conferma nella previsione di meccanismi di riequilibrio, basati su “nullità di protezione”, rilevabili, anche d'ufficio, ma solo a vantaggio del contraente debole. La stessa finalità è perseguita attraverso la scelta di affiancare alla difesa individuale strumenti di tutela processuale a carattere associativo, capaci di sopperire alla debolezza economica e professionale del consumatore, visto come singolo individuo».

³ In senso critico verso tale scelta v. G. DE CRISTOFARO, *Il «codice del consumo»: un'occasione perduta?*, in *Studium iuris*, 2006, 1149 ss. e R. CALVO, *Il codice del consumo tra «consolidazione» di leggi e autonomia privata*, in *Contr. impr./Europa*, 2006, 83 ss.

⁴ Cfr. T. DALLA MASSARA, *I rapporti tra codice civile e codice del consumo*, in G. RECINTO-L. MEZZASOMA-S. CHERTI, (a cura di) *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, 501 ss.

⁵ Così R. ROLLI, *Il “codice” e i “codici” nella moderna esperienza giuridica: il modello del codice del consumo*, in *Contr. impr.*, 2007, 6, 1496 ss.



corrono tra normativa generale, di settore e disciplina comunitaria, nell'ottica di ricomporre ad unità, alla luce dei principi generali, il complesso e variegato sistema delle fonti che caratterizza il nostro ordinamento giuridico⁶.

A primo impatto, potrebbe sembrare che la complessa questione possa risolversi in una sola battuta affermando che la legge speciale prevalga su quella generale nelle materie da essa regolate, in conformità al brocardo latino *lex specialis derogat generali*, con conseguente superamento del diritto comune (c.d. criterio di specialità). E ciò in quanto l'art. 38 c. cons.⁷ – che rappresenta il punto di snodo dei rapporti tra la disciplina generale del contratto di cui al codice civile ed il codice del consumo – prevede espressamente che ai contratti conclusi tra un consumatore ed un professionista potrà applicarsi la prima per tutti gli aspetti che non siano espressamente regolati dal codice di settore, ovvero in caso di lacune. A specchio, l'art. 1469-*bis* c.c.⁸, al fine di risolvere eventuali conflitti tra le norme di cui al codice civile e le disposizioni consumeristiche – o contenute in altri atti normativi –, stabilisce che la disciplina generale in materia contrattuale di cui al codice civile⁹ troverà applicazione solo qualora non sia derogata dal codice del consumo¹⁰ – o da altre disposizioni più favorevoli al consumatore¹¹ –.

Un'interpretazione restrittiva di tale dettato legislativo ha portato all'emergere di un orientamento volto a riconoscere alla disciplina di cui al codice civile una funzione meramente sussidiaria legittimante un intervento volto esclusivamente a “sanare” eventuali lacune della disciplina consumeristica, ovvero ad intervenire per quegli aspetti che non siano stati oggetto di deroga.

Occorre, tuttavia, interrogarsi se la soluzione sia davvero questa o se, di fatto, la realtà risulti essere più complessa. Si pensi, ad esempio, alla direttiva 85/374/CEE in materia di danni da prodotti difettosi: in Italia venne recepita nel 1988¹², mentre in Spagna solo nel 1994. L'Unione Europea, tuttavia, non prese provvedimenti per il tardivo recepimento e ciò in quanto nell'ordinamento spagnolo era già in vigore la *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*¹³ che, di fatto, tutelava il consumatore danneggiato molto di più della suddetta direttiva e dell'eventuale normativa di recepimento. Questo esempio è sintomatico della possibilità di ragionare in un'ottica più ampia che spinga a superare la logica di contrapposizione tra legge generale/legge speciale in una prospettiva sistematica basata sul criterio del *favor consumatoris*, in quanto

⁶ In proposito, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, 196 secondo il quale «la molteplicità delle regole e dei principi, il loro diverso grado di rilevanza normativa, la complessità della società non richiedono un ordinamento giuridico a struttura polisistemica, dove le disposizioni assumono significati secondo il sistema o il sottosistema di appartenenza. Le norme, invece, assumono il loro significato nella totalità dell'ordinamento intesa come unitarietà, senza che la complessità ordinamentale venga espressa in artificiale incomunicabilità tra norme costituzionali e norme ordinarie».

⁷ Art. 38 c. cons.: «Per quanto non previsto dal presente codice, ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del codice civile».

⁸ Tale norma (rubricata «Contratti del consumatore»), inserita nel codice civile ex art. 42 c. cons., prevede espressamente che «Le disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore». Per una disamina della portata delle due norme v. G. DE CRISTOFARO, *Il «codice del consumo»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 808 s. e L. ROSSI CARLEO, sub *Art. 142*, in G. ALPA-L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo*, ESI, Napoli, 2005, 875 s.

⁹ Vale a dire le norme di cui al Titolo II del Libro IV del codice civile.

¹⁰ In senso critico A.M. BENEDETTI, *Contratto e categorie: un paradigma, più discipline*, in *Pactum*, 2022, 23, osserva che «Non c'è conflitto né concorso (di norme), ma applicazione armonicamente integrata (e in tal senso andrebbe superato l'improprio richiamo alla «deroga» contenuto nel testo dell'art. 1469-*bis* c.c.)».

¹¹ Per un'analisi critica delle due disposizioni v. T. DALLA MASSARA, *I rapporti tra codice civile e codice del consumo*, cit., 502 ss.

¹² Con il d.P.R. del 24 maggio 1988, n. 224, successivamente abrogato in virtù dell'art. 146 del codice del consumo.

¹³ Legge n. 26/1984 del 19 luglio, pubblicato nel BOE n. 176 del 24 luglio 1984, 21686 ss.



non può escludersi *a priori* che in specifiche circostanze concrete soluzioni maggiormente favorevoli per il consumatore siano dettate dal diritto comune¹⁴.

In tale prospettiva, peraltro, deve essere letto lo stesso art. 142 c. cons. che attribuisce prevalenza alla normativa più favorevole al consumatore qualunque ne sia la fonte¹⁵, con conseguente superamento della tesi relativa alla sussistenza, tra codice civile e codice del consumo, di un rapporto di genere a specie¹⁶.

Decisivo, pertanto, risulta essere il compito attribuito all'interprete chiamato a compiere un'indagine ermeneutica che non sia incentrata esclusivamente sulla norma settoriale, bensì sia volta ad operare una ricostruzione sistematica della disciplina che permetta di individuare all'interno di tutto il sistema la norma più adatta alla fattispecie concreta senza circoscrivere la sua indagine nel perimetro di micro aree e senza dimenticare che il codice civile si pone in una posizione di stretta complementarità, non di residualità, rispetto alla disciplina consumeristica¹⁷.

2. – Né il problema del coordinamento tra disciplina di diritto comune e disciplina di cui al codice del consumo può risolversi affermando che l'auspicata armonizzazione piena imposta da alcune direttive – come la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori¹⁸ – non consentirebbe alcuna reviviscenza della disciplina generale¹⁹: l'armonizzazione piena, infatti, – così come è naufragato il codice europeo dei contratti e la proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita²⁰ – non si è raggiunta ed, anzi, il problema permane e diventa più complesso.

¹⁴ Cfr. G. PERLINGIERI e M. ANGELONE, *Il diritto dei consumatori nella dimensione italo-europea*, in G. PERLINGIERI, L. MEZZASOMA-M. ANGELONE (a cura di), *Manuale di diritto dei consumi*, Napoli, 2024, 8 ss.

¹⁵ Cfr. E. BATTELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 425 ss.

¹⁶ In proposito, P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra normative di settore e codice del consumo*, in G. CAVAZZONI-L. DI NELLA-L. MEZZASOMA-V. RIZZO (a cura di), *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*, Napoli, 2008, 11 ss.

¹⁷ Cfr. L. ROSSI CARLEO, *Diritto comunitario, "Legislazione speciale" e "Codici di settore"*, in *Riv. Notariato*, 2009, 1, 11 ss., la quale osserva che «(...) in una visione di sistema le norme vivono le une delle altre, all'interprete occorre dar conto della unitarietà dell'ordinamento, al di là della separatezza "fisica" delle norme, siano esse sparse o raggruppate». V., anche, G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2006, 355.

¹⁸ V. l'art. 4 della direttiva ai sensi del quale «salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso».

¹⁹ T. DALLA MASSARA, *La «maggior tutela» del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo dopo l'attuazione della direttiva 2011/83/UE*, in *Contr. impr.*, 3, 2016, 745-746.

²⁰ Il riferimento è alla Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita (c.d. CESL – *Common European sales law*) doc. 11-10-2011 COM (2011) 635 def., consultabile in *eur-lex.europa.eu* che è stata prima emendata (v. la Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 26 febbraio 2014, consultabile in *europarl.europa.eu*), per poi essere successivamente ritirata. [in proposito, *ex multis*, G. D'AMICO, *Direttiva sui diritti dei consumatori e regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contratti*, 2012, 611 ss.; P. STANZIONE, *Il regolamento di diritto comune europeo della vendita*, *ibidem*, 624 ss.; P. SIRENA, *Diritto comune europeo della vendita vs. regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?*, *ibidem*, 634 ss.; ID., *Il contratto alieno del diritto comune europeo della vendita (CESL)*, in *Nuova giur. civ.*, 2013, 20608 ss. V., anche, R. ROLLI, *La proposta di regolamento europeo sulla vendita nel processo di codificazione europea*, in *Contr. impr./Eur.*, 2011, 393 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Il (futuro) Diritto comune europeo della vendita mobiliare: profili problematici della Proposta di regolamento presentata dalla Commissione Ue*, *ivi*, 2012, 358 ss. e M. MELI, *La proposta di regolamento sul Diritto Comune Europeo della Vendita (CESL)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 183 ss. Per un'analisi della proposta nell'ottica dei principi in essa contenuti, v. E. CATERINI, *Principi e clausole generali nella proposta di regolamento europeo della vendita transfrontaliera*, in *Contr. impr./Eur.*, 2014, 581 ss.]. In argomento sia consentito anche il rinvio a L. MEZZASOMA, *Il progetto fallito del codice civile europeo e del diritto comune europeo della vendita*, in corso di pubblicazione.



Molte volte, infatti, la disciplina consumeristica si ‘scontra’ con altre disposizioni speciali a protezione di ulteriori contraenti deboli – l’assicurato, il viaggiatore, l’investitore, etc. per la tutela dei quali sono state introdotte specifiche normative²¹ – imponendo un necessario coordinamento con tali normative specifiche, ciascuna delle quali aspira a regolamentare in maniera esaustiva il proprio settore²². In tali casi il compito dell’interprete si complica, dovendo lo stesso ricostruire la disciplina del contratto sulla base di una adeguata considerazione tanto della disciplina di cui al codice civile, quanto delle regole consumeristiche e di quelle presenti nelle ulteriori normative settoriali²³.

Un esempio lampante è dato dal contratto di multiproprietà nell’ambito del quale (al di là della qualificazione del diritto oggetto di contrattazione come reale o meno) si prevede l’obbligo di prestare una fideiussione bancaria o assicurativa a garanzia della corretta esecuzione del contratto, qualora il venditore/imprenditore abbia determinate caratteristiche che lasciano presumere una sua mancanza di solidità economica²⁴, ed una a garanzia dell’ultimazione dei lavori nel caso di alloggio in corso di costruzione. Il tutto alla luce del ricorrere di un atto di consumo volto a concludere un contratto con le caratteristiche previste dagli artt. 69 e seguenti del codice del consumo. In tale seconda ipotesi, tuttavia, alla disciplina di cui al codice del consumo si vengono ad affiancare le previsioni di cui alla normativa in materia di immobili in corso di costruzione (d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122 e successive modifiche)²⁵, la quale pone a carico del costruttore l’obbligo di rilasciare altre polizze fideiussorie a tutela dell’acquirente, ovvero una a garanzia della restituzione delle somme o di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore abbia già riscosso, ed una a copertura dei vizi di costruzione e dei danni arrecati a terzi. Ci si chiede, quindi, cosa accada nell’ipotesi in cui l’acquirente sia un consumatore, ovvero se in tale caso si debba considerare che le polizze fideiussorie diventino quattro (operanti per quattro diverse situazioni: a garanzia degli acconti versati se vi è la situazione di crisi e si esercita il recesso, a garanzia dei vizi del bene dopo la stipula del definitivo, a garanzia della ultimazione del bene, a garanzia della corretta esecuzione del contratto).

Qualora si arrivi ad un tale livello di introduzione di sistemi di garanzia per il consumatore-acquirente, tuttavia, si rischia di “bloccare” il mercato magari creando un diverso disequilibrio nel contratto. Diventa, quindi, necessario ragionare sotto un profilo funzionale attraverso l’uso delle clausole generali e dei principi esistenti nell’ordinamento da applicare allo specifico caso concreto.

²¹ Si pensi al Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209. In proposito v. P. CORRIAS, *La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1749 s. e in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, 543 s.), al Codice del turismo (d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79. Cfr. F. ROMEO, *Contratti asimmetrici, codici di settore e tutela del contraente debole*, in *Obbl. contr.*, 2012, 440 ss. e A. VENCHIARUTTI, *Viaggi organizzati e tutela del turista. Profili di diritto comparato e europeo (Prima parte)*, Padova, 2012, 32-33), al Testo unico in materia di intermediazione finanziaria (T.U.F. – d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58).

²² In proposito, G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, I, 751 s. e spec. 768 s. V., anche, E. BATTELLI, *Codice del consumo, codice civile e codici di settore: un rapporto non meramente di specialità*, cit., 434.

²³ In proposito, S. PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 735 ss. e L. ROSSI CARLEO, *Diritto comunitario, “Legislazione speciale” e “Codici di settore”*, cit., 11 ss.

²⁴ L’art. 72-bis c. cons. pone tale obbligo a carico dell’operatore «non avente la forma giuridica di società di capitali ovvero con un capitale sociale versato inferiore a 5.500.000 euro e non avente sede legale e sedi secondarie nel territorio dello Stato».

²⁵ Per un primo commento alla normativa v., senza pretese di esaustività, F. CASARANO-G. BALDI-V. TAMPANO, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, Milano, 2005; G. DE NOVA-C. LEO-M. LOCATI-A. RODA, *L’acquisto di immobili da costruire*, Milano, 2005; G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005; G. SICCHIERO (a cura di), *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire. Commento al d.lgs. n. 122 del 2005*, Milano, 2005; A. RE-G. SCALITI, *La nuova disciplina degli acquisti di immobili da costruire*, Torino, 2006. In argomento sia consentito anche il rinvio a L. MEZZASOMA, *Il “consumatore” acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all’abitazione*, Napoli, 2008, *passim*; ID., *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire: i recenti interventi legislativi e giurisprudenziali*, in *Corr. giur.*, 2019, 1265 ss.



Sotto altro profilo, va detto che diventa sempre più evidente che non solo è oggi superato far riferimento allo *status* di consumatore²⁶, ma che è in corso il superamento dell'atto di consumo²⁷: l'evoluzione del mercato impone che la tutela vada oltre il mero consumatore tecnicamente inteso e si estenda al «contraente debole» chiunque esso sia, consumatore o professionista, con l'obiettivo di introdurre una tutela concreta verso chi effettivamente si venga a trovare in una posizione di debolezza²⁸. E questo in quanto le singole situazioni necessitano di essere analizzate caso per caso²⁹ al fine di verificare se, a fronte di un contratto asimmetrico, sussista una parte debole cui sia possibile estendere, in assenza di una normativa specifica che la tuteli ed attraverso un'applicazione diretta dei principi costituzionali³⁰, la disciplina di favore dettata per il consumatore.

3. – In tale ottica, dapprima nella giurisprudenza della Cassazione e poi a livello legislativo, ormai alcuni professionisti vengono posti nella stessa condizione dei consumatori in quanto contraenti deboli.

Il riferimento è all'interpretazione evolutiva della rigida nozione di consumatore nelle procedure di risoluzione della crisi da sovraindebitamento di cui alla versione originaria dell'art. 6, comma 2, lett. *b*, della legge n. 3/2012³¹ che riconosceva l'accesso alla procedura agevolata di risoluzione della crisi – c.d. piano del consumatore – solo al debitore persona fisica che avesse «assunto obbligazioni 'esclusivamente' per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta», delimitando notevolmente l'ambito di applicazione della normativa di favore, con una scelta ancora più restrittiva di quanto avesse fatto lo stesso art. 3, comma 1, lett. *a*, del codice del consumo. Tale definizione è stata oggetto di una interpretazione sistematica ed innovativa da parte della Corte di Cassazione con l'importante decisione della n. 1869/2016³² in cui, andando aldilà del dettato normativo, è stato espressamente affermato che possano bene-

²⁶ Sul punto P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 1995, 97 ss.; ID., *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in P. PERLINGIERI-E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Napoli, 2004, 9 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, III ed., Napoli, 2006, 511 in cui si osserva che «il consumatore è (...) una condizione legata alle circostanze concrete e alle effettive modalità di contrattazione». Sia consentito il rinvio, anche, a L. MEZZASOMA, *Consumatore e costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 311 ss.

²⁷ L'esigenza di protezione sussiste a prescindere dall'appartenenza del soggetto a una determinata categoria: v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 335 ss. e ID., *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2006, 323 ss.

²⁸ Cfr. E. LLAMAS POMBO-L. MEZZASOMA-U. RANA-V. RIZZO (a cura di), *Contratto, crisi di impresa e tutela del contraente debole*, Napoli, 2016, *passim*. In proposito sia consentito il rinvio anche a L. MEZZASOMA, *Derecho civil constitucional y derecho de consumo*, in *Rev. seguros*, 2023, 301 ss.; D., *Il percorso della meritevolezza nel sovraindebitamento del consumatore*, Napoli, 2021, *passim*; ID., *Novedades del Derecho de Contratos italiano y la tutela del contratante débil*, in *Rev. critica de derecho privado*, 12, 2015, 677 ss.

²⁹ L'esigenza di protezione sussiste a prescindere dall'appartenenza del soggetto a una determinata categoria: v. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 335 ss. e ID., *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2006, 323 ss.

³⁰ In merito alla diretta applicabilità dei principi costituzionali v. per tutti P. PERLINGIERI, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 414 ss. nonché in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, 73 ss.; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 95 ss.; ID., *Profili del diritto civile*, III ed., Napoli, 1994, 18 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 535 ss.

³¹ Legge 27 gennaio 2012, n. 3, recante «Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento», come successivamente modificata con d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221.

³² Cass., 1° febbraio 2016, n. 1869 (*Foro it.*, 2016, I, 1804; *Fallimento*, 2016, 661, con nota di F. PASQUARIELLO, *La Cassazione delinea il profilo del consumatore sovraindebitato*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 989, con nota di F. TRUBIANI, *Gli angusti orizzonti della nozione di consumatore nella disciplina da sovraindebitamento*; in *Giur. it.*, 2016, 817, con nota di A. CAPOCCETTI, *La*



ficiare della procedura privilegiata anche tutte le persone fisiche che abbiano rivestito la qualifica di imprenditore o professionista, purché al momento della presentazione del piano (del consumatore) non residuino ancora obbligazioni assunte nell'esercizio di tali attività³³. Ne consegue che la possibilità di accedere al piano del consumatore venga riconosciuta anche ad imprenditori e professionisti che abbiano contratto obbligazioni per far fronte a esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale e anche a favore di terzi, ma senza riflessi in un'attività d'impresa o professionale propria.

La lettera della norma viene quindi superata verso una nuova interpretazione, la quale va ben al di là del significato delle parole in un'ottica ben più ampia di tutela legata a principi e valori del nostro ordinamento.

Tale possibilità è stata successivamente consacrata, a livello normativo, con il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza³⁴ che, modificando l'originaria nozione di cui alla legge n. 3/2012, ha definito il consumatore come la persona fisica «che agisce per scopi estranei» all'attività d'impresa o professionale anche se socio di una delle società appartenenti ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del Titolo V del libro quinto del codice civile, per i debiti estranei a quelli sociali» ed ha così esteso l'accesso alla procedura agevolata a favore anche di soggetti che hanno debiti di natura non consumeristica, ritenendoli parti deboli da tutelare³⁵. Si attribuisce, in tal modo, specifica rilevanza alla circostanza che il debito sia stato contratto per esigenze estranee all'attività professionale-imprenditoriale, non risultando più preclusiva, per l'accesso al piano del consumatore, la circostanza che la persona fisica sia o sia stata socio di società di persone.

nozione di “consumatore” nella disciplina della crisi da sovraindebitamento; in Dir. fall., 2016, 1257, con note di E. SABATELLI, La Cassazione precisa la nozione di «consumatore» ai fini dell'accesso al procedimento riservato di composizione delle crisi da sovraindebitamento, e di F. CERRI, La Suprema Corte definisce la nozione di consumatore nella composizione della crisi da sovraindebitamento) secondo la quale «ai sensi della L. 27 gennaio 2012, n. 3, la nozione di consumatore per essa abilitato al piano, (...), non ha riguardo in sé e per sé ad una persona priva, dal lato attivo, di relazioni d'impresa o professionali, invero compatibili se pregresse ovvero attuali, purché non abbiano dato vita ad obbligazioni residue, potendo il soggetto anche svolgere l'attività di professionista o imprenditore, invero solo esigendo l'art. 6, comma 2, lett. b), una specifica qualità della sua insolvenza finale, in essa cioè non potendo comparire obbligazioni assunte per gli scopi di cui alle predette attività ovvero comunque esse non dovendo più risultare attuali, essendo consumatore solo il debitore che, persona fisica, risulti aver contratto obbligazioni – non soddisfatte al momento della proposta di piano – per far fronte ad esigenze personali o familiari o della più ampia sfera attinente agli impegni derivanti dall'estrinsecazione della propria personalità sociale, dunque anche a favore di terzi, ma senza riflessi diretti in un'attività d'impresa o professionale propria».

³³ «Ritiene questa Corte che la prescritta destinazione dei debiti a scopi estranei rispetto all'attività d'impresa o di professione, precisata in negativo (e solo “eventualmente svolta”, cioè con riguardo al passato), permetta allora di rinvenirne la compatibilità innanzitutto con il consumatore sovraindebitato che non sia o non sia mai stato né imprenditore né professionista, con chi lo sia stato e però non lo sia tuttora ovvero con chi lo sia tuttora – nell'accezione dimensionale interna ai requisiti di accesso più generali di cui alla l. n. 3 del 2012 – ma non annoveri più tra i debiti attuali quelli un tempo contratti in funzione di sostentamento ad una di quelle attività»: così Cass. 1° febbraio 2016, n. 1869, cit.

³⁴ D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e successive modifiche, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 38 del 14 febbraio 2019 – Suppl. Ordinario n. 6.

³⁵ Cfr. l'art. 2, comma 1, lett. e, CCII. Sul punto, L. NANNIPIERI, *Consumatore e sovraindebitamento misto*, in *dirittodellacrisi.it*, 19 aprile 2024; M. PETA, *Ristrutturazione dei debiti del consumatore ammissibilità dei debiti dell'imprenditore cessato: relazione di “esclusività”*, *ivi*, 20 giugno 2023; A. MANCINI, *Sovraindebitamento e soci illimitatamente responsabili: il punto dopo la miniriforma della l. 3/2012. (d.l. 137/2020, convertito nella l. 18.12.2020 n.176)*, in *ilcaso.it*, 2 gennaio 2021; N. GRAZIANO, *Dopo la riscrittura del legislatore nuova nozione di consumatore (La conversione del D.L. 137/2020, parte seconda)*, in *Guida al Diritto*, 2021, 32 ss.; V. ZANICHELLI, *Il corposo restyling della legge sul sovraindebitamento*, in *Fallimento*, 2021, 444 ss. e G. POSITANO, *Il consumatore con debiti promiscui dalla l. 3/2012 al CCII*, in *giustiziavivibile.com*, 19 maggio 2020. Sulla evoluzione del presupposto soggettivo delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, v. B. BAESSATO-F.M. COEN-D. GIROTTO, *Il presupposto soggettivo di applicazione della disciplina*, in D. MANENTE-B. BAESSATO (a cura di), *La disciplina delle crisi da sovraindebitamento*, Milano, 2022, 105 ss.



Diviene così rilevante la sola natura del debito, in conformità ad una corretta interpretazione dell'atto di consumo, quale criterio idoneo ad individuare il consumatore. Non solo, quindi, è stato superato il dettato della legge n. 3/2012, ma si è superato lo stesso art. 3, comma 1, lett. *a*, del codice del consumo, con l'obiettivo di introdurre una tutela concreta verso chi effettivamente si venga a trovare in una posizione di debolezza.

Tale tesi trova conferma nel recentissimo decreto legislativo contenente disposizioni integrative e correttive al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza – approvato in prima lettura dal Consiglio dei Ministri lo scorso 10 giugno³⁶ – che, nel risolvere i dubbi interpretativi sorti con riferimento alla natura dei debiti che giustificano l'accesso al piano del consumatore, ha ulteriormente modificato la nozione di consumatore di cui all'art. 2, comma 1, lett. *e*, CCII eliminando l'espressione «per i debiti estranei a quelli sociali» e specificato che il consumatore possa accedere a tale procedura «per debiti contratti in tale qualità». Si esplicita, in tal modo, che la possibilità di ristrutturare i debiti con il piano del consumatore riguardi tutti i debiti che siano stati contratti al di fuori di un'attività produttiva o professionale. Una scelta diversa, del resto, si scontrerebbe con la stessa individuazione generale del consumatore, ove il superamento dello *status* verso l'atto di consumo ha fatto sì che l'essere anche professionista non impedisca di avere tutela quando si agisce per finalità non professionali.

4. – Le riflessioni che precedono inducono alle seguenti considerazioni conclusive.

Superata la tesi della sussistenza di un mero rapporto di genere a specie³⁷, la complessità del quadro legislativo che caratterizza il nostro ordinamento giuridico comporta che l'interprete assuma un ruolo centrale nella regolamentazione dei rapporti tra norme generali, speciali e di settore. Qualora, infatti, la fattispecie concreta non ponga particolari problematiche di concorso tra leggi speciali e normativa più favorevole al consumatore, si applicherà la legge speciale. Al contrario, nel caso in cui la situazione diventi più complessa, sarà compito dell'interprete, nell'ambito della individuazione della disciplina da applicare, operare una scelta che sia fondata sui principi e valori fondanti il nostro ordinamento giuridico, rifacendosi, in primo luogo, alla gerarchia delle fonti³⁸.

Appare pienamente condivisibile, in tale ottica, quanto sostenuto da autorevole dottrina che evidenzia il ruolo sempre più importante svolto dalle ragioni funzionali sottese a normative comunitarie in cui il ruolo dei principi costituzionali e dei Trattati funge da «collante» e strumento di avvicinamento³⁹.

³⁶ Consultabile in *dirittodellacrisi.it*.

³⁷ In proposito A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1480, osserva che «La tesi empirica del contratto del consumatore come caso speciale del contratto in generale, sottosistema di un sistema, è vera» solo se la «specialità» è intesa come «particolarità»; è «falsa» se intesa come «alterità».

³⁸ Sull'importanza, in generale, di un'interpretazione assiologico-sistemica v., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, IV ed., II, Napoli, 2020, 278 ss., spec. 304 ss.; ID., «Principi generali» e «Interpretazione integrativa» nelle pagine di Emilio Betti, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 105 ss.; ID., *Interpretazione e controllo di conformità alla costituzione*, ivi, 2018, 593 ss.; ID., *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012, 113-154 e, già, ID., *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologia. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 990 ss. e E. CATERINI, *Pietro Perlingieri e il rapporto dell'interpretazione con il normativismo, lo storicismo e la scienza giuridica*, ivi, 2023, 843 ss. Si vedano, anche, M. PENNASILICO, *Metodo e valore nell'interpretazione dei contratti*, Napoli, 2011; ID., *Interpretazione e integrazione dei contratti nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in E. CATERINI-L. DI NELLA-A. FLAMINI-L. MEZZASOMA-S. POLIDORI (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, cit., 1475 ss.; ID., *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, III ed., Torino, 2018 e, già, V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985.

³⁹ A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, cit., 1510.



JUS CIVILE

Muovendo quindi dalla consapevolezza che – seppure la realtà legislativa risulti essere complessa e frammentaria – le norme diritto comune e quelle di settore facciano parte di un ordinamento unitario, spetta all'interprete, in sede di individuazione della normativa da applicare al caso concreto, disegnare il quadro di rapporti intersistematici tutte le volte in cui sussistano delle lacune o sia configurabile un potenziale conflitto tra norme, al fine di ricostruire, alla luce dei principi fondamentali⁴⁰ e, quindi, andando oltre la mera separatezza «fisica» delle norme⁴¹, l'unitarietà del sistema.

E, non a caso, si può ritenere che il diritto dei consumi nonché le numerose e recenti regole a tutela del contraente debole divengono mezzo per l'uniformazione anche di tutto il diritto dei contratti.

⁴⁰ Cfr. G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, cit., 751 s.

⁴¹ V. L. ROSSI CARLEO, *Diritto comunitario, "Legislazione speciale" e "Codici di settore"*, cit., 11 ss.



ANTONIO DI BIASE

Professore associato di Diritto privato – Università degli Studi di Foggia

DIRITTO ALL'USO ESCLUSIVO DEL MARCHIO E RISCHIO DI CONFUSIONE: IL PROCEDIMENTO DI OPPOSIZIONE ALLA REGISTRAZIONE*

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi: rischio di confusione o di associazione tra marchi simili. – 2. Marchi “forti”, marchi “deboli” ed individuazione del “pubblico di riferimento”. – 3. Il giudizio di comparazione visiva, fonetica e concettuale tra marchi contrapposti. – 4. Il confronto tra prodotti e servizi. – 4.1. I diversi criteri elaborati dalla prassi per valutare l'affinità tra prodotti e servizi.

1. – Il marchio, così come definito e disciplinato principalmente dall'art. 2569 ss. c.c. e dagli artt. 7 ss. del d.lgs. n. 30/2005 (“Codice della proprietà industriale”), si configura essenzialmente come un segno distintivo attinente all'attività di impresa, idoneo a richiamare l'origine imprenditoriale di un prodotto o di un servizio, nel senso di manifestare ai terzi l'esistenza di un'esclusiva nell'uso di quel segno in un determinato ambito merceologico e in un determinato momento¹. La funzione essenziale di un marchio consiste segnatamente nel contraddistinguere i prodotti o servizi di un'impresa e garantire, al consumatore o all'utilizzatore finale, l'identità di origine del prodotto o del servizio contrassegnato, consentendo di distinguere, senza alcuna possibilità di confusione, un determinato prodotto o servizio da quelli di provenienza diversa; per poter svolgere questa sua funzione il marchio deve costituire la garanzia che tutti i prodotti o servizi che ne sono contrassegnati siano stati realizzati, fabbricati e/o erogati sotto il controllo di un'unica impresa o di imprese a questa collegate, alle quali possa attribuirsi la responsabilità della loro qualità.

Il marchio – in presenza dei requisiti di legge della novità/originalità, capacità distintiva e liceità² – può

* Il presente lavoro riproduce, con l'aggiunta di alcune parti e delle note, la relazione tenuta dall'autore in data 5 aprile 2024 in occasione del Convegno PRIN dal titolo “Il diritto alla bellezza tra istanza di protezione e inclusione”, tenutosi presso l'Accademia delle Belle Arti di Napoli.

¹ Per approfondimenti si rinvia, su tutti, alle seguenti voci enciclopediche: M. ARE, *Marchio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 587 ss.; A. VANZETTI, *Marchio I) Diritto commerciale*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990, 1 ss.; G. SENA, *Marchio di impresa (natura e funzioni)*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, IX, Torino, 2009, 292 ss.

² In particolare, ai sensi dell'art. 7, d.lgs. n. 30/2005, come modificato dal d.lgs. n. 15/2019, “Possono costituire oggetto di registrazione come marchio d'impresa tutti i segni, in particolare le parole, compresi i nomi di persone, i disegni, le lettere, le cifre, i suoni, la forma del prodotto o della confezione di esso, le combinazioni o le tonalità cromatiche, purché siano atti: a) a distinguere i prodotti o i servizi di un'impresa da quelli di altre imprese; e b) ad essere rappresentati nel registro in modo tale da consentire alle autorità competenti ed al pubblico di determinare con chiarezza e precisione l'oggetto della protezione conferita al titolare”. Tali segni, per poter essere registrati devono possedere i caratteri della novità (ai sensi dell'art. 12, d.lgs. n. 30/2005, infatti, non possono costituire oggetto di registrazione come marchio d'impresa “i segni che alla data del deposito della domanda: a) siano identici o simili ad un segno già noto come marchio o segno distintivo di prodotti o servizi fabbricati, messi in commercio o prestati da altri per



essere oggetto di registrazione ed attribuire così, al suo titolare, il c.d. “diritto di uso esclusivo”, ossia il diritto di potersi valere del medesimo in modo riservato, vietandone a qualsiasi terzo l’impiego nella propria attività economica³.

prodotti o servizi identici o affini, se a causa dell’identità o somiglianza tra i segni e dell’identità o affinità fra i prodotti o i servizi possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico, che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni. Si considera altresì noto il marchio che ai sensi dell’articolo 6-bis della Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, testo di Stoccolma 14 luglio 1967, ratificato con legge 28 aprile 1976, n. 424, sia notoriamente conosciuto presso il pubblico interessato, anche in forza della notorietà acquisita nello Stato attraverso la promozione del marchio. L’uso precedente del segno, quando non importi notorietà di esso, o importi notorietà puramente locale, non toglie la novità, ma il terzo preutente ha diritto di continuare nell’uso del marchio, anche ai fini della pubblicità, nei limiti della diffusione locale, nonostante la registrazione del marchio stesso. L’uso precedente del segno da parte del richiedente o del suo dante causa non è di ostacolo alla registrazione; b) siano identici o simili a un segno già noto come ditta, denominazione o ragione sociale, insegna e nome a dominio usato nell’attività economica, o altro segno distintivo adottato da altri, se a causa della identità o somiglianza fra i segni e dell’identità o affinità fra l’attività d’impresa da questi esercitata ed i prodotti o servizi per i quali il marchio è registrato possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico, che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni. L’uso precedente del segno, quando non importi notorietà di esso, o importi notorietà puramente locale, non toglie la novità. L’uso precedente del segno da parte del richiedente o del suo dante causa non è di ostacolo alla registrazione; c) siano identici ad un marchio già da altri registrato nello Stato o con efficacia nello Stato in seguito a domanda depositata in data anteriore o avente effetto da data anteriore in forza di un diritto di priorità o di una valida rivendicazione di preesistenza per prodotti o servizi identici; d) siano identici o simili ad un marchio già da altri registrato nello Stato o con efficacia nello Stato, in seguito a domanda depositata in data anteriore o avente effetto da data anteriore in forza di un diritto di priorità o di una valida rivendicazione di preesistenza per prodotti o servizi identici o affini, se a causa dell’identità o somiglianza fra i segni e dell’identità o affinità fra i prodotti o i servizi possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico, che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni; e) siano identici o simili ad un marchio già da altri registrato nello Stato o con efficacia nello Stato, in seguito a domanda depositata in data anteriore o avente effetto da data anteriore in forza di un diritto di priorità o di una valida rivendicazione di preesistenza per prodotti o servizi identici, affini o non affini, quando il marchio anteriore goda nell’Unione europea o nello Stato, di rinomanza e quando l’uso di quello successivo senza giusto motivo trarrebbe indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza del segno anteriore o recherebbe pregiudizio agli stessi; f) siano identici o simili ad un marchio già notoriamente conosciuto ai sensi dell’articolo 6-bis della Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà industriale, per prodotti o servizi identici, affini o non affini, quando ricorrono le condizioni di cui alla lettera e”), della capacità distintiva (secondo l’art. 13, d.lgs. n. 30/2005, infatti, non possono costituire oggetto di registrazione come marchio d’impresa i segni che “consistono esclusivamente in segni divenuti di uso comune nel linguaggio corrente o negli usi costanti del commercio”, così come quelli costituiti esclusivamente dalle denominazioni generiche di prodotti o servizi o da indicazioni descrittive che ad essi si riferiscono, come i segni che in commercio possono servire a designare la specie, la qualità, la quantità, la destinazione, il valore, la provenienza geografica ovvero l’epoca di fabbricazione del prodotto o della prestazione del servizio o altre caratteristiche del prodotto o servizio”) e della liceità (ai sensi dell’art. 13, d.lgs. n. 30/2005 non possono costituire oggetto di registrazione come marchio d’impresa: “a) i segni contrari alla legge, all’ordine pubblico o al buon costume; b) i segni idonei ad ingannare il pubblico, in particolare sulla provenienza geografica, sulla natura o sulla qualità dei prodotti o servizi, ovvero sulla tipologia di marchio, nonché i segni evocativi, usurpativi o imitativi di indicazioni geografiche e di denominazioni di origine protette in base alla normativa statale o dell’Unione europea, inclusi gli accordi internazionali di cui l’Italia o l’Unione europea sono parte; c) i segni il cui uso costituirebbe violazione di un altrui diritto di autore, di proprietà industriale o altro diritto esclusivo di terzi; c-bis) i segni esclusi dalla registrazione, conformemente alla legislazione dell’Unione europea o dello Stato o ad accordi internazionali in materia di cui l’Unione europea o lo Stato è parte, relativi alla protezione delle denominazioni d’origine e delle indicazioni geografiche; c-ter) i segni esclusi dalla registrazione conformemente alla normativa dell’Unione europea o ad accordi internazionali in materia di cui l’Unione è parte, relativi alla protezione delle menzioni tradizionali per i vini; c-quater) i segni esclusi dalla registrazione conformemente alla normativa dell’Unione europea relativa alla protezione delle specialità tradizionali garantite o ad accordi internazionali in materia di cui l’Unione europea è parte; c-quinquies) i segni che contengono o riproducono nei loro elementi essenziali una denominazione di varietà vegetale precedentemente registrata conformemente alla legislazione dell’Unione europea o dello Stato o ad accordi internazionali di cui l’Unione europea o lo Stato sono parte, in materia di tutela dei diritti relativi alle varietà vegetali e che, in relazione a queste ultime, sono della stessa specie o di specie apparentate”).

³ In particolare l’art. 20 del d.lgs. n. 30/2005, rubricato “Diritti conferiti dalla registrazione”, prevede che i diritti attribuiti al titolare di un marchio d’impresa registrato consistono “nella facoltà di fare uso esclusivo del marchio. Il titolare ha il diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di usare nell’attività economica: a) un segno identico al marchio per prodotti o servizi identici a quelli per cui esso è stato registrato; b) un segno identico o simile al marchio registrato, per prodotti o servizi identici o affini, se a causa



In considerazione di quanto precede, la tutela di un marchio registrato ed utilizzato sul mercato si può esplicitare sotto diverse forme: una delle più idonee ed efficaci, per tempi e costi è, parere di chi scrive, rappresentata dal procedimento di opposizione alla registrazione dei marchi, regolato agli artt. 175 ss., d.lgs. n. 30/2005, ossia un procedimento amministrativo che si svolge dinanzi all'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi – Ufficio del Ministero delle Imprese e del *Made in Italy* – che consente, al titolare di un marchio già presente sul mercato o titolare di un diritto anteriore⁴, di chiedere ed ottenere il rigetto della domanda di registrazione di un nuovo marchio altrui, che intende “entrare” nel mercato.

In questo modo il titolare di un marchio già registrato (c.d. “marchio anteriore”) può – con ricorso da depositare entro il termine perentorio di tre mesi decorrente, in linea di massima, dalla data di pubblicazione di una nuova domanda di registrazione⁵ – “bloccare” ed impedire la registrazione di un marchio successivo, che possa arrecargli un danno, e questo può farlo accampando diversi motivi tipizzati dal legislatore, tra i quali spicca, in quanto di gran lunga l'ipotesi più ricorrente nella prassi, la fattispecie delineata alla lett. *d* del comma 1 dell'art. 12, d.lgs. n. 30/2005, che si verifica tutte le volte in cui il marchio di cui si chiede la registrazione (c.d. “marchio contestato”) possa ingenerare un rischio di confusione o di associazione con un marchio già in precedenza registrato (c.d. “marchio anteriore”).

Si tratta in sintesi dei casi in cui il pubblico dei potenziali destinatari dei prodotti venduti o dei servizi commercializzati o offerti sia esposto al rischio o di confondere direttamente i marchi, in quanto identici o altamente simili, quantomeno nei loro elementi distintivi; oppure, pur non confondendoli e potendoli distinguere, li possa in quale modo associare, cioè collegare, e ritenere che i marchi in comparazione siano riconducibili alla medesima “compagine aziendale” o ad imprese collegate tra di loro o che siano espressione di rapporti contrattuali di gruppo, derivandone così l'erronea convinzione di un'unicità di fonte di produzione o di erogazione⁶. Oppure, infine, che i prodotti provengano da imprese distinte tra le quali però intercorrono rapporti di licenza o comunque di autorizzazione all'uso del marchio⁷.

Si pensi, solo per fare un esempio di fantasia, ad un marchio anteriore denominato “*ISCHIA*” e ad una domanda di registrazione di un marchio denominato “*BLU ISCHIA*” per la medesima classe di prodotti, ossia, per ipotesi, per l'abbigliamento: in questo caso ben potrebbe accadere che il “pubblico di riferimento”, ossia il “consumatore” medio di articoli di abbigliamento, sia indotto a ritenere che il secondo marchio (“*BLU ISCHIA*”) contraddistingua una nuova linea produttiva della medesima azienda “*ISCHIA*” o che

dell'identità o somiglianza fra i segni e dell'identità o affinità fra i prodotti o servizi, possa determinarsi un rischio di confusione per il pubblico, che può consistere anche in un rischio di associazione fra i due segni; c) un segno identico o simile al marchio registrato per prodotti o servizi anche non affini, se il marchio registrato goda nello stato di rinomanza e se l'uso del segno, anche a fini diversi da quello di contraddistinguere i prodotti e servizi, senza giusto motivo consente di trarre indebitamente vantaggio dal carattere distintivo o dalla rinomanza del marchio o reca pregiudizio agli stessi”.

⁴ Più precisamente, ai sensi dell'art. 177, d.lgs. n. 30/2005, sono legittimati a proporre opposizione: 1) i titolari di marchi già registrati in Italia o con efficacia in Italia da data anteriore; 2) i soggetti che hanno depositato una domanda di registrazione di marchio in Italia in data anteriore o avente effetto in Italia da data anteriore in forza di un diritto di priorità o di una valida rivendicazione di preesistenza; 3) i licenziatari dell'uso esclusivo del marchio; 4) le persone, gli enti e le associazioni che vantino diritti su ritratti di persone, nomi di persone e segni noti quali nomi di persona, segni usati in campo artistico, letterario, scientifico, politico o sportivo, le denominazioni e sigle di manifestazioni e quelli di enti e associazioni non aventi finalità economiche, nonché gli emblemi caratteristici di questi ai sensi dell'art. 8 del medesimo testo normativo; 5) i soggetti legittimati a tutelare i diritti conferiti da una denominazione di origine o da una indicazione geografica; 6) i soggetti che hanno depositato una domanda di protezione di una denominazione di origine o di una indicazione geografica, non ancora concessa al momento della presentazione dell'opposizione.

⁵ Per la puntuale individuazione del *dies a quo* si rinvia all'art. 176, d.lgs. n. 30/2005.

⁶ La giurisprudenza precisa altresì che “la nozione di rischio di associazione non è un'alternativa alla nozione di rischio di confusione, ma serve a precisarne la portata”. Così ad esempio Corte Giust. UE 22 giugno 1999, C-342/97, in www.curia.europa.eu.

⁷ Così App. Milano 28 novembre 1995, in *giur. ann. dir. ind.*, 1996, 3444 ss.



quest'ultima abbia instaurato rapporti commerciali e/o abbia autorizzato un altro soggetto, in questo caso il titolare di "BLU ISCHIA", ad utilizzare il proprio segno distintivo inserendolo all'interno di uno simile. Dimostrata la sussistenza di questo presupposto, il titolare del marchio anteriore "ISCHIA" potrebbe vedere accolta l'opposizione contro la domanda di registrazione del marchio "BLU ISCHIA" ed impedire che questa si compia⁸.

In sintesi, dunque, primo e fondamentale presupposto per ottenere la protezione in esame è quello di dimostrare la sussistenza di un rischio di confusione, o quantomeno di associazione, tra marchi.

2. – Tanto premesso, va evidenziato che il rischio di confusione e/o di associazione presuppone – salvo alcune eccezioni⁹ – l'accertamento congiunto della sussistenza di due condizioni, da considerarsi cumulative e non alternative tra di loro, ossia che: a) i segni in contrapposizione siano tra di loro identici o quantomeno simili; b) i prodotti o i servizi rivendicati dai marchi siano identici o affini. È pertanto necessario effettuare un duplice giudizio comparativo, in primo luogo, tra i marchi in conflitto e, in seconda battuta, tra i prodotti e/o servizi che quei marchi tutelano o intendano tutelare.

La valutazione del rischio di confusione implica allora una certa interdipendenza tra i fattori che entrano in gioco, e in particolare la somiglianza dei marchi e quella dei prodotti o dei servizi designati. Così, un tenue grado di somiglianza tra i prodotti o i servizi designati può essere compensato da un elevato grado di somiglianza tra i marchi e viceversa¹⁰.

Diversi sono i principi elaborati al riguardo dalla prassi amministrativa e dalla giurisprudenza, comunitaria ed interna, dei quali si tenterà di fornire una brevissima panoramica nel presente lavoro.

Prima di fare ciò è però necessaria una premessa, evidenziando che l'estensione e l'intensità della tutela di un marchio varia, innanzi tutto, in funzione del maggior o minor grado di originalità – ossia, più precisamente, di "distintività" – di cui esso è dotato, distinguendosi, al riguardo, tra marchi "forti" e marchi "deboli".

I primi sono quelli che hanno una spiccata originalità ed una notevole capacità distintiva, caratterizzata principalmente dal fatto che manca qualsiasi significativo legame concettuale tra il marchio ed i prodotti o servizi contraddistinti; da ciò deriva una peculiare attitudine, "presente nel marchio forte, ad essere ricordato per il suo accentuato carattere distintivo"¹¹. Si pensi, ad esempio, al marchio "APPLE", che è associato a prodotti – quali principalmente *computers* e prodotti dell'elettronica – che nulla hanno a che fare con il frutto, ossia con la "mela" (traduzione in lingua italiana della parola anglosassone "*apple*"); oppure ai marchi "NIKE", "ADIDAS", "SAMSUNG", "SONY" e così via, anch'essi "forti" poiché nessuno di essi rappresenta o richiama, nel proprio segno, il prodotto che vuole contraddistinguere. Oppure ancora, per fare un esempio tratto da un recente caso giudiziario, si pensi al marchio patronimico¹² "Zaccagnini", impiegato per la vendita di prodotti viti-vinicoli¹³.

Al contrario, per marchio "debole" si intende un marchio che, pur mantenendo in sé una minima capacità distintiva necessaria per differenziarlo e tutelarlo (altrimenti verrebbe meno il carattere della novità e il mar-

⁸ Quantomeno con riferimento agli stessi prodotti tutelati dal marchio anteriore. Sul punto si veda *infra*.

⁹ Eccezioni che in questa sede, per brevità, non possono essere affrontate.

¹⁰ Per queste considerazioni si veda in particolare Corte Giust. UE 29 settembre 1998, C-39/97, in www.curia.europa.eu.

¹¹ Così Cass. 20 settembre 2023, n. 26877, in *Banca dati dejure.it*.

¹² Il marchio "patronimico" è quel marchio che coincide con il nome dell'imprenditore o del professionista titolare e che è dallo stesso utilizzato per contraddistinguere nel mercato i propri prodotti e/o servizi.

¹³ Fattispecie posta alla base di Cass. 16 settembre 2021, n. 25069, in *Riv. dir. ind.*, 2021, II, 430 ss.



chio non potrebbe essere registrato¹⁴), tuttavia presenta una minore originalità, perché in qualche modo evoca e richiama i prodotti protetti. Si tratta dunque di marchi logicamente e concettualmente legati al prodotto di riferimento, “per non essere andata, la fantasia che li ha concepiti, oltre il rilievo di un carattere, o di un elemento dello stesso, ovvero per l’uso di parole di comune diffusione che non sopportano di essere oggetto di un diritto esclusivo”¹⁵. Così, ad esempio, è stato giudicato “debole”, per la sua natura prevalentemente descrittiva, il marchio “*Il telefonino*” di Telecom, proprio perché ritenuto chiaramente destinato ad identificare apparecchi e servizi di telefonia¹⁶.

La stessa mela di “*APPLE*”, a pensarci bene, qualora per ipotesi fosse stata registrata non per vendere *computers* o prodotti elettronici, ma per vendere frutta e verdura, avrebbe potuto essere considerata come un marchio “debole”, appunto perché “evocativo” (di parte) dei prodotti commercializzati.

Insomma: una parola del linguaggio comune oppure un’immagine possono dar vita ad un marchio “debole” oppure “forte” a seconda che consentano, o meno, al consumatore di avvertire un’affinità concettuale tra la parola o il simbolo usati e il prodotto o il servizio contrassegnati.

Chiarita la distinzione, si trova comunemente affermato, soprattutto nella giurisprudenza di legittimità italiana, che la qualificazione del segno distintivo come marchio debole non incide sull’attitudine dello stesso alla registrazione, ma soltanto sull’intensità della tutela che ne deriva, nel senso che, a differenza del marchio forte – in relazione al quale vanno considerate illegittime tutte le modificazioni, pur rilevanti ed originali, che ne lascino comunque sussistere l’identità sostanziale ovvero il nucleo ideologico espressivo fondamentale – con riferimento al marchio debole sono sufficienti ad escluderne la confondibilità anche lievi modificazioni od aggiunte¹⁷.

Il rischio di confusione, dunque, è direttamente proporzionale alla distintività ed è tanto più elevato quanto più rilevante è il carattere distintivo del marchio anteriore¹⁸. Ciò vuol dire, si ribadisce, che l’esistenza di un rischio di confusione non è *ex se* escluso dal carattere distintivo debole del marchio anteriore, ma sarà tanto più probabile e ricorrente quanto più elevato è il carattere distintivo del marchio anteriore; pertanto, i marchi che hanno un elevato carattere distintivo, o intrinsecamente (perché appunto non presentano legami concettuali con i prodotti o i servizi protetti), o a motivo della loro notorietà sul mercato, godono di una tutela in qualche modo anticipata e più ampia rispetto ai marchi il cui carattere distintivo è inferiore. In tale prospettiva assumono centralità l’attitudine, presente nel marchio forte, ad essere ricordato per il suo accentuato carattere distintivo, e quindi non confuso con segni simili, e la simmetrica scarsità, nel marchio debole, di elementi individualizzanti che lo imprimano nella memoria del consumatore e che facciano conseguentemente emergere un rischio di confusione, con altri marchi, della medesima portata¹⁹.

¹⁴ Tanto per esemplificare, la richiesta di registrazione di un marchio denominato ‘Bottiglia’ per vendere bottiglie probabilmente verrebbe negata per mancanza del requisito dell’originalità.

¹⁵ Così, tra le altre: Cass. 25 gennaio 2016, n. 1267, in *Banca dati dejure.it*. Conforme Cass. 15 gennaio 2020, n. 738, in *Banca dati dejure.it*; Cass., 29 novembre 2018, n. 30951, in *Giur. amm. dir. ind.*, 2019, 230 ss.

¹⁶ Così Cass. 25 gennaio 2016, n. 1267, cit.

¹⁷ Così, tra le ultime: Cass. 21 ottobre 2022, n. 31221, in *Riv. dir. ind.*, 2022, 388 ss.; Cass. 13 dicembre 2021, n. 39764, in *Giur. amm. dir. ind.*, 2021, 172 ss.; Cass. 12 maggio 2021, n. 12566, in *Riv. dir. ind.*, 2022, II, 218 ss.; Cass. 26 aprile 2021, n. 10980, in *Banca dati dejure.it*; Cass. 14 maggio 2020, n. 8942, in *Guida dir.*, 2020, n. 37, 39.

¹⁸ Così Corte Giust. UE 29 settembre 1998, C-39/97; Corte Giust. UE 11 novembre 1997, C-251/95, entrambe in www.curia.europa.eu.

¹⁹ Nella giurisprudenza comunitaria si vedano, tra le tante. Corte Giust. UE 5 marzo 2020, C-766/18; Corte Giust. UE 12 giugno 2019, C-705/17; Corte Giust. UE 29 settembre 1998, C-39/97; Corte Giust. UE 11 novembre 1997, C-251/95, tutte in www.curia.europa.eu.



Chiarito questo aspetto, va altresì precisato che, tra i fattori di cui tener conto ai fini della valutazione della ricorrenza di un rischio di confusione e/o associazione tra marchi, rilievo fondamentale assumono le caratteristiche del c.d. “pubblico di riferimento”, ossia della categoria dei soggetti cui il prodotto o il servizio in questione è destinato: è necessario cioè individuare il potenziale destinatario, sia esso professionista o consumatore, “medio” (ossia mediamente informato e ragionevolmente attento ed avveduto) che consumerà il prodotto o usufruirà del servizio di cui ai marchi in comparazione e valutare il suo grado “medio” di attenzione e di cultura. Occorre dunque operare una duplice valutazione e chiedersi, in prima battuta, a chi sono diretti i servizi o i prodotti rivendicati dai marchi e, successivamente, domandarsi quale sia il “grado di attenzione” di questo destinatario medio.

È evidente infatti che vi siano prodotti o servizi rivolti alla generalità dei consociati, ossia ad un pubblico c.d. “generale” (si pensi, ma gli esempi sono infiniti, ai prodotti alimentari, all’abbigliamento e calzature, o ai servizi telefonici e così via) ed invece beni e servizi destinati all’esercizio di una attività imprenditoriale, professione o di un mestiere, e dunque rivolti soltanto ad un pubblico professionale, cioè a tecnici ed esperti del settore.

Detto ciò, il livello di attenzione può modificarsi in base a due variabili, ossia la tipologia di pubblico di riferimento e la natura di beni o servizi in oggetto.

Sotto il primo profilo – potremmo dire di carattere “soggettivo” – è evidente, per esempio, che il “consumatore medio” presta un’attenzione anch’essa “media”, diremmo “ordinaria”, negli acquisiti *routinari* e non particolarmente dispendiosi, quali ad esempio capi di abbigliamento, generi alimentari, detersivi e beni di prima necessità: in questi casi è facile che anche variazioni tra marchi non particolarmente significative inducano in errore il destinatario del prodotto, la cui soglia di attenzione, in questo genere di transazioni, non è particolarmente elevata²⁰. Viceversa è lecito supporre che un operatore commerciale e professionale, quando acquisita un bene o un servizio destinato all’uso industriale o attinente e necessario all’esercizio della propria professione o mestiere, presti un grado di attenzione maggiore, sia cioè più accurato nella individuazione ed origine della merce acquistata e quindi più difficilmente cada in errore o confusione.

Insomma, da un punto di vista soggettivo, in sintesi può dirsi che il livello di attenzione può variare in funzione delle “qualità” del soggetto destinatario del bene o del servizio e sarà tendenzialmente e presuntivamente più elevata in un professionista, ossia in chi acquista un bene o richiede un servizio nell’esercizio della propria professione o attività, rispetto ad un consumatore, ossia a colui che acquista al di fuori dell’esercizio dell’eventuale professione esercitata.

Questa regola – che misura il grado di attenzione in base alla “natura” e “qualità” del destinatario finale del prodotto o servizio – deve essere combinata ed intrecciata con un’altra regola, che valorizza un profilo “oggettivo” della vicenda e vede calibrare il grado di attenzione anche in base alla “natura” del prodotto o del servizio, evidente essendo, per esempio, che nel caso di prodotto “di lusso” o comunque avente costi elevati, anche il consumatore “medio”, che in genere presta un’attenzione “media”, tenda ad innalzare il suo grado di attenzione e possa più difficilmente cadere in errore di fronte a marchi diversi che però presentano elementi simili. Lo stesso avviene nel caso di acquisto di particolari categorie di prodotti, quali quelli medici o farmaceutici, in cui, essendo in “gioco” il “bene salute” di se stessi o dei propri cari, il livello di attenzione è tendenzialmente più elevato, a prescindere dal prezzo del medicinale, con conseguente minor rischio di

²⁰ Alcune pronunce hanno però precisato che la semplice circostanza che il pubblico di riferimento proceda ad un acquisto impulsivo di taluni prodotti (nella specie: caramelle) non significa che il livello di attenzione di detto pubblico sia necessariamente inferiore rispetto alla media. Così Trib. UE 9 aprile 2014, T-623/11, in www.curia.europa.eu.



confusione²¹. Discorso analogo, ancora, può farsi per altre categorie di beni, quali quelli potenzialmente pericolosi ed atti ad offendere²² (quali ad esempio: seghe, accumulatori elettrici, interruttori elettrici e così via), oppure per altre categorie di servizi, quali quelli immobiliari, in relazione ai quali anche il grado di attenzione del consumatore è maggiore, posto che le conseguenze di una eventuale scelta sbagliata per mancanza di attenzione possono determinare conseguenze altamente pregiudizievoli²³.

Insomma, in sintesi può dirsi che il livello di attenzione del pubblico di riferimento può variare anche in funzione della categoria di prodotti o di servizi di cui trattasi: ad esempio è più alta per prodotti/servizi di lusso o per la salute, più bassa per prodotti/servizi di uso quotidiano.

Concludendo su questo aspetto: costituisce dato di comune esperienza, spesso fatto proprio dalla giurisprudenza interna e comunitaria, oltre che dalla prassi amministrativa, quello secondo cui il grado di attenzione che poniamo quando compriamo un gelato è certamente inferiore a quello che ci accompagna nell'acquisto di un medicinale, di un'auto di lusso o di un bene di cui necessitiamo per l'esercizio della professione. Sarà dunque più facile confondere marchi simili nel primo caso e più difficile negli altri. Di questo bisogna tener conto nel giudizio di valutazione di confondibilità tra marchi.

A ciò si aggiunge l'ulteriore considerazione che, al momento dell'acquisto, il più delle volte gli utenti non possono procedere ad un confronto contestuale dei marchi in potenziale conflitto, ma li paragonano solo sulla base del loro ricordo, ossia devono affidarsi ad una immagine imperfetta del prodotto che hanno conservato nella loro memoria (c.d. "memoria imperfetta" o *imperfect recollection*), aumentando così la possibilità di rischio di confusione e/o associazione²⁴.

3. – Come precisato dalla giurisprudenza, la valutazione del rischio di confusione dipende da numerosi fattori, e segnatamente dalla notorietà del marchio d'impresa sul mercato, dall'associazione che può essere fatta tra il marchio d'impresa e il segno usato e registrato, dal grado di somiglianza tra il marchio d'impresa e il segno e tra i prodotti e servizi designati. Il rischio di confusione deve quindi essere compiuto non in via analitica, attraverso il solo esame particolareggiato e la separata considerazione di ogni singolo elemento, ma in via globale e sintetica, dovendosi basare sull'impressione complessiva prodotta dai marchi, in considerazione, in particolare, degli elementi distintivi²⁵ e dominanti²⁶ dei marchi medesimi²⁷.

²¹ In questo senso Trib. UE 15 marzo 2012, T-288/08 e 15 dicembre 2010, T-331/09, entrambe in www.curia.europa.eu.

²² In questo senso Trib. UE 22 marzo 2011, T-486/07, in www.curia.europa.eu.

²³ Così Trib. UE 17 febbraio 2011, R-817/2010-2, in www.curia.europa.eu.

²⁴ Cfr., tra le altre: Corte Giust. UE 22 giugno 1999, C-342/97, cit.

²⁵ Gli elementi distintivi sono quelli in grado di contraddistinguere il marchio nella sua funzione di indicatore di provenienza dei prodotti da una determinata impresa, in quanto mentalmente associabile agli stessi: trattasi di tutti quei fattori in grado di dimostrare che il marchio è divenuto atto a identificare i prodotti o servizi per i quali è stato registrato come provenienti da un'impresa determinata e quindi a distinguere tali prodotti o servizi da quelli di altre imprese. Cfr., tra le altre: Corte Giust. CE 22 giugno 1999, C-342/97, in www.curia.europa.eu.

²⁶ Gli elementi dominanti sono quelli che, per dimensioni, posizione o altre caratterizzazioni particolari, sono in grado di attirare l'attenzione del consumatore medio, condizionandone il dato mnemonico. Cfr., tra le altre: Corte Giust. CE 22 giugno 1999, C-342/97, cit.

²⁷ Per approfondimenti, nella giurisprudenza comunitaria si vedano: Corte Giust. UE 11 novembre 1997, C-251/95, in www.curia.europa.eu; nella giurisprudenza interna: Cass. 18 febbraio 2022, n. 5491, in *Riv. dir. ind.*, 2022, III, 328 ss., di cui vale la pena riproporre la massima: "L'apprezzamento del giudice del merito sulla confondibilità fra segni distintivi similari deve essere compiuto non già in via analitica, attraverso il solo esame particolareggiato e la separata considerazione di ogni singolo elemento, ma in via globale e sintetica. Tale accertamento va condotto, cioè, con riguardo all'insieme degli elementi salienti grafici e visivi, me-



Chiarito quanto sopra, la prima fase del giudizio attiene alla comparazione tra i marchi in conflitto, tanto al fine di valutare – tenendo conto dell'impressione d'insieme suscitata dal loro raffronto – se tra gli stessi vi sia un grado di somiglianza così significativo da poter ragionevolmente indurre in confusione il consumatore del prodotto o l'utilizzatore del servizio. Così, la valutazione dei marchi deve tendere ad enucleare e valorizzare gli elementi che ne costituiscono il “cuore”, ossia il “nucleo individualizzante”, quello che – per assenza di nesso logico e concettuale rispetto ai prodotti/servizi che contraddistingue – rende il marchio anteriore capace di operare un richiamo alla azienda produttrice. Ed è proprio la riproduzione, anche parziale, di tale elemento nel marchio contestato che può far ritenere sussistente il rischio di confusione con il marchio anteriore.

Questo esame comparativo, come accennato, deve fondarsi sull'impressione complessiva prodotta dai marchi in considerazione, in particolare, degli elementi distintivi e dominanti dei medesimi²⁸, con l'ulteriore precisazione che, di regola, nei segni verbali o che contengono un elemento verbale, la prima parte è quella che di solito attira maggiormente l'attenzione del consumatore e che, pertanto, sarà ricordata più chiaramente rispetto al resto del segno²⁹.

Un esame che, per prassi assolutamente consolidata, viene effettuato sulla base tre criteri distinti, logicamente ed anche cronologicamente succedanei l'uno all'altro: quello visivo, quello fonetico ed infine quello concettuale.

Il primo confronto, ossia quello visivo, consiste essenzialmente nell'analizzare le somiglianze e le diversità delle caratteristiche visivamente percepibili dei marchi in contrasto, e cioè dei caratteri tipografici, dei disegni e dei colori utilizzati.

Più nello specifico, nel caso di raffronto visivo tra marchi denominativi (ossia marchi costituiti da una o più parole, oppure da una sigla, un nome, una lettera dell'alfabeto e/o una combinazione di lettere e/o numeri, scritti in caratteri di stampa *standard* e senza elementi grafici particolari³⁰), il raffronto visivo si estrinsecherà nell'analisi del numero, della dimensione e della sequenza delle lettere e delle sillabe, del numero di parole e della struttura dei segni, tenendo altresì presente che la “parola” è protetta in quanto tale e non nella sua forma scritta e che pertanto è irrilevante che il marchio denominativo sia riprodotto in lettere minuscole o maiuscole o con diversi “*font*” e caratteri.

Nel caso di marchi figurativi, costituiti cioè essenzialmente da un disegno o simbolo, dovrà essere presa in considerazione l'impressione complessiva dell'immagine impressa, tenendo conto del fatto che, se i marchi sono a colori, l'uso dello stesso colore può accrescere la somiglianza visiva delle parole o dei disegni, con l'ovvia precisazione che, se dal raffronto risulta che i disegni o le parole non sono simili, la mera coincidenza di colore non è sufficiente per affermare la somiglianza.

Nell'ipotesi infine di marchi misti o complessi, costituiti cioè da almeno una parola ed un disegno, si po-

dante una valutazione di impressione, che prescinde dalla possibilità di un attento esame comparativo, avuto riguardo alla normale diligenza e avvedutezza del pubblico dei consumatori di quel genere di prodotti, dovendo il raffronto essere eseguito tra il marchio che il consumatore guarda ed il mero ricordo dell'altro. Tale principio è inoltre conforme all'insegnamento della giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo cui il rischio di confusione tra marchi deve essere oggetto di valutazione globale, in considerazione di tutti i fattori pertinenti del caso di specie: valutazione che deve fondarsi, per quanto attiene alla somiglianza visuale, auditiva o concettuale dei marchi di cui trattasi, sull'impressione complessiva prodotta dai marchi, in considerazione, in particolare, degli elementi distintivi e dominanti dei marchi medesimi”.

²⁸ Cfr., tra le altre: Cass. 18 febbraio 2022, n. 5491, cit.

²⁹ Ciò vuol dire che, in linea di principio, la parte iniziale di un segno ha una notevole influenza sull'impressione generale prodotta dal marchio. Così Trib. UE 15 dicembre 2009, T-412/08 e 25 marzo 2009, T-109/07, entrambe in www.curia.europa.eu.

³⁰ Così Trib. UE 13 febbraio 2007, T-353/04 e 20 aprile 2005, T-211/03, entrambe in www.curia.europa.eu.



ne il problema del “peso” da attribuire agli elementi denominativi rispetto a quelli figurativi. Sul punto la giurisprudenza tende, come principio generale, a ritenere prevalente, nel confronto visivo, l’aspetto denominativo, sul presupposto che di regola la componente verbale del segno richiama maggiormente l’attenzione del consumatore rispetto a quella figurativa; ciò in quanto il pubblico non tende ad esaminare in dettaglio i marchi, ma è più propenso a far riferimento agli elementi verbali che li compongono, nonché a pronunciarli, piuttosto che descriverli³¹. Questo fino a prova contraria: ciò non toglie, infatti, che in particolari casi l’elemento figurativo possa, in particolare per la sua forma, le sue dimensioni, il suo colore o la sua collocazione nel segno, assumere una spiccata originalità ed essere facilmente memorizzabile, così da occupare una posizione quantomeno equivalente a quella dell’elemento denominativo ed avere anch’esso un impatto significativo sull’impressione visiva globale³². Il pensiero corre, solo per esemplificare, all’oramai noto “occhio azzurro con lunghe ciglia nere” che contraddistingue il marchio “Chiara Ferragni”, ritenuto da parte della giurisprudenza – in quanto elaborato, originale e privo di nesso con i prodotti tutelati – “almeno tanto distintivo quanto gli elementi denominativi di tale marchio”³³.

Terminato il confronto visivo, si passa a quello fonetico (non possibile ovviamente per i marchi che siano esclusivamente figurativi³⁴), che consiste nel pronunciare i marchi in comparazione e dunque nel confrontare il numero di lettere e sillabe di cui sono composti, gli accenti, le intonazioni e ritmo della pronuncia degli stessi: insomma si “ascoltano” i marchi e si valuta il suono che gli stessi producono.

Terza ed ultima “tappa” del giudizio di comparazione tra marchi è rappresentata dal confronto c.d. concettuale, che consiste essenzialmente nell’analisi del significato dei marchi o del concetto che essi trasmettono: si verifica cioè se i marchi abbiano o meno un significato proprio, un valore semantico, se siano cioè evocativi o meno di determinati concetti, situazioni, immagini o pensieri. Tale confronto non è sempre possibile: non lo è in particolare se i marchi a confronto – tutti o anche uno solo di essi – sono privi di significato, in quanto per esempio sigle, nomi di fantasia o anche marchi puramente patronimici³⁵. Ad esempio, un marchio denominato “GH”, o “DESAMER”, oppure “MARIO”, non ha un proprio contenuto semantico e/o significato intrinseco, ma sarà verosimilmente percepito dal pubblico di riferimento come indicante una sigla, un nome o un termine di fantasia comunque non evocativo o rappresentativo di per sé di alcun concetto specifico. Viceversa, un marchio denominato, ad esempio, “CAPRI”, “rimanda” alla notissima isola del Golfo di Napoli, simbolo di mare, vacanza, moda e mondanità.

Si tenga presente che la comparazione concettuale deve tenere conto della cultura “media” del consumatore di riferimento anche riguardo alla eventuale lingua straniera utilizzata per il segno: a tale riguardo occorre considerare che il pubblico nazionale, quantomeno quello italiano, è generalmente dotato di una conoscenza della lingua inglese prevalentemente basica/scolastica, mentre quasi nulla di altre lingue straniere³⁶.

³¹ Così, tra le tante, Trib. UE, sentenze 13 dicembre 2011, R-53/11, 19 novembre 2011, R-233/11, 9 settembre 2008, T-363/06, 14 luglio 2005, T-312/03, tutte in www.curia.europa.eu.

³² Così Trib. UE 3 giugno 2015, T-559/13; Trib. UE 23 novembre 2010, T-35/08; Trib. UE 12 dicembre 2002, T-110/01, tutte in www.curia.europa.eu.

³³ Così Trib. UE 8 febbraio 2019, T-647/17, in www.curia.europa.eu, che ha escluso il rischio di confusione tra il marchio “Chiara Ferragni” e il marchio anteriore, denominato semplicemente “Chiara”.

³⁴ Così Trib. UE 8 ottobre 2014, T-342/12; Trib. UE 7 febbraio 2012, T-424/10, entrambe in www.curia.europa.eu. Allo stesso modo può concludersi nel caso in cui uno dei due segni contenga elementi che possono essere letti e l’altro contenga solo elementi grafici: anche in questo caso i segni non possono essere sottoposti a comparazione fonetica diretta.

³⁵ Per approfondimenti Trib. UE 13 maggio 2015, T-169/14, in www.curia.europa.eu.

³⁶ Fa eccezione il solo caso in cui la parola straniera sia molto simile alla parola equivalente della lingua italiana. Ciò avviene, per esempio, con alcuni termini della lingua spagnola.



Ciò vuol dire che potranno essere considerati concettualmente simili marchi contenenti termini quali “VITA”, da un lato, e “LIFE”, dall’altro (in quanto il termine anglosassone “life” è un termine oramai usato a livello internazionale e suscettibile di essere compreso nel suo significato praticamente in tutti i Paesi del Mondo), ma lo stesso non potrà avvenire con marchi denominati, ad esempio, “LEISURE”, l’uno, e “TEMPO LIBERO”, l’altro, per il semplice motivo che il pubblico italiano generalmente non sa che “leisure” significa appunto “tempo libero”; pertanto verosimilmente non riterrà simili e confondibili i due marchi.

4. – Perché possa sussistere un rischio di confusione e/o associazione è necessario che alla somiglianza tra i marchi si aggiunga l’identità o quantomeno l’affinità dei prodotti o servizi contrassegnati dai rispettivi segni. Salvo eccezioni³⁷, di regola la mera identità o somiglianza tra i marchi, infatti, non è sufficiente ad integrare un’ipotesi di violazione del diritto di marchio, tanto alla luce del principio della c.d. *relatività* o *specificità* della tutela del marchio scolpito all’art. 20 d.lgs. n. 30/2005, secondo cui la registrazione di un marchio “esplica effetto limitatamente ai prodotti o servizi identici o affini a quelli protetti”, ossia impedisce al titolare del marchio successivo, identico o simile al marchio precedente, di ottenere la registrazione con riferimento ai soli prodotti uguali o simili al marchio anteriore, ma non protegge prodotti/servizi completamente estranei rispetto a quelli rivendicati.

Esemplificando: se il marchio denominativo anteriore “ISCHIA” è stato registrato per i prodotti di abbigliamento, esso proteggerà anche i prodotti affini, come scarpe e sciarpe – che magari si possono acquistare negli stessi negozi di abbigliamento ed hanno la stessa funzione di coprire ed “ornare” il corpo umano – ma non potrà tutelare prodotti di elettronica (quali ad esempio cellulari e *computer*), in quanto del tutto diversi dai primi, così da scongiurare rischi di confusione. Così, per ipotesi, se un altro soggetto chiedesse la registrazione del marchio avente il medesimo nome “Ischia” per vendere prodotti di elettronica (e non abbigliamento) verosimilmente otterrebbe la registrazione.

Si aggiunga altresì che i prodotti e i servizi da porre a raffronto sono classificati secondo il sistema stabilito dall’accordo “sulla classificazione internazionale dei prodotti e dei servizi ai fini della registrazione dei marchi”, stipulato a Nizza il 15 giugno 1957: si tratta della c.d. Classificazione di Nizza, divisa in numero 34 classi di prodotti e numero 11 classi di servizi, raggruppati per tipologie omogenee o comunque affini. Quanto al valore da attribuire a tale documento, può dirsi che esso serve prevalentemente a fini classificatori ed amministrativi, ma non riveste un rilievo decisivo ai fini del giudizio di somiglianza: così, è stato precisato, i prodotti ed i servizi in comparazione “non sono considerati simili tra loro per il (*solo*) fatto che figurano nella stessa classe della classificazione di Nizza, né sono considerati diversi gli uni dagli altri per il (*solo*) motivo che risultano in classi distinte nell’ambito della classificazione di Nizza”³⁸. Così, ad esempio, gli “animali vivi” ed i “fiori”, pur essendo entrambi ricompresi nella medesima classe 31, non possono dirsi simili tra loro; viceversa, i servizi di “organizzazione viaggi” e di “alloggi temporanei”, pur essendo contenuti in classi diverse, sono stati ritenuti tra loro simili³⁹.

Ciò chiarito, per poter ritenere sussistente il rischio di confusione e negare la registrazione di un marchio sarà necessario stabilire se i prodotti e servizi rivendicati dai marchi in conflitto siano tra loro identici o per

³⁷ Che, come già precisato, non possono essere affrontate in questa sede per mere esigenze di spazio.

³⁸ Si veda l’art. 33, par. 7, Regolamento UE 2017/1001 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 giugno 2017.

³⁹ Esempi tratti dalle “Direttive concernenti l’esame dei marchi dell’Unione Europea” (c.d. Direttive EUIPO) del 01 ottobre 2017 e periodicamente aggiornate, reperibili all’indirizzo www.euipo.europa.eu.



lo meno affini; sono stati così nel tempo elaborati una serie di indici o criteri sulla base dei quali valutare la sussistenza di tale identità o affinità.

Al riguardo, costituisce *ius receptum*, soprattutto in ambito comunitario, il principio secondo cui per valutare la somiglianza tra i prodotti o i servizi in comparazione si deve tener conto “di tutti i fattori pertinenti che caratterizzano il rapporto tra i prodotti o i servizi. Questi fattori includono, in particolare, la loro natura, la loro destinazione, il loro impegno nonché la loro concorrenzialità o complementarità”⁴⁰. Inoltre la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che i prodotti alla base del marchio contestato siano identici a quelli del marchio anteriore se quest’ultimi sono inclusi in una categoria più generale considerata dalla domanda di marchio contestato, sono cioè in rapporto di *genus* a *species* (ad esempio: “abbigliamento”, *genus*, e “maglioni”, *species*; “veicoli” *genus*, e “autovetture” *species*, ma gli esempi potrebbero continuare all’infinito); discorso analogo vale nel caso opposto (in cui cioè i prodotti di cui al marchio contestato fanno parte di una categoria più generale ricompresa nel marchio anteriore).

Parimenti, si considerano identiche due categorie di prodotti/servizi allorquando coincidano anche solo in parte, vi sia cioè anche solo una parziale sovrapposizione tra esse, ciò quantomeno nel caso sia impossibile tenerli distinti tra loro in modo netto⁴¹.

4.1. – Al di là dei casi stretta identità tra prodotti o servizi, il problema pratico si pone essenzialmente nelle ipotesi in cui l’interprete sia chiamato a vagliare la possibile affinità o somiglianza di prodotti o servizi formalmente diversi tra di loro. Al riguardo, la prassi del settore⁴², sulla base della giurisprudenza soprattutto comunitaria, ha enucleato negli anni una serie di indici – da utilizzare, nei limiti del possibile, congiuntamente e non in via alternativa – atti a valutare l’eventuale affinità tra i prodotti/servizi⁴³, i cui principali saranno di seguito brevemente esaminati.

In primo luogo va indagata la natura del prodotto o del servizio, ossia la sua composizione, il principio di funzionamento, l’aspetto, il valore, lo stato fisico e così via. Ci si deve chiedere, in altri termini, cosa sia il prodotto o il servizio in questione, da cosa sia composto, che aspetto abbia (duro, morbido, flessibile...), che composizione assuma, se liquida, solida o gassosa, ecc. Sulla base di questo primo criterio si potrebbe ad esempio ritenere simili il “latte” ed i “formaggi”, perché entrambi prodotti lattiero-caseari; oppure le “lozioni per il corpo” ed i “balsami”, perché entrambi aventi natura di cosmetici; oppure il “latte” e lo “yogurt”, perché il primo può costituire l’ingrediente principale del secondo. Viceversa, sono stati ad esempi ritenuti dissimili il “ghiaccio commestibile” ed il “ghiaccio da raffreddamento”, sulla base della loro diversa natura, in quanto solo il primo prodotto ha natura alimentare⁴⁴.

Altro aspetto da tenere in considerazione è quello relativo alla destinazione del prodotto o del servizio, ossia alla sua funzione economica, al bisogno che è diretto a soddisfare. Ci si chiede cioè a cosa serva il pro-

⁴⁰ Principio scolpito nella notissima sentenza della Corte Giust. UE 29 settembre 1998, C-39/97, cit., ma che si ritrova riproposto in tutta la giurisprudenza successiva.

⁴¹ Cfr., Trib. UE, sentenze 17 gennaio 2021, T-522/10; 7 settembre 2006, T-133/05; 23 ottobre 2002, T-388/00, sentenza del 17/01/2012, T-522/10, tutte in www.euipo.europa.eu.

⁴² Ci si riferisce, in particolare, alle “Direttive concernenti l’esame dei marchi dell’Unione Europea” (c.d. Direttive EUIPO), in www.euipo.europa.eu, che recepiscono la giurisprudenza sul punto.

⁴³ In linea di massima, gli indici elaborati per il raffronto tra i prodotti sono i medesimi e rilevano anche per il raffronto tra i servizi, con l’ovvia precisazione che, nell’applicare tali criteri, si deve tener conto delle fondamentali differenze tra “prodotti” e “servizi”, in particolare della mancanza di corporeità materiale dei secondi.

⁴⁴ Così “Direttive concernenti l’esame dei marchi dell’Unione Europea” (c.d. Direttive EUIPO), in www.euipo.europa.eu.



dotta o il servizio, quali esigenze di mercato è diretto a perseguire, quali utilità abbia e, soprattutto, quale sia il “pubblico di riferimento”, ossia chi siano i clienti finali, effettivi o potenziali, destinatari del prodotto o servizio⁴⁵. Questo secondo criterio – per così dire funzionale e teleologico – tende a prevalere sul primo, nel senso che si può per ipotesi ritenere affini prodotti, anche di natura diverse, quando questi abbiano una destinazione comune e condivisa: così per esempio le “scarpe e calzature”, da un lato, e le “maglie e maglioni”, dall’altro, possono essere considerati affini in quanto, pur avendo natura diversa, hanno la medesima funzione di coprire e vestire gli esseri umani, e sono utilizzati sia per la protezione da agenti atmosferici, sia come articoli di moda e di tendenza. Non così, probabilmente, per l’“abbigliamento” e le “borse”, in rapporto ai quali non può ritenersi sussistente una identità di funzione.

Altro aspetto fondamentale del giudizio comparativo è l’indagine circa i canali di produzione e distribuzione/erogazione dei prodotti o servizi in questione: se infatti questi hanno una origine abituale⁴⁶ comune, sono cioè generalmente prodotti dai medesimi soggetti e/o sono posti in vendita attraverso i medesimi canali, utilizzando magari gli stessi distributori o gli stessi punti vendita al dettaglio – trattasi cioè di prodotti venduti negli stessi esercizi commerciali o magari che si trovano esposti negli stessi reparti o “scaffali” della grande distribuzione – sarà allora certamente più probabile che il consumatore o acquirente finale venga indotto a ritenere che i prodotti o servizi siano fabbricati o forniti dallo stesso soggetto, oppure da soggetti tra loro collegati⁴⁷.

Di contro, la vendita dei prodotti in luoghi diversi costituisce un elemento che può portare a negare la somiglianza tra gli stessi. Si pensi, ad esempio, alle “sedie a rotelle” ed alle “bicycle”: sebbene entrambi questi prodotti siano ricompresi nella medesima classe della Classificazione di Nizza e possano essere intesi, in senso ampio, come veicoli (si pensi ad esempio ai c.d. scooter per disabili), non sono generalmente reperibili nei medesimi negozi, le bicycle essendo vendute o in negozi specializzati o in negozi/reparti al dettaglio di attrezzature sportive; mentre le sedie a rotelle in negozi specializzati nella vendita di attrezzature e dispositivi ad uso medico e dispositivi per persone disabili. Difficile concludere per una loro somiglianza o affinità.

Ultima – ma non per importanza – fase del giudizio comparativo tra prodotti e servizi consiste nel chiedersi se tra questi possa sussistere un rapporto di complementarità o concorrenzialità; in particolare due o più prodotti o servizi possono dirsi “complementari” quando tra di essi sussiste una stretta correlazione, nel senso che uno è indispensabile o importante per l’utilizzo dell’altro⁴⁸. Si pensi, ad esempio, da un lato, alle sigarette, dall’altro, agli articoli per fumatori, quali accendini, cartine o filtri; oppure agli sci ed agli scarponi da sci; o ancora ai materiali didattici ed ai corsi di formazione. È chiaro che l’accertamento di un nesso di complementarità tra prodotti o servizi depone, in linea di massima, nel senso di una loro affinità: in tali casi il pubblico di riferimento ben potrebbe legittimamente supporre che la produzione e/o distribuzione dei medesimi siano riconducibili allo stesso soggetto⁴⁹.

⁴⁵ Sul punto Cass. 27 settembre 2006, n. 21013, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1907 ss., secondo cui “l’attitudine dei beni a soddisfare le medesime esigenze di mercato, da cui dipende tanto l’affinità tra prodotti contraddistinti da marchi simili, ai fini del giudizio di confondibilità tra gli stessi, quanto l’affinità tra settori merceologici, ai fini del giudizio di decadenza per non uso del marchio in un determinato settore, consiste nella circostanza che i beni o i prodotti di cui si parla siano ricercati ed acquistati dal pubblico in forza di motivazioni identiche o quanto meno tra loro strettamente correlate, tali per cui l’affinità funzionale esistente tra quei beni o prodotti e tra i relativi settori merceologici induca il consumatore naturalmente a ritenere che essi provengono dalla medesima fonte produttiva, indipendentemente dal dato meramente estrinseco costituito dall’eventuale identità dei canali di commercializzazione”.

⁴⁶ Intesa come luogo di produzione e metodo di fabbricazione di un prodotto.

⁴⁷ Per approfondimenti Trib. UE 21 aprile 2005, T-164/03, in www.euipo.europa.eu.

⁴⁸ Cfr., tra le altre: Trib. UE, sentenze 11 maggio 2011, T-74/10 e 04/02/2013, T-504/11, entrambe in www.euipo.europa.eu.

⁴⁹ Così è stato ritenuto, ad esempio, che i “servizi di *hosting* di siti *internet*” non possano esistere senza i “servizi di programma-



Quanto al secondo dei due concetti, due prodotti possono dirsi in rapporto di concorrenza reciproca quando sono offerti alla medesima categoria di clienti, i quali possono scegliere di sostituire gli uni con gli altri per la stessa finalità d'uso⁵⁰. Così, ad esempio, si potrebbero ritenere in concorrenza tra di loro la “carta da parati” e le “vernici”, perché entrambi questi prodotti coprono o decorano le pareti; oppure i “rasoi elettrici” e le “lamette per rasoi”, perché hanno lo stesso scopo di rimuovere dal corpo umano o accorciare la barba o la peluria in generale. In siffatte ipotesi i prodotti possono verosimilmente essere ritenuti simili o affini, in quanto, per così dire, economicamente “intercambiabili”, in quanto “l'uno può sostituire l'altro”. Con la precisazione che – poiché la somiglianza deve naturalmente essere valutata in relazione al territorio nel quale il marchio anteriore è protetto⁵¹ e, come visto, con riguardo al “pubblico di riferimento” – questo giudizio di intercambiabilità può essere relativo e dipendere dalla cultura, dagli usi e dalle tradizioni dei singoli Paesi nei quali la valutazione è effettuata. Così, ad esempio, in Italia la *vodka* potrebbe forse essere “sostituita”, dalla maggioranza del pubblico dei suoi consumatori, da altri superalcolici, circostanza che costituirebbe un'autentica “eresia” in altri Paesi, quali le ex Repubbliche sovietiche o la Polonia, nelle quali vi è una lunga e radicata cultura di questa bevanda. Viceversa, un consumatore “medio” italiano, Paese ad altissima tradizione viti vinicola, verosimilmente non considererà “fungibili” bevande alcoliche quali vino e birra, che potrebbero invece essere considerati affini in altri Stati in cui la “cultura del vino” è meno radicata.

zione informatica”: tra di essi vi è un rapporto di complementarietà funzionale, che appartengono entrambi al settore della tecnologia informatica, si rivolgono allo stesso pubblico e si avvalgono degli stessi canali di distribuzione. Sono pertanto stati ritenuti simili. Così Trib. UE 29 settembre 2011, T-150/10, in www.euipo.europa.eu. Con l'ulteriore precisazione che i prodotti destinati a pubblici diversi non possono, per definizione, essere considerati complementari. Cfr. Trib. UE 12 luglio 2012, T-361/11, Trib. UE 22 giugno 2011, T-76/09, entrambe in www.euipo.europa.eu.

⁵⁰ Così Trib. UE 4 febbraio 2013, T-504/11, in www.euipo.europa.eu.

⁵¹ Così le Direttive concernenti l'esame dei marchi dell'Unione Europea” (c.d. Direttive EUIPO) del 1° ottobre 2017, in www.euipo.europa.eu.



DONATO MARIA MATERA

Assegnista di ricerca in Diritto agrario – Università degli Studi di Brescia

TUTELA DEGLI AFFIDAMENTI, CRITERIO DI GIUSTIFICAZIONE E RIMEDI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Affermazione del «principio» di tutela dell'affidamento nell'ordinamento italiano. – 3. Definizione di affidamento: estensione semantica. – 4. Gli affidamenti tutelabili. – 4.1. Tutelabilità degli affidamenti, termini valutativi e clausole generali. – 5. Gli affidamenti giustificati. Il criterio di giustificazione. – 6. Le modalità di tutela e la pluralità di rimedi. – 7. Rilievi conclusivi.

1. – La tutela degli affidamenti costituisce da tempo uno dei temi centrali nel discorso dei giuristi. Lo si intende dagli studi della dottrina¹, lo si rintraccia nei provvedimenti della giurisprudenza².

¹ Sul c.d. principio di tutela dell'affidamento, nelle diverse articolazioni in cui esso è declinato, la letteratura è vastissima. Si vedano qui, senza pretesa di esaustività, innanzitutto le note voci enciclopediche di R. SACCO, *Affidamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 661 ss.; V. PIETROBON, *Affidamento*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, 1 ss. V. anche R. SACCO, *La volontà*, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Milano, 2016, 604 ss. Il tema è stato oggetto di attenzione in diversi lavori monografici, tra cui V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 1 ss., spec. 12 ss., 63 ss.; G. MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995; C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012; F. VENOSTA, *“Contatto sociale” e affidamento*, Milano, 2021, spec. 113 ss.

² Tra i provvedimenti più recenti, particolare rilievo assume l'ormai nota Cass. civ. 14 giugno 2021, n. 16743, ove si è previsto che «in tema di locazione di immobili ad uso abitativo, integra abuso del diritto la condotta del locatore, il quale, dopo aver manifestato assoluta inerzia, per un periodo di tempo assai considerevole in relazione alla durata del contratto, rispetto alla facoltà di escutere il conduttore per ottenerne il pagamento del canone dovutogli, così ingenerando nella controparte il ragionevole ed apprezzabile affidamento nella remissione del debito “per facta concludentia”, formuli un'improvvisa richiesta di integrale pagamento del corrispettivo maturato; ciò in quanto, anche nell'esecuzione di un contratto a prestazioni corrispettive e ad esecuzione continuata, trova applicazione il principio di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., quale canone generale di solidarietà integrativo della prestazione contrattualmente dovuta, che opera a prescindere da specifici vincoli contrattuali nonché dal dovere negativo di “neminem laedere” e che impegna ciascuna delle parti a preservare l'interesse dell'altra nei limiti del proprio apprezzabile sacrificio» [il corsivo è aggiunto]. Il provvedimento è pubblicato in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, V, 1043 ss., con commenti di G. D'AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale del diritto di credito)*, 1164 ss.; F. MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, 1171 ss.; M. ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, 1179 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, 1186 ss.; in C. GRANELLI (a cura di), *I nuovi orientamenti della Cassazione Civile*, Milano, 2022, 663 ss., con commento di A.M. BENEDETTI, *Affidamenti estintivi, buona fede, Drittwirkung; in Europa e dir. priv.*, 2022, I, 203 ss., con commento di F. PIRAINO, *La protratta inerzia nell'esigere il credito tra remissione tacita, Verwirkung e divieto di abuso del diritto; in Rass. dir. civ.*, 2022, III, 1099 ss., con commento di A. FACHECHI, *L'abuso dell'abuso e il ricorso improprio al principio di solidarietà; in Banca borsa tit. cred.*, 2023, I, 10 ss., con commento di N. DE LUCA, *Ritardo sleale ed “estinzione” del diritto. Riflessioni sul riconoscimento della Verwirkung nella giurisprudenza italiana, vent'anni dopo; in Resp.*, 2022, I-II, 286 ss., con commenti di R. MASONI, *Verwirkung e tolleranza in Cassazione; e di E. STRACQUALURSI, L'abuso del diritto del locatore, l'affidamento sulla rinuncia al canone e la Verwirkung: un buon bilanciamento tra gli interessi*, 297 ss.

V. poi Corte cost. 27 gennaio 2023, n. 8, a tenore della quale «non è costituzionalmente illegittima, in riferimento agli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU, l'omessa previsione dell'irripetibilità



In essa viene spesso rintracciato uno degli elementi che più accomunano esperienze giuridiche tra loro molto lontane³. In senso ampio, infatti, la protezione degli stati di fiducia – variamente identificati come «affidamenti», «aspettative», etc. – è legata a doppio filo alla stessa idea di giustizia, rientrando in molte delle concezioni che di essa si sono proposte. È comune affermazione che il rispetto delle normali aspettative («*expectations*») sia un valore da tutelare in una società che voglia ambire ad essere «giusta»⁴. E ciò è confermato dal generale disfavore con cui, in contesti normativi anche culturalmente distanti, sono visti quei comportamenti pur formalmente conformi allo *jus strictum*, ma comunque lesivi di una fiducia ingenerata nella controparte. Comportamenti i cui esiti spesso si ritengono sostanzialmente ingiusti e che per tale ragione vengono comunemente qualificati come «scorretti»⁵.

In senso più propriamente tecnico, la tutela degli affidamenti è elevata a *ratio* ispiratrice di norme o a principio direttamente utilizzato per la risoluzione di conflitti, così da assumere rilevanza in ambiti che vanno dal diritto privato al diritto pubblico⁶.

I frequenti richiami alla protezione degli affidamenti e il riconoscimento generalizzato della necessità di tale protezione non eliminano, tuttavia, le difficoltà che emergono nell’elaborazione – specie in via interpretativa – e nell’applicazione di regole precise volte a garantirla. Infatti, sono numerosi i problemi pratici che derivano dall’aspirazione ad una generalizzata «tutela dell’affidamento»: dalla determinazione delle circostanze idonee a far sorgere questo affidamento, alla circoscrizione delle ipotesi in cui esso sia tutelabile, fino ai concreti strumenti messi a disposizione dall’ordinamento per la sua tutela.

Probabilmente per questi motivi, l’analisi del tema predilige approcci settoriali e muove dalla considerazione secondo cui l’affidamento si manifesta in una pluralità di forme e di contesti che sembrano non lasciarsi compiutamente ridurre a un modello unitario. Pertanto, non sembra agevole tracciare una disciplina giuridica unica della «tutela degli affidamenti». Eppure non può negarsi che – pur nella diversità dei contesti – un’esigenza comune c’è: proteggere stati di fiducia dei consociati, in determinate circostanze.

È per tale ragione che il tema è qui trattato unitariamente. Non per tratteggiare o ricostruire un *istituto* volto alla protezione degli affidamenti, ma – rintracciata quell’esigenza comune a tutte le ipotesi in cui gli affidamenti sono richiamati – per ricercare degli *aspetti di unitarietà* del discorso.

dell’indebito previdenziale non pensionistico, qualora le somme erogate siano state percepite in buona fede e la condotta dell’ente erogatore abbia ingenerato nel percettore un *legittimo affidamento* circa la loro spettanza» [anche qui, il corsivo è aggiunto]. Il provvedimento è in *Giur. it.*, 2023, V, 1027 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *Il pragmatismo di Enrico di Navarra: l’inesigibilità restitutiva del canone della Corte costituzionale*. Com’è noto, il problema pratico sorto sullo sfondo della vicenda affrontata dalla Corte costituzionale (cioè la questione della ripetibilità degli emolumenti indebitamente corrisposti dalla Pubblica Amministrazione ai suoi dipendenti) era stato già portato all’attenzione della CEDU. V. Corte EDU 11 febbraio 2021, sent. Casarin c. Italia, r.g. n. 4893/13. La decisione è esaminata da C. DE MENECH, *La protezione dell’affidamento “qualificato” nel diritto privato europeo sullo sfondo del dialogo tra Corte Edu e giudici nazionali in materia di ripetizione degli emolumenti non dovuti dalla P.A.*, in questa *Rivista*, 2022, VI, 1443 ss., spec. 1447 ss., con ulteriori richiami giurisprudenziali sul tema. Sul provvedimento, criticamente, anche E. BUFA-NO-A. DINISI, *Ripetizione dell’indebito e affidamento dell’accipiens. CEDU e diritto interno a confronto*, in *Pactum*, 2022, I, 71 ss.

³ Per un’indagine comparatistica sulle radici del principio di tutela dell’affidamento, specialmente focalizzata sui sistemi di *Common Law*, v. L. VAGNI, *La regola dell’affidamento nel diritto comune europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 2, 573 ss.

⁴ *Ex multis*, cfr. R. POUND, *Giustizia, diritto, interesse*, Bologna, 1962, spec. 225 ss., e in particolare l’idea di ordinamento giuridico enucleata a 251: «Ciò che si deve fare nel controllo sociale e perciò nel diritto è conciliare e adattare questi desideri o bisogni o aspettative in modo da garantirne la massima quantità possibile». Più specificamente con riguardo al tema del principio di tutela dell’affidamento, nel contesto della divergenza tra volontà e dichiarazione, V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., 69 ss., e in modo particolare 82 ss. mette ampiamente in risalto che il principio la tutela dell’affidamento è un principio di giustizia sostanziale, corrispondendo la stessa teoria dell’affidamento a una tendenza a legittimare le interferenze equitative nei giudizi concettuali.

⁵ Lo rileva anche F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006, spec. 154 s., 237 ss.

⁶ I diversi campi in cui viene in rilievo il principio di tutela dell’affidamento saranno sommariamente riportati, *infra*, al §2.



Dopo aver brevemente ripercorso lo sviluppo del «principio» di tutela dell'affidamento, l'indagine su questi aspetti riguarderà appunto la definizione stessa di «affidamento» (e qui il discorso sulla estensione semantica)⁷, le ipotesi in cui l'ordinamento considera tale affidamento meritevole di tutela (e qui il discorso sul criterio di giustificazione)⁸, l'apparato rimediabile garantito al soggetto al quale l'affidamento è ascrivibile (apparato che, lo si dirà, non può essere omogeneo)⁹.

2. – Un lungo percorso storico ha portato all'affermazione di un «principio» di tutela dell'affidamento nell'ordinamento italiano.

Esso ha dapprima trovato spazio nel diritto privato, inizialmente come argine ai problemi posti dal diritto naturale in relazione al dogma della volontà, secondo il quale può esserci contratto solo in quanto ne siano effettivamente e concretamente voluti gli effetti¹⁰. Il ricorso a questo principio contribuì infatti a risolvere il problema delle divergenze tra volontà e dichiarazione¹¹, ripercuotendosi sulla redazione del codice civile del 1942 in diverse disposizioni o istituti nello stesso ricompresi¹².

Oltre ai problemi legati al superamento del dogma della volontà, già prima del codice civile del '42 l'angolo prospettico delle riflessioni intorno alla tutela dell'affidamento era in realtà orientato ai problemi posti dalle fattispecie di apparenza¹³. Com'è noto, tali riflessioni portarono all'affermazione di un principio generale (appun-

⁷ *Infra*, nel § 3.

⁸ *Infra* nei §§ 4 e 5.

⁹ *Infra*, nel § 6.

¹⁰ In questo senso, R. SACCO, *Affidamento*, cit., 661 s. Il problema si sta proponendo anche nel diritto spagnolo. In questa prospettiva si inseriscono le riflessioni di I. HERBOSA MARTÍNEZ, *Giustizia procedurale e tutela del legittimo affidamento nel diritto contrattuale spagnolo*, in *Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*, a cura di F. Ricci, Milano, 2024, 117 ss., la quale propone un superamento del dogma della *autonomia de la voluntad*, in favore di un'affermazione del principio di tutela del legittimo affidamento, per risolvere il problema delle c.d. clausole a sorpresa.

¹¹ Per un'impostazione del problema, V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., 2 s. Le posizioni di Vittorino Pietrobon sono state di recente valorizzate nel lavoro di F. RICCI, *Autonomia privata, procedure e giustizia contrattuale*, in *Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*, a cura di F. Ricci, cit., 3 ss., spec. 31 ss. Cfr. anche F. ASTONE, *op. ult. cit.*, 156. Per un'efficace sintesi del passaggio dal principio volontaristico ad approcci più orientati alla tutela dell'affidamento della controparte, nella teoria delle dichiarazioni, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, III ed., Milano, 2019, 14 ss., nonché R. SACCO, *La volontà*, cit., 604 ss. Il ruolo del principio tutela dell'affidamento è valorizzato in ottica prevalentemente comparatistica da G. MARINI, *Promessa ed affidamento*, cit., spec. 25 ss.; C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., spec. 49 ss.

¹² Evidenzia R. SACCO, *Affidamento*, cit., 662 s. come il nuovo codice civile risente delle precedenti riflessioni in tema di apparenza e come il legislatore estese la protezione dei terzi (specie di buona fede) a numerosissime ipotesi. Sul punto cfr. anche L. NIVARRA, *Tutela dell'affidamento e apparenza nei rapporti di mercato*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, III, 843 s. che pone in evidenza come il filo conduttore del rilievo dato all'apparenza e all'affidamento nella disciplina codicistica il filo conduttore vada rinvenuto in un disegno giuspolitico ispirato al fine di promuovere e favorire la circolazione dei beni la sicurezza e la stabilità dei traffici giuridici.

¹³ Anche sul tema dell'apparenza i riferimenti bibliografici sono particolarmente vasti. La prima voce dedicata al tema, com'è noto, è quella di M. D'AMELIO, *Apparenza di diritto*, in *Nuovo Dig. it.*, I, Torino, 1937, 550 ss., confluita poi in ID., *Apparenza di diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1957, 714 ss. La definizione più ricorrente di apparenza è quella per cui si parla di apparenza per definire quella situazione di fatto che manifesta come reale un'altra situazione (di diritto o di fatto) che in realtà è irreali. Cfr. F. RICCI, *Scritture private e firme elettroniche*, Milano, 2003, 244 ss. Al tema sono dedicate le voci enciclopediche di A. FALZEA, *Apparenza*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1957, 682 ss.; di R. SACCO, *Apparenza*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987, 353 ss.; e di M. BESSONE-M. DI PAOLO, *Apparenza*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 1 ss. V. poi, L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, III ed., Milano, 1994, 343 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, II ed., in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 2002, 328 ss. In chiave comparatistica, il lavoro monografico di E. RAJNERI, *Il principio dell'apparenza giuridica*, Trento, 2002, 1 ss. Più di recente, F. CASA, *Un approccio filosofico alle teorie civilistiche sull'apparenza giuridica: la perdita di una identità*, in *Tigor: rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, 2019, II, 97 ss. In questo senso anche C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., 87 ss. ricollega le riflessioni sulla tutela dell'affidamento sostanzialmente a quelle attorno alle fattispecie di apparenza. Nella dottrina stra-



to il principio di apparenza) «secondo cui: tutte le volte che un soggetto crea per fatto proprio un'apparenza giuridica a sé sfavorevole non può opporre il vero stato di fatto e di diritto, difforme dall'apparenza, al terzo che abbia confidato (variante: che abbia confidato senza propria colpa) nell'apparenza ingannevole»¹⁴.

Secondo questa linea metodologica, l'espressione « affidamento » indicherebbe tre fenomeni distinti, e cioè: a) l'*erronea opinione* di un *certo soggetto* intorno ad una determinata situazione di fatto o di diritto (erronea opinione intesa come fenomeno meramente psicologico); b) l'*ingannevole apparenza* di una determinata situazione di fatto o di diritto (fenomeno non più individuale, ma generale); c) la presenza di *indici tipici* – generalmente di pubblicità – non rispondenti alla effettiva situazione di fatto o di diritto (fenomeni obiettivi tipizzati dal legislatore)¹⁵.

In continuità con questa impostazione, un'esigenza di tutela dell'affidamento è stata legata alle dinamiche procedurali e costituisce la base della responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c.¹⁶. Com'è no-

niera cfr. J. GHESTIN-G. GOUBENAU, *Introduction générale*, in *Traité de droit civil* dir. da J. GHESTIN, IV ed., Paris, 1994, 828 ss.; nonché J.E. BUSTOS PUECHE, *La doctrina de apariencia jurídica. Una explicación unitaria de los artículos 34 de la Ley hipotecaria y 464 del Código civil, y otros supuestos de apariencia*, Madrid, 1999.

¹⁴R. SACCO, *Affidamento*, cit., 662.

¹⁵R. SACCO, *op. ult. cit.*, 661.

¹⁶Un intenso collegamento tra affidamenti e procedimento è ravvisato da SALV. ROMANO, *Buona fede (dir. priv)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 677 ss., spec. 681 s. e 684, ove peraltro si fa espresso riferimento al «procedimento giuridico in sede pre-negoziale». Com'è ben noto, nelle più accreditate ricostruzioni di teoria generale, si intende per «procedimento» il susseguirsi di atti e posizioni soggettive, orientati verso il raggiungimento di un determinato fine [sulla definizione di procedimento, in chiave di teoria generale, S. GALEOTTI, *Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico*, in *Ius*, 1955, 502 ss.; SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, rist. fedele (corretta limitatamente ai soli refusi) dell'edizione del 1961, con *Presentazione* di A.M. BENEDETTI, Napoli, 2021; e la voce enciclopedica di E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 819 ss. Definizione di procedimento analoga è proposta da F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., Napoli, 1966, rist. 2012, 103 s.]. In ambito privatistico, com'è noto, il concetto di procedimento è stato particolarmente valorizzato come chiave di lettura delle vicende contrattuali e, più precisamente, nella dimensione dell'esercizio dell'autonomia privata. Più ampia la visione di Salvatore Romano, che vede in tutte le fasi contrattuali un fenomeno di tipo procedimentale, dalla formazione del negozio, alla sfera esecutiva, fino all'eventuale fase rimediabile [in questo senso SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento*, cit., 9; ID., *Autonomia privata*, Milano, 1957, spec. 100. Per una chiara applicazione di questo approccio ID., *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Tratt. dir. civ. Grosso-Santoro Passarelli*, 1960, 3 ss., spec. 109 ss., in cui, dopo un'analisi dei presupposti e soggettivi dell'esercizio del potere dispositivo dei soggetti, esso viene esaminato «nella dinamica del suo svolgimento e nelle varie fasi di questo svolgimento (fasi di formazione del contratto, conclusione, esecuzione, tutela» (p. 4)]. Gli studi di Giuseppe Benedetti conducono invece a valorizzare una visione procedimentale prettamente nella fase di formazione del contratto, al fine di dare rilievo alla dimensione dinamica di tale attività e di contrapporla a una visione statica del fenomeno, che non consentiva di coglierlo pienamente [v. principalmente G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, rist. anastatica con Prefazione di G.B. FERRI, Milano, 2007. Su tale approccio, di recente cfr. F. ADDIS, *Tecniche procedurali, problemi sostantivi e «giustizia» procedurale. Una testimonianza sulla metodologia di Giuseppe Benedetti*, in *Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*, a cura di F. Ricci, cit., 197 ss., a cui si riferisce la successiva citazione, nonché in *Riv. dir. civ.*, 2024, 693 ss.].

Il rapporto tra procedimento e autonomia privata è stato recentemente valorizzato negli studi di F. RICCI, *Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*, in *Procedimento e processo. Metodi di ponderazione di interessi e risoluzione di conflitti*, a cura di R. Martino, A. Panzarola e M. Abbamonte, Milano, 2022, 145 ss. Le posizioni sono state ribadite e ulteriormente sviluppate in alcuni più recenti lavori: ID., *Giustizia procedurale e contratto giusto*, in *Il Processo*, 2023, II, 395 ss.; ID., *Autonomia privata, procedure e giustizia contrattuale*, cit.; e ID., *La doppia rilevanza degli atti del procedimento nell'autonomia privata e la clausola di rinegoziazione*, in *Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*, a cura di F. Ricci, cit., 297 ss. Nello sviluppo di queste riflessioni, per quanto qui più interessa, l'A. ha posto anche in evidenza il nesso che si può individuare tra la struttura policentrica in funzione dialettica del procedimento di formazione del contratto (o «processo contrattuale») come forma di giustizia procedurale, da una parte, e la giustizia del regolamento contrattuale, dall'altra, il quale sta alla base del bilanciamento tra le contrapposte esigenze di tutela della volontà negoziale effettiva e dell'affidamento che può sorgere in capo alla controparte nel carattere impegnativo delle dichiarazioni negoziali difforme eventualmente rese (§ 5). V. anche A. GENTILI, *Uno sguardo 'procedimentale' all'autonomia privata*, *ivi*, 183 ss. In precedenza già A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedi-*



to, infatti, il danno derivante da un comportamento scorretto tenuto nel corso delle trattative o della formazione del contratto – in particolare la condotta di chi abbia interrotto ingiustificatamente tali trattative – è risarcibile se nel contraente che invoca l'altrui responsabilità si sia ingenerato un ragionevole affidamento sulla stipulazione del contratto¹⁷ o sulla stipulazione di un contratto valido o non affetto da un vizio incompleto¹⁸. La disciplina dettata in quest'ambito è dunque volta specificamente alla tutela di un affidamento sul verificarsi di un fatto futuro, consistente appunto nella conclusione di una operazione negoziale¹⁹.

Di «affidamento» parla frequentemente anche la dottrina orientata all'analisi economica del diritto, intendendolo tuttavia non tanto come un mero stato soggettivo di fiducia, ma più specificamente come impegno e sacrificio di risorse che nell'ambito di una operazione negoziale possibile o esistente – cioè, tanto nella fase delle trattative, quanto in quella esecutiva – un soggetto sostiene in funzione della futura conclusione del contratto o della sua esecuzione²⁰.

L'idea di garantire una protezione agli stati di fiducia si è progressivamente espansa fino a trovare accoglimento anche nel diritto pubblico, tanto interno quanto europeo²¹. Proprio in questi settori il riferimento a tale idea è divenuto particolarmente frequente, portando all'enucleazione di un «principio» definito appunto del «legittimo affidamento»²².

In ambito amministrativo interno, esso viene generalmente in rilievo in due macro-ipotesi. In primo luogo, come limite all'esercizio dei poteri della P.A., nel senso che una situazione di vantaggio assicurata a un

mentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti, Torino, 2002. Quest'ultimo A. di recente è giunto a proporre una estensione dell'approccio procedimentale, come strumento per spiegare il dinamismo di diversi istituti del diritto privato, e non solo del contratto [v. ID., *Il diritto privato nella prospettiva del procedimento*, in *Studi ec. giur. Univ. Cagliari*, 2023, II, 17 ss.; e in *Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*, a cura di F. Ricci, cit., 421 ss.].

La puntualizzazione circa la nozione di procedimento e la sua valorizzazione come chiave di lettura della vicenda precontrattuale ci consentono di comprendere più a fondo le osservazioni di Salvatore Romano in relazione al legame tra affidamenti e procedimento (e in particolare procedimento precontrattuale). In questo senso, infatti, se procedimento è susseguirsi di atti, è chiaro che il compimento di uno di questi atti può determinare il sorgere di un «affidamento che sarà concluso l'atto successivo consequenzialmente e logicamente» [SALV. ROMANO, *Buona fede*, cit., 684].

¹⁷ Sempre che le trattative siano giunte ad una fase tale da giustificare l'insorgere di tale affidamento; e che, anche nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto. L'affermazione è pressoché pacifica in dottrina e giurisprudenza. Per tale ragione si limita il richiamo alle più recenti Cass. civ. 6 luglio 2023, n. 19202; Cass. civ. 14 marzo 2022, n. 8119; Cass. civ. 16 novembre 2021, n. 34510, tutte in *DeJure*.

¹⁸ Si fa riferimento alla nota tesi che ha proposto un'elaborazione dei c.d. «vizi incompleti», cioè quei vizi del consenso che pur inidonei a raggiungere la soglia minima prevista dall'ordinamento per ottenere l'annullamento del contratto, hanno comunque indotto una parte a stipulare il contratto a condizioni diverse da quelle realmente volute. M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 1 ss.

¹⁹ Sul rapporto tra responsabilità precontrattuale e tutela dell'affidamento, da ultimo, A.M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in *Teoria e storia del dir. priv.*, 2018, IX, 1 ss.

²⁰ In quest'ambito si collocano ad esempio le riflessioni di M. DELLACASA, *Inadempimento e affidamento del contraente deluso: una riflessione su risarcimento e caparra*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, II, 203 ss., il quale vede nella caparra inclusa nei contratti preliminari di beni immobili uno strumento di remunerazione dell'affidamento delle parti, che predeterminano in questo modo in via convenzionale la misura dell'interesse negativo. L'A. valorizza in questo senso il concetto di «affidamento necessario», inteso come attività inevitabili ai fini dell'attuazione del rapporto. Quest'idea di affidamento è in generale utilizzata anche nel lavoro di A. SARDINI, *Danno e interesse negativo*, Milano, 2023, spec. 80 ss., 135 ss., 155 ss., 168 ss.

²¹ Sulla valorizzazione dei concetti di «buona fede» e di «affidamento» nel diritto pubblico, v. le riflessioni di F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2011, spec. 21 ss.

²² Com'è noto, un primo accoglimento a livello europeo della tutela del «legittimo affidamento» è operato da Corte Giust. UE 3 maggio 1978, C-112/77, in *eur-lex.europa.eu*. Di principio di legittimo affidamento parlano espressamente in dottrina L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998; S. ANTONAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2005. Nella giurisprudenza interna, da ultimo, Cons. Stato 6 settembre 2023, n. 8188; Tar Lazio 11 ottobre 2023, n. 15018, entrambe in *DeJure*.



privato da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa non può essere successivamente rimossa, salvo che non sia strettamente necessario per l'interesse pubblico. Rientra in questo caso l'annullamento – in autotutela o giurisdizionale – del provvedimento amministrativo, sui cui effetti favorevoli il privato riponeva un affidamento²³. In secondo luogo, il principio di legittimo affidamento assume rilevanza quale criterio di condotta procedimentale della P.A., indipendentemente dall'esistenza di un provvedimento illecito adottato dalla stessa. In ossequio a questa accezione del principio, l'Amministrazione non può adottare un comportamento che ingeneri nel privato un affidamento sull'adozione di un atto o provvedimento, deluso dal – pur legittimo – diniego finale²⁴.

In ambito europeo, il principio è declinato dalla giurisprudenza che lo richiama come parametro di legittimità degli atti: in questo senso la tutela del legittimo affidamento viene in rilievo come corollario del principio di certezza del diritto²⁵, e si articola, da un lato, nel diritto assicurato al soggetto in capo al quale sia sorta una fondata aspettativa, a seguito di rassicurazioni ricevute da un'istituzione dell'Unione, di far valere una determinata tutela²⁶; dall'altro in un limite sostanziale alla retroattività degli atti dell'Unione²⁷.

L'esigenza di salvaguardia degli affidamenti ha poi ricevuto una particolare applicazione nel diritto processuale civile, tramite il ricorso all'istituto del c.d. *prospective overruling*. Nella definizione che ne dà la giurisprudenza esso è finalizzato ad assicurare alle parti un riparo rispetto ad effetti processuali pregiudizievole (nullità, decadenze, preclusioni, inammissibilità) derivanti da mutamenti imprevedibili della giurisprudenza di legittimità su norme regolatrici del processo; in particolare, si garantisce la produzione di effetti all'atto compiuto con modalità ed in forme ossequiose dell'orientamento giurisprudenziale successivamente mutato o modificato, ma dominante al momento del compimento dell'atto stesso²⁸. Nelle decisioni in cui si è fatto ricorso all'istituto, così come negli studi che l'hanno preso ad oggetto, non si manca di porre in evidenza la sua finalità, che appunto è ravvisata nella tutela dell'affidamento delle parti sulla regolarità formale dell'atto processuale.

²³ In questo senso, tra i provvedimenti più recenti in giurisprudenza Cons. St., 11 maggio 2023, n. 4770; Cons. Stato 8 luglio 2020, n. 4392, entrambe in *DeJure*.

²⁴ È questo l'esito argomentativo a cui giunge Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, in *Corr. giur.*, 2020, VIII-IX, 1025 ss., con commento di C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di un comportamento della medesima*. In questa circostanza le Sezioni Unite si sono specificamente pronunciate sulla questione della giurisdizione per la controversia relativa alla pretesa risarcitoria fondata sulla lesione di tale affidamento, rimettendola al giudice ordinario. In questa direzione, da ultimo, Cons. Stato 20 giugno 2024, n. 5514, in www.rivistapactum.it.

Si coglie nuovamente l'utilità delle posizioni espresse da Salvatore Romano, e richiamate *supra* alla nt. 15, quando evidenziava – pur in ambito precontrattuale – lo stretto legame tra tutela degli affidamenti e procedimento [SALV. ROMANO, *Buona fede*, cit., 684]. Anche in questo caso, infatti, gli affidamenti ingenerati dalla condotta della P.A. si inseriscono in una dinamica di tipo procedimentale. Bisogna comunque tenere in considerazione che l'idea di «procedimento» valorizzata in ambito privatistico, negli studi ai quali si è fatto riferimento, non è coincidente con quella utilizzata in ambito pubblicistico (e in particolare in ambito amministrativo o processuale). Il procedimento utilizzato come chiave di lettura del fenomeno contrattuale non è destinato a concludersi con un provvedimento, né costituisce l'esercizio di un pubblico potere o di una pubblica funzione [sul procedimento amministrativo v., per tutti, A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940]. È stato invece chiarito di recente che sia la sostanza che la rilevanza del «procedimento» variano a seconda del contesto in cui di volta in volta risultano calati [F. RICCI, *La doppia rilevanza degli atti del procedimento*, cit., spec. 301 ss. Per un rifiuto di una nozione unificante di procedimento cfr. anche F. ADDIS, *Tecniche procedimentali, problemi sostantivi e «giustizia» procedurale*, cit., 206].

²⁵ Così espressamente P. DE PASQUALE, *Il principio della certezza del diritto nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2023, II, 405 ss., spec. 412 ss.; G.F. FERRARI, *Affidamento e certezza del diritto: la prospettiva comparata*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2022, III, 393 ss.

²⁶ P. DE PASQUALE, *Il principio di certezza del diritto*, cit., 413 ss.

²⁷ Su questo tema, in ottica giurisprudenziale, cfr. G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1073 ss., spec. 1078 ss.

²⁸ Tra la più recente giurisprudenza di legittimità cfr. Cass. civ. 5 settembre 2023, n. 25927, in *DeJure*.



Le ipotesi alle quali si è fatto riferimento nella breve ricognizione appena svolta sono casi più o meno specifici in cui si tende a far ricorso al sintagma «tutela dell'affidamento». Come sembra evidente anche a una osservazione superficiale del fenomeno, queste ipotesi si inseriscono in ambiti molto diversi e il richiamo all'affidamento è fatto per scopi non totalmente coincidenti.

Tale circostanza consente subito di svolgere una precisazione. L'affidamento (o meglio, la tutela dell'affidamento) non può considerarsi un *istituto* unitario. Esso invece riflette un *valore*, una specifica esigenza alla quale l'ordinamento tende, in contesti pur tra loro diversi. In chiave prescrittiva, la tutela di questo valore si traduce appunto nell'elaborazione del c.d. «principio di tutela dell'affidamento», ricavabile per induzione da varie disposizioni precise e – più in generale – rinvenibile nel sistema inteso nel suo complesso²⁹. Tale principio assume connotazioni diverse a seconda del contesto in cui viene calato, ma nel suo nucleo più intimo risponde ad uno scopo che sembra unitario: la protezione di stati di fiducia dei consociati e il conseguente disvalore rispetto alla loro lesione.

3. – Prima di affrontare alcuni dei punti problematici legati al tema che ci occupa, è utile soffermarci qualche istante sulla definizione del concetto di «affidamento». Nonostante, come si è visto, il ricorso a questo termine sia assai frequente, la sua estensione semantica non è così univoca. Si afferma che il termine sia legato all'esistenza di uno stato di fiducia e che esso consista in qualcosa di più di una mera *speranza* o *aspettativa di fatto*, figure rispetto alle quali sarebbe connotato da «contorni più netti»³⁰.

Una esatta ricostruzione della portata semantica del termine «affidamento» non si traduce in una mera operazione classificatoria, giacché mentre l'affidamento – a determinate condizioni – è oggetto di tutela da parte dell'ordinamento, assumendo rilevanza in chiave giuridica, la speranza e le aspettative di fatto non ricevono – almeno di per sé – questo tipo di trattamento³¹. In altri termini, distinguere sul piano semantico tra «affidamento», «speranze» e «aspettative di fatto» è necessario – almeno nel settore di nostro interesse – per delimitare l'oggetto di una specifica protezione: l'affidamento può riceverla, speranze ed aspettative no. Ciò evidentemente non significa che speranze ed aspettative di fatto non ricevano *in nessun caso* tutela da parte dell'ordinamento; ma solo che, quando la protezione è riservata all'affidamento, nell'ambito di operatività delle regole che la governano, tutto ciò che si trovi sotto la soglia minima dell'affidamento – come appunto le speranze o le aspettative di fatto – non può ricevere quella determinata protezione.

La nozione di «affidamento» elaborata dalla dottrina a cui comunemente si tende a far riferimento, cioè

²⁹ È noto infatti che i principi giuridici possono ricavarsi per induzione da disposizioni precise, oppure possono essere racchiusi all'interno di disposizioni normative. Cfr. F. RICCI, *Prolegomeni di teoria generale e sociologia del diritto a un discorso sulla metodologia giuridica*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, a cura di F. Ricci, Milano, 2018, 734 ss., spec. 780 ss. Sulla formazione dei principi, nel senso che essi possano ricavarsi da disposizioni normative o possano essere elaborati o ricostruiti dall'interprete, *ex multis*, v. anche R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, II ed., Torino, 2014, 74 s.

³⁰ In questo senso, richiamando la giurisprudenza della Corte EDU, espressamente Corte cost. n. 8/2023, cit., pt. 7. Per un ridimensionamento della differenza tra «affidamento» e «aspettativa» v., però, A. SARDINI, *Danno e interesse negativo*, cit., spec. 188 s., ove si afferma che l'idea di affidamento non è concettualmente in antitesi con l'idea di aspettativa, come non lo è con quella di inadempimento. Tali riflessioni sono strumentali alla critica finale della risarcibilità del solo interesse negativo, nell'ambito della lesione degli affidamenti precontrattuali. Ai fini di questo lavoro, la distinzione tra «affidamento» e «aspettativa» (di fatto) è invece funzionale solo a tracciare una linea di demarcazione tra uno stato di fiducia che in quanto tale l'ordinamento può ritenere tutelabile e uno (in questo senso paragonato alla mera «speranza») che invece non raggiunge una soglia minima di tutelabilità.

³¹ Uno spunto in questa direzione, sebbene non con specifico riferimento al tema degli affidamenti, può ricavarsi anche da R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa. Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 226 s., che equipara l'aspettativa di fatto a una «mera speranza del verificarsi di un evento».



quella di Rodolfo Sacco che lo identifica come «erronea opinione» (in senso soggettivo) o «ingannevole apparenza» (in senso oggettivo), non sembra sufficiente a distinguere univocamente questo termine rispetto agli altri legati all'esistenza di uno stato di fiducia («speranza», «aspettativa di fatto», *in primis*; ma in senso più atecnico anche «aspirazione», etc.)³². Né si rinvencono definizioni specifiche ed univoche a livello giurisprudenziale, ove tutt'al più può rintracciarsi la già citata affermazione che una differenza tra quegli stati esiste e che il criterio di distinzione sarebbe una non meglio specificata *nettezza di contorni*. La sensazione, dunque, è che il concetto sia più intuito che esplicitato.

E tuttavia, di fronte a implicazioni pratiche di questa portata, di fronte cioè alla possibilità che uno stato di fiducia possa considerarsi affidamento e – se del caso – ricevere tutela, oppure debba essere qualificato come speranza, aspettativa di fatto, etc. e restarne sprovvisto, l'interprete non può esimersi da un'indagine definitiva maggiormente accurata.

In assenza di ulteriori criteri, sembra che un'indicazione per orientarsi in modo efficace nell'individuazione di un più preciso significato del termine «affidamento» possa essere rintracciata nel linguaggio comune. Proprio dal linguaggio comune, infatti, emerge che una differenza tra i termini richiamati esiste prima di tutto su un piano terminologico.

Nella lingua corrente, «*fare affidamento su qualcosa*» significa dare quel qualcosa *per garantito*³³. Ritenere cioè che quel qualcosa, con una prevedibile certezza, è accaduto o accadrà³⁴. In ciò dunque può cogliersi la differenza tra l'affidamento, da un lato, e la speranza o l'aspettativa di fatto, dall'altro; che mentre nel primo caso si tende a dare una determinata circostanza per garantita, negli altri due vi è solo un'aspirazione – pur accompagnata da una soglia di probabilità più o meno ampia – a che quella circostanza si verifichi³⁵.

Alla luce di quanto si è detto, sembra dunque solo parzialmente corretto ritenere che l'affidamento sia una generica «opinione» (erronea) su una determinata situazione, come riferisce l'autorevole dottrina richiamata. Piuttosto, appare maggiormente opportuno preferire la definizione rinvenibile anche nel linguaggio comune, di affidamento come opinione sul fatto che con una prevedibile certezza una circostanza si è verificata o si verificherà. E cioè che quella circostanza è data per garantita dal soggetto in cui l'affidamento è sorto.

Chiarito da un punto di vista semantico cosa debba intendersi con il termine «affidamento» – o quantomeno cosa si intenderà per affidamento nel prosieguo di questo lavoro – possiamo a questo punto passare ad occuparci del cuore dei problemi giuridici relazionati a tale nozione.

4. – Tenendo presente la definizione di «affidamento» che si è appena proposta, risultano innumerevoli i casi nei quali un soggetto potrebbe fare affidamento su una data circostanza (passata, presente o futura che sia), dando la stessa per garantita. Il problema giuridico che si pone, e che accomuna indistintamente tutte le ipotesi in cui la tutela di un affidamento viene in rilievo, non è solo quello di stabilire se un affidamento c'è o

³² Lo si è rilevato, *supra*, al § precedente.

³³ Nel vocabolario della lingua italiana, il significato di affidamento è identificato con «Assicurazione, garanzia», v. *Il vocabolario Treccani*, Roma, 1985, I, 78. Analogamente *Dizionario Garanti della lingua italiana*, Milano, 1985, 41. Così come G. DEVOTO-G.C. OLI, *Il Devoto-Oli. Vocabolario della lingua italiana*, a cura di L. Serianni e M. Trifone, Milano, 2007, 55 ove si riconduce al sostantivo «affidamento» il significato di «Fiducia, sicurezza, garanzia».

³⁴ E di fatti, nel linguaggio comune il termine garanzia assume il significato di assicurazione, promessa certa, fondata speranza dell'avverarsi di cosa futura, v. *Il vocabolario Treccani*, Roma, 1997, II ed., II, 595

³⁵ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, cit., 227, in cui si afferma che, secondo l'opinione comune, l'aspettativa si risolverebbe nella situazione psicologica di chi attende il verificarsi di un evento che, alla stregua delle circostanze, può ritenersi abbastanza probabile.



non c'è, ma anche di capire *quando* l'ordinamento fornisca tutela a tali stati di fiducia. Non tutti gli affidamenti, infatti, ricevono tutela su un piano giuridico. In via preliminare occorre effettuare una distinzione.

Innanzitutto, è ben noto che la tutela dell'affidamento è *ratio* o criterio ispiratore alla base di diverse disposizioni o istituti previsti nel nostro sistema. Così è, per restare ad esempi racchiusi nel Codice civile e limitandoci solo ad alcuni esempi senza pretesa di esaustività, nel caso delle norme che disciplinano gli effetti della simulazione rispetto ai terzi³⁶; nella necessaria riconoscibilità dell'errore ai fini dell'annullamento del contratto; alcuni ravvedono una specifica esigenza di tutela dell'affidamento dell'oblato anche nel procedimento di conclusione del contratto di cui all'art. 1327 c.c., nella misura in cui l'inizio di esecuzione conclude il contratto³⁷. Così come le norme dettate in tema di pubblicità immobiliare di cui agli artt. 2643 ss. c.c.; e quelle che attribuiscono rilievo all'acquisto del possesso in buona fede ai fini dell'acquisto di beni mobili (com'è noto, sono questi i casi del c.d. possesso vale titolo di cui all'art. 1153 c.c. e dell'acquisto di beni mobili di più acquirenti dal medesimo dante causa di cui all'art. 1155 c.c.)³⁸.

Solo per riportare un esempio esterno al diritto privato, la *ratio* della protezione dell'affidamento si rinviene anche in ambito pubblicistico, ad es. nell'art. 21-*quinquies* della legge n. 241/1990, ove si prescrive un indennizzo per il privato a fronte della possibilità per la P.A. di revocare un provvedimento amministrativo ad efficacia durevole (per sopravvenuti motivi di pubblico interesse o nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario).

In tutti questi casi non si pone, in senso stretto, un vero problema relativo alla tutelabilità dell'affidamento: se si verificano le circostanze di fatto descritte dalle norme richiamate, l'affidamento già troverà tutela per effetto di quelle disposizioni normative. La sua esistenza non andrà provata né bisognerà porsi alcun altro problema di tutelabilità.

Da queste fattispecie divergono considerevolmente tutte le ipotesi nelle quali la lesione dell'affidamento non è *ratio* o criterio ispiratore di una norma o di un istituto, ma condizione per la produzione di determinati effetti giuridici. E cioè nelle quali l'esistenza di un affidamento leso, che l'ordinamento intende tutelare, è fatto condizionante di un precetto normativo, il quale generalmente è ricavato per concretizzazione da un principio generale³⁹. È in questo ambito che si innestano i discorsi sul «principio di tutela dell'affidamento», poiché i precetti normativi a cui abbiamo fatto riferimento si ricavano proprio per concretizzazione da questo principio, solitamente accostato ad altri valori o principi, come la tutela della buona fede, la solidarietà, etc.

A ben vedere, è proprio in questi casi che si pongono i maggiori problemi pratici. Se in presenza di una disposizione precisa, della quale la tutela dell'affidamento è pura *ratio*, bisognerà solo accertare la sussistenza degli elementi di fatto previsti dalla norma, qui l'operazione a cui l'interprete è chiamato è certamente più complessa. Se ne possono individuare due momenti.

³⁶ Sul punto, basti il richiamo a A. GENTILI, *Il contratto simulato: teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1982, 283 ss., spec. 288 ss.

³⁷ Così, nell'ambito di rilievi comparatistici con gli ordinamenti di *common law*, A. LAS CASAS, *Affidamento precontrattuale e rimedi nei sistemi con "immunità precontrattuale"*, in *Comparazione dir. civ.*, 2012, luglio, 1 ss., spec. 39 ss.

³⁸ La disciplina degli acquisti a *non domino* è espressamente ricondotta alla tutela dell'affidamento. Cfr. R. SACCO, *Affidamento*, cit., 667 s.; L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., spec. 340 ss., 363 s.

³⁹ Sul tema della concretizzazione dei principi, tra gli altri, v. MAR. NUZZO, *Principi generali e regole operative: la concretizzazione delle norme a contributo indeterminato nel dialogo tra le corti*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, a cura di F. Ricci, cit., 89 ss.; F. RICCI, *Prolegomeni di teoria generale e sociologia del diritto a un discorso sulla metodologia giuridica*, cit., 735 ss., spec. 777 ss.; ID., *La rinascita del caso sulle ceneri delle leggi precise: considerazioni sulla crisi della fattispecie*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, a cura di F. Ricci, cit., 851 ss., spec. 855 ss.; F. ADDIS, *Argomentazione "per principi" e individuazione della fattispecie "a posteriori"*, in *Nuovo dir. civ.*, 2022, III, 13 ss.; e in *Jus Brixiae et alibi. Scritti scelti offerti ad Alberto Sciumè*, a cura di A.A. Cassi e E. Fusar Poli, Torino, 2022, 213 ss.



a) Innanzitutto, l'interprete dovrà verificare che vi sia la lesione di uno stato di fiducia e se tale stato sia un affidamento o se non sia piuttosto riconducibile a una mera speranza o aspettativa di fatto. Tale indagine non può certo avere ad oggetto un concreto ed effettivo stato soggettivo inteso in senso psicologico, ma deve piuttosto riguardare le affermazioni e allegazioni della parte e una valutazione dei fatti e delle condotte tenute, secondo un apprezzamento che copra la generalità dei consociati⁴⁰.

b) L'indagine dell'interprete non può tuttavia esaurirsi nella constatazione che ad aver subito una lesione sia stato un affidamento. Come si è anticipato, non in tutti i casi in cui qualcuno dia una circostanza per garantita l'ordinamento può essere chiamato ad attivarsi per tutelare la lesione di quella fiducia: vi sono degli affidamenti tutelabili e altri che invece non lo sono. Occorre dunque comprendere se l'affidamento eventualmente leso sia o meno degno di tutela da parte dell'ordinamento. Per fare ciò, è necessario interrogarsi su quale sia il *criterio* in base al quale affermare che un certo affidamento sia tutelato, mentre un altro non lo sia. Emerge allora un ulteriore nodo problematico, in relazione all'applicazione del principio di tutela dell'affidamento: quello dell'individuazione di un *criterio di tutelabilità*.

Sul punto, le indicazioni che provengono dalla giurisprudenza non sembrano essere pienamente univoche.

Guardando al diritto pubblico, le riflessioni sorte nell'ambito di rapporti tra privati e pubblica amministrazione sono certamente più avanzate, probabilmente anche a causa della maggiore frequenza con cui in questo settore si ricorre all'applicazione del principio e della tipicità dei problemi affrontati. Così, si afferma che l'affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione è tutelabile quando è «legittimo»⁴¹ o «meritevole»⁴², ed è legittimo o meritevole quando nelle circostanze di fatto siano ravvisabili un requisito oggettivo, che coincide con la necessità che il vantaggio per il privato sia chiaramente attribuito da un atto della P.A. all'uopo rivolto e che sia decorso un arco temporale tale da ingenerare l'aspettativa del suo consolidamento; e un requisito soggettivo, che coincide con la buona fede non colposa del destinatario del vantaggio (dunque buona fede in senso soggettivo). In altri casi, la giurisprudenza parla invece di affidamento «incolpevole», con ciò però non volendo puramente intendere un affidamento che sia sorto in assenza di colpa, ma un affidamento che si sostanzia «nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta»⁴³. Certo, in presenza di una condotta colposa del soggetto in cui si sia generata la fiducia, la tutelabilità dell'affidamento è senz'altro esclusa. Ma non è la ravvisabilità o meno di una colpa – in senso tecnico – il criterio unico di tutelabilità.

La giurisprudenza europea, oltre a ribadire la necessità di questi requisiti, tende poi a sottolineare che l'affidamento è tutelabile solo quando derivi da assicurazioni ricevute da parte di autorità competenti⁴⁴.

Più articolato è il quadro del diritto privato, che pure costituirebbe il vero terreno su cui è germogliata la nozione di affidamento⁴⁵. Il punto di partenza è certamente rinvenibile nelle riflessioni sulla responsabilità

⁴⁰ Già Rodolfo Sacco nella sua voce sull'affidamento metteva parzialmente in luce la natura di questa operazione. Cfr. R. SACCO, *Affidamento*, cit., spec. 664 ss. Ma cfr. anche A.M. GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento*, cit., spec. 56 ss.

⁴¹ L'uso del sintagma «affidamento legittimo» è particolarmente diffuso in giurisprudenza. Tra i provvedimenti più recenti, Cons. Stato 30 marzo 2024, n. 2980; Cons. Stato 15 febbraio 2024, n. 1535; Cass. civ. 18 agosto 2023, n. 24807, tutte in *OneLegale*.

⁴² Di «affidamento meritevole» parlano espressamente, tra le più recenti, Cons. Stato 13 novembre 2023, n. 9705; Cons. Stato 21 agosto 2023, n. 7849; Cons. Stato 2 gennaio 2023, n. 7; Tar Campania 29 settembre 2023, n. 5314; Tar Veneto 15 marzo 2023, n. 346, tutte in *OneLegale*.

⁴³ Cass. civ. n. 8236/2020, pt. 28.2, richiamata anche da Cass., sez. un., 11 maggio 2021, n. 12428, in *Foro it.*, 2021, I, 9, 2770 ss.

⁴⁴ Tra le più recenti, Trib. UE 26 luglio 2023, n. 273, in *DeJure*.

⁴⁵ In questo senso la Cassazione ha recentemente ribadito che la nozione di affidamento a cui fare riferimento anche nelle controversie di diritto pubblico è quella civilistica di affidamento incolpevole, che si sostanzia appunto nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta. Cfr. Cass., sez. un., 19 gennaio 2023, n. 1567, in *ItalGiure*.



precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c., in cui l'ingenerarsi dell'affidamento sulla futura conclusione del contratto è ricollegato a fattispecie come la fase particolarmente avanzata delle trattative, rassicurazioni ricevute dalla controparte, etc.; mentre la sua tutelabilità è generalmente correlata ad una violazione della buona fede oggettiva, spesso tradotta nell'assenza di un giustificato motivo per l'interruzione delle trattative, ed alla diligenza della parte danneggiata. In alcuni casi questi criteri vengono condensati in formule come «affidamento incolpevole» (nel senso di cui già si è detto) o «affidamento oggettivamente corretto» o ancora «affidamento ragionevole».

Altro ambito in cui si valorizza particolarmente il principio di tutela dell'affidamento, com'è noto, è quello della c.d. rappresentanza apparente. Qui la tutelabilità dell'affidamento del terzo contraente – anche in questo caso tutelabile solo se «incolpevole» e dunque se il terzo si trovi in buona fede – viene generalmente valutata in relazione al comportamento del rappresentato apparente che ha generato l'affidamento. Se tale comportamento è colposo l'affidamento è meritevole, altrimenti non è degno di ricevere tutela⁴⁶.

Da ultimo, il principio di affidamento è stato richiamato in una nota decisione di legittimità, in cui si è esaminata la questione dell'esercizio ritardato del credito da parte di un locatore di un immobile, in relazione ai canoni non pagati dal conduttore⁴⁷. La richiesta di questi canoni è stata ritenuta abusiva proprio perché lesiva dell'affidamento del conduttore sulla circostanza che non sarebbero più stati pretesi. In questa fattispecie, per ciò che è dato di intendere nelle trame della decisione, il criterio di tutelabilità dell'affidamento, definito dai giudici «legittimo», «corretto», «ragionevole», «apprezzabile», è stato posto in stretto legame con il principio di comportarsi secondo buona fede. Il combinarsi dell'inerzia del titolare del diritto – inidonea ad estinguere il diritto per prescrizione e di per sé non ritenuta mai sufficiente al sorgere di un affidamento⁴⁸ – e di altre circostanze avrebbe reso contraria a buona fede la successiva richiesta dei canoni non pagati. Da qui il rigetto della domanda di pagamento.

Visto in estrema sintesi il quadro giurisprudenziale sul *criterio di tutelabilità* degli affidamenti, dobbiamo a questo punto chiederci se, dati i diversi termini o sintagmi a cui i giudici fanno riferimento per ritenere un affidamento tutelabile, la ricerca condotta coinvolga di volta in volta criteri del tutto differenti tra loro; o se invece, nonostante le divergenze terminologiche, il criterio di tutelabilità al quale la giurisprudenza intende far riferimento e che viene ricercato nei singoli casi può essere costituito da un nucleo comune, che svolgerebbe la funzione di minimo comun denominatore della protezione degli affidamenti.

Occorre però andare per gradi, partendo da un'indagine sull'operazione logica che l'interprete è chiamato a svolgere quando si trovi a dover chiarire se un affidamento debba o meno ricevere protezione dall'ordinamento giuridico.

⁴⁶ Da ultimo Cass. civ. 26 settembre 2023, n. 27349, in *Giust. civ. mass.*, 2023; Cass. civ. 7 giugno 2021, n. 15784, in *Foro it.*, 2021, 10, I, 3203. L'esistenza di una colpa del rappresentato è valutata in relazione ad alcuni indici comportamentali, come ad esempio l'inerzia, a fronte della consapevolezza dell'attività del *falsus procurator* (v. Trib. Pisa 17 aprile 2023, n. 27349, in *Giust. civ. mass.*, 2023). Sul rapporto tra apparenza, affidamento e falsa rappresentanza cfr. L. NIVARRA, *Tutela dell'affidamento*, cit., 835 ss., il quale approfondisce in quest'ottica il rapporto tra rappresentanza «commerciale» e rappresentanza «civile».

⁴⁷ Si tratta del già richiamato provvedimento Cass. civ. n. 16743/2021. Di recente, sul tema, A.M. BENEDETTI, *Interventismo giudiziario e contratto*, in *Pactum*, 2022, III, 349 ss.; G. D'AMICO, *Verwirkung ed esercizio abusivo del diritto di credito*, in *Contratti*, 2022, II, 129 ss.; G. VETTORI, *Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 185 ss.; G. GRISI, *Brevi note sull'esazione della prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2023, IV, 801 ss.

⁴⁸ In questo senso, da ultimo, Trib. Pavia 11 novembre 2022, n. 1370, in *DeJure*, che riprende le posizioni di Cass. civ. n. 16743/2021. Il tema della *Verwirkung* e della sua ammissibilità nell'ordinamento italiano è da ultimo stato nuovamente affrontato da Cass. civ. 14 marzo 2024, n. 11219, richiamata da S. MONTICELLI, *Verwirkung ultimo atto*, in *Accademia*, 2024, 551 ss.; e da Cass. civ. 26 aprile 2024, n. 11219, che ha ribadito l'inidoneità della mera inerzia nell'esercizio del diritto a costituire una fattispecie di abuso del diritto.



4.1. – Come è emerso dalla breve analisi della giurisprudenza che si è svolta nel capitolo precedente, tendenzialmente un affidamento è ritenuto tutelabile ove sia «meritevole», «incolpevole», «legittimo», «corretto», «ragionevole», «apprezzabile». In dottrina si è proposto poi l'utilizzo della formula «affidamento qualificato»⁴⁹. Dunque, per stabilire dei criteri di tutelabilità degli affidamenti, gli interpreti rinviano a termini semanticamente caratterizzati da quella vaghezza o indeterminabilità, proprie – tra l'altro – dei termini valutativi. Il che pone dinanzi al dubbio che i sintagmi «affidamento meritevole», «affidamento incolpevole», «affidamento legittimo», etc. siano *sintagmi di natura valutativa*.

Com'è noto, in estrema sintesi, i termini o sintagmi valutativi sono predicati che incorporano o veicolano un giudizio di valore⁵⁰. Più precisamente, essi sono termini o sintagmi: *a)* che esprimono in generale approvazione o disapprovazione (e in questo senso ogni termine o sintagma valutativo ha un corrispondente termine o sintagma contrario, uno con significato di approvazione, l'altro di disapprovazione. Si pesi così a «buono-cattivo», «bello-brutto», «corretto-scorretto», etc.)⁵¹; *b)* caratterizzati da una peculiare indeterminatezza semantica⁵²; *c)* la cui indeterminatezza si traduce proprio in ciò, che ai fini di una determinazione del loro significato si rende necessario il ricorso a criteri variabili e in competizione, cioè a parametri di giudizio concorrenti⁵³.

In questo senso, i termini valutativi si contrappongono ai termini descrittivi, proprio perché il significato di un termine descrittivo può essere identificato in base a criteri fattuali, mentre per ricostruire il significato di un termine o sintagma valutativo è necessaria la formulazione di un giudizio di valore⁵⁴. L'operazione necessaria

⁴⁹ In questo senso C. DE MENECH, *La protezione dell'affidamento*, cit., spec. 1445 e 1456 ss.; l'A. utilizza l'espressione in senso stipulativo, come sintagma riassuntivo dei diversi modelli giuridici in cui l'affidamento si un soggetto intorno a una data situazione giuridica merita una speciale tutela in caso di offesa.

⁵⁰ Così, esplicitamente, G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, 2021, 140 ss.

⁵¹ La nozione di parola o termine valutativo come predicato che esprime approvazione o disapprovazione, utilizzato cioè per lodare o biasimare, è quella ripresa dallo studio di R.M. HARE, *Il linguaggio della morale*, trad. it., Roma, 1968, spec. 90 ss. e 104 ss., che appunto distingue tra termini valutativi e termini descrittivi. La definizione di Hare è stata recepita da U. SCARPELLI, *Filosofia analitica norme e valori*, Milano, 1962, 41 ss., 56 s. che parla a questo proposito di «termini di valore». Più di recente, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, 320 s.; V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 34 ss., 45 ss.; M. ATIENZA-J. RUIZ MANERO, *Illicitos atípicos*, Madrid, 2000, 39 s.

⁵² Si è chiarito in dottrina che, in questo ambito, l'indeterminatezza dei termini valutativi deve essere tenuta distinta dalla vaghezza. Mentre infatti la vaghezza è dovuta all'indeterminatezza dei criteri di applicazione di un termine, l'indeterminatezza di un termine valutativo è dovuta al carattere effettivamente o potenzialmente controverso dei suoi criteri di applicazione. E. DICIOTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, 377. Insiste sul punto anche V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., spec. 57 ss. Sul tema v. però G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 144, il quale afferma che i termini valutativi «sono vaghi in senso combinatorio – talvolta sono perfino essenzialmente controversi – e generici». In questo senso, si ha vaghezza, in generale, quando il significato di una parola non è delimitato con precisione; e si ha vaghezza combinatoria quando un termine ha molteplici condizioni di applicazione, senza che sia possibile individuare una lista di condizioni necessarie e sufficienti per l'applicazione di quel termine [v. ID., *op. ult. cit.*, 115 e 118 s.]. Cfr. comunque C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, 27, che contesta l'affermazione secondo la quale i termini valutativi sarebbero necessariamente più vaghi o imprecisi, mentre quelli descrittivi no.

⁵³ Così, espressamente V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 61 ss.

⁵⁴ G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 141. Secondo alcuni Autori [in particolare V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 58 ss.; M. ATIENZA-J. RUIZ MANERO, *Illicitos atípicos*, cit., 40 ss.] la principale distinzione tra i termini valutativi e i termini descrittivi sarebbe proprio in ciò, che solo i concetti descrittivi sarebbero applicabili mediante il loro significato, mentre i concetti valutativi sarebbero applicabili mediante criteri applicativi o criteri di riferimento (criteri cioè esterni che determinano l'estensione del concetto). V. però le precisazioni di F. FOLLIERI, *op. ult. cit.*, 321, nt. 205, che critica l'idea espressa da Atienza, Ruiz Manero e Velluzzi, obiettando che criteri di riferimento e di significato non sono affatto modi diversi di costituire il riferimento extralinguistico di un termine e che, nell'idea di Hare, i criteri di applicazione costituiscono in realtà una dimensione del significato tanto dei termini valutativi quanto di quelli descrittivi. Mentre però per i termini descrittivi il significato si esaurisce nei criteri di applicazione, per i termini valutativi viene in rilievo l'ulteriore dimensione della funzione espressiva.



per attribuire significato ai termini o sintagmi valutativi è appunto denominata *integrazione valutativa*⁵⁵.

I termini o sintagmi valutativi sono ampiamente presenti in ambito normativo⁵⁶. Ove poi gli stessi vengano incorporati in disposizioni che esprimono regole, si parla com'è noto di clausole generali⁵⁷. Infatti, le clausole generali sono precisamente *termini o sintagmi di natura valutativa* caratterizzati da indeterminatezza, che comporta un'attività di integrazione valutativa peculiare da parte dell'interprete; tale attività di «integrazione valutativa» consiste proprio nella scelta compiuta dall'interprete tra criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto, tra loro potenzialmente concorrenti⁵⁸, definiti da chi propone questa lettura come *standard*⁵⁹.

Indagando a proposito dei campi all'interno dei quali attingere gli standard rilevanti ai fini dell'integrazione valutativa delle clausole generali, la dottrina ha chiarito che le principali possibilità sono: *a)* una *valutazione equitativa*, a tenore della quale il giudice dovrebbe rintracciare gli standard secondo un «saggio» apprezzamento e bilanciamento degli interessi in gioco al fine di stabilire la giustizia del caso concreto; *b)* una *valutazione di etero-integrazione* dell'ordinamento, per la quale gli standard vanno rintracciati in valori e parametri esterni all'ordinamento, permeandolo tramite l'attività dell'interprete; *c)* una *valutazione endosistemica*, per la quale gli *standard* valutativi devono essere rintracciati sulla base di criteri interni al diritto stesso, facendo ad esempio riferimento a principi e valori costituzionali, a principi generali del diritto, ad analogie pertinenti, etc.⁶⁰.

⁵⁵ V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 71, 88.

⁵⁶ Cfr. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 299 ss. e l'elenco ivi contenuto delle espressioni «tipicamente e [...] programmaticamente vaghe». A questo proposito, l'A. distingue tra la *vaghezza socialmente tipica* (che si ha quando un termine, secondo una certa interpretazione esprime un concetto valutativo i cui criteri applicativi non sono neppure parzialmente determinabili se non attraverso il riferimento ai variabili parametri di giudizio e alle mutevoli dipologie della morale sociale e del costume) e la *vaghezza comune* (che si ha quando il richiamo alle regole e ai valori etico sociali, o extragiuridici, non è necessario per l'applicabilità di un concetto all'esperienza). Sulla diffusione di tecniche legislative elastiche, flessibili e sfumate, v. anche N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 7 s.

⁵⁷ Così, espressamente, G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 143, il quale chiarisce che i termini valutativi possono essere incorporati tanto nella fattispecie condizionante, che – più raramente – nella conseguenza giuridica condizionata di una norma. Sulla natura delle clausole generali come termini valutativi V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., spec. 42, 62 s.; la posizione è stata più di recente ribadita in ID., *L'interprete e le clausole generali*, in *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, a cura di F. Ricci, cit., 135 ss.; ID., *Clausole generali e argomentazione giudiziale*, in *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, a cura di R. Sacchi, Milano, 2021, 87 ss. Ma già A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, 631 ss., spec. 633 s. Cfr. anche C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., 302 s., che imposta appunto una definizione della «vaghezza socialmente tipica» dei termini, collegando tale nozione all'espressione di un concetto valutativo. F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., 320.

⁵⁸ È questo l'esito definitorio a cui giunge V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 71, 88.

⁵⁹ Si chiarisce infatti che mentre la clausola generale è il termine o sintagma valutativo, lo standard è il criterio di giudizio per mezzo del quale si determina il significato della clausola generale risolvendo l'indeterminatezza. V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 64. Lo stesso A., in altra sede [V. VELLUZZI, *L'interprete e le clausole generali*, cit., 147, nt. 26], si mostra consapevole che l'uso della nozione di «standard» differisce dagli usi prevalenti in letteratura, ove sovente essa viene impiegata come sinonimo di «clausola generale». Ritiene tuttavia che la scelta da lui compiuta contribuisca a un'utilizzo più puntuale della nozione.

⁶⁰ Per l'esposizione dei criteri di integrazione valutativa v. G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 146 ss., che in realtà li identifica più genericamente come «approcci di interpretazione». Sul punto cfr. V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 65 ss., il quale chiarisce che l'integrazione valutativa non deve necessariamente avvenire – come invece sostenuto da gran parte della dottrina e della giurisprudenza – rinviando a criteri necessariamente esterni al diritto. Insiste sulla centralità della logica del bilanciamento nella concretizzazione delle clausole generali F. RICCI, *La rinascita del caso sulle ceneri delle leggi precise*, cit., spec. 881 ss. A tale proposito va tenuta ferma la distinzione proposta dalla dottrina [G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, 95 ss., spec. 97 ss., 100 ss.] tra «logica» del bilanciamento e «tecnica argomentativa» del bilanciamento. Mentre la prima è una logica che sovrintende a tecniche argomentative diverse, la tecnica argomentativa del bilanciamento è quella tecnica alla quale si ricorre allorché un conflitto normativo non risolvibile in base ai criteri tradizionali di soluzione delle antinomie, particolarmente utilizzata



Alla luce di quanto detto, ove si ritenesse che i termini utilizzati per identificare gli affidamenti tutelabili fossero termini valutativi, da ciò ne deriverebbe la loro qualificazione come clausole generali. Essi, infatti, sarebbero parole valutative utilizzate in un contesto normativo, all'interno di una formulazione normativa. Possiamo fare un esempio utilizzando la regola, di origine giurisprudenziale, per cui: «se il creditore rimane inerte nell'esercizio del suo diritto per un periodo di tempo che, insieme ad altre circostanze, sia idoneo a far sorgere nel debitore un affidamento *meritevole* [ma non vi sarebbero differenze se si ricorresse a termini come *ragionevole*, *incolpevole*, etc.] sul fatto che il diritto non sarebbe più stato esercitato, lo stesso diritto si estingue [o ne è precluso l'esercizio]». In questo caso il termine «meritevole» (o gli altri termini ad esso assimilati), ove venisse inteso come parola valutativa, sarebbe una clausola generale, poiché utilizzato nella formulazione di una regola, e più precisamente nella formulazione della fattispecie condizionante un precetto normativo.

Tale conclusione porterebbe a un rilevante esito pratico. Se infatti si concludesse che i criteri di tutelabilità degli affidamenti sono rinvenibili mediante il ricorso a clausole generali, bisognerebbe ammettere che il criterio di tutelabilità di cui abbiamo detto dovrebbe essere rintracciato attraverso una integrazione valutativa e che, cioè, nel comprendere se un affidamento deve o meno ricevere tutela da parte dell'ordinamento l'interprete dovrebbe far riferimento a *standard* rinvenuti attraverso una valutazione equitativa, una valutazione di etero-integrazione, una valutazione endosistemica, o una valutazione che tenga conto di due o più delle valutazioni precedenti⁶¹.

Considerare la «meritevolezza», «correttezza», «incolpevolezza», etc. degli affidamenti come delle clausole generali è certamente un esito intuitivo – stante la intuitiva vaghezza o indeterminatezza di queste parole – ma per nulla scontato. Se infatti, da un lato, termini o sintagmi come «meritevole di tutela», «ragionevole», «apprezzabile» spesso svolgono la funzione di clausole generali⁶², dall'altro, però, la qualificazione di un termine o sintagma come valutativo non è una caratteristica intrinseca delle parole, ma deriva comunque da una scelta dell'interprete in tal senso⁶³. Dinanzi ad una disposizione che contenga termini caratterizzati da un

nell'ambito dei conflitti tra i diritti fondamentali. In presenza di un conflitto tra norme che prevedono tali diritti, si dà prevalenza – relativamente a un singolo caso, ad una delle due norme, senza però dichiarare invalida (abrogata, derogata, annullata, ecc.) la norma recessiva, che invece sarà semplicemente disapplicata.

⁶¹ Non è infatti escludibile che nell'attribuzione di significato alla clausola generale si faccia ricorso anche a più di una tecnica di integrazione valutativa. Cfr. ancora G. PINO, *op. ult. cit.*, 150 s.

⁶² Si pensi, così, alla meritevolezza di tutela degli interessi di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., qualificata come clausola generale da V. VELLUZZI, *Quanto è "meritevole" il giudizio di meritevolezza?*, in ID., *Metodologia e diritto civile. Una prospettiva filosofica*, Roma, 2023, 33 ss.; A. ZAMBON, *Concetto e concezioni di meritevolezza*, in *Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica*, 2022, I, 399 ss. Di recente sul tema della meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., v. A. GENTILI, *La meritevolezza di tutela: da Emilio Betti a oggi*, in *Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica*, 2022, I, 283 ss.; F. PIRAINO, *Meritevolezza degli interessi*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021, 667 ss.; N. CIPRIANI, *Appunti sul giudizio di meritevolezza del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2021, IV, 487 ss.; M. PENNASILICO, *Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contr. impr.*, 2020, II, 859 ss.

⁶³ R.M. HARE, *Il linguaggio della morale*, cit., 79, mette appunto in evidenza che «quasi tutte le parole del nostro lessico si possono usare all'occasione come parole valutative, cioè per lodare o biasimare [...]; e di solito è solo interrogando chi parla che possiamo dire se una parola è usata in senso valutativo». L'A. richiama come esempio la parola «brillante», che infatti nel linguaggio comune può essere utilizzata sia come aggettivo per indicare un oggetto splendente (una gemma brillante); che – in senso valutativo – per esprimere un apprezzamento, come aggettivo di qualcosa che suscita ammirazione (un esame brillante). Così, ad esempio, in ambito giuridico, lo stesso termine «meritevole» può essere utilizzato in chiave descrittiva o valutativa. Nel primo senso, quando si afferma che l'interesse del creditore a ricevere la prestazione è *meritevole*; o che l'interesse del proprietario a utilizzare il bene oggetto del suo diritto è *meritevole* rispetto allo stesso interesse di tutti gli altri consociati. In questo senso, l'aggettivo «meritevole» assume una connotazione descrittiva, poiché attraverso l'utilizzo dell'aggettivo «meritevole» si vuole appunto descrivere il fatto che un determinato interesse riceve protezione da parte dell'ordinamento, prevalendo su altri interessi con lo stesso incompatibili. Il



certo grado di genericità o vaghezza, è cioè comunque rimessa a una decisione dell'interprete la qualificazione di tali termini come parole valutative e quindi come clausole generali⁶⁴.

Da ciò consegue che la natura di clausole generali dei predicati richiamati da dottrina e giurisprudenza per ritenere tutelabile un affidamento non è affatto da dare per sottintesa, ma deve invece essere oggetto di una adeguata riflessione, in chiave critica. Anticipando le conclusioni del prossimo paragrafo, si vedrà invece come nell'ambito della tutela degli affidamenti questi termini o sintagmi non assumono affatto il ruolo di clausole generali.

5. – Prima di chiarire in che senso un affidamento può essere ritenuto «meritevole» «incolpevole» «legittimo» «ragionevole», e se cioè in senso valutativo o no, occorre ora riprendere una questione che si era lasciata aperta nelle parti iniziali di questo lavoro. Dopo aver brevemente passato in rassegna le argomentazioni della giurisprudenza in relazione a quelli che abbiamo definito *criteri di tutelabilità*, ci siamo chiesti se nella ricerca di tali criteri i giudici indagano su parametri differenti caso per caso o se invece, nonostante le divergenze terminologiche, il criterio di tutelabilità possa essere ricondotto a un nucleo comune, e se dunque i giudici non vadano fondamentalmente alla ricerca di uno stesso criterio o di un criterio unificante, pur declinato nelle singole ipotesi.

In prima approssimazione, da quanto si è riportato, sembra in effetti che quando i giudici si chiedono se un affidamento sia «meritevole», «incolpevole», «legittimo», «ragionevole», etc., a meglio vedere si interrogano in generale sulla idoneità dei fatti che hanno ingenerato quell'affidamento a giustificarlo. In altre parole, le scelte terminologiche della giurisprudenza – e anche di parte della dottrina – pur ricadendo su vocaboli non unitari non sono tese ad esprimere dei concetti diversi. Non si riscontrano, cioè, divergenze significative nella scelta tra l'aggettivo «meritevole», «ragionevole» o degli altri di volta in volta utilizzati, ma tutti esprimono fondamentalmente la ricerca di una qualche forma di giustificazione, che renda l'affidamento tutelabile: infatti, quei termini vengono spesso richiamati come sinonimi, anche in una sorta di pleonaso.

Dunque, in questo senso, già su un piano terminologico, si può osservare come vi sia un punto in comune tra tutte le ipotesi in cui viene in rilievo un problema di tutela degli affidamenti. Per tale ragione, piuttosto che utilizzare indistintamente i termini ai quali si è fatto riferimento, che invece assumono spesso una connotazione specifica in altri contesti (si pensi così, ancora una volta, al termine «meritevole», che è comunemente riferito al dibattito di cui all'art. 1322, comma 2, c.c.; ma anche ai termini «ragionevole», «legittimo», «incolpevole»), si parlerà d'ora innanzi – proponendo una definizione stipulativa – di *affidamento giustificato*⁶⁵, per identificare in generale quell'affidamento *tutelabile* dall'ordinamento. Un affidamento è dunque tutelabile in quanto ritenuto *giustificato*.

termine non esprime un'approvazione dell'interprete, ma piuttosto è usato come formula riassuntiva di una disciplina normativa esistente. Ha dunque portata descrittiva. Diverso è il tenore della decisione degli interpreti sul predicato «meritevole», in relazione al giudizio sugli interessi di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., che viene tendenzialmente qualificato come una clausola generale (e dunque come un termine valutativo). Di fatti G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 141, nt. 69 precisamente mette in evidenza che la dimensione valutativa riguarda non il termine o sintagma in sé, ma piuttosto il suo significato. Sono i concetti veicolati da un certo termine o sintagma ad essere valutativi o descrittivi, non i termini o sintagmi stessi. Nel senso che uno stesso termine può esprimere una clausola generale in una disposizione e non in un'altra anche A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, cit., nt. 85.

⁶⁴ G. PINO, *op. ult. cit.*, 145 s., per il quale dunque il problema di stabilire se una norma contenga o meno una clausola generale è questione di interpretazione metatestuale.

⁶⁵ Il sintagma «affidamento giustificato» è espressamente utilizzato, ad es., da Cass. civ. 18 ottobre 2022, n. 30514; Trib. Milano 20 novembre 2013, n. 14564, entrambe in *OneLegale*.



Anche questo termine, come quelli che in esso abbiamo inteso racchiudere, presenta un elevato livello di vaghezza o indeterminatezza, e ciò ci riporta alla questione che ci siamo posti in chiusura del paragrafo precedente. Se cioè il termine «giustificato», inteso come predicato di un affidamento tutelabile, sia o meno un termine valutativo e, perciò, una clausola generale. E se quindi, in definitiva, quello che potremmo definire come *standard o criterio di giustificazione* debba o meno essere rintracciato attraverso una integrazione valutativa da parte dell'interprete.

Analogamente a quanto si è detto in generale per tutti i termini o sintagmi di valore, la natura valutativa della parola «giustificato» non è in qualche modo connaturata alla parola stessa, né deriva di per sé dalla sua vaghezza o genericità. D'altronde, in campo normativo vi sono casi in cui quello stesso predicato esprime un concetto valutativo e altri in cui invece ha una portata descrittiva. Così, in questa seconda accezione, nel sintagma «arricchimento ingiustificato» (o, come espressamente dispone l'art. 2033 c.c., «senza giusta causa») il termine «ingiustificato» è usato per descrivere l'assenza di un titolo dell'arricchimento, elemento che attribuisce legittimazione per l'azione generale di arricchimento. Incorpora invece un giudizio di valore un sintagma come «giustificati motivi» di cui all'art. 156, comma 7, c.c.⁶⁶.

Ora, le riflessioni proposte in precedenza portano a ritenere che, utilizzato come predicato dell'affidamento, il termine «giustificato» (così come gli altri termini richiamati dalla giurisprudenza e dalla dottrina in modo analogo) non vada inteso in senso valutativo. E dunque che esso, non esprimendo una clausola generale, non renda necessaria una integrazione valutativa per la ricerca di uno *standard* di giustificazione.

Infatti, quando deve pronunciarsi sulla tutelabilità o meno di un affidamento – e quindi, nel senso che abbiamo chiarito, sulla sua giustificazione – la giurisprudenza non individua uno *standard* tra più *standard* disponibili, attraverso valutazioni equitative, di etero-integrazione o sistematiche. Non cerca cioè dei criteri interni o esterni al diritto in base ai quali l'affidamento possa essere approvato o disapprovato (come avviene appunto, in generale, nei termini valutativi e, in particolare, nelle clausole generali).

Piuttosto – fermi restando alcuni elementi come l'assenza di colpa, il danno subito, etc. – gli interpreti ricercano dei *segni*, la cui sussistenza è ritenuta idonea ad essere razionalmente e obiettivamente interpretata come espressione di una garanzia su una determinata circostanza. Dei segni cioè che siano obiettivamente e univocamente idonei a far sì che il soggetto dia quella data circostanza per garantita, facendo sorgere lo stato di fiducia.

È questo, ci sembra, ciò che avviene quando ad esempio si indaga sulla sussistenza di assicurazioni ricevute dalla P.A., del compimento di fasi di un procedimento amministrativo; quando si verifica lo stato particolarmente avanzato delle trattative; o quando ancora si valorizza l'esistenza di una procura contraffatta; etc. Tutti questi elementi non sono criteri utili ad attribuire significato a una parola valutativa, ma sono piuttosto *segni* sulla base dei quali il soggetto a cui l'affidamento si riferisce non poteva credere diversamente da come ha creduto.

Se dunque la giustificazione dell'affidamento si risolve sostanzialmente ricercando dei segni idonei ad essere obiettivamente interpretati in un determinato modo, *il problema non è valutativo, ma semantico*, perché riguarda l'attribuzione di un significato a dei segni. Non è, lo si ripete, questione di approvare o disapprovare un affidamento sulla base di uno *standard*, ma di chiarire se i segni che il soggetto ha avuto a sua disposizione giustificano l'interpretazione che ha fatto sorgere quello stato di fiducia. E se, cioè, il soggetto non poteva pensare diversamente da come ha fatto, perché i segni che ha ricevuto non si prestavano a interpretazioni razionalmente incompatibili con quell'affidamento.

⁶⁶ Ove, relativamente agli effetti della separazione sui rapporti patrimoniali fra i coniugi, si dispone che «Qualora sopravvengano giustificati motivi il giudice, su istanza di parte, può disporre la revoca o la modifica dei provvedimenti di cui ai commi precedenti».



Questa conclusione segue ad argomenti logici. Se infatti l'affidamento consiste in uno stato di fiducia (nel senso di cui si è detto), e se uno stato di fiducia si forma necessariamente a partire da segni interpretabili, è chiaro che una valutazione sulla giustificazione – anche giuridica – di quello stato deve necessariamente avere ad oggetto l'idoneità di quei segni a suscitarlo in un interprete obiettivo, cioè idoneità ad essere interpretati in quel modo⁶⁷.

L'esito a cui siamo giunti può essere dunque così riassunto: *il criterio di giustificazione degli affidamenti non è questione valutativa ma è questione semantica e consiste in ciò, che sulla base dei segni ricevuti il soggetto a cui la fiducia è riferibile non poteva pensare diversamente*. E quindi in definitiva che, posto nelle stesse condizioni, qualunque soggetto razionale avrebbe interpretato quei segni nello stesso modo, dando una data circostanza per garantita.

È comunque ovvio che l'interpretazione non si limiterà ai segni ricevuti dal soggetto, ma – proprio come avviene per tutte le interpretazioni – dovrà tenere conto anche del contesto in cui quei segni si manifestano. Così, ad esempio, il carattere particolarmente qualificato della P.A. ben si presta ad essere elemento valutabile per attribuire una forza elevata ai segni provenienti da quel soggetto.

Questa conclusione contribuisce al chiarimento e alla corretta messa a fuoco di alcuni temi correlati al problema. Si chiarisce innanzitutto in cosa consistono la colpa o la negligenza, che la giurisprudenza invoca come elementi idonei ad escludere la giustificazione dell'affidamento. La condotta colposa o negligente del soggetto in cui si è generato l'affidamento consiste proprio in quella condotta che contribuisce alla equivocità dei segni ricevuti. Il segno che sarebbe univoco – nel senso di non far sorgere l'affidamento – diventa equivoco per una condotta ascrivibile al soggetto che invoca quello stato di fiducia. E per questo motivo l'affidamento non è tutelabile.

In secondo luogo, si comprende meglio il collegamento tra la lesione dell'affidamento e il dovere di comportarsi secondo buona fede. La violazione di tale dovere è qui richiamata per indicare il comportamento di chi abbia predisposto quei segni obiettivamente idonei a fare sorgere un affidamento e poi abbia leso lo stato ingenerato nell'altro soggetto. Dunque di chi abbia predisposto dei segni che l'altro soggetto non poteva interpretare se non in quel modo. In questo contesto, a meglio vedere, si può perfino dubitare che la buona fede debba effettivamente considerarsi una clausola generale, giacché, più che tramite di un giudizio di valore, il sintagma «buona fede» assumerebbe qui una connotazione rigida, caratterizzata da margini già nettamente definiti⁶⁸.

⁶⁷ In questo senso possono richiamarsi le riflessioni proposte, nell'ambito dell'interpretazione del contratto, in merito alla nozione di «buona fede», nella sua accezione soggettiva da A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, vol. II, Torino, 2015, spec. 578 ss. L'A. argomenta che l'interpretazione di buona fede in senso soggettivo va effettuata nel senso che entrambe le parti per reciproca lealtà dovevano imprimere e attribuire al testo, «che in tal modo esprime in base alle espressioni riconoscibili dell'altrui volontà, secondo il loro senso usuale ciò che un interprete obiettivo dell'atto potrebbe e dovrebbe capire».

⁶⁸ È stato infatti messo in evidenza come l'opera degli interpreti può contribuire a trasformare una clausola generale in una norma a fattispecie precisa e perfino rigida. Cfr. G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 143 s. Riecheggia in questo senso la distinzione di Hare tra l'uso diretto e l'uso «tra virgolette» o convenzionale degli enunciati o termini valutativi. Nel primo caso, i termini valutativi vengono utilizzati come veicolo per un giudizio di valore – cioè appunto per lodare o biasimare – di chi li utilizza; nel secondo caso, invece, il termine viene «svuotato» del suo significato valutativo e usato in modo puramente descrittivo, non per lodare o biasimare, ma per designare certe caratteristiche dell'oggetto [R.M. HARE, *Il linguaggio della morale*, cit., 111 s.]. Secondo una ricostruzione proposta nella dottrina giuridica, si avrebbe un uso «tra virgolette» delle clausole generali tutte quelle volte in cui il giudice decide di concretizzare tali clausole facendo riferimento a criteri condivisi nella comunità di riferimento. In questo senso V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 68 s.; G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, cit., 60; ID., *Il linguaggio dei diritti*, in *Ragion pratica*, 2008, II, 403 s.



Ritorniamo a questo punto sulla questione più volte proposta nel corso di questo lavoro. E se cioè, pur nella complessità ricostruttiva data dai diversi ambiti in cui la tutela degli affidamenti viene in rilievo, sia comunque possibile rintracciare un qualche elemento di unitarietà nel tema. Alla luce delle considerazioni che abbiamo appena svolto, sembra che questo elemento, questo minimo comun denominatore, possa essere identificato proprio nel criterio di giustificazione che si è qui proposto. A prescindere dalla materia e dal settore considerati, sembra cioè che – per apprestare tutela ad un affidamento leso – vada in ogni caso indagato il peso dei segni che hanno fatto sorgere quello stato di fiducia, inseriti nel contesto di riferimento. In ogni caso, infatti, sembra necessario valutare l'idoneità di segni a non lasciarsi interpretare altrimenti. È chiaro poi che a seconda dei settori gli elementi da considerare a tal fine saranno diversi (e da qui la diversa soluzione dei problemi nei diversi contesti). E tuttavia ciò non contrasta con l'enucleazione di un criterio astratto di giustificazione, che può costituire il vero punto di contatto tra le varie declinazioni di questo tema.

6. – Circoscritto un possibile criterio unificatore ed utile a guidare l'interprete nella definizione del significato di «giustificazione» degli affidamenti, resta ora da chiarire quali rimedi sono predisposti a favore del soggetto il cui stato di fiducia sia stato leso. Il problema abbraccia antiche questioni e nuove tematiche, e non può essere compiutamente affrontato in questo lavoro. È comunque il caso di porre subito in risalto che non vi è – né può esservi – una sola modalità di tutela di questi affidamenti. D'altronde, se della protezione degli affidamenti si parla come di un «principio», è proprio una caratteristica dei principi la non predeterminabilità in maniera esaustiva di tutte le conseguenze derivanti dalla sua applicazione⁶⁹.

Tralasciando dunque le disposizioni che già tipizzano specifiche modalità di tutela (e che per questo esulano dalla nostra riflessione), ad una analisi della giurisprudenza emergono almeno due classi di rimedi, che il sistema assicura per garantire protezione a un affidamento considerato tutelabile dagli interpreti. Da un lato, un rimedio di tipo risarcitorio. Ad esso si fa ricorso non solo, com'è noto, nelle ipotesi di responsabilità precontrattuale (e cioè quando l'affidamento leso sia quello alla futura stipulazione di un contratto), nei limiti dell'interesse negativo⁷⁰. Ma anche in altre fattispecie, come in quelle nelle quali la lesione dell'affidamento abbia avuto luogo nell'ambito di rapporti tra privato e Pubblica Amministrazione. Il riferimento è, ad esempio, all'annullamento – giurisdizionale o d'ufficio – di un provvedimento amministrativo, che abbia leso l'affidamento del privato sugli effetti favorevoli derivanti dal provvedimento stesso⁷¹.

Dall'altro, una sorta di rimedio in forma specifica, che si traduce nell'attribuzione alla lesione dell'affidamento degli stessi effetti (o di effetti sostanzialmente analoghi a quelli) che si sarebbero originati dalla fattispecie sulla cui esistenza si confidava⁷². Ciò accade, ad esempio, quando trova applicazione il principio di apparenza, in ambito privatistico; quando l'ordinamento dà prevalenza all'affidamento del destinatario di una dichiarazione rispetto alla volontà di chi l'ha emessa; quando a causa della lesione di un affidamento una

⁶⁹ In questo senso G. PINO, *Teoria analitica del diritto*, I, *La norma giuridica*, Pisa, 2016, 88.

⁷⁰ Sul punto della sola risarcibilità dell'interesse negativo per la lesione di affidamenti precontrattuali, v. però le notazioni critiche di A. SARDINI, *Danno e interesse negativo*, cit., spec. 155 ss.

⁷¹ È questo l'esempio di Cass. civ. 6 aprile 2023, n. 9526, in *DeJure*. Il caso riguardava la domanda di risarcimento di danni proposta da un soggetto nei confronti di un Comune, per avere quest'ultimo rilasciato al proprio dante causa un permesso a costruire il legittimo.

⁷² Il punto è messo in risalto anche da C. DE MENECH, *La protezione dell'affidamento*, cit., spec. 1445, ove si afferma che la tutela dell'affidamento dalla stessa definito «qualificato» per solito consiste nella stabilizzazione della situazione erroneamente creduta vera e che per questa ragione potrebbe dirsi “in forma specifica”.



pretesa si considera inesigibile. In tutti questi casi, l'ordinamento non si limita a prevedere conseguenze di tipo risarcitorio per la lesione di un affidamento tutelabile, ma tramite il ricorso a mezzi sostanziali o processuali – come la preclusione all'esercizio di una determinata azione in giudizio – fa derivare da tale lesione effetti sostanzialmente coincidenti a quelli che avrebbe prodotto la fattispecie investita dall'affidamento.

La ricerca di una lettura unitaria del fenomeno della protezione degli affidamenti potrebbe portare a interrogarsi sull'opportunità della teorizzazione di un rimedio unificante per tutte le lesioni degli stati di fiducia, o almeno di quelli considerevolmente marcati. In questa linea di pensiero sembrano inserirsi le riflessioni di chi ha proposto il superamento del rigido binomio « affidamento precontrattuale-risarcimento del danno »: in particolare, secondo questa tesi, laddove lo stato di avanzamento delle trattative sia così sviluppato da far sorgere un affidamento particolarmente elevato sulle possibilità di conclusione del contratto, la malafede della parte che ha interrotto le trattative renderebbe possibile il ricorso all'*exceptio doli* e alla contestuale applicazione analogica dell'art. 2932 c.c. In tal modo, la parte lesa dalla trattativa maliziosa avrebbe la possibilità di invocare un « principio di vincolatività », chiedendo al giudice di sostituirsi alla controparte e di fornirgli una tutela in forma specifica, consistente nella costituzione degli effetti che si sarebbero dovuti produrre dal contratto non concluso⁷³.

A sostegno di queste posizioni potrebbero invocarsi anche dati di tipo comparatistico, in particolare orientati al mondo anglosassone. Il riferimento va alle particolari figure di *estoppel*, nelle quali il sorgere di un affidamento sulla futura conclusione di un contratto comporta conseguenze giuridiche – generalmente in ambito processuale – analoghe a quelle che si sarebbero prodotte dalla conclusione del contratto⁷⁴. Attenta dottri-

⁷³ La tesi è sostenuta da G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, spec. 283 ss., 291 ss. L'A. a sostegno di questa tesi fornisce argomentazioni che fanno leva proprio sull'istituto dell'*estoppel* e muove dall'assunto che il contegno in malafede può già tendenzialmente comportare conseguenze diverse dalla semplice tutela risarcitoria.

In realtà, com'è noto, la possibilità di ottenere una sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c., che produca gli stessi effetti di un accordo non raggiunto, è argomento valorizzato da alcuni dei fautori dell'esistenza di un obbligo di rinegoziazione, in caso di sopravvenienze c.d. « atipiche » [cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, spec. 426 ss. L'A. distingue infatti, nell'ambito dei contratti a lungo termine, tra sopravvenienze tipiche e atipiche e, in relazione a queste ultime, asserisce l'esistenza di un obbligo legale di rinegoziazione, fondato sulla buona fede *in executivis* e su quella interpretativa *ex art. 1366 c.c.*]. In particolare, secondo questa tesi, nelle ipotesi di inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione o comunque di fallimento della rinegoziazione, il giudice avrebbe il potere di modificare le condizioni dell'accordo originario, proprio tramite una pronuncia *ex art. 2932 c.c.* Nel pronunciare tale sentenza egli dovrebbe ricercare tutti gli elementi utili alla valutazione dell'interesse dei contraenti, emersi prima e durante le trattative. Tale posizione è stata oggetto di critiche nel corso degli anni. Tra le voci discordanti v. A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, II, 701 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, spec. 55 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Dig. civ., Agg. II*, Torino, 2003, 1200 ss. Più di recente, E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018, spec. 56 ss.

⁷⁴ È il caso della c.d. *proprietary estoppel*. Il principio che ispira la dottrina dell'*equitable estoppel* è stato descritto come segue: « quando tra due parti legate da una qualche relazione, avente rilevanza giuridica, una, anche implicitamente, rappresenta all'altra un certo stato di fatto o le fa intendere che si comporterà in un certo modo e l'altra, facendo affidamento su tale rappresentazione, agisce modificando la propria posizione, la prima non può successivamente rinnegare (*is estopped from denying*) la propria rappresentazione (di fatti o di intenzioni) ed è tenuta a fare quanto l'*equity* richiede per non deludere l'affidamento suscitato » [A. LAS CASAS, *Affidamento precontrattuale*, cit., 7]. L'*equitable estoppel* ricomprende le due varianti del *promissory estoppel* e – appunto – del *proprietary estoppel*. Nei casi in cui trova applicazione quest'ultima figura, viene in rilievo il principio per cui « una promessa non contrattuale (per mancanza di *consideration* o di altre formalità), che rappresenta al destinatario il (futuro) trasferimento di un bene immobiliare o di un diritto immobiliare e che lo induce perciò, con consapevolezza del promittente, a compiere atti di organizzazione della propria sfera economica, finalizzati al godimento del bene/diritto il cui futuro ingresso nel suo patrimonio fa sorgere un'«*equity*» in favore del promissario. Tale «*equity*» può essere idonea a fondare autonomamente un'azione e può essere tutelata riconoscendo al destinatario della dichiarazione il diritto di agire per il pieno soddisfacimento dell'aspettativa all'adempimento della «promessa» (*expectation interest*) ». A. LAS CASAS, *op. ult. cit.*, 7 s. Come appare evidente, in questo caso l'affidamento precontrattuale viene tutelato sostanzialmente tramite una piena soddisfazione dell'interesse al conseguimento del risultato economico dell'attribuzione. Sulla figura



na ha però posto in evidenza come non sia metodologicamente opportuno equiparare acriticamente le conclusioni raggiunte in questo settore nei sistemi di *civil law* e in quelli di *common law*. Infatti, le stesse esigenze che negli ordinamenti di stampo anglosassone si tutelano con le figure di *estoppel* richiamate – esigenze che sostanzialmente corrispondono alla tutela degli investimenti – negli ordinamenti continentali (e in particolare in quello italiano) sono già protette, ad esempio, dalle norme relative ai procedimenti di conclusione del contratto. L'affidamento sulla futura stipulazione, inteso anche come predisposizione dei relativi investimenti, è tutelato considerando già concluso il relativo contratto⁷⁵.

D'altronde, ammettere che la lesione di un affidamento sulla futura stipulazione di un contratto possa *di per sé* portare alle stesse conseguenze giuridiche che deriverebbero da quella stipulazione, implicherebbe l'esistenza di un sostanziale obbligo di stipulare, derivante dall'emersione di un affidamento tutelabile. E ciò, in un'area che – con le dovute eccezioni – resta comunque tendenzialmente dominata anche dalla libertà di scegliere *se* contrarre o meno, non sembra una soluzione percorribile.

L'impossibilità di enucleare un unico strumento rimediabile per la lesione degli affidamenti meritevoli può essere spiegato sulla base di un dato che si è già richiamato in precedenza. La tutela dell'affidamento – pur essendo ormai considerato come un principio – non è infatti un istituto a sé stante, autonomamente circoscrittibile. Essa è invece una specifica esigenza, che sorge in contesti assai variegati e in relazione a circostanze tra le più varie, nel cui ambito vengono in rilievo conflitti di interessi che non sono omogenei⁷⁶. Così, solo per limitarci ad alcuni esempi, un conto è fare affidamento sulla futura stipulazione di un contratto, un conto è fare affidamento sull'esistenza di una procura che invece non esiste, altro è fare affidamento sulla stabilità di un atto della P.A.

La disomogeneità rimediabile che caratterizza la tutela degli affidamenti non pertanto è sintomo di disorganicità della materia, ma piuttosto rispecchia la natura variegata dei conflitti di interessi che possono sorgere proprio in relazione alla violazione di quegli affidamenti⁷⁷. A seconda del tipo di conflitto che di volta in volta viene in rilievo, l'interprete è chiamato a individuare lo strumento di tutela dell'affidamento più coerente con il sistema e maggiormente idoneo a fornire protezione all'interesse meritevole.

D'altronde, tale conclusione non è inedita né esclusiva al solo settore considerato. Solo per limitarci ad un esempio, anche la violazione del dovere di buona fede – a cui si tende a ricollegare la lesione degli affidamenti – non riceve una tutela omogenea dall'ordinamento, ma inserendosi in contesti diversi è tutelata mediante il ricorso a rimedi differenziati, risarcitori o “in forma specifica”⁷⁸.

dell'*estoppel*, nella dottrina italiana, v. C. MAROCCO CARENA, *Estoppel*, in *Dig. civ.*, VIII, Torino, 1992, 144 ss. Ma cfr. F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, cit., 105 ss.; C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., 49 ss.; cfr. anche F. RICCI, *Buona fede e rimedi*, in *Contr. impr./Europa*, 2013, II, 634.

⁷⁵ Sono le notazioni conclusive a cui giunge A. LAS CASAS, *op. ult. cit.*, spec. 39 ss.

⁷⁶ Chiarisce il punto Corte cost. n. 8/2023, spec. pt. 12.1.

⁷⁷ Sono queste, ancora, le argomentazioni rinvenibili in Corte cost. n. 8/2023.

⁷⁸ Il tema dei rimedi alla violazione del dovere di buona fede è stato oggetto di particolare attenzione e involge dibattiti di portata anche più ampia, come quello della distinzione sul piano rimediabile tra regole di validità e regole di responsabilità. Ci limiteremo qui a richiamare F. RICCI, *Buona fede e rimedi*, cit., 632 ss.; A. VENTURELLI, *Violazione del principio di buona fede e rimedi in un recente progetto di codificazione latinoamericana*, in *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, a cura di G. Passagnoli, F. Addis, G. Capaldo, A. Rizzi e S. Orlando, Firenze, 2022, 4365 ss. Nell'ambito del dibattito instauratosi a proposito del c.d. diritto privato europeo, v. le considerazioni di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, spec. 491 ss.



7. – Sebbene dunque, come più volte si è osservato, la tutela dell'affidamento non possa essere compiutamente considerata istituto unitario, unitario è il discorso che le esigenze comuni, che la contraddistinguono nei diversi settori in cui essa viene richiamata, hanno comunque consentito di svolgere.

In particolare, nei precedenti paragrafi, si è tentato di circoscrivere con maggiore accuratezza un significato del termine «affidamento», utile a distinguerlo da termini affini come «speranza» o «aspettativa di fatto». Si è visto che – pur nella apparente diversità che le scelte linguistiche della giurisprudenza lascerebbero intendere – il criterio di rilevanza giuridica degli affidamenti può essere ricostruito in linee generali come un criterio di giustificazione uniforme. E che tale criterio non ha una portata valutativa, ma piuttosto semantica. Si è dato atto del fatto che, invece, l'apparato rimediabile per la lesione di tali affidamenti non può essere unico.

Da ciò è possibile dedurre che il principio di tutela dell'affidamento è da intendersi in senso ampio, come strumento volto a proteggere determinati stati di fiducia, sorti in capo a soggetti che non potevano razionalmente pensare diversamente da come hanno pensato.

All'esito di questo discorso, il ruolo dell'interprete nella protezione degli affidamenti risulta più chiaro. Contrariamente a quanto potrebbe far pensare il continuo accostamento tra il principio di cui ci si è occupati e altri principi, come la tutela della buona fede o la solidarietà, il giurista qui non è chiamato ad esprimere giudizi di valore, dovendo piuttosto ricostruire la portata semantica di segni che hanno suscitato l'affidamento; e ricercare l'apparato rimediabile più coerente.

L'auspicio è che uno sguardo più consapevole al tema della tutela degli affidamenti e una migliore definizione dei concetti e delle modalità operative di questo principio, consentano di evitare scorciatoie argomentative. Scorciatoie che invece si imboccherebbero ove la sua applicazione non fosse adeguatamente motivata in tutti i passaggi logici che si sono illustrati.



CAMILLA TABARRINI*

Dottoressa di ricerca – Università Ca' Foscari Venezia

GIOIA CALDARELLI*

Dottoressa di ricerca – Università Ca' Foscari Venezia

ARTIFICIAL INTELLIGENCE APPLIED TO THE PROVISION OF BANKING SERVICES. LATEST UPDATES TO THE EUROPEAN ACQUIS ON AUTOMATED CONSUMER CREDIT SCORING

SOMMARIO: 1. *Consumer creditworthiness assessment in the era of industry 5.0: a foreword.* – 2. *The EU acquis on automated decision-making: the regulatory journey towards algorithmic transparency.* – 2.1. *Algorithmic transparency as a cross-sectoral data protection right.* – 2.2. *The EUCJ judgement on algorithmic transparency in automated credit scoring practices: the Schufa Case.* – 2.3. *AI-based creditworthiness assessment under the consumer and mortgage credit Directives: a focus on the CCD2.* – 2.4. *AI-based CWA and credit scoring under the Artificial Intelligence Act.* – 3. *Creditors' obligations and consumers' rights concerning the use of AI-based credit-granting processes: an initial mapping of regulatory overlaps.* – 3.1. *Overlapping obligations of providers and deployers of AI systems intended to be used to evaluate the creditworthiness of natural persons or establish their credit score.* – 3.2. *Regulatory overlaps on the right to an explanation of AI-based credit decisions.* – 4. *Conclusions and open questions.* – 4.1. *Which consequences for violations of provisions regulating automated creditworthiness assessment?* – 4.2. *Addressing regulatory overlaps and interplay with existing and future regulations: which way forward?*

1. – Originally, creditworthiness assessments (CWA) had only prudential relevance as it was conceived instrumental to the sound and prudent management of banking and financial institutions.¹

Directives 2008/48/CE on credit agreements for consumers (“CCD”) and 2014/17/EU on credit agreements for consumers in relation to residential properties (“MCD”) were the first legal acts to look at CWA also as a tool of consumer protection to prevent over-indebtedness. Such extended regulatory perspective was later shared by the EBA in its Guidelines on loan origination and monitoring (EBA/GL/2020/06 – “LOGL”).²

* PhD “Diritto, Mercato e Persona” Ca' Foscari University, Venice; Directorate General for Consumer Protection and Financial Education, Bank of Italy. This contribution expresses exclusively the personal opinion of its authors and does not, in any case, bind the Bank of Italy.

¹ The general principle of sound and prudent management is enshrined in Article 5 of Consolidated Law on Banking (TUB). See *ex multis* BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, Bologna, 2021, 209; Minneci, *La verifica del merito creditizio: una valutazione a sua volta insindacabile?*, in *Riv. trim. dir. econ.*, Suppl. n. 2 al n. 3, 2021, 354; INZITARI, *L'azione di massa per abusiva concessione di credito nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2021, 1125 ss.; BENEDETTI, *La ridefinizione della fattispecie della concessione abusiva di credito ad opera della Cassazione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, II, 173 ss.; INCUTTI, *Concessione abusiva del credito: profili di responsabilità e strumenti di tutela*, in *Riv. dir. impr.*, 2022, 221 ss. See also *Explanatory Note on the EBA's Comprehensive approach to loan origination*.

² In fact, to align financial institutions' CWA practices with consumer protection rules, the LOGL specify that the information



Over the last years, rapid technological developments further changed the credit market facing both creditors and borrowers with new opportunities and risks.³ A pivotal role in this ongoing market evolution is played by the ability of the latest machine-based systems to show unprecedented levels of autonomy, adaptiveness and ability to infer knowledge from the input they receive, also referred to as Artificial Intelligence (AI) systems under the recently adopted Artificial Intelligence Act (hereinafter AIA).⁴

In fact, although the business of assembling or evaluating consumer credit information have existed for decades,⁵ Big Data and AI systems have sharply enhanced creditors capabilities to make creditworthiness inferences from both traditional and alternative data (e.g. data on geolocation, POS transactions and digital footprint)⁶ as well as to translate into a numerical expression the probability of a consumer or business to repay a loan regularly and in full (i.e. credit score).

Therefore, it was in the context of the latest rise of so-called “cheap & fast” decision-making solutions, that concepts such as those of algocracy⁷ and algorithmic surveillance⁸ begun to surface. It is nowadays no-

underlying the CWA should “consider the current and prospective borrower’s economic and financial situation and avoid inducing undue discomfort and excessive indebtedness” and that “creditors should have sufficient, accurate and up-to-date information and data to assess the creditworthiness and risk profile of the client before concluding a credit agreement”.

³ For further details on the risks and benefits associated with the ML systems, RABITTI, *Credit scoring via machine learning and responsible lending*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, 175. For an in-depth analysis of the notion of “creditworthiness” from a comparative perspective and of the critical interaction between policies of access to credit, financial inclusion, and responsible lending, N. VARDI, *Creditworthiness and ‘responsible Credit’: A Comparative Study of EU and US Law*, Brill/Nijhoff, 2022. In the United States, anti-discrimination regulations regarding credit have been in place for many decades. With special reference to credit transactions, the Fair Housing Act (FHA) of 1968 and the Equal Credit Opportunity Act (ECOA) of 1974 prohibit discriminatory practices based on race, religion, national origin, sex, disability, age and familial status. In the literature, specifically concerning advanced credit scoring systems, see P. HALL-B. COX-S. DICKERSON-A. RAVI KANNAN-R. KULKARNI-N. SCHMIDT, *A United States Fair Lending Perspective on Machine Learning*, in *Frontiers in Artificial Intelligence*, vol. 4, art. 695301, June 2021, 2.

⁴ Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on Artificial Intelligence and amending Regulations (EC)No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828.

⁵ In the US the first legal act on the consumer credit reporting industry is the Fair Credit Reporting Act and dates back to 1970. For further details on the historic evolution of credit scoring practices see *Credit Scoring Approached Guidelines*, World Bank Group, 2019 available at <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/935891585869698451-0130022020/original/CREDITSCORINGAPPROACHESGUIDELINESFINALWEB.pdf>.

⁶ When talking about AI systems applied to credit scoring, we refer to the type of data used or to the type of models with which this data is processed, namely, the highly complex algorithmic models that can capture “non-linear” connections between data. For an in-depth look at machine learning techniques and their applications in credit scoring: A.A. NAIK-N.B. SHELOKAR, *Machine Learning Applications in Credit Scoring: Techniques and Applications*, CRC Press, 2021.

See also L. GAMBACORTA-Y. HUANG-H. QIU, J. WANG, *How do machine learning and non-traditional data affect credit scoring? New evidence from a Chinese fintech firm*, in *BIS Working Papers* n. 834, December 2019, 20, according to which scoring systems based on the use of machine learning and Big Data have a better predictive ability, compared with traditional systems, because they make better use of non-linear connections among variables. However, according to this study, the comparative advantage tends to be inversely proportional to the duration of the credit relationship. An example of a credit scoring model based on alternative data is the project presented by Experian Italia S.P.A. via the 2021 call for Proposals issued by the Bank of Italy’s Milano Hub (the innovation centre designed to promote digital finance). Experian’s digital credit scoring model is indeed powered by “digital data insights” such as the digital footprint left by the client when browsing websites or the metadata stored on mobile devices.

⁷ The term “algocracy” was used for the first time by ANEESH, *Virtual Migration. The Programming of Globalisation*, Duke University Press Book, 2006. Alternatively referred to as ‘big data scoring’ or ‘alternative data scoring’: M. HURLEY-J. ADEBAYO, *Credit Scoring in the Era of Big Data*, in 18 *Yale Journal of Law and Technology* 148, 2016; H. WANG-C. LI-B. GU-W. MIN, *Does AI-based Credit Scoring Improve Financial Inclusion? Evidence from Online Payday Lending*, in (short paper), *ICIS 2019 Proceedings 20* (https://aisel.aisnet.org/icis2019/blockchain_FinTech/blockchain_FinTech/20). For insights into ethical considerations and fairness issues in applying AI to credit scoring: S. BAROCAS-M. HARDT-A. NARAYANAN, *Fairness and Machine Learning: Limitations and Opportunities*, MIT Press, 2019; SILVEIRA, *Automated individual decision-making and profiling*, in *EU Law Journal* 2023, 8(2), 74.

⁸ See Report on Artificial Intelligence: *Artificial Intelligence and Data Protection: Challenges and Possible Remedies* (Consulta-



torious that algorithmic credit scoring could exacerbate risks of discrimination and distributional unfairness inherent in any statistical system.⁹ This is especially true if AI's opacity, complexity, dependency on data and the risk of human overreliance are not properly addressed.¹⁰ Hence, it is not surprising that the necessity to set boundaries to safeguard a number of fundamental rights potentially threatened by AI (e.g. human dignity (Article 1 EUCHR), respect for private life and protection of personal data (Articles 7 and 8 EUCHR), non-discrimination (Article 21 EUCHR), special groups' rights (Article 28 EUCHR)) is gaining more and more regulatory momentum.

The objective to promote a sustainable and human-centric technological development is at the core of the so-called industry 5.0.¹¹ However, as clearly stated also in the Draghi Report,¹² this growing regulatory production can multiply administrative burdens on companies and ultimately hinder technological innovation and economic growth. This is especially true for cross-sectoral legal acts setting obligations that apply also to business sectors that are already strictly regulated.

In light of the above, the objective of this article is twofold: (i) to provide an overview of the latest regulatory and case law developments on automated credit-granting practices involving consumers (paragraph 2); and (ii) to draw an initial mapping of regulatory overlaps stemming from the newly introduced obligations for financial institutions that are providers or deployers of AI systems intended to be used to assess consumer creditworthiness (paragraph 3).

To this end, the next paragraph will describe the evolution of European and international debate on automated decision-making and its current regulatory regime under the General Data Protection Regulation (Reg. (EU) 2016/679, hereinafter GDPR), the Directive (EU) 2023/2225 of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 on credit agreements for consumers and repealing Directive 2008/48/EC (hereinafter CCD2) and the AIA. The article will then move on to highlight the overlaps as well as the differences between the transparency requirements applicable to automated credit scoring practices under the GDPR, the CCD2 and the AIA. The analysis will conclude with the discussion of the main open questions that will need to be addressed in implementing the AIA.

tive Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data, 25 January 1919 (T-PD(2018)09Rev)) 17; CEPEJ, *European Ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, adopted at the 31st plenary meeting of the CEPEJ (Strasbourg, 3-4 December 2018), 46 esp. fn. 58.

⁹For instance, models opacity and data bias: indeed, the cognitive bias incorporated in AI models can be systematically reproduced and this may compromise the validity of the model and the pureness of the results, creating a vicious cycle. See also AIA, Recitals 5 and 61. Also, in Machine Learning (ML) systems, while a properly representative dataset could minimise the risk of group's under or over representation, an inadequate one could generate a dangerous feedback loop where distortion in data selection can be confirmed and reinforced.

¹⁰See also BONACCORSI DI PATTI, CALABRESI, DE VARTI, FEDERICO, AFFINITO, ANTOLINI, LORIZZO, MARCHETTI, MASIANI, MOSCATELLI, PRIVITERA, RINNA, *Artificial Intelligence in credit scoring. An analysis of some experiences in the Italian financial system*, in *Questioni di Economia e Finanza* (Occasional Papers) 721, Bank of Italy, Economic Research and International Relations Area. The paper, which provides insights on the adoption of (AI-ML) techniques by Italian financial intermediaries survey, is available in Italian at this link: https://www.bancaditalia.it/publicazioni/qef/2022-0721/QEF_721_IT.pdf.

¹¹EUROPEAN COMMISSION, *Industry 5.0* (https://research-and-innovation.ec.europa.eu/research-area/industrial-research-and-innovation/industry-50_en); EUROPEAN COMMISSION, *ERA industrial technologies roadmap on human-centric research and innovation for the manufacturing sector*, 2024 available at ERA industrial technologies roadmap on human-centric research and innovation for the manufacturing sector – Publications Office of the EU (europa.eu).

¹²The future of European competitiveness, Part B – In-depth analysis and recommendations, September 2024, 317 available at https://commission.europa.eu/document/download/ec1409c1-d4b4-4882-8bdd-3519f86bbb92_en?filename=The%20future%20of%20European%20competitiveness_%20In-depth%20analysis%20and%20recommendations_0.pdf.



2. – 2.1. – The notion of algorithmic transparency in automated decision-making was originally conceived as a data protection issue and, from this perspective, have been thoroughly discussed over the last years.¹³ Indeed, the so called “black box problem”, earlier also referred to as the “scored society”,¹⁴ was first raised in 2015 from a philosophical perspective by Frank Pasquale who used this expression to indicate “a system whose workings are mysterious; [as] we can observe its inputs and outputs, but we cannot tell how one becomes the other”.¹⁵

This notwithstanding, the first legislative provision on automated decisions dates to almost forty years earlier as it can be found in article 2 of the January, 6th 1978 French law on *informatique, aux fichiers et aux libertés* stating that “[a]ucune décision de justice impliquant une appréciation sur en comportement humain ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé d’informations donnant une définition du profil ou de la personnalité de l’intéressé”.

At the international level, a first legislative attempt to address automated data processing was made on 28 January 1981 with the original Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (Convention 108). Indeed, Article 8 thereof provided for additional safeguards including the ability of any person “to establish the existence of an automated personal data file, its main purposes, as well as the identity and habitual residence or principal place of business of the controller of the file”.¹⁶

In 1995 the European legislator introduced a similar provision in the first Directive on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (Directive 95/46/EC). Namely, Article 15 on “automated individual decisions” provided for data subjects’ right “not to be subject to a decision which produces legal effects concerning him or significantly affects him and which is based solely on automated processing of data intended to evaluate certain personal aspects relating to him, such as his performance at work, creditworthiness, reliability, conduct, etc.”. In 2016 this right flowed into Recital 71 and Article 22 GDPR.

These legislative attempts to regulate automated decisions were however fairly ignored for decades to the point where the right not to be subject to automated decisions was even defined a “second-class data protection right”.¹⁷

The first scholars to ever theorize the existence of a right to “receive an explanation for algorithmic decisions” were Goodman and Flaxman who, shortly after the repeal of Directive 95/46/EC and the adoption of

¹³ M. HILDEBRANDT, *FAT* 20 (Conference on Fairness, Accountability, and Transparency)*, Barcelona, January 2020); Z. PAPACHARISSI (ed.), *A Networked Self and Human Augmentics*, in *Artificial Intelligence, Sentience*, Routledge, 2019; G. RESTA, *Governare l’innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 2019, 2, 199; UK Information Commissioner’s Office (ICO), *Feedback request – profiling and automated decision-making* (2017) 19, and *Article 29 Working Party, Guidelines on Automated*; BURRELL, *How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *1 Big Data & Society* 1-2, 2016. See also B. LEPRI-J. STAIANO-D. SANGOKOYA-E. LETOUZÉ-N. OLIVER, *The Tyranny of Data? The Bright and Dark Sides of Data-Driven Decision-Making for Social Good*, in T. CERQUITELLI-D. QUERCIA-F. PASQUALE (eds.), *Transparent Data Mining for Big and Small Data*, in *Studies in Big Data*, Vol. 11, Springer, 2017, 12.

¹⁴ D. KEATS CITRON-F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *89 Washington Law Review* 10, 2014. See also J. VAN DIJCK, *Datafication, Dataism and Dataveillance: Big Data Between Scientific Paradigm and Ideology*, in *12 Surveillance & Society* 2, 2014, 197-208.

¹⁵ G. HARMAN, *Prince of Networks: Bruno Latour and Metaphysics* (re.press 2009) 37 and mentioned by F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information* (HUP 2015) 4 and 222, especially fn 7.

¹⁶ CETS 108 – Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (coe.int).

¹⁷ I. MENDOZA-L.A. BYGRAVE, *The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling*, in T.E. SYNODINOU-P. JOUGLEUX-C. MARKOU-T. PRASTITOU (eds.), *EU Internet Law. Regulation and Enforcement*, Springer International Publishing AG, Cham, 2017, 77 e 80.



the GDPR, argued that the combined reading of articles 13 (2)(f), 14(2)(g), 15(1)(h) and 22 GDPR enshrined controllers' duty to provide data subjects with "meaningful information about the logic involved" in automated decision making.¹⁸

Many legal scholars followed by discussing and further developing this interpretative assumption¹⁹ while, on the legislative side, the Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data of 18 May 2018 (so called Convention 108+)²⁰ expressly provided for data subjects' right to "to obtain, on request, knowledge of the reasoning underlying data processing where the results of such processing are applied to him or her" (Article 9) following the regulatory footsteps traced by the GDPR.

At the same, the European Parliament joined these efforts by adopting Resolutions of 16 February 2017 and of 12 February 2019 to promote human-centric AI by setting ethical rules to provide, *inter alia*, transparency of algorithmic decision-making²¹ "to reduce the AI system's computations to a form comprehensible by humans; [and to equip advance robots] with a 'black box' which records data on every transaction carried out by the machine, including the logic that contributed to its decisions".²²

2.2 – It is undisputed that a decision on a credit application based on the automated processing of personal data is potentially covered by Article 22 GDPR as it significantly affects data subjects access to fundamental services. Indeed, both Recital 71 GDPR and the explanatory note to Convention 108+²³ exemplify the risks posed by automated decisions therein regulated as those affecting data subjects' ability to access credit.

¹⁸ B. GOODMAN-S. FLAXMAN, *European Union regulations on algorithmic decision-making and a "right to explanation"*, in (2017) 38 *AI Magazine* 3 first presented at 2016 ICML Workshop on Human Interpretability in Machine Learning (WHI 2016), New York, NY. For an opposite point of view see S. WACHTER-B. MITTELSTADT-L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in 7 *International Data Privacy Law* 2 76, 2017.

¹⁹ See for example G. MALGIERI-G. COMANDÈ, *Why a right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in 7 *International Data Privacy Law* 4 243, 248, 2017; S. BAROCAS-A. D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, in 104 *California Law Review* 671, 680, 2016; J. BURRELL, *How the machine 'thinks': understanding opacity in machine learning algorithms*, in 1 *Big Data & Society* 1-2, 2016; B. LEPRI-J. STAIANO-D. SANGOKOYA-E. LETOUZÉ-N. OLIVER, *The Tyranny of Data? The Bright and Dark Sides of Data-Driven Decision-Making for Social Good*, in T. CERQUITELLI-D. QUERCIA-F. PASQUALE (eds.), *Transparent Data Mining for Big and Small Data*, in *Studies in Big Data*, Vol. 11, Springer, 2017, 12; L. EDWARDS-M. VEALE, *Slave to the Algorithm? Why a 'Right to an Explanation' Is Probably Not the Remedy You Are Looking For*, in 16 *Duke Law & Technology Review* 18 39, 2017; M. ANNANY-K. CRAWFORD, *Seeing Without knowing: limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability*, in 20 *New Media & Society* 3 973-989, 2016; R. TAYLOR, *No Privacy Without Transparency*, in R. LEENES-R. VAN BRAKEL-S. GUTWIRTH-P. DE HERT (eds.), *Data Protection and Privacy: The Age of Intelligent Machines*, Hart Publishing, 2017, 77; M. MATTIOLI, *Disclosing Big Data*, in 2 *Minnesota Law Review* 99 535, 2014; T. Z. ZARSKY, *"Mine your Own Business!": Making the Case for the Implications of the Data Mining of Personal Information in the Forum of Public Opinion*, in 5 *Yale Journal of Law and Technology* 1 45; A.D. SELBST-JULIA POWLES, *Meaningful information and the right to explanation*, in 7 *International Data Privacy Law* 4 233-242, 2017.

²⁰ Council of Europe, Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data (Explanatory Report of June 2018 available at ES222664_PREMS 085218 GBR 2018 Convention 108 Web.pdf (europa.eu)).

²¹ European Parliament resolution of 12 February 2019 on a comprehensive European industrial policy on Artificial Intelligence and robotics (2018/2088(INI)), §143.

²² The European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), §12. The European Parliament Resolution of 12 February 2019 provided a comprehensive European industrial policy on Artificial Intelligence and robotics and affirmed that Artificial Intelligence (AI) has the potential to enrich our lives and further our capabilities, for both individuals and the common good. At the same time, it highlighted the need for a strong policy on how to maximize these benefits and minimize the risks for society and businesses. Specifically, these are the potential distortive effects related to the use of Artificial Intelligence to make decisions regarding people, in particular, whether to grant consumers access to credit.

²³ Council of Europe, Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data (Explanatory Report of June 2018, §77).



This notwithstanding, the legal debate continued on the extent to which automated CWA and credit scoring practices actually fall within scope of application of the general prohibition set by Article 22(1) GDPR.²⁴ Indeed, for Article 22(1) GDPR to apply, three cumulative conditions must be met: (i) there must be a ‘decision’; (ii) the decision must be based solely on automated data processing or profiling; and (iii) it must legally or at least significantly affect data subjects.

The EUCJ recently addressed this interpretative question by deciding a case brought up by a consumer (OQ) who was refused a loan by a financial company following an insufficient credit score determined by a German third-party private company (Schufa).²⁵

First, both the Advocate General (AG) and the EUCJ stated that a decision within the meaning of Article 22 GDPR encompasses any public or private opinion statement with a binding character producing factual or legal consequences. Hence, by affecting a data subject’s ability to be granted credit, Schufa’s score qualifies as a private decision producing significant effects on data subjects under Article 22(1) GDPR.

Second, the EUCJ clarified that the loan refusal amounts to a decision solely based on Schufa’s score pursuant to Article 22(1) GDPR if the creditor’s decision on the loan application strongly drew on the credit score. Although this is generally a question of fact that the EUCJ leaves for national courts to answer on a case-by-case basis, it offered interpretive guidance based on the factual information provided by the referring court. Namely, the EUCJ deemed Schufa score covered by Article 22 GDPR by adopting a substantial interpretative approach to safeguard data subjects’ rights to be informed about the existence of an automated data processing and to obtain meaningful information regarding its underlying algorithmic logic, its significance and its envisaged consequences (Articles 13(2)(f), 14(2)(g) and 15(1)(h) GDPR).²⁶ In fact, although the financial company did not formally solely rely on the score transmitted by Schufa to make the final decision, empirical and statistical evidence suggested that a negative score was generally sufficient to lead to the refusal to grant credit.²⁷

²⁴ Article 22 GDPR provides for the data subject’s right not to be subject to a decision based solely on automated processing, including profiling, which produces legal effects concerning them or similarly significantly affects them. This provision does not apply to solely automated decisions necessary for entering into/performing a contract, nor to automated decisions authorised by Union or National or based on a data subject’s explicit consent. In any of these latter cases, data controllers must implement suitable safeguards for the data subject’s rights that at least encompass the right to obtain human intervention from the controller, to express their point of view and to contest the decision.

²⁵ Namely, Schufa’s business is to provide its contractual partners with scores expressing the probability regarding a person’s future behaviour (such as the repayment of a loan) formulated on the assumption that an individual will behave similarly to someone from a group of people with comparable characteristics. EUCJ, Judgement of 7 December 2023, Case C-634/21. For a complete analysis of the EUCJ Judgment: D’ORAZIO, *Il credit scoring e l’art. 22 del GDPR al vaglio della Corte di giustizia*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n. 2, 1 marzo 2024, 410. See also, FALLETTI-GALLESE, *Credit scoring and transparency between the AI Act and the Court of Justice of the European Union*, AIMMES, 2024; PIETRELLA-RACIOPPI, *Il credit scoring e la protezione dei dati personali: commento alle sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea del 7 dicembre 2023*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 6, no. 1 (2024), 16-16; FASANO, *L’interpretazione estensiva della nozione di “decisione automatizzata” ad opera della Corte di giustizia: una prospettiva più ampia ma ancora fragili tutele per le libertà fondamentali*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 6, no. 2 (2024), 15-15; ASYMINA AZA, *Scores as Decisions? Article 22 GDPR and the Judgment of the CJEU in SCHUFA Holding (Scoring) in the Labour Context*, in *Industrial Law Journal*, 2024, available at <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwae035>.

²⁶ In order to ensure a fair and transparent data processing, Articles 13 and 14 GDPR state that at the time when the personal data is obtained (either directly from data subjects or indirectly from third-party providers) data controllers must inform data subjects about, among other things, the existence of automated decision-making, including profiling, as referred to in Article 22(1) and (4) GDPR and, at least in those cases, meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject. Furthermore, pursuant to Article 15 GDPR, this information is also to be provided by controllers upon the data subject’s request. In this regard, see also EUCJ, Judgement of 7 December 2023, Case C-634/21, paras 57 and 66.

²⁷ EUCJ, Judgement of 7 December 2023, Case C-634/21, §60-62. For insights on how to overcome such interpretative assumption see below sub paragraph 3.2, esp. ft. 88.



Third, the EUCJ found that, although falling within the general prohibition set by Article 22(1) GDPR, credit decisions could still be lawfully based on automated credit scores if it is: (a) authorised by EU or national legislation pursuant to Article 22(2)(b) GDPR; (b) in line with the requirements set by Articles 5 GDPR²⁸; and (c) carried out under a legal basis set by Article 6 GDPR.²⁹ In this last regard, the EUCJ left it with the referring court to verify whether the national data protection law can be classified as a legal basis under Articles 6 and 22(2)(b) GDPR. If not, Schufa data processing would lack a legal basis, and the financial company credit decision would infringe upon the prohibition laid down in Article 22(1) of the GDPR.³⁰

2.3. – When the CCD originally entered into force in 2008 Article 8 dealt with the obligation to assess the creditworthiness of the consumer, by generally providing for creditworthiness assessment to be carried out on the basis of sufficient information obtained from the consumer (where appropriate) and from the consultation of relevant databases (where necessary). In this case, Article 9(2) CCD also required for creditors to timely provide the consumer with free information on the database consulted.

Six years later, more detailed CWA provisions were introduced in the MCD. Indeed, pursuant to Recital 55 and Article 18 MCD, the CWA shall be carried out on the basis of information on the consumer's income and expenses and other financial and economic circumstances that is necessary, sufficient and proportionate. Moreover, unlike the CCD, under Article 18(5) MCD creditors are required to inform the consumer both ahead of the consultation of a database and once the data is obtained. Furthermore, MCD expressly provides for Member states to ensure that credit is only granted to consumers when the CWA indicates that the obligations stemming from the credit agreement are likely to be fully met.

Overall, neither the CCD, the MCD nor its original implementing guidelines on CWA³¹ addressed the use of automated tools in the credit-granting process. The first reference to algorithmic CWA was indeed introduced in 2020 when the EBA published the LOGL as part of the Action Plan to tackle the high level of non-performing loans. Namely, LOGL expressly allow the use of automated models in the decision-making processes complying with the governance framework set therein.³²

²⁸ Article 5 GDPR sets seven principles relating to the processing of personal data: (i) lawfulness, fairness and transparency; (ii) purpose limitation; (iii) data minimization; (iv) accuracy; (v) integrity and confidentiality; (vi) storage limitation; (vii) accountability.

²⁹ In this regard, the AG expressed the view that of the three legal basis provided for in Article 6(1) potentially applicable in a case such as that at issue in the main proceeding (i.e. performance of a contract, compliance with a legal obligation and pursue of a legitimate interest of the controller), only the legitimate interest basis actually fits. Among other arguments, according to the AG, the legal basis of the pursuit of a controller's legitimate interest could potentially cover a regulation of a business activity that, such as Schufa's credit scoring, can contribute to the stability of the financial system and could therefore amount to an interest worth protecting if there aren't any data-protection friendlier alternatives to pursue it. However, the AG also noted that since Article 6(f) GDPR provides for a balance of the conflicting interests of the controller and of the data subject, it does not allow for the adoption of national laws that, by authorising the use of scores in the financial sector, allow controllers's economic interests to take precedence over data protection rights, without leaving interpretative room to the particular circumstances of the individual case. In fact, according to consolidated EU case law "Member States cannot definitively prescribe, for certain categories of personal data, the result of the balancing of the opposing rights and interests, without allowing a different result by virtue of the particular circumstances of an individual case. Opinion of Advocate General Pikamäe delivered on 16 March 2023, §§ 68, 71, 73-74, 87. See also EUCJ Judgement of 19 October 2016, Breyer (C-582/14, EU:C:2016:779, paragraph 62).

³⁰ EUCJ, Judgement of 7 December 2023, Case C-634/21, §71.

³¹ Guidelines on creditworthiness assessment (EBA/GL/2015/11) of 21 March 2016 to support the national implementation by Member States of the MCD, repealed by the LOGL as of 30 June 2021.

³² Namely, in Section 4 the LOGL set out supervisory expectations for institutions when their lending activities involve the use of automated models in creditworthiness assessments and credit decision-making.



In 2023 a recast text of the CCD was published (CCD2)³³ and the provision on consumer CWA was widely amended to introduce more detailed requirements. For example, as opposed to the former Article 8(1) CCD, Article 18 CCD2 now clarifies that the consumer CWA has to be “thorough”, thus setting clear quality standards for creditors to meet before concluding a credit agreement.³⁴ Also, Article 18(1) of CCD2 currently stresses that “[...] [CWA] shall be carried out in the interest of the consumer, to prevent irresponsible lending practices and over-indebtedness [...]”. Furthermore, while maintaining the possibility for creditors to consult databases, Article 18 CCD2 goes further by prohibiting social networks from being considered as an external data source under the CCD2 and by requiring an appropriate verification of the information obtained in accordance with Article 18(3) CCD2, even “through reference to independently verifiable documentation” (where necessary).

In its recast version, the CCD now also expressly addresses the use of automated processing of personal data when carrying out CWAs. More specifically, the CCD2 complements the transparency rights enshrined in the GDPR by addressing two core AI use cases for the credit industry: the price personalization to targeted consumers or groups thereof and the CWA of consumer applying for a loan.³⁵

Namely, when the price presented to consumers is personalised on the basis of automated processing of personal data (including inferred data), creditors and credit intermediaries are required to clearly display such information in both the pre-contractual forms and the actual offer, so that clients can take into account the potential risks in their purchasing decision.³⁶

On the other hand, whenever the creditworthiness assessment involves automated data processing, pursuant to Recital 56 and Article 18(8) CCD2, consumers should be able to speak to someone in person so as to: (a) request and obtain from the creditor a clear and comprehensible explanation of the CWA, including the logic and risks involved in the automated processing of personal data as well as its significance and effects on the decision; (b) express their own point of view; and (c) request the creditor to review of the CWA and its consequent credit decision.

Furthermore, pursuant to Article 18(9) CCD2, when credit refusal is based on automated data processing, the creditor shall inform the consumer of their right to request the review of the CWA and describe the procedure for contesting the credit decision.

This notwithstanding, these consumers’ rights never entail a “right to obtain credit”.³⁷

2.4. – The AIA was adopted in the pursuit of the “EU Strategy to shape the next Europe’s decade and make our future fit for the coming digital age”. In fact, the objective of the Regulation is to promote the uptake of transparent, non-discriminatory and human-centric AI (so called trustworthy AI).³⁸ To this end, the

³³ By 20 November 2025 Member States are to adopt and publish all the national provisions necessary to comply with the CCD2 to be then applied the following year. For a review of some of the most relevant provisions of the new Directive: TRAPANI, *La nuova Direttiva 2023/2225/UE sul credito al consumo: note in tema di educazione finanziaria, merito di credito e servizi di consulenza sul debito*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 3, 1 maggio 2024, 754.

³⁴ Article 18(2) also acknowledges the role of credit institutions in the creditworthiness assessment process, by stating that “Member States shall ensure that credit intermediaries accurately submit the necessary information obtained from the consumer to the relevant creditor in accordance with Regulation (EU) 2016/679 to enable the creditworthiness assessment to be carried out”.

³⁵ Recital 56 CCD2.

³⁶ Recital 46 CCD2 and Articles 10 (3)(m), 11(4)(h) and 13 CCD2.

³⁷ Recital 56 CCD2.

³⁸ Recital 1 AIA states that the “purpose of this Regulation is to improve the functioning of the internal market by laying down a



AIA introduces a proportionate risk-based AI governance framework that provides stakeholders with entrepreneurial guidance towards the development, placement and use of AI systems that can stand the test of European fundamental values.³⁹

Following the Brussel Effect, the AIA applies worldwide to providers of AI systems (including general-purpose AI models) that are either: (i) placed on the market or put into service in the Union; or (ii) producing outputs that are used in the Union. The AIA also applies to all deployers of AI systems located within the Union or deployers located in third countries but producing AI outputs used in the Union.⁴⁰

Overall, the AIA sets four different regulatory regimes for AI systems,⁴¹ depending on the intensity of the risks posed to persons' fundamental rights. Namely: (i) minimal-risk AI (e.g. spam filters) is allowed without specific restrictions;⁴² (ii) limited-risk AI (e.g. generative AI,⁴³ chatbots and deep fakes) is allowed subject to minimum transparency obligations;⁴⁴ (iii) high-risk AI (e.g. credit scoring) is allowed subject to a set of

uniform legal framework in particular for the development, the placing on the market, the putting into service and the use of Artificial Intelligence systems (AI systems) in the Union, in accordance with Union values, to promote the uptake of human centric and trustworthy Artificial Intelligence (AI) while ensuring a high level of protection of health, safety, fundamental rights as enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (the 'Charter'), including democracy, the rule of law and environmental protection, to protect against the harmful effects of AI systems in the Union, and to support innovation." In the same sense see also Article 1(1) AIA. Similarly, Recital 6 of the AIA stresses "the need to build trust, [as] it is vital for AI and its regulatory framework to be developed in accordance with Union values as enshrined in Article 2 of the Treaty on European Union (TEU), the fundamental rights and freedoms enshrined in the Treaties and, pursuant to Article 6 TEU, the Charter. As a prerequisite, AI should be a human-centric technology. It should serve as a tool for people, with the ultimate aim of increasing human well-being." These objectives follow those previously set by the European Council (Special meeting of the European Council of 1 and 2 October 2020 – Conclusions, EUCO 13/20, 2020, 6) and the European Parliament (Resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a framework of ethical aspects of Artificial Intelligence, robotics and related technologies, 2020/2012(INL)).

³⁹ This assumption is clearly expressed in Recital 3 AIA and was also stressed in previous versions of the document by stating that the "proposal lays down obligation that will apply to providers and users of high-risk AI systems. For providers who develop and place such systems on the Union market, it will create legal certainty and ensure that no obstacle to the cross-border provision of AI-related services and products emerge. For companies using AI, it will promote trust among their customers. For national public administrations, it will promote public trust in the use of AI and strengthen enforcement mechanisms (by introducing a European coordination mechanism, providing for appropriate capacities, and facilitating audits of the AI systems with new requirements for documentation, traceability and transparency)." Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts, Brussels, 21.4.2021, Com (2021) 206 Final, §3.4. On this topic see also MADIEGA, *Artificial Intelligence act, European Parliamentary Research Service (EPRS)*, in *PE 698.792*, November 2021.

⁴⁰ Article 2(1), AIA.

⁴¹ In its final drafting, AI systems are defined by Article 3(1) AIA as a "machine-based system designed to operate with varying levels of autonomy and that may exhibit adaptiveness after deployment and that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments". Hence, since a key characteristic of AI systems within the meaning of the AIA is their capability to go beyond basic data processing by inferring knowledge from any given input, the Regulation should not cover AI tools that merely execute rules set solely by natural persons (Recital 12, AIA).

⁴² In its Q&A of 12 December 2023 the European Commission defined minimal risk as that posed by a residual category of AI systems that "can be developed and used subject to the existing legislation without additional legal obligations". The European Commission also clarified that these AI systems represent the "vast majority of AI systems currently used or likely to be used in the EU fall into this category", and that in these cases AI may voluntarily choose to apply the requirements for trustworthy AI and adhere to voluntary codes of conduct. See *Artificial Intelligence – Q&As* (europa.eu).

⁴³ As clarified in Recital 99 of the AIA, Generative AI models are the most typical subset of general-purpose AI as they "allow for flexible generation of content, such as in the form of text, audio, images or video, that can readily accommodate a wide range of distinctive tasks", as opposed to so called narrow AI that performs in specific fields.

⁴⁴ According to Recital 27 of the AIA "[t]ransparency means that AI systems are developed and used in a way that allows appropriate traceability and explainability, while making humans aware that they communicate or interact with an AI system, as well as duly informing deployers of the capabilities and limitations of that AI system and affected persons about their rights". This, for ex-



financial fraud (Annex III, §5(b) AIA) or for prudential purposes to calculate credit institutions' and insurance undertakings' capital requirements (Recital 58 AIA).⁵⁰

Article 6(3) AIA provides for more general exemptions to the classification of AI systems as high-risk. Namely, an AI system listed in Annex III is exceptionally classified as not high-risk if it is alternatively or cumulatively intended to: (i) perform a narrow procedural task;⁵¹ (ii) improve the result of previously completed human activity;⁵² (iii) detect decision-making patterns or deviations from prior decision-making patterns and is not meant to replace or influence the previously completed human assessment, without proper human review;⁵³ (iv) perform a preparatory task to an assessment relevant for the purpose of the use cases listed in Annex III.⁵⁴ However, none of these exemptions apply to high-risk AI systems intended to be used for CWA or credit scoring purposes. Indeed, pursuant to Article 6(3) AIA, any "AI system referred to in Annex III shall always be considered to be high-risk where the AI system performs profiling of natural persons". Hence, since any form of CWA or credit scoring entails the processing of personal data to evaluate, analyse or predict, *inter alia*, aspects concerning that natural person's economic situation, such AI systems clearly fall within the definition of profiling within the meaning of Article 4(4) GDPR,⁵⁵ as also stated by the AG in the Schufa case.⁵⁶

3. – In light of the above, financial institutions as well as credit reporting agencies that are providers or deployers of AI systems used to evaluate the creditworthiness of natural persons or establish their credit score are subject to (at least) the requirements set by the AIA, the GDPR, the MCD, the CCD (including its recast version).

EPRS_STU(2019)624261_EN.pdf (europa.eu); BÜCKER-SZEPANNEK-GOSIEWSKA-BIECEK, *Transparency, auditability, and explainability of machine learning models in credit scoring*, in *Journal of the Operational Research Society*, 2021, 73(1), 70-90; D. WUBE-Z. ESUBALEW-F. WELDESELLASIE-G. DEBELEE, *Deep Learning and Machine Learning Techniques for Credit Scoring: A Review*, in DEBELEE-IBENTHAL-SCHWENKER-MEGERSA AYANO, (eds) *Pan-African Conference on Artificial Intelligence*, vol. 2069, Cham, Springer, 2024; HAY-LE VESCONTE, *Financial Regulation*, in KERRIGAN (ed.), *Artificial Intelligence. Law and Regulation*, Edward Elgar Publishing Limited, 2022.

⁵⁰ Originally, considering the very limited scale of the impact and the available alternatives on the market, the Commission proposed to exempt from the high-risk classification AI systems "put into service by small scale providers for their own use", but such exemption did not make it to the final drafting. However, specific derogations for SMEs (including start-ups) providers and deployers are nonetheless provided for by Articles 62-63 AIA.

⁵¹ According to Recital 53 AIA an AI system is intended to perform a narrow procedural task is for example "an AI system that transforms unstructured data into structured data, an AI system that classifies incoming documents into categories or an AI system that is used to detect duplicates among a large number of applications".

⁵² According to Recital 53 AIA an example of AI system that only provides an additional layer to a human activity would be "AI systems that are intended to improve the language used in previously drafted documents, for example in relation to professional tone, academic style of language or by aligning text to a certain brand messaging".

⁵³ According to Recital 53 AIA "[s]uch AI systems include for instance those that, given a certain grading pattern of a teacher, can be used to check *ex post* whether the teacher may have deviated from the grading pattern so as to flag potential inconsistencies or anomalies".

⁵⁴ According to Recital 53 AIA this criterion, for example, "covers, *inter alia*, smart solutions for file handling, which include various functions from indexing, searching, text and speech processing or linking data to other data sources, or AI systems used for translation of initial documents".

⁵⁵ For the definition of profiling under the AIA see Article 3(52).

⁵⁶ In the words of the AG "the scoring carried out by SCHUFA is covered by the legal definition contained in Article 4(4) of the GDPR, since that procedure uses personal data to evaluate certain aspects relating to natural persons to analyse or predict aspects concerning their economic situation, reliability and probable behaviour". See Opinion of Advocate General Pikamäe delivered on 16 March 2023, §33.



Such multi-layered regulatory framework makes it necessary, especially in highly regulated sectors such as the financial one, to assess and identify regulatory overlaps. Indeed, a clear outline of the interplay of all the relevant legal acts is pivotal to reach the AIA declared objective “to ensure consistency, avoid duplication and minimise additional burdens” on both providers and deployers of AI systems.⁵⁷

Along these lines, the next paragraphs will draw an initial map of the main regulatory implications and overlaps both in terms of consumers’ rights and creditors’ obligations concerning the use of AI-based credit granting processes.

3.1. – Chapter III, Section 3 AIA provides for a set of obligations placed on all actors across the high-risk AI value chain, namely providers (Articles 16-22), importers (Article 23), distributors (Article 24) and deployers (Article 26). These obligations have a horizontal nature, as they are meant to apply across sectors, but are also complementary inasmuch as their application “should be without prejudice to existing Union law, notably on data protection, consumer protection, fundamental rights, employment, and protection of workers, and product safety”.⁵⁸

More specifically, every high-risk AI system shall be designed and developed: *(i)* on the basis of training, validation and testing data sets that meets the quality standards set by Article 10 AIA; *(ii)* to ensure sufficient operative transparency thus enabling deployers to interpret the system’s output and use it appropriately;⁵⁹ *(iii)* to allow for effective human oversight over their use in order to minimise the risks to fundamental rights pursuant to Article 14 AIA; *(iv)* to achieve an appropriate level of accuracy, robustness, and cybersecurity, and consistently perform throughout its lifecycle.⁶⁰ Providers of high-risk AI systems shall ensure (and prove upon request of a national competent authority) that their high-risk AI systems are compliant with these requirements or otherwise immediately take any necessary corrective action to withdraw, disable or recall the AI system.⁶¹

In addition, for each high-risk AI system providers shall: *(i)* affix the CE marking;⁶² *(ii)* register it in the EU database for high-risk AI systems listed in Annex III set up and maintained by the Commission;⁶³ *(iii)* draw up a declaration of conformity and keep it at the disposal of the national competent authorities for 10 years after its placing on the market or put into service.⁶⁴

Against this background, the AIA expressly addresses regulatory overlaps stemming from the obligations set on providers and deployers that are financial institutions subject to requirements regarding internal governance, arrangements or processes established pursuant to the relevant Union financial services legislation.⁶⁵

⁵⁷ Recital 64 AIA.

⁵⁸ Recital 9 AIA.

⁵⁹ Article 13 AIA.

⁶⁰ Article 15 AIA.

⁶¹ Articles 16 and 20 AIA.

⁶² Pursuant to Article 48 AIA and Article 30(3) Reg. (EC) No 765/2008 by affixing the CE marking the provider indicates that he takes responsibility for the conformity of the AI system with all applicable requirements set out in the relevant Union harmonisation legislation providing for its affixing.

⁶³ Articles 49 and 71 AIA.

⁶⁴ Pursuant to Article 47 AIA, the content of the declaration of conformity is regulated by Annex V and includes, for example, the identification of the provider, a statement of conformity of the AI system with the AIA and, where personal data processed, with the GDPR as well.

⁶⁵ Recital 158 AIA.



First, at the governance level, the AIA states that competent authorities as defined in Regulation (EU) No 575/2013 (CRR), CCD, MCD, Directives 2009/138/EC (Solvency II), 2013/36/EU (CRD) and 2016/97/EU (IDD) should be preferably designated by Member States as Market Surveillance Authorities (MSAs) for the purpose of supervising the implementation of the AIA with regard to AI systems provided or used by regulated and supervised financial institutions in direct connection with the provision of those financial services.⁶⁶

Secondly, to further enhance regulatory consistency and avoid duplications, the AIA provides for several derogations concerning obligations for providers of high-risk AI systems that are regulated financial institutions.⁶⁷ For example, providers of high-risk AI systems are generally required to put in place a quality management system documented through written policies, procedures and instructions at least including the aspects mentioned in Article 17 AIA. However, for providers that are credit or financial institutions this obligation is deemed to be mostly fulfilled by complying with the internal governance rules set by the relevant Union financial law. More specifically, providers of high-risk AI systems are only required to integrate in their existing internal governance setup: (i) a risk management system regulated by Article 9 AIA;⁶⁸ (ii) a post-market monitoring system regulated by Article 72 AIA; and (iii) a function for the reporting of serious incidents pursuant to Article 73 AIA.⁶⁹

Similarly, unlike other providers of high-risk AI systems, financial institutions are allowed to keep both the logs automatically generated⁷⁰ and the technical documentation⁷¹ required under Articles 10 and 18 AIA as part of the documentation kept under the relevant Union financial services legislation.⁷²

Lastly, providers of AI systems intended for credit scoring or assessment purposes, prior to its placing on the market, shall also follow a conformity assessment procedure that does not involve a notified body but that is part of their internal controls.⁷³

A similar set of derogations also applies to deployers of high-risk AI systems that are credit or financial institutions.

Generally, deployers are required to take all the appropriate technical and organisational measures to ensure they use high-risk AI systems in accordance with their instructions of use and that the natural persons assigned to ensure human oversight of the high-risk AI systems have the necessary competence, training and authority. Deployers are also required to monitor the operation of the high-risk AI system on the basis of the instructions of use and when relevant, inform providers.

However, for deployers that are credit or financial institutions this monitoring obligation is deemed to be

⁶⁶Under the AIA, Member States are still allowed to identify different national authorities but only “in appropriate circumstances, and provided that coordination is ensured”. Article 74(6) and Recital 158 AIA.

⁶⁷Originally, Article 9(9) of the 2021 AIA Proposal (COM(2021) 206 final) derogated the risk monitoring duties only with regard to providers that were credit institutions regulated by Directive 2013/36/EU. This led legal scholars to envisage possible regulatory disparities among commercial banks and, for example, investment firms. See AMMANNATI-GRECO, *Piattaforme digitali, algoritmi e Big Data: il caso del credit scoring*, in AMMANNATI-CANEPA-GRECO-MINNECI, *Algoritmi, Big Data, Piattaforme digitali*, Giapichelli, 2021, 193.

⁶⁸Pursuant to Article 9(2) AIA “[t]he risk management system shall be understood as a continuous iterative process planned and run throughout the entire lifecycle of a high-risk AI system, requiring regular systematic review and updating” and aimed at identify risks and adopt appropriate risk management measures.

⁶⁹Article 17(4) AIA.

⁷⁰Articles 18(2) and 19(2) AIA.

⁷¹Articles 12 and 19 AIA.

⁷²This is true, where applicable, also for deployers that are financial institutions. See Article 26(6) AIA.

⁷³Article 43 and Annex VI AIA.



fulfilled by complying with the rules on internal governance arrangements, processes and mechanisms pursuant to the relevant financial service legislation.

Furthermore, banking entities deploying a high-risk AI system intended for credit scoring or CWA purposes are specifically required to perform, prior to its deployment, a fundamental rights impact assessment (FRIA) of the AI system. However, if deployers are already required to carry out a data protection impact assessment (DPIA) pursuant to either Article 35 GDPR or Article 27 of Directive (EU) 2016/680 both these impact assessments shall be carried out in conjunction and by using also the information provided under Article 13 AIA. Indeed, some of the information included in the FRIA overlap with aspects already covered by the DPIA (e.g. with regard to the description of the categories of natural persons likely to be affected by the AI system and the specific risks posed in their regard). Hence, in order to avoid any additional and unnecessary burden on deployers, the FRIA will ultimately be integrated into the DPIA. To this end, the AI Office will develop a questionnaire template that deployers will be able to use to meet this obligations.⁷⁴

Ultimately, the overarching objective of these derogations is to partially integrate providers' and deployers' procedural obligations into similar obligations and procedures the already existing under the CRD and, more limitedly, under the GDPR, CCD and MCD.

These legislative approach, although positively aimed at minimizing administrative burdens for financial institutions, will pose significant challenges in both designating national MSAs and actually carrying out market surveillance tasks under the AIA.

First, the integration of AIA obligations into the existing CRD framework may pose significant challenges in setting up and performing efficient market surveillance. Indeed, while the risk management and internal governance set up implemented under the CRD responds to the overall objective of ensuring the safety and soundness of credit institutions, the quality and risk management obligations provided by the AIA are instrumental in reaching the overarching goal of protecting health, safety and fundamental rights of persons that could potentially be affected by abusive AI systems.

This inherent, prevailing, prudential nature is true also for other Union financial legal acts potentially overlapping with the AIA, such as the Capital Requirements Regulation (n. 575/2013/EU, CRR), but also for other level two Guidelines, such as those on internal governance.⁷⁵

Furthermore, as mentioned, even CCD and MCD provisions are currently not focused on ensuring that credit-granting decisions consider consumers' best interests:⁷⁶ only under the CCD2 creditors will be explicitly required to take into account consumers' overall indebtedness while assessing their creditworthiness.

However, the integration of obligations aimed at protecting fundamental rights into a governance and risk management framework designed to ensure financial stability will blur the line between conduct and prudential supervision over financial institutions. For example, as pointed out by the ECB,⁷⁷ while the SREP has an *ex post* and prudential set-up, the AI conformity assessment is part of an *ex ante* internal control carried out

⁷⁴ Recital 96 and Article 27 AIA.

⁷⁵ EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Guidelines on internal governance under Directive 2013/36/EU* (luglio 2021, EBA/GL/2021/05).

⁷⁶ The EC Final Report on "Study on possible impacts of a revision of the CCD", published in May 2021, pointed out that the Directive does not include specific obligations to ensure that consumer credit is devised and marketed to consumers in their best interest. In this regard, one of the issues is that Article 8(1) of the CCD "does not establish whether the assessment should be creditor-focus (i.e. risk assessment) or borrower-focused (i.e. affordability assessment), a dichotomy which according to some scholars, is a sign that creditworthiness are not necessarily carried out in the best interests of the consumer".

⁷⁷ Opinion of the ECB of 29 December 2021 on a proposal for a regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (CON/2021/40).



by the provider to evaluate elements that might not be prudential in nature. Also, although the ECB does not plan on taking on any role as MSA,⁷⁸ the AIA clarifies that national MSAs supervising credit institutions regulated under the CRD should timely report to the ECB any information of potential interest for prudential supervision.⁷⁹ Therefore, at the implementation stage, what will play a pivotal role in actually reducing duplications and administrative burdens for the industry will be the ability of designated MSAs to effectively exchange information and cooperate at both national and Union level.⁸⁰

Moreover, the AIA does not expressly address all potential overlaps stemming from the obligations therein set on providers and deployers that are financial institutions. For instance, pursuant to Article 15 AIA, high-risk AI systems shall be designed and developed in such a way that they achieve an appropriate level of accuracy, robustness (e.g. through technical redundancy solutions, including backup or fail-safe plans), and cybersecurity. Also, as mentioned, pursuant to Articles 13(1) and 14(1) AIA, high-risk AI systems shall allow for human oversight and shall be transparent for deployers. However, it remains to be assessed if and to what extent financial institutions are already required to ensure similar standards under other legal acts such as, *inter alia*, the Regulation on digital operational resilience for the financial sector (DORA, e.g. Article 6)⁸¹ and the Regulatory Technical Standards on ICT risk management framework (e.g. Articles 21 and 23).

3.2. – With specific regard to automated credit-granting processes, another level of regulatory complexity stems from the partially overlapping scope of application of the individual right to an explanation set by Articles 22 GDPR, 18 CCD2 and 86 AIA.⁸²

Namely, pursuant to Recital 171 and Article 86 AIA natural persons affected by decisions based mainly upon the output of a high-risk AI system should have the right to obtain from the deployer clear and meaningful explanations if such decisions produce legal effects or similarly significantly and adversely affect their health, safety and fundamental rights. Such explanation shall convey a description of the role of the AI system in the decision-making procedure and the main elements of the decision taken.

Furthermore, like Recital 71 GDPR, Recital 58 AIA recognizes that credit scoring and creditworthiness assessment practices significantly affect fundamental rights of natural persons “since they determine those persons’ access to financial resources or essential services such as housing, electricity, and telecommunication services”.⁸³

This provision extensively overlaps with the rights enshrined in Articles 13(2)(f), 14(2)(g), 15(1)(h) and 22 GDPR⁸⁴ as well as in Article 18(8)(a) CCD2. Indeed, as mentioned, both the CCD2 and the GDPR ad-

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Article 74(7) AIA.

⁸⁰ Pursuant to Article 70(2) AIA, Member States shall communicate to the Commission the identity of the notifying authorities and the market surveillance authorities and the tasks of those authorities by 2 August 2025.

⁸¹ Regulation (EU) 2022/2554 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on digital operational resilience for the financial sector and amending Regulations (EC) No 1060/2009, (EU) No 648/2012, (EU) No 600/2014, (EU) No 909/2014 and (EU) 2016/1011.

⁸² GAGGERO-VALENZA, *Le nuove prassi valutative del merito creditizio tra GDPR, CCD II e AI Act-New Creditworthiness assessment practices between GDPR, CCD II and the AI Act*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 1 (2024).

⁸³ Also, Recital 171 AIA stresses that the “explanation should be a clear and meaningful and should provide a basis on which the affected persons are able to exercise their rights”.

⁸⁴ For an Italian comment see VALENZA, *Modelli innovativi di valutazione del merito creditizio: contesto normativo e prospettive di regolamentazione*, in PROTO (ed.), *Umano e non umano nelle relazioni tra intermediari e clienti*, Pacini Giuridica, 2024, 107. For an ex-



dress automated decision-making processes affecting natural persons by providing for consumers/data subjects right to obtain human intervention, to express their view and to obtain an explanation of the automated decision.⁸⁵

However, while Article 18 CCD2 and Article 86 AIA respectively refer to creditworthiness assessments and decisions that “involve the use of automated data processing” or are “mainly based” on automated outputs, the wording of Article 22 GDPR only refers to “solely” automated decisions. As mentioned, the EUCJ in the Schufa’s judgment nonetheless excluded a formalistic approach by clarifying that Article 22 GDPR also applies to credit decisions that draw strongly on the automated score even if the final decision formally rests with a third human party. Hence, the GDPR, the CCD2 and the AIA convey a similar explainability standard: the right to obtain clear, comprehensible and meaningful information on the logic, the risks, the significance, the effects, the functioning and the main elements (i.e. the main parameters and their respective weight) of the automated decision-making process.

Incidentally, it is worth noticing that the EUCJ’s stance on the Schufa case was based on the assumption that a formal interpretation of Article 22 GDPR would deprive data subjects of their right to obtain an explanation, to contest and to obtain a review of a credit-decision took on the basis of an automated credit score or CWA.⁸⁶

Therefore, this interpretative approach could change once the AIA and the CCD2 apply and provide affected persons with similar rights irrespective of how strongly the decision draws on the automated output.

The AIA expressly addresses this regulatory overlap by clarifying its residual nature. Namely, Article 86(3) AIA states that it only applies if the right therein enshrined is not already recognized under other Union legal acts. Hence, it can be inferred that in cases of AI systems intended for credit scoring or CWA purposes, Article 86 AIA would not apply unless the affected natural person does not qualify as either a data subject under the GDPR or a consumer under the CCD2. Indeed, Article 86 AIA appears to have a wider scope of subjective application inasmuch as it covers automated CWA or credit scoring practices affecting natural persons not qualifying as consumers and irrespective of whether the AI systems processed personal data.

With regard to the CCD2-GDPR interplay, Recital 30 CCD2 clarifies that it leaves unprejudiced the GDPR “which applies to any processing of personal data carried out by creditors and credit intermediaries falling within the scope of the CCD2”. Hence, by setting a stricter general prohibition of solely automated decisions Article 22 GDPR should prevail and apply, unless the creditor provides statistical and empirical evidence proving that the credit decision is not *de facto* solely or strongly based on the automated output.⁸⁷

tra-EU comment on the regulatory proposal see, for example, VEALE-BORGESIUS, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act*, in *Computer Law Review International*, 4, 2021, 104; SMUHA-AHMED-RENGERSB-HARKENS-MACLAREN-PISELLI-YEUNGG, *How the EU Can Achieve Legally Trustworthy AI: A Response to the European Proposal for an Artificial Intelligence Act*, Elsevier, August 2021, 54.

⁸⁵ Recital 71 GDPR.

⁸⁶ Opinion of the Advocate General, § 48; EUCJ, Judgement of 7 December 2023, Case C-634/21, §63-64.

⁸⁷ Such a burden of proof could be met, for example, where the creditor provides evidence that a loan was granted, in similar circumstances, despite a negative credit score or, on the opposite, that a credit application was refused on similar grounds in multiple cases notwithstanding the positive credit score assigned. Indeed, a similar standard of proof is required to prove the ancillary nature of insurance policies vis-à-vis the conclusion of a consumer credit contract. Namely, according to the Banking and Financial Ombudsman (ABF)’s case law, even when the insurance policy is defined as optional in the contract, it shall be assumed to be compulsory (and therefore included in the calculation of the annual percentage rate (APR)), when: (a) it is a credit insurance policy; (b) the policy and the loan agreement are signed at the same time and have the same duration; and (c) the insurance indemnity is linked to the residual debt. However, the intermediary may provide proof to the contrary, for instance by producing other personal loan contracts granted without an insurance policy to different customers with the same creditworthiness as the complainant and under conditions similar to those of the loan under examination. See, for example, ABF decision n. 23718/2020 (available in Italian). More gen-



If such proof is not provided, a CWA could be lawfully drawn from an automated credit score only if (a) authorized by law and (b) based on a lawfulness basis pursuant to Articles 22(2)(b) and 6(1) GDPR. More specifically, as clarified in the Schufa judgement, credit decisions based on automated processing of personal data would be exceptionally allowed under Article 22(2)(b) GDPR if Article 18 CCD2 qualifies as a law authorizing it. Should this be the case, private credit information agencies could then invoke the lawfulness basis of the pursuit of a legitimate interest to carry out automated CWAs (by also proving that there aren't any data friendlier ways to perform their tasks). On their part, banks and other financial companies could also invoke the lawfulness basis of the compliance with a legal obligation since they are required by law to carry out a creditworthiness assessment.

Alternatively, Article 18 CCD2 could be regarded as a *lex specialis* derogating the cross-sectoral provision set by Article 22 GDPR. In this case, however, in order to avoid diminishing consumer rights, Articles 13(2)(f), 14(2)(g) and 15(1)(h) GDPR should still apply. Indeed, while the GDPR and the AIA provide for both *ex ante* and *ex post* explanatory duties by requiring creditors to provide clients with information on the AI systems in general but also of the decision reached, the CCD2 wording seems to suggest an information duty *vis-à-vis* consumers that only applies once a creditworthiness assessment has been carried out as it never refers to general information on the functioning of the decision-making procedure before a decision has been reached. Such information would therefore need to be conveyed to consumers as data subjects pursuant to the GDPR since any creditworthiness assessment implies the processing of their personal data.⁸⁸

The problems stemming from the implementation of the right to obtain an explanation of automated credit decisions do not end with the identification of the applicable law. Indeed, even before the adoption of the AIA and the CCD2, the legal debate on the intelligibility of automated decisions gradually shifted from the *an* to the *quomodo* of algorithmic transparency. In this regard, scholars discussed many explanation models, such as: (i) the “counterfactual explanation” (consisting in providing data subjects with information about “the smallest change to the world that can be made to obtain a desirable outcome”, i.e. the so called “closest possible world” scenario);⁸⁹ (ii) the “demographic-based” explanation (involving the disclosure of the relevant characteristics the addressee of the automated decision shares with other people who received a similar automated outcome);⁹⁰ (iii) the “performance-based” explanation (through which data subjects are informed about the percentage of people sharing their characteristic that received an erroneous automated outcome).⁹¹

It is beyond the scope of this article to discuss the details of each solution and their ability to meet the transparency threshold set by the GDPR,⁹² it is however of pivotal importance to stress that despite these

erally, for an overview of the Ombudsman's case law see the Abridged version of the Annual Report available in English at <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/abf/relazione-annuale/index.html>.

⁸⁸ Like Articles 13(2)(f), 14(2)(g) and 15(1)(h) GDPR, Article 26(11) AIA provides for “deployers of high-risk AI systems referred to in Annex III that make decisions or assist in making decisions related to natural persons shall inform the natural persons that they are subject to the use of the high-risk AI system.”

⁸⁹ S. WACHTER-B. MITTELSTADT-C. RUSSELL, *Counterfactual Explanations without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR*, in 31 *Harvard Journal of Law & Technology* 2 25, 2018.

⁹⁰ M. HILDEBRANDT, *The Dawn of a Critical Transparency Right for the Profiling Era*, in J. BUS-M. CROMPTON-M. HILDEBRANDT-G. METAKIDES (eds), *Digital Enlightenment Yearbook 2012* (IOS Press 2012) 49. See also A. MANTELERO, *Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection*, in 32 *Computer Law & Security* 238, 2016; L. KAMMOURIEH *et al.*, *Group Privacy in the Age of Big Data*, in L. TAYLOR-L. FLORIDI-B. SLOOT (eds.), *Group Privacy. New Challenges of Data Technologies*, in *Philosophical Studies Series*, Vol. 126, Springer, 2017, 43.

⁹¹ L. EDWARDS-M. VEALE, *Slave to the Algorithm? Why a ‘Right to an Explanation’ Is Probably Not the Remedy You Are Looking For*, in 16 *Duke Law & Technology Review* 18 55, 2017.

⁹² For further details on this topic see also C. TABARRINI, *Understanding the Big Mind. Does the GDPR Bridge the Human-*



scholarly efforts the issue of what amounts to a “meaningful explanation” of an automated decision still remains unsolved.

In this regard, compared to Recital 71 GDPR, Recital 56 CCD2 makes an additional effort by clarifying that a comprehensible explanation entails a description “of the functioning of the automated processing used, including the main variables, the logic and risks involved”.

The reference to the main variables also recalls the wording used by the provisions of the Omnibus Directive⁹³ and the Platform to Business (P2B) Regulation⁹⁴ together known as the “New Deal for Consumers” regulatory package. Indeed, both regulatory acts provide for information duties aimed at informing the weaker part of the B2C/B2P contractual relationship (respectively the consumer and the business) of the main parameters determining the ranking of offers presented on the platform as a result of the search query, as well as the relative importance of those parameters as opposed to other parameters.⁹⁵

Lastly, both the Digital Market and Digital Services Acts reiterated the importance to provide clear, plain, intelligible, user-friendly and unambiguous information on algorithmic decision-making and human review as well as on profiling practices (including, but not limited to, profiling within the meaning of Article 4(4) GDPR) to enable end users to be aware of such practices and facilitate contestability.⁹⁶ These provisions therefore add on the ongoing debate by clarifying that an explanation is meaningful inasmuch as it enables the addressee to foresee how their behaviour can influence the automated decision-making process, while not requiring a full disclosure of the algorithmic logic underneath.⁹⁷

Overall, transparency of AI systems generally seems to entail algorithmic predictability conveyed through a reasoned description of the most significant criteria used to reach an automated decision as well as an explanation of how the recipient of such decision can actively influence the outcome with their behaviour.⁹⁸ Moreover, as clarified by the EUCJ in the Schufa case, a meaningful explanation of an automated business decision doesn’t need to infringe upon IP or trade secret rights. In fact, it doesn’t involve algorithms’ disclosure,⁹⁹ con-

Machine Intelligibility Gap?, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 9, 4, 2020, 135-143 and ID., *Explainability Due Process: legal guidelines for AI-based business decisions*, in R. SENIGAGLIA-C. IRTI-A. BERNES (eds), *Privacy and Data Protection in Software Development for International Information Society Services*, Springer, 2022.

⁹³ Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules.

⁹⁴ Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services.

⁹⁵ Article 6a Dir. 2011/83/EU as amended by Directive (EU) 2019/2161; Article 5 Reg. 2019/1150/EU.

⁹⁶ Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act), Recital 72 and Article 15(1); Regulation (EE) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market for Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act).

⁹⁷ For further details on this predictability standard see TABARRINI, *Explainability Due Process: legal guidelines for AI-based business decisions*, in SENIGAGLIA-IRTI-BERNES (eds), *Privacy and Data Protection in Software Development for International Information Society Services*, Springer, 2022.

⁹⁸ Recital 24-25 Reg. 2019/1150/EU and Recitals 22 Dir. 2019/2161/EU.

⁹⁹ On the applicability of Trade Secret protection to algorithms see M. MAGGIOLINO, *EU Trade Secrets Law and Algorithmic Transparency*, AIDA, Giuffrè, 2018, 211. More generally, on Trade Secret protection see M.A. LEMLEY, *The Surprising Virtues of Treating Trade Secrets as IP Rights*, in 61 *Stanford Law Review* 311, 2008; OTTOLIA, *Il D.Lgs. N. 63/18 di attuazione della Dir. 2016/943/UE sulla protezione dei segreti commerciali fra tutela e bilanciamenti*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2019, 5, 1091; D’IPPOLITO, *Il principio di limitazione della finalità del trattamento tra data protection e antitrust. Il caso dell’uso secondario di Big Data*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 2018, 6, 943; CRESPI, *Commento sub artt. 98-99 c.p.i.*, in VANZETTI (ed.), *Codice proprietà industriale* (Giuffrè 2013) 1101; DE SANCTIS, *I soggetti del diritto d’autore*, II ed., Giuffrè, 2005, 167.



trary to what was occasionally argued in past, for example, by Italian courts.¹⁰⁰ Notably, this balance was also reiterated during the drafting process of the AIA by stressing that any disclosure should be limited to “to the minimum necessary information for individuals to exercise their right to an effective remedy and to the necessary transparency towards supervision and enforcement authorities.”¹⁰¹

4. – In light of the above, AI development, testing and ongoing monitoring need to be carefully designed and implemented to detect and correct bias, algorithmic opacity, accountability gaps and, more generally, infringements of all relevant legislatives act. This results in the multiplication of compliance burdens on the industry, especially for providers and deployers that are already subject to stringent regulations such as financial institutions carrying out AI-based CWAs.¹⁰²

For example, under the AIA, data quality and bias detection safeguards will need to be thoroughly documented via the FRIA, as part of the DPIA.¹⁰³ At the same time, the internal prudential risk management and governance setup will need to be integrated with risk monitoring and reporting functions focused on AI-related risks to fundamental rights of clients. This will include, for example, documenting and monitoring AI explainability standards applied to automated CWAs.¹⁰⁴ Similarly, AI human oversight will require providers and deployers’ staff to be numerically sufficient and adequately skilled and trained. Moreover, to comply with their customer information and protection duties, credit institutions developing or deploying AI systems for CWAs purpose could be required to integrate their current paperwork with AI-related information both at the pre-contractual and contractual stage, as well as to setup ongoing review processes of automated decisions contested by clients.

As mentioned, AI conformity assessments can be carried out by AI provider based on their ‘internal control’, which, in turn, could reflect harmonised European standards.

¹⁰⁰ For example, in a case concerning the denial opposed by the Italian Ministry for Education, University and Research (MIUR) to a teacher’s labor union’s request to access the source code underpinning the software used to take entirely automated decisions regarding the trans-regional transfer of school staff, the Italian Administrative Regional Tribunals (TAR) granted access to the source code as the algorithmic description provided by the software company was found insufficient. TAR subdivision III-bis, judgement n. 3769/2017.

¹⁰¹ Proposal For A Regulation Of The European Parliament And Of The Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts, Brussels, 21.4.2021, Com(2021) 206 Final, §3.5.

¹⁰² D’ALOIA, *Il diritto verso il nuovo mondo. Le sfide dell’Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal Law – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2019, 3 ss.; AMIDEI, *Intelligenza Artificiale e diritti della persona: le frontiere del “transumanesimo”*, in E. GABRIELLI-RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza Artificiale e diritto*, in *Giur. It.*, luglio 2019, 1658 ss.; CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *AGE*, n. 1, 2019, 47 ss.; S. LANNI, *Dataquake: intelligenza artificiale e discriminazione del consumatore*, in *Nuovo Diritto Civile*, n. 2, 2020, 97 ss.; SCIASCIA, *Reputazione e potere: il social scoring tra distopia e realtà*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 1 maggio 2021, 317.

¹⁰³ The principle of non-discrimination is affirmed in Article 21 of the EU Charter of Fundamental Rights.

¹⁰⁴ Algorithmic accountability refers to the responsibility of entities to ensure fairness, transparency and non-discrimination in AI models. Regarding accountability, see S. KELLEY-A. OVCHINNIKOV, *Anti-discrimination Laws, AI, and Gender Bias: A Case Study*, in *Non-mortgage Fintech Lending*, September 27, 2021, abstract available at the link: ssrn.com/abstract=3719577. On the importance of explainability and how to make credit scoring predictions more transparent and justifiable: M. BÜCKER-G. SZEPANNEK-A. GOSIEWSKA-P. BIECEK, *Transparency, auditability, and explainability of machine learning models in credit scoring*, in *Journal of the Operational Research Society*, 2021; X. DASTILE-T. CELIK, *Making Deep Learning-Based Predictions for Credit Scoring Explainable*, in *IEEE Access*, vol. 9, 2021, 50426 ss.; N. KOZODOIA-J. JACOBA-S. LESSMANN, *Fairness in credit scoring: Assessment, implementation and profit implications*, in *European Journal of Operational Research*, 297 (2022), 2021, 1083 ss.



To this end, on 22 May 2023 the European Commission issued a Standardisation request¹⁰⁵ in support of Union policy on AI to the European Committee for Standardisation (CEN) and the European Committee for Electrotechnical Standardisation (CENELEC), requesting harmonised European standards on ten new technical areas¹⁰⁶ linked to the AIA requirements for ‘high-risk AI systems’ to be covered in conformity assessments and quality management systems. These standards are expected to be delivered by 30 April 2025 and will therefore potentially address many auditing challenges of automated CWA models.

4.1. – According to Article 23 CCD, national law must provide effective, proportionate, and dissuasive sanctions for violation of provisions on consumer CWA. Member States are therefore allowed to set the penalty they deem preferable as long as it complies with these standards.

This margin of discretion has however led to interpretative uncertainties under the CCD, recently addressed also by the EUCJ. Indeed, on 11 January 2024 the EUCJ decided a case C-755/22 concerning whether CCD allows for a national law to penalize a creditor where failure to fulfil its obligation to examine a consumer’s creditworthiness has not resulted in any harmful consequences for the consumer. More specifically, in the case at hand the national law provided for the credit agreement to be void and for interests to be forfeited.

As mentioned, the CCD does not currently make any express reference to consumers’ best interests when regulating CWAs. However, in its settled case-law, the EUCJ has stressed that the obligation to examine the consumer’s creditworthiness contributes to ensuring high and equivalent levels of consumer protection across the EU.¹⁰⁷ Hence, in deciding case C-755/22, the Court reaffirmed that the objective of Article 8 CCD is also to protect individual customers from the risk of over-indebtedness, which can occur even if the debt has been repaid and after a long period has elapsed. Therefore, the EUCJ found the nullity of the contract compliant with Article 23 CCD even when applied to agreements fully performed by both parties and when consumers did not suffer any harmful consequences as a result of creditors failure to carry out a proper CWA.¹⁰⁸

¹⁰⁵ See *Commission Implementing Decision on a standardisation request to the European Committee for Standardisation and the European Committee for Electrotechnical Standardisation in support of Union policy on artificial intelligence*, 22 May 2023, C(2023)3215, available at the link: [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=C\(2023\)3215&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=C(2023)3215&lang=en).

¹⁰⁶ 1. Risk management system for AI systems; 2. Governance and quality of datasets used to build AI systems; 3. Record keeping -built-in logging capabilities in AI systems; 4. Transparency and information to the users of AI systems; 5. Human oversight of AI systems; 6. Accuracy specifications for AI systems; 7. Robustness specifications for AI systems; 8. Cybersecurity specifications for AI systems; 9. Quality management system for providers of AI system; 10. Conformity assessment for AI systems.

¹⁰⁷ See EUCJ judgments of 27 March 2014, LCL Le Crédit Lyonnais, C-565/12, EU:C:2014:190, § 42, and of 5 March 2020, OPR-Finance, C-679/18, EU:C:2020:167, § 21.

¹⁰⁸ Judgment of the Court (Third Chamber) of 11 January 2024 (request for a preliminary ruling from the Okresní soud Praha-západ – Czech Republic) – Nárokuj s.r.o. v EC Financial Services, a.s. Available at the link: <http://data.europa.eu/eli/C/2024/1513/oj>. Aluigi, Osservatorio europeo – Sull’obbligo di verifica del merito creditizio dei consumatori, in *I Contratti*, n. 2, 1 marzo 2024, 225. It is worth mentioning that the EUCJ judgment concerned a provision of Czech law, while Italian regulations do not nullify a contract in similar cases. In Italy there are provisions for prudential supervisory sanctions and, in case of proven harmful consequences, compensation that can be claimed through civil proceedings where damages occurred. Nevertheless, the judgment in question is of particular importance also for Italian entities because it reflects the EUCJ’s attention to compliance with obligations to assess the creditworthiness of consumers. See Request for a preliminary ruling of 2 February 2024, Bankinter Consumer Finance (Spain), Case C-88/24. For an analysis of the Italian Banking regulatory framework on creditworthiness assessments see, for example, DOLMETTA, *Merito del credito e concessione abusiva*. Dopo Cass. n. 1810/2021, in *DB – Dialoghi di diritto dell’economia*, ottobre 2021; DE CHIARA, *Verifica del merito creditizio*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, con la collaborazione di Pellegrini, Sepe e V. Troiano, t. III, Padova, 2012, 1869; FRANCHI, *Il ruolo del merito creditizio nella rinnovata disciplina in tema di composizione della crisi da sovraindebitamento: la chiusura di un cerchio?*, in *Riv. dir. banc.*, 2021,



This topic is however undoubtedly destined to raise further discussions, especially in the context of the use of AI systems for CWA purposes under both the AIA and the new CCD2 provision on CWA.¹⁰⁹

Indeed, as discussed above, it is currently not clear which regulatory regime will apply to automated CWA given the overlapping obligations set by the AIA, the GDPR and the CCD2. In turns, this raises the question of which penalty regime should apply. For example, should Article 18 CCD2 take precedence over the application of Article 86 AIA, consumers could potentially be precluded from lodging a complaint before the relevant MSA if they have grounds to believe that a violation of their explanation rights under the AIA occurred.¹¹⁰ In this case, they could however potentially invoke the application of the national penalty provided for infringements of Article 18 CCD2, if the violation concerns the information provided by the creditor after a credit decision has been reached. Indeed, as mentioned, Article 18 CCD2 does not seem to provide for *ex ante* information duties concerning the use of AI systems for CWA purposes. However, consumers could still enjoy *ex ante* information rights pursuant to Articles 13(2)(f), 14(2)(g) and 15(1)(h) GDPR. Therefore, consumers affected by automated CWAs having grounds to believe that creditors violated their obligations to provide them with information on the use of AI systems before carrying out the CWA could not invoke a violation of Article 18 CCD2 but only of the GDPR.

Moreover, depending on the applicable law Member States will have to allocate market surveillance and financial oversight tasks. It remains to be seen, for instance, which national authority (or authorities) will be designated in each Member State as MSA under the AIA and which will especially be tasked with market surveillance over AI systems intended to be used for CWA purposes.¹¹¹ This in turn, will determine the type of powers, corrective measures and sanctions that creditors could face when developing or deploying automated CWAs.

4.2. – As stressed in Draghi Report,¹¹² ensuring full regulatory compliance across the EU is of pivotal importance to prevent another notorious obstacle to European competitiveness: gold-plating. This is even more crucial in relation to Union laws subject to the Brussel Effect, such as the AIA. Indeed, credit information agencies or creditors developing in-house AI-based scoring tools qualify as providers pursuant to Article 3(3) AIA, irrespective of their location inasmuch as their AI system is commercialized in the EU or the credit score produced is anyway used in the EU. Hence, for example, a US-based credit information agency

501 ss.; ADDANTE, *La sostenibilità del credito immobiliare fra meritevolezza del consumatore e responsabilità del creditore*, in *Giust. civ.*, 2022, 925 ss. MINNECI, *La verifica del merito creditizio: una valutazione a sua volta insindacabile?*, in *Riv. trim. dir. econ.*, Suppl. n. 2 al n. 3, 2021, 354; MATTASSOGLIO, *La valutazione “innovativa” del merito creditizio del consumatore e le sfide per il regolatore*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2020, 187 ss., spec. 200; ID., *Innovazione tecnologica e valutazione del merito creditizio del consumatore*, Milano, 2018; RABITTI, *Credit scoring via machine learning e prestito responsabile*, in *Riv. dir. banc.*, 2023, 175.

¹⁰⁹ This assumption is further corroborated by the fact that, not even a month after the C-755/22 judgement was issued, the topic was brought again at the attention of the EUCJ by a Spanish court which asks for EUCJ’s interpretive opinion arguing that the administrative penalties provided for by national laws for creditors violating their obligation to assess consumers’ creditworthiness, to date, are purely theoretical and ineffective. Therefore, the referring court asks the EUCJ whether national laws should expressly provide effective and dissuasive civil penalties.

¹¹⁰ Article 85 AIA.

¹¹¹ Pursuant to Article 70(2) AIA, Member States will have to make such decision by 2 August 2025.

¹¹² The future of European competitiveness, Part B – In-depth analysis and recommendations, September 2024, 319-320 available at https://commission.europa.eu/document/download/ec1409c1-d4b4-4882-8bdd-3519f86bbb92_en?filename=The%20future%20of%20European%20competitiveness_%20In-depth%20analysis%20and%20recommendations_0.pdf.



producing credit scores outsourced and used by a bank established in the EU would qualify as a provider pursuant to the AIA.¹¹³ Similarly, a bank established in the EU carrying out creditworthiness assessments via outsourced AI-based tools or based on outsourced credit scores would qualify as a deployer within the meaning of Article 3(4) AIA irrespective of whether the provider of the AI systems or the credit score is located in or outside the Union.¹¹⁴

As mentioned, however, to reach the goal of ensuring legislative coherence, avoid duplications and ensure full regulatory compliance, many operative challenge will need to be faced by both authorities and businesses adopting AI-based creditworthiness procedures. Indeed, providers and deployers that are financial institutions will be simultaneously subject to multiple legislative acts, such as: *i*) the CRR/CRD and the EBA GLs on internal governance for internal and model governance requirements; *ii*) the GDPR, especially with regard to automated processing of consumers' personal data; *iii*) the CCD/CCD2/MCD, with respect to consumers' CWAs involving automated data processing; and the *iv*) the AIA, with respect to the risk management, internal governance and explainability standards of high-risk AI systems.

Looking ahead, other important regulatory interplay may concern the revision of the MCD and the new FIDAR (Financial Data Access Regulation).¹¹⁵

On the one hand, on December 2021 the EC sent to the EBA a call for advice regarding the MCD review. In that occasion, the EBA pointed out that the EC should consider addressing AI-related risks potentially posed to consumer protection (e.g. risk of financial exclusion and discrimination) in the AIA as a sector-specific regulation. Since the CCD2 now regulates these aspects, it is very likely that the recast MCD will also include more detailed provisions to this effect and, in this scenario, it will be essential that during the review process utmost attention is given to the maximum alignment with the existing legislation, primarily with the CCD2 and the AIA.

On the other hand, FiDAR establishes a framework of rules for the access, use, and sharing of certain categories of customer data held by financial entities (so-called data holders), with the goal of promoting digital transformation and accelerating the adoption of new business models in the European financial sector.¹¹⁶ Therefore, FiDAR will inevitably partially overlap with the GDPR especially with regard to customer protection provisions (e.g. permission dashboards to be used by consumers to monitor and manage their consent and the potential financial exclusions' risks stemming from data subjects refusing consent).¹¹⁷ To this end,

¹¹³ Recital 21, AIA.

¹¹⁴ Indeed, Recital 22 AIA clarifies that “[t]o prevent the circumvention of this Regulation and to ensure an effective protection of natural persons located in the Union, this Regulation should also apply to providers and deployers of AI systems that are established in a third country, to the extent the output produced by those systems is intended to be used in the Union”. For the previous version of the recital see Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts – Analysis of the final compromise text with a view to agreement, 5662/24, Brussels, 26 January 2024, recital 6a.

¹¹⁵ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for Financial Data Access and amending Regulations (EU) No 1093/2010, (EU) No 1094/2010, (EU) No 1095/2010 and (EU) 2022/2554 (COM (2023) 360). To date, it is expected the approval of the compromise text by the EU Council and the start of the trilogue negotiations among Commission, Council and Parliament.

¹¹⁶ As for its scope of application, the FIDAR proposal aims to cover all financial data with potential added value (including anything related to mortgages and loans) to provide consumers with personalised financial products and services aligned with their needs.

¹¹⁷ Although data related to life, health and sickness insurance products or collected in the context of a consumer's creditworthiness assessment are excluded from the scope of the FiDAR, there could still be distortive effects and risks of financial exclusion if a customer that refuses consent to share data is exposed to risk of obtaining a negative creditworthiness assessment and, therefore, be refused access to credit. To avoid the risk of misuse, the FIDAR proposal seeks to ensure that customers' refusal to consent to share sets of their data shall not constitute legitimate ground for creditors to refuse them access to financial products.



according to the FIDAr proposal, the EBA shall develop Guidelines in close cooperation with the European Data Protection Board to clarify how data therein covered can be used for consumer CWA building on the existing CCD, MCD and LOGL framework.

Additionally, irrespective of which provision applies, many operative challenges remain. For example, it still remains to be determined how creditors developing or deploying AI systems for CWAs could satisfy the explainability standard set by the AIA, the CCD2 and the GDPR. This issue is especially since, irrespective of the technology used, the CCD does not determine either the manner in which the creditor must discharge the CWA obligation nor the obligations imposed on it in relation to the result of the evaluation.¹¹⁸ Creditors are always allowed to legitimately refuse credit in the exercise of their entrepreneurial autonomy. However, the already existing obligation for creditors to act in good faith and motivate the refusal will now need to take into account the algorithmic transparency standards set in this regard by the CCD2, the AIA and the GDPR when AI systems are involved in the CWA.

Therefore, despite the declared objective of the AIA is to minimize burdens, both MSA and credit institution will face many changes and challenges while ensuring compliance with an overlapping and multi-layered regulatory framework.

From a legislative standpoint, an approach to mitigate the problem of regulatory overlaps could be to implement a streamlining of all the relevant laws, applying a principle of speciality to favour a limited application of cross-sectoral or Level 2 legal acts. For example, as illustrated above in para. 2.3, the recast Level 1 text contained in the CCD2 is more detailed than the current LOGL text. Hence, LOGL's provisions on consumer protection features of the CWAs (including those related to the use of tech-enabled processes) appear less detailed than the Level 1 text, thus potentially resulting to be duplicative, potentially restrictive and at times inconsistent with the recast CCD's intent and pre-requirements.

For this reason, removing CWAs carried out under the CCD2 from the scope of the LOGL might seem a solution to effectively overcome inconsistencies and overlapping of text between Level 1 and LOGL wording. However, this would also imply that all other LOGL provisions related to the monitoring part do no longer apply to credit products under the recast CCD.

Alternatively, another regulatory approach could be to exclude credit products covered under the recast CCD from the creditworthiness assessment requirements outlined in the LOGL. This solution would preserve the applicability of the LOGL to the originating and monitoring stages of the credit lifecycle, while eliminating contradictions or overlap between Level 1 and Level 3 texts.

Another option could be to maintain unchanged the current scope of application of the LOGL while expunging any reference to tech-enabled credit granting processes. This would minimize changes to the current regulatory regime, while also avoiding the risk of overlaps and duplications with regard to AI-enabled credit-granting processes.

From a governance and surveillance perspective, cross-sectoral cooperation and guidance will definitely be the key. Indeed, from the feedback submitted by stakeholders to the targeted consultation on AI in the financial sectors recently closed by the EC¹¹⁹ it is evident that there is a strong general preference for cross-

¹¹⁸ Judgment of the Court (Third Chamber) of 11 January 2024 (request for a preliminary ruling from the Okresní soud Praha-západ – Czech Republic) – *Nárokuj s.r.o. v EC Financial Services, a.s.*, §32. See also, to that effect, EUCJ judgment of 18 December 2014, *CA Consumer Finance*, C-449/13, EU:C:2014:2464, § 36), or judgment of 6 June 2019, *Schyns*, C-58/18, EU:C:2019:467, §§ 42 and 43.

¹¹⁹ Documents related to the targeted consultation on artificial intelligence in the financial sector are available at https://finance.ec.europa.eu/regulation-and-supervision/consultations-0/targeted-consultation-artificial-intelligence-financial-sector_en.



JUS CIVILE

sectoral guidance (where applicable) and sectoral oversight convergence towards financial surveillance authorities (where possible). Against this background, in this first AIA implementing stage, a pivotal role will be played by the newly established DG-Connect AI Office. However, given the highly complex governance and surveillance setup created by the AIA, the AI office will need support by both European Surveillance Authorities and national financial authorities to properly address regulatory overlaps in every market sector and issuing cross-sectoral guidance inasmuch as possible.

AI is penetrating every market sector with disruptive implications that will affect the way both businesses and surveillance authorities currently carry out their tasks. This, in turn, is increasingly creating demand of new interdisciplinary skills and calls for technology and law to find common ground. In this context, effective customer protection across the EU will depend on the ability of all stakeholders involved to cooperate at both national and Union level to create new expertise able to align what is technologically feasible to what is ethically and legally admissible to keep the internal market human-centric.



FABIO TROLLI

Dottore di ricerca – Università Ca' Foscari Venezia

I DIRITTI DI CREDITO INCERTI NELLA FORMAZIONE DELLA MASSA EREDITARIA

SOMMARIO: 1. Il problema della valutazione dei diritti di credito incerti nella formazione della massa ereditaria. – 2. Sulla nozione di credito incerto. – 3. L'imputazione, nell'attività ereditario, dei crediti incerti, mediante una loro valutazione approssimativa. – 4. L'esclusione dei diritti di credito incerti dall'attivo ereditario. – 5. La posizione del legittimario, e le sue eventuali tutele. – 6. Osservazioni conclusive.

1. – L'art. 556 cod. civ. detta le norme per la determinazione della porzione disponibile, ponendo la regola secondo la quale al *relictum*, sottratti i debiti ereditari, debba essere sommato il *donatum*, mediante la così detta riunione fittizia delle donazioni: precisamente, il legislatore prescrive che «si form[i] una massa di tutti i beni che appartenevano al defunto al tempo della morte, detraendone i debiti. Si riuniscono quindi fittiziamente i beni di cui sia stato disposto a titolo di donazione, secondo il loro valore determinato in base alle regole dettate negli articoli 747 a 750, e sull'asse così formato si calcola la quota di cui il defunto poteva disporre»¹.

L'art. 556 cod. civ., invero, pur avendo di mira il calcolo della quota disponibile, o, più precisamente, l'accertamento della parte di patrimonio così detta indisponibile, dell'eredità del *de cuius*², mostra una rilevanza sistematica più ampia, poiché essa è l'unica disposizione, racchiusa nel Codice civile, che detta i criteri per formare la massa ereditaria. Difatti, codesta operazione, o, quantomeno, la valutazione dell'attivo e del passivo ereditario, può rendersi necessaria anche per finalità ulteriori, rispetto alla sola verifica della quota indisponibile dell'eredità del *de cuius*: fra di esse, possono rammentarsi la redazione dell'inventario dei beni caduti in successione, a cura del chiamato che abbia accettato con beneficio d'inventario (artt. 484, comma 3, cod. civ.), oppure da parte del curatore dell'eredità giacente (art. 529 cod. civ.)³; la valutazione del valore della cosa legata, ai fini dei limiti con cui lo stesso legatario è tenuto all'adempimento del legato o di ogni

¹ Si osservi, per l'analogia disciplina sotto il Codice civile del 1865, l'art. 822, nel quale si disponeva che per «determinare la riduzione si forma una massa di tutti i beni del testatore al tempo della morte, detraendone i debiti. Si riuniscono quindi fittiziamente i beni di cui è stato disposto a titolo di donazione, quanto ai beni mobili secondo il loro valore al tempo delle donazioni, e quanto ai beni immobili secondo il loro stato al tempo delle donazioni ed il loro valore al tempo della morte del donatore, e sull'asse così formato si calcola quale sia la porzione di cui il testatore ha potuto disporre, avuto riguardo alla qualità degli eredi aventi diritto a riserva».

² La precisazione si deve a L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato da A. Cicu e F. Messineo, diretto da L. Mengoni, Milano, 2000, IV ed., 65.

³ Nel qual caso, la regola, prescritta dall'art. 556 cod. civ., andrà coordinata con la disciplina racchiusa nel Codice di procedura civile, prevista per la formazione degli inventari (artt. 769 ss. cod. proc. civ.).



altro onere (art. 671 cod. civ.); la determinazione della massa oggetto di divisione, entro la quale può operare la disciplina della collazione (artt. 737 ss. cod. civ.).

Volgendo lo sguardo alla finalità, perseguita dall'art. 556 cod. civ., il calcolo della quota di spettanza del legittimario può mostrare qualche difficoltà, originata dai criteri adottati di valutazione di taluni diritti, la cui trasmissione a causa di morte fa sorgere l'interrogativo su come essi debbano essere computati, ai fini del calcolo della massa ereditaria⁴. Il riflesso pratico, sul modo con cui si debba operare per ricostruire l'attivo ereditario, ai sensi dell'art. 556 cod. civ., è evidente, giacché l'inclusione di taluni diritti può incidere, anche in misura significativa, nel calcolo della quota di spettanza dei legittimari. Le difficoltà, discendenti dall'incertezza dei criteri di formazione dell'attivo e del passivo della massa ereditaria, danno vita, in taluni casi, a maggiori dubbi, principalmente aventi natura giuridica, che essi non riguardano solamente l'aspetto economico, ma concernono il modo con cui, codesti diritti, debbano essere considerati nel patrimonio del *de cuius*.

Giova precisare, peraltro, come siffatti interrogativi, riguardanti la formazione della massa ereditaria, non appaiano coincidenti con l'esigenza di dover garantire la parità di posizione tra i coeredi, qualora, nella massa dividenda, siano ricompresi dei crediti, per così dire, incerti. Siffatta ipotesi, invero, è già stata oggetto, da parte della dottrina, di approfondita indagine; dottrina, la quale si è interrogata sul modo in cui possa operare la collazione, rispetto ai crediti incerti⁵.

L'art. 556 cod. civ. non offre alcuna indicazione all'interprete, circa il problema del computo dei crediti incerti, nella formazione della massa ereditaria; peraltro, al riguardo, non si rinvengono nemmeno utili spunti nella disciplina della collazione, alla quale la disposizione, or ora richiamata, rinvia, con riguardo all'accertamento del valore dei beni oggetto di donazione.

La dottrina ha espresso opinioni divergenti, e l'interrogativo, sopra prospettato, viene considerato solamente in via incidentale, in seno all'indagine sulla formazione della massa ereditaria. Pare, quindi, utile approfondire il problema dell'incidenza dei crediti incerti, nella formazione della massa ereditaria, secondo quanto prescritto dall'art. 556 cod. civ., indagando le tesi sostenute dalla dottrina e verificandone il fondamento, così da poter offrire indicazioni, rispetto all'interrogativo sollevato.

2. – Al fine di circoscrivere la questione problematica del computo dei diritti di credito incerti, nell'attivo ereditario, pare opportuno far luce sul concetto di "incertezza del credito", dacché codesta caratteristica, o qualità, che dir si voglia, non si ritrova scolpita nelle norme di legge, sicché l'interprete potrebbe essere indotto ad intendere, la nozione di credito incerto, in varie accezioni.

Si tenga conto, in generale, di come ogni pretesa creditoria mostri una certa dose d'incertezza, poiché vi potrebbe essere, ora ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, ora addirittura insolvenza del debitore: da ciò scaturiscono evidenti ricadute, circa la soddisfazione del creditore, per il conseguimento del risultato sperato⁶. Codesta incertezza, per così dire, economica, può riscontrarsi, fra le varie ipotesi, nei crediti inesigibili-

⁴ Come pone in luce, accuratamente, F. PENE VIDARI, *Le successioni*, vol. 4, *La successione legittima e necessaria*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2009, 235 ss.

⁵ Il riferimento è alla puntuale indagine svolta da A. ZACCARIA, *La collazione dei crediti inesigibili*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1437 ss.

⁶ Non si trascurino, a tal proposito, le trasformazioni che la crisi economica ha comportato negli istituti e nelle categorie civilistiche, soprattutto alla luce dell'esigenza di fronteggiare situazioni debitorie sempre più diffuse e ingovernabili: fra i vari contributi in argomento, cfr. G. ALPA, *Introduzione*, in *Crisi finanziaria e categorie civilistiche*, a cura di G. Alpa ed E. Navarretta, Milano, 2015, 11 ss., spec. 20 ss.



li, dei quali è sì certo l'ammontare, epperò il momento della soddisfazione del creditore è successivo, rispetto all'apertura della successione, in quanto trattasi di crediti soggetti a un termine di pagamento.

Non v'è dubbio, comunque, che codesti crediti siano da calcolare nella formazione della massa ereditaria, giusta il disposto dell'art. 556 cod. civ., tenendo conto del loro valore, stimato al momento dell'apertura della successione, e quindi senza considerare la maturazione degli interessi, o una loro rivalutazione monetaria, che possano intervenire nel tempo successivo alla morte del *de cuius*⁷.

Pare diverso, invece, il concetto d'"incertezza", per così dire, giuridica, vale a dire una situazione che assume specifica rilevanza, per il diritto, in virtù di certi effetti che l'ordinamento vi rannoda. Codesta nozione, nondimeno, non trova conforto nel dato positivo, in quanto, nelle poche norme che il legislatore detta nel regolare il rapporto obbligatorio, non si evince limpidamente un concetto di certezza del credito: basti riflettere sulla compensazione legale (art. 1243, comma 1, cod. civ.), o giudiziale (art. 1243, comma 2, cod. civ.), rispetto alle quali il legislatore prescrive, affinché possa operare siffatto modo di estinzione dell'obbligazione, che il credito sia liquido, o di agevole valutazione, ed esigibile, senza, però, che venga affermato, quale ulteriore requisito, quello della certezza del credito⁸.

Dal punto di vista metodologico, per definire meglio i contorni dell'incertezza, così detta, giuridica, l'interprete dovrebbe osservare le fonti dell'obbligazione, e, quindi, il momento genetico della pretesa creditoria. Osservando la nascita del credito, infatti, si possono distinguere due gruppi di ipotesi, in cui l'obbligazione è incerta, a seconda che codesta qualità attenga al negozio, da cui essa prende vita, oppure riguardi il difetto di presupposti normativi del credito, ogniqualvolta l'obbligazione nasca dalla legge (art. 1173 cod. civ.)⁹.

L'incertezza può consistere nella natura condizionata del credito o, più precisamente, della sua fonte negoziale, pur essendo certo il *quantum* che il creditore debba ricevere¹⁰: ciò, avviene quando l'esigibilità della prestazione sia legata al verificarsi di un evento futuro e incerto, in caso di condizione sospensiva, oppure quando l'adempimento, effettivamente dovuto al creditore, sia precario, poiché il beneficio economico potrebbe venir meno col verificarsi della condizione risolutiva. Si rifletta, a tal proposito, sui casi di credito in-

⁷ Cfr. A.D. CANDIAN, voce *Massa ereditaria*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XI, Torino, 2008, 214.

⁸ La giurisprudenza ha ricostruito, in via interpretativa, il confine tra certezza e liquidità del credito: al riguardo, v. Cass. civ. 15 novembre 2016, n. 23225, in *Corr. giur.*, 2017, 1350 ss., con nota di A. SPANGARO, *Le Sezioni Unite definiscono i criteri per l'operatività della compensazione*; in *Giur. it.*, 2017, 1313 ss., con nota di C. CICERO, *Le Sezioni Unite chiariscono il concetto di certezza quale requisito della compensazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 707 ss., con nota di G. GABASSI, *Compensazione nel processo: nessuna estinzione senza certezza. Lo strano caso della compensazione del credito sub iudice*; in *Riv. not.*, 2017, 541 ss., con nota di M. MAXIA-C. CICERO, *La compensazione di un credito sub iudice al vaglio delle Sezioni unite: nihil sub sole novum*; in *Riv. dir. proc. civ.*, 2018, 1309 ss., con nota di E. MERLIN, *Eccezione di compensazione e pendenza di separato giudizio sul controcredito*; per altri profili, la stessa è commentata in *Le società*, 2017, 739 ss., con nota di D. DALFINO, *Scissione societaria e processi pendenti* e in *Notariato*, 2017, 159 ss., con nota di F. MAGLIULO, *La scissione costituisce un fenomeno traslativo?*

⁹ Pare limitativo legare l'incertezza ai soli crediti derivanti da negozi sottoposti a condizione sospensiva o contestati processualmente: in merito alla compensazione, v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 4, *L'obbligazione*, Milano, 1978, 484; C. CICERO, *I modi di estinzione delle obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. VII, *Le obbligazioni*, t. II, Torino, 2013, 156. Per altra tesi, v. P. SCHLESINGER, voce *Compensazione*, in *Noviss. dig. it.*, vol. III, Torino, 1959, 723; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Art. 1230-1259*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 292 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, 725-726; V. DE LORENZI, voce *Compensazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. III, Torino, 1998, 70; N. DI PRISCO, *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 9, *Obbligazioni e contratti*, t. 1, Torino, 1999, II ed., 398 ss.; F. TESCIONE, *Sub. art. 1343*, in *Della compensazione. Artt. 1241-1252*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2016, 67 ss., spec. 69 ss.

¹⁰ In argomento, merita rinviare all'ampia indagine condotta da G. TATARANO, *«Incertezza» autonomia privata e modello condizionale*, Napoli, 1976, rist. 2018, 3 ss.



certo, in quanto sorto da un contratto condizionato (artt. 1353 ss. cod. civ.), o su quelli in cui il diritto precario sia di fonte successoria, com'è a dirsi per l'attribuzione testamentaria effettuata tramite un legato sottoposto a condizione (art. 633 cod. civ.).

Altra ragione di incertezza, invece, può risiedere nella circostanza per cui, la venuta ad esistenza del credito, sia legata al verificarsi di determinati presupposti normativi¹¹. Fra i numerosi esempi, che si possono offrire, si pensi al finanziamento del socio, di una società a responsabilità limitata, il quale, al ricorrere dei presupposti oggettivi, indicati dall'art. 2447 cod. civ., veda la propria ragione di credito postergata e, quindi, rimborsata solo dopo che si siano soddisfatti i creditori sociali¹². Si pensi, poi, a tutti i casi in cui la pretesa sorga solo una volta escusso il debitore principale, in ragione del beneficio della preventiva escussione del debitore, come può essere pattuito nella fideiussione (art. 1944, comma 2, cod. civ.)¹³; ipotesi, queste, assai prossime alle posizioni di garanzia, nelle quali, il credito risarcitorio, matura solo al verificarsi dei presupposti normativi (artt. 798 ss., 1266 e 1490 ss. cod. civ.).

3. – Giova ora riprendere l'interrogativo circa la formazione della massa ereditaria, ai sensi dell'art. 556 cod. civ., sì da muovere dalla tesi per la quale, nella formazione dell'attivo ereditario, si debba tener conto dei crediti incerti, calcolando la loro incidenza secondo una valutazione approssimativa, e tenendo conto delle probabilità, circa la loro venuta a esistenza, e della sicurezza che discende dal loro grado di esigibilità. Codesta tesi, pur essendo stata accennata dalla dottrina tradizionale¹⁴, è stata approfondita, più di recente, dagli interpreti¹⁵.

Fra gli argomenti posti a fondamento di codesta tesi, la dottrina richiama, analogicamente, la norma affidata all'art. 2426, n. 8, cod. civ., in tema di formazione del bilancio delle società per azioni, reputando che il credito di dubbia esigibilità possa comunque venire stimato, secondo il criterio del presumibile realizzo¹⁶.

¹¹ Diverso, invece, è il negozio sottoposto a *condicio iuris*, poiché, in siffatta ipotesi, la fattispecie negoziale è perfetta, in tutti i suoi elementi, e la sua efficacia è legata al verificarsi di un evento imposto dalla legge: in argomento, fra i tanti, v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1952, 521; M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto. Art. 1353-1361*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1997, 39 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, II ed., 598 ss.; R. SACCO-G. DE NOVA, *Contenuti speciali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 10, *Obbligazioni e contratti*, t. 2, Torino, 2018, II ed., 405-406. V., però, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, rist. 2012, IX ed., 197 e F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, t. 1, Milano, rist. 1973, 193 ss.

¹² A codesta ipotesi possono venire accostati tutti quei casi in cui, la soddisfazione del creditore si leghi a tecnicismi di natura processuale, nei quali la formazione dell'elenco dei creditori avviene graduando le ragioni di credito, sicché il pagamento dei creditori chirografari, o aventi un grado inferiore di prelazione, è solo eventuale, in quanto costoro potrebbero essere preferiti, rispetto a coloro i quali abbiano un diritto di grado maggiore di prelazione.

¹³ La dottrina discorre, a tal proposito, di condizionalità, così detta, impropria: quanto al debito del fideiussore, in particolare, v. M. FRAGALI, *Della fideiussione*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1964, rist. I ed., 78 ss.

¹⁴ V., per questa tesi, L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, III ed., 269, il quale afferma che i crediti debbono essere valutati secondo il loro grado di esigibilità, epperò aggiunge che «i cespiti di dubbia esigibilità si accantonano, salvo i provvedimenti che in seguito riguardo ad essi siano necessari».

¹⁵ Cfr., in argomento, Y. PANCRAZI, *La tutela dei legittimari*, in *La successione dei legittimari*, a cura di F. Volpe, 259, il quale, però, aggiunge che i crediti inesigibili, intesi come quelli di cui sia incerta la possibilità concreta di esazione, non dovrebbero essere conteggiati nella massa. L'opinione è stata poi ripresa, senza la precisazione da ultimo riportata, da U. PERFETTI, *Dei legittimari*, in *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna-Roma, 2021, 370.

¹⁶ Y. PANCRAZI, *op. loc. cit.*; U. PERFETTI, *op. loc. cit.*



Siffatta argomentazione poggia, peraltro, sull'enfasi che viene data alla previsione dell'art. 556 cod. civ., nel momento in cui si pretende che il calcolo della massa ereditaria debba essere rappresentato da una stima reale al momento della morte dell'ereditando¹⁷.

Va tenuto conto, però, che la dottrina, che ha mostrato favore per codesta tesi, paia avere di mira, non tanto l'interrogativo circa il còmputo dei crediti incerti, nel calcolo dell'attivo ereditario, quanto le esigenze di calcolare, adeguatamente, il valore da assegnare, in generale, ai crediti ancora da esigere e, quindi, abbia a mente un concetto d'incertezza, per così dire, economico¹⁸. Qualora siffatta tesi venisse intesa nel senso di ricomprendere, nell'attivo ereditario, i crediti incerti, dal punto di vista giuridico, ove se ne valutassero le possibilità di realizzo¹⁹, essa non convincerebbe, in quanto non pare sorretta da ragioni sufficientemente solide.

Dal punto di vista strutturale, anzitutto, è difficilmente giustificabile il ricorrere all'analogia con la norma affidata all'art. 2426, n. 8, cod. civ., poiché, al di là della sicura diversità delle materie, i due casi non paiono simili: il modo d'iscrizione delle voci dell'attivo al bilancio, di una società di capitali, è differente, rispetto alla valutazione dei crediti incerti nella massa ereditaria, poiché la *ratio*, che sottende alle regole di formazione del bilancio, è diversa dalle finalità che il legislatore intendere perseguire mercé la norma affidata all'art. 556 cod. civ.

L'indagine sull'estensibilità analogica della fattispecie normativa, difatti, dev'essere completata in via ermeneutica e, quindi, dal punto di vista funzionale²⁰. Osservando gli interessi tutelati dalle due fattispecie normative, si evince limpidamente che le due discipline non possono essere accostate: nella regolazione del bilancio delle società di capitali, prevale l'esigenza pubblicistica di offrire una corretta rappresentazione contabile dei rapporti facenti capo alla società²¹, laddove, nella disciplina del calcolo della quota indisponibile, vengono in rilievo gli interessi contrapposti del beneficiario, erede o donatario che sia, e del legittimario che si reputi leso nella propria quota di riserva²².

Qualora s'intendesse offrire una valutazione dei crediti incerti, secondo le tecniche di stima utilizzate per

¹⁷ Y. PANCAZZI, *op. loc. citt.*

¹⁸ L'interrogativo dell'inclusione dei crediti incerti nella massa ereditaria, ai sensi dell'art. 556 cod. civ., è differente rispetto al metodo di stima dei crediti. Autorevole dottrina, a tal proposito, reputa che la valutazione dei crediti debba avvenire secondo i criteri di formazione del bilancio: cfr., in argomento, V. BARBA, *La successione dei legittimari*, Napoli, 2020, 154.

¹⁹ Come avviene, peraltro, nel diverso ambito della risarcibilità del danno da perdita di *chance*: in argomento, fra i tanti autori che si sono occupati del tema, v. E. GABRIELLI, *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipotesi giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2010, 503 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 49 ss.; M. BARCELLONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 945 ss.; G.E. NAPOLI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 52 ss.; G. CRICENTI, *La perdita di chance nella responsabilità civile*, Torino, 2019, *passim*; S. GATTI, *Riflessioni sulla (risarcibilità e sulla) quantificazione del danno da perdita di chance*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 2113 ss.; C. SCOGNAMILGIO, *Riflessioni in tema di risarcimento del danno per c.d. perdita della chance*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 1742 ss.; B. TASSONI, *Causalità e perdita di chances*, Torino, 2020, *passim*.

²⁰ Valga il rinvio a N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, 100 ss.; N. BOBBIO, voce *Analogia*, in *Noviss. dig. it.*, vol. I, Torino, 1957, 601 ss.

²¹ Cfr., per tutti, O. CAGNASSO, *Redazione del bilancio*, Parte II, in *Il bilancio d'esercizio. Artt. 2423-2435-ter*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2018, 58 ss.

²² Si aggiunga, nondimeno, che rischierebbe di essere pregiudicata anche la posizione dei donatari e quella dei terzi aventi causa: come è noto, difatti, ai sensi dell'art. 555, comma 2, cod. civ., le donazioni si riducono solo dopo che si sia esaurito il valore dei beni dei quali sia stato disposto per testamento; epperò, qualora l'erede risulti aver ricevuto di più, rispetto alla quota di eredità disponibile, grazie al computo di crediti incerti, il legittimario leso, in quanto codesti crediti non sono acquisiti definitivamente al patrimonio dell'erede, potrebbe avanzare le proprie ragioni nei confronti dei donatari, o dei terzi aventi causa dai donatari, al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 563, comma 1, cod. civ. Quanto agli interessi, che vengono in rilievo in codesto ambito, si veda E. DE BELVIS, *La successione necessaria tra storia e riforme*, Napoli, 2013, 93 ss.



la formazione del bilancio, si assisterebbe a un ingiustificato aumento dell'attivo ereditario, e da ciò potrebbe discendere il verificarsi di una lesione nella quota di legittima, che, in realtà, non si è mai realizzata²³: non essendo i crediti acquisti a patrimonio dell'erede, ma solo sperati, verrebbe privilegiato, in modo irragionevole, il legittimario, sacrificando eccessivamente la posizione del beneficiario.

Peraltro, laddove si quantificassero i crediti, tramite i criteri adottati in sede di formazione del bilancio, potrebbe, di contro, verificarsi una diminuzione della loro incidenza nella massa ereditaria: si accoglierebbe l'idea che ogni forma d'incertezza, anche economica, debba essere valutata, diminuendo il valore del diritto, con l'effetto che, qualora codesti crediti vengano a esistenza, e risultino soddisfatti, per l'intero ammontare, potrebbe venire privilegiato il beneficiario, a danno del legittimario, nel calcolo della quota di eredità indisponibile, di cui all'art. 556 cod. civ.²⁴.

L'applicazione dell'art. 556 cod. civ. deve rispecchiare le finalità, alle quali mira il legislatore, tenendo conto dell'esigenza di bilanciare gli interessi, che vengono in rilievo in siffatto ambito, aspirando a realizzare una posizione di equilibrio fra quella del beneficiario, che intenda mantenere quanto gli sia stato attribuito, e la posizione del legittimario, il quale auspica di conseguire la quota d'eredità, che gli spetti per legge. Il peso dell'incertezza dei crediti, nel momento in cui occorre formare la massa ereditaria, non può farsi gravare sul beneficiario, a danno del legittimario, o viceversa: il rischio legato all'effettivo conseguimento del credito non è affatto trascurabile; epperò, esso si lega alla valutazione della convenienza della concreta attribuzione dei diritti agli eredi, che trova, in altra sede, adeguati strumenti di tutela²⁵.

4. – L'opinione più diffusa, in dottrina, è nel senso che i crediti incerti non possano essere inclusi nell'attivo ereditario. Codesta tesi è riportata di frequente, nei commenti alle norme racchiuse nell'art. 556 cod. civ., in uno con l'esclusione dei crediti, sottoposti a condizione sospensiva²⁶, che, alla stessa maniera dei crediti incerti, vengono esclusi dalla formazione della massa ereditaria, salvo operare una successiva rettificazione del calcolo dell'attivo, al verificarsi dell'evento condizionante²⁷.

²³ Poneva adeguatamente in luce, codesta esigenza, sotto la vigenza del Codice civile del 1865, E. PACIFICI-MAZZONI, *Codice civile commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza, Delle successioni*, vol. IV, *Delle successioni testamentarie*, Firenze, 1875, 138.

²⁴ Si noti che, proprio per risultare aderenti alla regola che riporta al momento della morte l'accertamento del valore dei beni facenti parte della massa ereditaria, secondo quanto prescrive l'art. 556 cod. civ., il calcolo da compiere risulterebbe di notevole difficoltà: difatti, l'incertezza dovuta alle lungaggini e alle difficoltà della riscossione dei crediti andrebbe sì valutata nella prospettiva del loro futuro realizzo, epperò, osservando la situazione in cui versa il debitore al tempo dell'apertura della successione, e non in quello in cui si effettua il calcolo.

²⁵ In particolar modo, in occasione della divisione della massa ereditaria, su cui v., *infra*, par. 5.

²⁶ Oltre agli Autori *infra* citati, sui crediti sospensivamente condizionati v. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dei legittimari*, in *Codice civile. Libro delle Successioni per causa di morte e delle Donazioni*, a cura di M. D'Amelio, Firenze, 1941, 312; A. CICU, *La successione legittima e dei legittimari*, Milano, 1972, rist. II ed., 123; L. FERRI, *Dei legittimari. Art. 536-564*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1981, II ed., 186; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2022, XI ed., 190.

²⁷ Sostengono codesta tesi, E. PACIFICI-MAZZONI, *op. loc. cit.*; L. SALIS, *La successione necessaria nel diritto civile italiano*, Padova, 1929, 142; F. DEGNI, *Lezioni di diritto civile. Le successioni a causa di morte*, vol. II, *La successione testamentaria*, Padova, 1933, 254; L. BARASSI, *Le successioni per causa di morte*, Milano, 1947, III ed., 269; F.S. AZZARITI-G. MARTINEZ-G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1969, V ed., 227; V.E. CANTELMO, *L'attuazione della tutela*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, vol. I, Padova, 1994, 548; L. MENGONI, *op. cit.*, 177-178; G. CATTANEO, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 5, *Successioni*, t. I, Torino, 2008, II ed., 449 ss.; M.C. TATARANO, *La successione necessaria*, in *Diritto delle successioni*, a cura di R. Calvo e G. Perlingieri, vol. I, Napoli, 2008, 489; A.



Si è avuto modo di notare, in effetti, che i crediti incerti mostrano punti in comune con i diritti sottoposti a condizione sospensiva²⁸, in quanto la loro soddisfazione è legata, non tanto, o non solo, a un evento futuro e incerto, bensì a presupposti normativi che debbano essere verificati, affinché il creditore possa conseguire la soddisfazione del suo diritto²⁹. Tale accostamento, invero, non pare decisivo, poiché, reputandosi possibile valutare i crediti incerti, stimando le probabilità della loro venuta a esistenza, si potrebbe sostenere, allo stesso modo, che anche quelli sottoposti a condizione sospensiva possano essere oggetto di valutazione, in quanto è possibile assegnare un peso economico alla probabilità del verificarsi dell'evento³⁰.

Dal punto di vista sistematico, potrebbe trarsi un utile argomento dall'analisi delle norme che il legislatore dettò, riguardo alla formazione della massa ereditaria attiva, al fine di calcolare l'imposta di successione. Difatti, l'art. 11, comma 1, n. 7, d.P.R. n. 637/1972, esclude, per quella finalità, i «crediti che il contribuente dichiara di dubbia esigibilità qualora il contribuente stesso abbia notificato ai debitori l'invito ad assolvere, per suo conto, l'imposta dovuta sui crediti stessi prima del loro pagamento»³¹.

Invero, pur apprezzandosi l'intento del legislatore, che ha mirato a regolare la sorte dei crediti incerti, nella disciplina tributaria la norma riportata non pare potersi estendere analogicamente all'ipotesi contemplata dall'art. 556 cod. civ., in ragione della diversità degli interessi sottesi alla disciplina fiscale, rispetto a quelli tutelati dalla normativa civilistica: la formazione della massa ereditaria, ai fini del calcolo della legittima, riguarda i delicati rapporti fra il beneficiario e il legittimario, che voglia far valere i propri diritti sulla quota di eredità necessaria; invece, nel calcolo delle imposte di successione, si contrappongono gli interessi del fisco e quelli del contribuente.

Dalla diversità di interessi, sottesi alla normativa richiamata, discende l'impedimento all'estensione analogica della regola affidata all'art. 11, comma 1, n. 7, d.P.R. n. 637/1972, e, in uno con essa, peraltro, il presupposto applicativo della regola fiscale, vale a dire la preventiva notifica ai debitori dell'invito ad assolvere l'imposta dovuta. Per i crediti incerti, pertanto, acclarato che siano esclusi nel calcolo di cui all'art. 556 cod. civ., non dovrebbe pretendersi alcun particolare presupposto, salva la prova obiettiva della loro incertezza³².

Né pare decisivo l'accostamento con la giurisprudenza, che si è formata in merito alla così detta cristallizzazione delle quote di eredità³³, la quale ha stabilito, com'è noto, che, qualora uno dei legittimari rinunzi

TULLIO, *Il calcolo della legittima*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. III, *La successione legittima*, Milano, 2009, 418; A. BUCELLI, *Dei legittimari. Artt. 536-564*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012, 547; A. TULLIO, *La successione necessaria*, Torino, 2012, 227.

²⁸ Su cui v., *retro*, par. 2.

²⁹ L'art. 556 cod. civ., similmente a quanto prescrive l'art. 922 del *Code civil*, nulla dispone circa la valutazione dei crediti incerti; invece, il legislatore tedesco dispone al § 2313 BGB: «Per la determinazione del valore di una eredità non si prendono in considerazione i diritti e le obbligazioni che dipendono da una condizione sospensiva. I diritti e le obbligazioni che dipendono da una condizione risolutiva sono calcolati come esistenti senza condizione. Se la condizione si verifica, si dovrà procedere ad un conguagliamento corrispondente alla mutata situazione giuridica. Quanto ai diritti incerti o di dubbia esazione, come pure per le obbligazioni incerte, vale ciò che è stato stabilito per le obbligazioni sotto condizione sospensiva».

³⁰ Così, Y. PANCRAZI, *op. loc. cit.*

³¹ Un cenno, alla disciplina tributaria, è svolto da L. MENGONI, *op. cit.*, 178, nota 8, con riferimento alla disciplina all'epoca racchiusa nell'art. 12, lett. d, d.P.R. 31 ottobre 1990, n. 346.

³² La dottrina, peraltro, mostra di avere in mente un'idea di incertezza, per così dire, economica, del credito: si osservi l'opinione espressa da F.S. AZZARITI-G. MARTINEZ-G. AZZARITI, *op. cit.*, 227, per i quali «per darsi dubbia la esigibilità di un credito non è a pretendersi la preventiva escussione del debitore, ma sono all'uopo sufficienti le infruttuose precedenti escussioni, e basta che il debitore versi in stato di insolvenza»; nello stesso senso, cfr. V.E. CANTELMO, *op. loc. cit.* Di diverso avviso pare L. MENGONI, *op. cit.*, 177, il quale reputa sufficiente che codesti crediti siano contestati giudizialmente.

³³ Un riferimento, a codesta giurisprudenza, con riferimento all'art. 556 cod. civ., lo si rinviene in C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. II, t. 2, *Le successioni*, a cura di M. Bianca e P. Sirena, Milano, 2022, VI, ed., 196.



all'eredità, oppure perda, per prescrizione, il diritto di agire in riduzione, la sua quota non debba accrescersi a quella degli altri legittimari, né debba procedersi al suo ricalcolo, ma si debba rimanere ancorati alla situazione, e quindi alle quote che si sono rinvenute, risultante al momento dell'apertura della successione³⁴.

Difatti, di là del dubbio fondamento normativo, che sorregge l'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, il problema del calcolo dell'attivo ereditario, in presenza di crediti incerti, non pare affatto sovrapponibile alle conseguenze, circa la verifica delle quote di eredità spettanti per legge, a séguito della rinuncia o della perdita del diritto di conseguire l'eredità da parte di uno dei legittimari: nel primo caso, il calcolo, richiesto dall'art. 556 cod. civ., giova per accertare la quota concreta dell'eredità, che è riservata al legittimario, laddove, nel secondo caso, si ha di mira a rinvenire la quota astratta, da attribuire all'erede necessario.

Dare troppa enfasi a codesta opinione, peraltro, rovescerebbe l'èsito a danno del legittimario, in quanto, volendo far leva sulle esigenze di certezza, affermate dalla giurisprudenza³⁵, anche nella formazione della massa ereditaria, verrebbe impedita ogni pretesa successiva, che questi possa vantare, sui beni successivamente entrati nella massa, a vantaggio del beneficiario, che abbia ricevuto il credito incerto.

L'argomento, per cui sono da escludere, dal calcolo di cui all'art. 556 cod. civ., i crediti incerti, si trae, invece, dall'osservazione degli interessi sottesi al problema in esame, in quanto, nelle operazioni che sottendono al calcolo della quota di legittima, si deve avere di mira un equilibrio fra le ragioni del beneficiario e quelle del legittimario, che si reputi leso³⁶. Il bilanciamento di siffatte posizioni si rinviene, allora, escludendo, dal calcolo richiesto dall'art. 556 cod. civ., i crediti per loro natura incerti, salvo successivamente rettificare, o, meglio, integrare, nel caso di loro venuta a esistenza, la quota d'eredità spettante al legittimario.

Tant'è vero che, in sede di divisione, dove la necessità di tutelare l'equità fra i coeredi, nella distribuzione della massa attiva, è più spiccata, nel momento in cui si faccia ricorso alla collazione (artt. 737 ss. cod. civ.), un'autorevole dottrina ha sostenuto come non si possano imputare i crediti incerti, in ragione della obiettiva difficoltà, in ordine alla loro valutazione economica³⁷, bensì debba procedersi a collazione in natura, mediante il conferimento, nella massa dividenda, di un mandato all'incasso³⁸. Siffatta conclusione consente di evita-

³⁴ Cass. civ., sez. un., 9 giugno 2006, n. 13429 e Cass. civ., sez. un., 12 giugno 2006, n. 13524, in *Corr. giur.*, 2006, 1711 ss., con nota di U. STEFINI, *Determinazione della quota di riserva in presenza di legittimari rinunzianti all'azione di riduzione*; in *Notariato*, 2006, 670 ss., con nota di F. LOFFREDO, *La determinazione della quota di riserva spettante ai legittimari nel caso in cui uno di essi rinunci all'eredità ovvero perda, per rinuncia o prescrizione, il diritto di esperire l'azione di riduzione*; in *Giur. it.*, 2007, 1116 ss., con nota di F. PUGLIESE, *Criteri per il calcolo della quota legittima*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 733 ss., con nota di E. DE BELVIS, *Mancato esercizio dell'azione di riduzione ed espansione della quota di riserva*; in *Riv. not.*, 2007, 164, con nota di M. CEOLIN, *La determinazione della quota di riserva e alcune considerazioni in tema di rinuncia all'azione di riduzione, rinuncia all'eredità e accrescimento*; in *Fam. pers. succ.*, 2008, 795 ss., con nota di M. GRANDI, *Conseguenze applicative, in tema di legati ai legittimari, delle «sentenze gemelle» a Sezioni Unite del 9 e 12 giugno 2006*; in *Riv. dir. civ.*, 2008, 211 ss., con nota di C.M. BIANCA, *Invariabilità delle quote di legittima: il nuovo corso della Cassazione e suoi riflessi in tema di donazione e legati in conto di legittima*.

³⁵ I giudici affermano che la *ratio* ispiratrice della successione necessaria «non è solo quella di garantire a determinati parenti una porzione del patrimonio del *de cuius*, ma anche (come rovescio della medaglia) quella di consentire a quest'ultimo di sapere entro quali limiti, in considerazione della composizione della propria famiglia, può disporre del suo patrimonio può disporre in favore di terzi. È evidente che l'esigenza di certezza in questione non verrebbe soddisfatta ove tale quota dovesse essere determinata, successivamente all'apertura della successione, in funzione del numero di legittimari che dovessero esperire l'azione di riduzione».

³⁶ Come sostenne F. DEGNI, *op. loc. cit.*, il quale richiama, peraltro, le motivazioni addotte dalla Cass. civ. 24 novembre 1930, n. 3316, in *Giur. it.*, 1930, 106, e in *Mass. Foro it.*, 1930, 628.

³⁷ Su cui v. A. ZACCARIA, *op. cit.*, 1438-1440, il quale, a sua volta, riporta la tesi espressa da N. COVIELLO, *Delle successioni. Parte generale*, interamente rifatta da L. Coviello, Napoli, 1935, 505, e seguita, successivamente, da F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. VI, *Diritto delle successioni per causa di morte*, Milano, 1962, IX ed., 627.

³⁸ A. ZACCARIA, *op. cit.*, 1446 ss., il quale, dopo aver negato che la collazione dei crediti incerti possa avvenire per imputazione,



re che si creino irragionevoli disparità fra i condividenti, accollando, sui partecipanti alla divisione, il rischio della mancata esazione del credito³⁹.

La giurisprudenza ha fatto leva su codesto argomento trattando della valutazione dei debiti incerti, nella formazione della massa ereditaria, con particolare riguardo all'incidenza della fideiussione, prestata dal *de cuius*, in favore di un debitore che non si trovi in istato di insolvenza. Difatti, la Corte di Cassazione, nonostante mostri favore, nell'estendere analogicamente la soluzione normativa ricavata dalla disciplina tributaria, argomenta, l'esclusione dell'importo della fideiussione, facendo propria l'opinione dottrinarica che sostiene come, nel conflitto di interessi fra onorati testamentari o donatarî, non si debba arrecare, agli uni, un danno certo e immediato, per risparmiare, agli altri, un danno potenziale⁴⁰.

5. – L'opinione, che sostiene l'esclusione dei crediti incerti dal calcolo della massa ereditaria, ai sensi dell'art. 556 cod. civ., merita di essere indagata più a fondo, avuto particolare riguardo alla posizione del legittimario, e alle tutele che, a questi, possano accordarsi, nei confronti del beneficiario. Il dubbio sorge, poiché, ripercorrendo le opinioni espresse in dottrina, taluni interpreti non si limitano ad affermare come debbano escludersi, dal computo dell'attivo ereditario, i crediti incerti, salvo operare un successivo ricalcolo, al momento della loro venuta ad esistenza, ma facciano salvo, a tutela del legittimario, il diritto a pretendere adeguati provvedimenti che, riguardo ai crediti incerti, siano necessari⁴¹.

Quest'ultima precisazione suscita qualche perplessità, in quanto la possibilità che il giudice assuma dei provvedimenti, circa il credito escluso dalla massa, fra i quali può esservi l'imposizione di una cauzione, dev'essere rimediale, in quanto non pare trovare un'adeguata giustificazione normativa.

La dottrina ha già mostrato come, siffatto rimedio, risulti macchinoso, affermando che, così facendo, si graverebbe eccessivamente la posizione del beneficiario, rispetto a quella del legittimario che intenda far valere i propri diritti sulla quota di eredità necessaria⁴². A tal proposito, non è negabile che codesto rimedio appaia di difficile attuazione, anche in ragione del fatto che, un'eventuale cauzione, disposta in favore del legittimario, dinanzi a un credito incerto, o sospensivamente condizionato, andrebbe a sommarsi a quella che, lo stesso beneficiario dell'attribuzione, possa aver ottenuto, nei confronti del creditore⁴³; epperò, non pare suf-

ma debba avvenire necessariamente in natura, pel tramite di un mandato collettivo all'incasso, precisa che, codesto mandato, in quanto attribuito anche nell'interesse del mandatario, risulterebbe irrevocabile.

³⁹ Pare questo il motivo che ha indotto, autorevole dottrina, a sostenere che la stima dei diritti di credito possa venir rettificata, solo «qualora vi dovesse essere una difformità prima delle operazioni divisionali»: così, V. BARBA, *op. loc. cit.*

⁴⁰ Così, Cass. civ. 9 novembre 2021, n. 32804, in *Notariato*, 2022, 84 ss. e in *Foro it.*, 2022, 650 ss., nella cui sentenza, peraltro, i giudici pongono in luce il particolare onere della prova, in capo a chi vanti diritti sulla massa ereditaria, affermando come la consulenza tecnica d'ufficio non sia mezzo istruttorio in senso proprio, avendo la finalità di coadiuvare il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che necessitino di specifiche conoscenze, per cui non può essere impiegata al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume.

⁴¹ In dottrina, v. L. BARASSI, *op. loc. cit.*; F.S. AZZARITI-G. MARTINEZ-G. AZZARITI, *op. loc. cit.*; A. BUCCELLI, *op. loc. cit.* Vale la pena richiamare, altresì, l'opinione di F. DEGNI, *op. loc. cit.*, il quale distingueva i crediti di sicura inesigibilità, che sarebbero esclusi dalla massa ereditaria, dai crediti di dubbia esigibilità, per i quali reputa opportuno il loro accantonamento, salvo gli ulteriori provvedimenti che la loro sorte renda necessari.

⁴² Così, L. MENGONI, *op. cit.*, 178; M.C. TATARANO, *op. loc. cit.*; V.E. CANTELMO, *op. loc. cit.*

⁴³ Si tenga anche conto che non è di facile soluzione la quantificazione della somma che il giudice dovrebbe disporre, per la cauzione, in quanto le due situazioni richiamate non equivalgono. Basti osservare l'ipotesi della vendita di un bene, sottoposta a condizione sospensiva: l'acquirente, difatti, rischia di non conseguire la prestazione sperata, epperò, il legittimario, nel momento in cui si deve provvedere al calcolo di cui all'art. 556 cod. civ., deve comunque valutare il bene, che non è ancora uscito dalla massa ereditaria, e nel caso rettificare, il calcolo operato, con la valutazione del credito per il corrispettivo ancora da corrispondere.



ficiente limitarsi a osservare le conseguenze, della tesi prospettata, criticandone le difficoltà operative, dovendosi, piuttosto, verificare la saldezza dell'argomentazione che la sorregge⁴⁴.

L'assunto, per cui il giudice possa assumere opportuni provvedimenti, circa i diritti di credito, di natura incerta, potrebbe poggiare su ragioni di carattere sistematico, e, precisamente, sull'accostamento, fra la posizione del legittimario, rispetto alla presenza di crediti incerti, da escludere nel calcolo dell'attivo ereditario, e l'acquirente di un diritto, in pendenza della condizione sospensiva: si osservi quanto dispone, oggi, l'art. 1356, comma 1, cod. civ., indicando come, il titolare di codesta aspettativa, possa compiere atti conservativi⁴⁵.

Codesto accostamento, invero, suscita notevoli perplessità, in quanto, la prossimità fra le due fattispecie, da cui discende il potere d'intervento del giudice, non pare poggiare su adeguate basi dommatiche⁴⁶. A tal riguardo, riprendendo quanto si è avuto modo di esporre circa la nozione di credito incerto, è opportuno mantenere distinte due differenti ipotesi di incertezza, per così dire, giuridica, del credito⁴⁷: in caso di negozio sottoposto a condizione sospensiva, difatti, si sono verificati tutti i presupposti della fattispecie, epperò essi sono legati a un evento, futuro e incerto, al verificarsi del quale, si assiste alla retrodatazione degli effetti (art. 1360 cod. civ.); il credito incerto, invece, difetta di un presupposto normativo, e, pertanto, fino al verificarsi di quell'evento, la sua nascita non è si è ancora realizzata⁴⁸.

Da codesta differenza si trae una ricaduta sulla posizione di colui, il quale sia in attesa di assistere al verificarsi di quell'evento: la posizione del creditore, nel caso di credito condizionato, dà luogo a una aspettativa di diritto⁴⁹, mentre, in altre ipotesi, il grado di rilevanza della fattispecie negoziale si affievolisce, e il soggetto si trova ad avere una mera aspettativa, o una aspettativa anche detta di fatto⁵⁰. Alla luce del diverso grado

⁴⁴ Non si trascuri che l'argomentazione orientata alle conseguenze sia un metodo accolto da una parte della dottrina, su cui v., per tutti, L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1 ss., epperò essa attenga, per lo più, a valutazioni d'efficienza economica, che non sempre risultano coerenti con la *ratio* e la funzione degli istituti: nel caso esaminato, difatti, l'intensa tutela che il legislatore accorda ai diritti dei legittimari giustifica talune scelte normative particolarmente gravose, per il beneficiario e i terzi, che quindi non consentono di reputare dirimente, l'argomento che eccepisce la macchinosità della cauzione imposta al beneficiario.

⁴⁵ Fra codesti atti conservativi, è agevole il richiamo alla possibilità di richiedere una cauzione, com'è espressamente indicato nella Relazione del Guardasigilli al progetto del libro delle obbligazioni, Roma, 1941, n. 208. D'altronde, codesta possibilità, nel caso di crediti incerti, trova conferma in varie disposizioni del Codice civile, fra le quali si può richiamare l'art. 502 cod. civ., in cui il legislatore dispone che, nella procedura dell'accettazione con beneficio d'inventario, «la collocazione dei crediti condizionali non impedisce il pagamento dei creditori posteriori, sempre che questi diano cauzione».

⁴⁶ Non persuade la critica mossa da L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, cit., 177, nota 7, il quale afferma che il giudice moderno non avrebbe il potere d'imporre cauzioni, fuori dai casi previsti dalla legge: difatti, al di là di trascurare che il Codice di rito consenta di ricorrere a provvedimenti d'urgenza atipici (art. 700 cod. proc. civ.), proprio l'accostamento, sotto un unico genere, fra la fattispecie dei crediti incerti e quelli condizionati, potrebbe giustificare il ricorso a siffatto rimedio, senza porsi la preoccupazione della natura eccezionale della norma affidata all'art. 1356, comma 1, cod. civ.

⁴⁷ V., *supra*, par. 2.

⁴⁸ V. l'ampia indagine svolta da D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 111 ss., avuto particolare riguardo alla *condicio iuris*, e A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, rist. Napoli, 1979, 218 ss., ma anche, nello stesso senso, F. MESSINEO, *op. cit.*, 193-194. Quanto alla struttura del negozio condizionato, v., peraltro, S. MAIORCA, voce *Condizione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. III, Torino, 1998, 274 ss.

⁴⁹ Ben sintetizzata da M. ASTONE, *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza*, Milano, 2006, 27, per la quale l'«aspettativa giuridica presuppone sempre e comunque la possibilità di determinazione di effetti giuridici che la caratterizzano e che si ricollegano a una particolare fase della formazione di una fattispecie». Si aggiunga, più di recente, l'indagine svolta da E.W. DI MAURO, *Pendenza della condizione. Aspettativa di diritto. Atti di disposizione*, in questa *Rivista*, 2015, 519 ss.

⁵⁰ In merito a codesta distinzione, v. G. VENEZIAN, *La tutela dell'aspettativa*, in *Opere giuridiche*, vol. II, Roma, 1920, 162 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1970, 226; A. FALZEA, *op. cit.*, 192 ss.; R. NICOLÒ, voce *Aspettativa (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, vol. III, Roma, 1988, 1 ss.; M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 551 ss.;



d'intensità, che riveste la posizione di colui, il quale vanti un diritto, che debba ancora venire ad esistenza, si rende poco agevole estendere un intervento del giudice, che stabilisca una cauzione, in capo al creditore di un credito incerto, e così non pare giustificato applicare, analogicamente, la norma racchiusa nell'art. 1360 cod. civ. al legittimario, rispetto al credito escluso dal computo della massa ereditaria attiva.

Peraltro, ove si ammettesse codesto intervento del giudice, la posizione di siffatta cautela non pare affatto realizzare l'interesse del legittimario, il quale intenda conseguire la quota d'eredità necessaria. L'intervento del giudice, in occasione della formazione della massa ereditaria, non si mostra coerente con la natura dell'accertamento, imposto dall'art. 556 cod. civ., che è un calcolo solamente matematico, in quanto la disposizione di atti conservativi attiene più al momento in cui occorre dare concreta soddisfazione delle pretese dell'erede necessario⁵¹: ciò avviene, invero, in occasione dell'eventuale, e successiva, divisione della massa ereditaria. Difatti, fintanto che il legittimario non esperisca, vittoriosamente, l'azione di riduzione, e si proceda alla divisione dei cespiti ereditari, compresi i crediti facenti capo al *de cuius*, non pare ragionevole disporre una cauzione, a vantaggio dello stesso legittimario, poiché questi potrebbe non risultare mai assegnatario dei crediti incerti, o sospensivamente condizionati⁵².

Al momento della divisione, qualora vi sia accordo fra le parti, i condividenti potranno valutare il credito e procedere a una sua assegnazione, facendo gravare il rischio della sua mancata nascita sull'assegnatario⁵³; qualora la divisione sia giudiziale, invece, il giudice non potrebbe che escludere il credito incerto, dalla massa dividenda, fintantoché non venga a esistenza, salvo non ammettere, in siffatta ipotesi, la possibilità di conferire, da parte dei coeredi, un mandato collettivo all'incasso, affinché su tutti i condividenti possa gravare il rischio della mancata venuta ad esistenza del credito⁵⁴.

V'è da osservare, da ultimo, una ragione d'ordine storico. Non va trascurato, difatti, che la tesi riportata non trovi corrispondenza nelle fonti del passato, in quanto, l'idea per cui il giudice possa assumere opportuni provvedimenti, in favore del legittimario, risulta consolidarsi, in dottrina, nel momento in cui, sollevato l'interrogativo della sorte dei crediti incerti, gli interpreti cercavano un conforto nel diritto romano⁵⁵. Senonché, dalla ricostruzione delle fonti, pare emergere che l'idea predominante, per i romani, fosse quella

M. ASTONE, *op. cit.*, 25 ss. Per un'opinione critica, invece, v. A.C. PELOSI, voce *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. I, Torino, 1987, 466.

⁵¹ Pare anche improprio discorrere di «accantonamento» dei diritti di credito incerti, nel calcolo indicato dall'art. 556 cod. civ., in ragione del fatto che, codesta espressione, è impiegata, nel lessico normativo, nel momento in cui occorra mettere da parte determinati crediti, già considerati nella massa dell'attivo; ciò non avviene, invece, nel caso della formazione della massa ereditaria, in quanto, proprio nel calcolo dell'attivo, non si deve tener conto di siffatte ragioni di credito facenti capo al *de cuius*.

⁵² Vale la pena ricordare che, secondo la giurisprudenza, a differenza dei debiti ereditari, i crediti non si ripartiscono automaticamente fra coeredi, in ragione delle rispettive quote, ma entrano a far parte della comunione ereditaria: così, Cass. civ., Sez. Un., 28 novembre 2007, n. 24657, in *Corr. giur.*, 2008, 1100 ss., con nota di L. MILITERNI, *Le Sezioni Unite dettano il regime dei crediti ereditari*; in *Fam. pers. succ.*, 2008, 305 ss., con nota di N. DI MAURO, *Crediti del de cuius e pluralità di eredi*; in *Giur. it.*, 2008, 1916 ss., con nota di A. BERTOTTO, *Comunione ereditaria del credito ed esercizio della facoltà di pretesa*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 655 ss., con nota di D. NOVELLO, *Configurabilità di un litisconsorzio necessario tra eredi del creditore nell'azione per il recupero delle somme dovute al loro dante causa*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1773 ss., con nota di M. PILLONI, *Accertamento di credito ereditario e litisconsorzio "non" necessario*; in *Riv. not.*, 2008, 947 ss., con nota di E. TIMPANO, *La comunione ereditaria si apre ai crediti: le Sezioni Unite sanciscono il superamento del principio "Nomina ipso iure dividuntur"*.

⁵³ Si rimembri, sul punto, la regola affidata all'art. 760 cod. civ., in cui il legislatore dispone che non «è dovuta garanzia per l'insolvenza del debitore di un credito assegnato a uno dei coeredi, se l'insolvenza è sopravvenuta soltanto dopo che è stata fatta la divisione».

⁵⁴ Ancora, sul punto, v. A. ZACCARIA, *op. loc. citt.*

⁵⁵ A tal proposito, v. L. MENGONI, *op. loc. citt.*, il quale riporta l'opinione di C. LOSANA, *Le successioni testamentarie secondo il Codice civile italiano*, Torino, 1884, 349 e V. POLACCO, *Delle successioni*, vol. II, *Disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie*, Milano, 1937, II ed., 491.



dell'esclusione dei crediti incerti, nel calcolo della massa ereditaria, senza alcuna altra specificazione, risultando incerto che al giudice fosse data possibilità di assumere degli opportuni provvedimenti⁵⁶.

Codesta indicazione pare piuttosto il frutto di un'aggiunta, della dottrina, fra la fine dell'800 e l'inizio del secolo scorso, la quale diede peso determinante a talune decisioni richiamate dagli autori romani, per poi essere stata fatta propria da una risalente sentenza della Corte di Cassazione⁵⁷; aggiunta, questa, poco coerente con l'idea originaria, che si limitava a richiedere un eventuale ricalcolo, della formazione dell'attivo ereditario, al venire a esistenza del credito incerto⁵⁸.

6. – Muovendo dall'interrogativo iniziale, che nasce dal problema d'ordine pratico della formazione della massa ereditaria, ai sensi dell'art. 556 cod. civ.⁵⁹, e precisamente dalla considerazione che si debba avere dei crediti incerti, nell'accezione di incertezza, per così dire, giuridica⁶⁰, si è avuto modo di verificare il fondamento delle tesi, che, nel corso degli anni, sono state riportate alla dottrina, e spesso richiamate, dagli autori.

Fra i vari argomenti, si è dato peso rilevante all'esigenza di dover bilanciare gli interessi in rilievo, e quindi approdare a una soluzione che, dal punto di vista ermeneutico, si dimostri equilibrata fra la posizione del beneficiario, il quale auspica di conservare i diritti a esso attribuiti dal *de cuius*, e il legittimario, che invece voglia tutelate le proprie ragioni, rispetto alla quota di eredità necessaria. Proprio siffatta esigenza, ha consentito di affermare che, pur potendosi valutare, tramite i criteri di formazione del bilancio, i crediti incerti, non sia opportuno che questi si debbano includere nell'attivo della massa ereditaria⁶¹, e, di converso, si è reputata preferibile la tesi che esclude, dalla formazione della massa relitta, siffatti crediti⁶².

Alla luce dei risultati raggiunti, si può trarre, peraltro, una conseguenza di ordine generale, poiché si evince come la massa ereditaria, e in particolar modo la ricostruzione dell'attivo e del passivo ereditario, non coincida, necessariamente, con i diritti, di natura patrimoniale, trasmissibili *mortis causa*: il caso dei crediti incerti, similmente a quelli sospensivamente condizionati, mostra come, pur essendo questi diritti trasmessi, dal *de cuius*, agli eredi o ai legatari, di essi non debba tenersi conto nel calcolo che il legislatore impone, nel modo e secondo le indicazioni offerte dall'art. 556 cod. civ.

Ulteriore risvolto, dell'indagine svolta, si è mostrato osservando le eventuali tutele, accordate al legittimario, in ragione del fatto che la possibilità che il giudice disponga delle opportune cautele non appaia giustifi-

⁵⁶ D.35.3.1.7 (Ulp. 79 *ad ed.*), nel quale si legge: «*Cum dicitur lex falcidia locum habere, arbiter dari solet ad ineundam quantitatem bonorum: tametsi unus aliquid modicum fideicommissum persequatur. Quae computatio praejudicare non debet caeteris, qui ad eritrum missi non sunt. Solet tamen ab haerede etiam caeteris denunciari fideicommissariis, ut veniant ad arbitrum, ibique causam suam agant*».

⁵⁷ Come riportato da A. BUCELLI, *op. loc. citt.* e A. TULLIO, *op. loc. citt.*, i quali fanno riferimento a Cass. civ. 24 novembre 1930, n. 3316, cit.

⁵⁸ Si osservi, difatti, come veniva commentato, il passo del D.35.3.1.7, da J. DOMAT, *Le leggi civili nel lor ordine naturale*, vol. IX, Venezia, 1804, II ed., 164-165, nel caso in cui la falcidia debba «regolarsi sopra i beni certi ed attualmente esistenti; e per ciò che riguarda i diritti litigiosi, l'erede e i legatari prenderanno di comune accordo le misure necessarie, affine di rendersi reciprocamente giustizia, secondo ch'esigeranno in appresso i cambiamenti, che possono accadere, e le circostanze. In conseguenza, l'erede, che non sarà tenuto di comprendere questi beni incerti nella massa ereditaria, si obbligherà di accrescere i legati in caso, che questi beni venissero a rimanere nell'eredità», e aggiunge che «se per qualche riguardo particolare fosse egli obbligato a pagare tutti o qualcuno de' legati sul piede, in cui si troverà l'eredità dopo l'accrescimento di questi beni, i legatari si obbligheranno dal canto loro di restituire quello, che avranno ricevuto a titolo di questo accrescimento, nel caso ch'esso non avvenisse».

⁵⁹ V., *retro*, par. 1.

⁶⁰ V., *retro*, par. 2.

⁶¹ Su cui, v., *retro*, par. 3.

⁶² V., *retro*, par. 4.



JUS CIVILE

cata, sul piano normativo, per ragioni d'ordine storico e dommatico, e, soprattutto, non consenta a colui, il quale vanta diritti sulla quota d'eredità necessaria, un'adeguata realizzazione. Anche in questo frangente, l'indagine sugli interessi rilevanti ha condotto a negare un intervento del giudice, che ponga talune cautele a danno del beneficiario, il quale abbia ricevuto dei crediti di natura incerta, risultando, invece, preferibile procedere solamente a un ricalcolo della massa ereditaria, una volta venuto a esistenza il credito⁶³.

⁶³ V., *retro*, par. 5.



LORENZO LOCATELLI

Avvocato

NESSUNA POLIZZA È PERFETTA: LE VARIABILI TEMPORALI DELL'ASSICURAZIONE PER LA RESPONSABILITÀ CIVILE, TRA CLAUSOLE *CLAIMS MADE* E CIRCOSTANZE NOTE

SOMMARIO: 1. Nessuna polizza è perfetta. – 2. I concetti di rischio e di sinistro nel contratto di assicurazione per la r.c. – 3. La circostanza nota tra dichiarazioni inesatte e reticenti ed esclusioni espresse di garanzia. – 4. Le circostanze “giudiziarie”. – 5. Contratti con equiparazione di una circostanza alla richiesta di risarcimento ed effetti sulla prescrizione del diritto dell'assicurato.

1. – Nell'ambito dell'assicurazione della responsabilità civile, il profilo temporale resta un problema che, nonostante l'evoluzione degli ultimi anni, spesso si propone all'interprete.

Oggi il mercato non concede possibilità di evasione, quantomeno nell'ambito della responsabilità professionale, dalla costruzione che regola l'operatività nel tempo della polizza a regime *claims made*¹, con la garanzia legata al momento della richiesta di risarcimento.

Anche con l'assetto delineato dall'art. 1917 c.c., e dunque con il riferimento temporale al fatto accaduto durante l'assicurazione, non erano rari i casi in cui si aprissero temi di inoperatività legati al tempo². Tuttavia, non è negabile che proprio le polizze *claims made*, se non adeguatamente progettate, frequentemente mostrano momenti di instabilità in relazione al tempo della garanzia e alla denuncia di sinistro, soprattutto se l'assicurato scopre nel corso dell'assicurazione – e in assenza di qualsivoglia reclamo da parte del danneggiato – di essere di fronte a un fatto possibilmente produttivo di una richiesta risarcitoria. Si pensi all'avviso di garanzia nei confronti del medico che si rende conto di aver commesso un errore che potrà determinare una richiesta risarcitoria, oppure del pubblico dipendente che conosce l'evento negativo collegato alla sua condotta per l'avvio di una causa civile a carico dell'Ente di appartenenza, ma che dovrà attendere molto tempo prima di ricevere una richiesta risarcitoria³.

È questo il c.d. fatto noto all'assicurato: una circostanza, quindi, possibilmente foriera di una richiesta di risarcimento che è conosciuta da chi si avvia a stipulare il trasferimento del proprio rischio.

¹ Con il Parere dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, 4 luglio 2014, n. AS1137, si era auspicata l'introduzione dell'obbligo per le imprese assicuratrici di offrire anche sul mercato della r.c. professionale, in alternativa, polizze prive della clausola c.d. *claims made*. Un auspicio rimasto oggettivamente tale.

² Tra tutti, i casi di danni lungolatenti nelle polizze *act committed* e i sinistri in serie in quelle *loss occurrence*.

³ Alcune polizze, peraltro, prevedono che l'assicurato debba dare avviso scritto entro un determinato termine dall'avvenuta conoscenza non solo di un vero sinistro (richiesta di risarcimento) ma anche di ogni fatto che possa dare origine a una richiesta di risarcimento.



Può accadere che la polizza in vigore al momento della scoperta della circostanza termini il suo percorso di efficacia e che la richiesta di risarcimento venga notificata solo all'esito della sottoscrizione di un nuovo contratto. Questo stato di cose porta la conseguenza che l'evento negativo potrebbe rimanere, in ipotesi, privo di copertura, potendo:

a) l'assicuratore del primo contratto, eccipere che durante la polizza a regime *claims made* non sono pervenute richieste risarcitorie;

b) l'assicuratore del nuovo contratto, opporre sia il tema delle dichiarazioni inesatte o reticenti al momento della stipulazione *ex artt.* 1892 e 1893 c.c., sia la classica esclusione per regolamento contrattuale della garanzia retroattiva, per essere il fatto causa del danno conosciuto dall'assicurato al momento della stipulazione.

Chiaramente, i problemi emergono soprattutto se nel corso degli anni si modifica l'assicuratore, ma le incognite non mancano, talvolta, anche nel caso di continuità con la medesima impresa, allorché quest'ultima tenda a frazionare con un diverso contratto ogni periodo di copertura⁴.

Questa è sempre stata, del resto, la tipica incognita⁵ delle assicurazioni a regime *claims made*, in relazione alla quale, tuttavia, non mancano oggi regole di prevenzione tese a dare maggiore sicurezza al sistema.

Di fronte al problema di circostanze che ancora non hanno assunto la caratteristica del sinistro⁶ per non essere pervenuta la richiesta di risarcimento, i contratti non propongono regolamentazioni standardizzate.

Si può, ad esempio, prevedere l'integrazione del sinistro solo in relazione agli eventi per cui si è ricevuta una formale richiesta di risarcimento. In questi casi, una semplice inchiesta giudiziaria, una comunicazione informativa o anche un avviso di garanzia se non addirittura un rinvio a giudizio, non contenendo una richiesta risarcitoria e, quindi, non costituendo sinistro nel senso previsto dal contratto, non sono considerati dall'assicuratore⁷, avviando l'assicurato in un incerto percorso di attesa.

Alcune polizze, invece, seguono un'impostazione diversa, parificando alla richiesta di risarcimento, ai fini contrattuali e in particolare dell'operatività temporale della garanzia, determinati fatti o atti, come la notificazione di un procedimento di accertamento tecnico preventivo o l'informazione di garanzia⁸ pur in assenza di un'espressa domanda risarcitoria.

In altri regolamenti contrattuali, ancora, ci si spinge addirittura oltre, prevedendo che la comunicazione di una circostanza all'assicuratore, ritenuta dall'assicurato probabilmente o anche solo possibilmente foriera di una richiesta, sia trattata come una richiesta di risarcimento. È, questa, la clausola *deeming*, che impegna l'assicuratore alla garanzia anche qualora la richiesta di risarcimento avvenga in seguito e a contratto scaduto⁹.

⁴ In questi casi si può ricorrere alla *continuous cover*, clausola con la quale si considerano assicurati i sinistri riconducibili a circostanze già note all'assicurato alla stipula del nuovo contratto annuale, purché nel periodo di verifica del fatto fosse operativa una polizza e la reticenza dell'assicurato non sia dolosa. Alcune polizze prevedono che la garanzia in continuità operi esclusivamente se la richiesta di risarcimento collegata alla circostanza non comunicata rientri nella copertura prevista sia dalla polizza in corso al momento della richiesta di risarcimento sia dalla polizza operativa al momento della conoscenza della circostanza, al fine di evitare che un assicurato si accorga dell'esistenza di una circostanza esclusa dal rischio in garanzia, attenda appositamente il nuovo contratto ed estenda con la nuova polizza l'operatività anche alla fattispecie nota.

⁵ Si veda B. TASSONE, *Esclusione della vessatorietà di clausole claims made e act committed fra loro coordinate*, in *Resp. civ.*, 2012, 689.

⁶ Come vedremo, nell'ambito della polizza per la responsabilità civile, essendo la garanzia a tutela del patrimonio di chi è chiamato a risarcire un danno, il sinistro si forma nella progressione tra fatto, danno e richiesta di risarcimento.

⁷ La soluzione è, spesso, l'apertura di una posizione cautelativa che, in realtà, viene spesso chiusa allo spirare della polizza in assenza di un *claim* tempestivo.

⁸ Si affronterà l'argomento, anche con riguardo al problema della prescrizione del diritto dell'assicurato, nell'ultimo paragrafo.

⁹ La *deeming clause* è spesso proposta in questa forma: *l'Assicurato dovrà dare immediata comunicazione scritta agli Assicuratori durante il periodo di assicurazione ... di qualsiasi circostanza di cui l'Assicurato venga a conoscenza che si presuma possa ra-*



Esistono, tuttavia e come anticipato, contratti che non prevedono un minimo di estensione e possono portare al sorgere di complicazioni non indifferenti per l'assicurato. Vale la pena di ricordare, sul punto, la disorientante previsione del Regolamento attuativo¹⁰ della legge n. 24/2017 che, sulla premessa esplicita di operare nell'ambito di una previsione di polizza a regime *claims made*, esclude all'art. 1, lett. o, e dunque nell'ambito delle definizioni ai sensi e per gli effetti del provvedimento, che si possa considerare *sinistro* non solo *la richiesta della cartella clinica, l'esecuzione del riscontro autoptico/autopsia giudiziaria/autopsia di cui al d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285*, ma persino *la querela e l'avviso di garanzia*. In questo modo, è chiaro che l'assicurato può trovarsi in un limbo interpretativo in relazione al problema, purtroppo ricorrente, di disallineamento temporale tra la scoperta della condotta sensibile al contratto e la richiesta di risarcimento¹¹.

2. – La polizza a regime *claims made* può avere efficacia retroattiva, riuscendo a garantire il patrimonio dell'assicurato anche in relazione a fatti già verificatisi, ovviamente alla condizione che non sia pervenuta alcuna richiesta di risarcimento al momento della sottoscrizione del contratto.

Questione fondamentale è, anzitutto, se al momento della stipulazione del contratto di assicurazione, nonostante l'avveramento, e magari la conoscenza oggettiva, del fatto storico possibile fonte di azione risarcitoria, un rischio nel senso voluto dall'ordinamento sia ancora presente¹².

Il legislatore, superando definitivamente un conflitto durato anni, ha ammesso la possibilità di un'assicurazione retroattiva, nel senso di concedere la garanzia all'assicurato della responsabilità civile anche per fatti antecedenti al contratto¹³. La scelta si accompagna al pensiero secondo cui l'assicurazione della responsabilità civile prevede una costruzione del concetto di sinistro che non è rappresentato solo dal fatto e dalla sua conseguenza lesiva sul terzo ma, anche, dall'incertezza che quel fatto possa determinare, a sua volta, un danno all'assicurato con l'impovertimento del patrimonio. Del resto, perché il sistema *claims made* sopravviva è necessario ammettere che la situazione di rischio e di interesse all'assicurazione vada ritenuta esistente anche a fronte di un fatto già accaduto. È, quindi, essenziale capire entro quali limiti il contratto possa operare di fronte a una consapevolezza¹⁴ il cui livello può, ovviamente, variare da una fattispecie all'altra.

Tradizionalmente si concepisce il sinistro, nell'ambito della polizza della responsabilità civile, in senso progressivo¹⁵. L'evento negativo non si esaurisce, cioè, con la condotta materiale cui è riconducibile causal-

gionevolmente dare origine ad una richiesta di risarcimento nei confronti dell'Assicurato. L'eventuale richiesta di risarcimento pervenuta in seguito alla comunicazione sarà considerata come se fosse stata fatta durante il periodo di assicurazione. Si veda L. LOCATELLI, *Primi cedimenti delle clausole claims made di fronte al giudizio di meritevolezza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1377 ss.

¹⁰ D.m. 15 dicembre 2023, n. 232, entrato in vigore il 16 marzo 2024, che ha introdotto dopo sette anni di attesa le norme sulla determinazione dei requisiti minimi delle polizze assicurative previste dalla legge n. 24/2017.

¹¹ Critico sulla norma è anche M. CAPECCHI, *Luci ed ombre del decreto attuativo sui requisiti minimi delle polizze assicurative e delle analoghe misure*, in *Resp. medica*, 2024, 124.

¹² Il contratto di assicurazione, infatti, può sopravvivere solo ove il rischio dedotto sia un evento futuro e incerto; si veda M. ROSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, cit., 2013, 38.

¹³ Ne sono esempi il Decreto del Ministero della giustizia del 22 giugno 2016, in punto di assicurazione della responsabilità civile dell'avvocato, oppure l'art. 11 della legge 8 marzo 2017, n. 27 in tema di responsabilità sanitaria e il Decreto del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali del 14 luglio 2009, relativo al modello di polizza di responsabilità professionale per la sperimentazione clinica.

¹⁴ P. CORRIAS, *La causa del contratto di assicurazione: tipo assicurativo o tipi assicurativi?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 59; G. VOLPE PUTZOLU, *Le assicurazioni. Produzione e distribuzione*, Bologna, 1992, 63.

¹⁵ Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 852, secondo cui nell'assicurazione della responsabilità civile, il sinistro è collegato non solo alla condotta dell'assicurato danneggiante, ma altresì alla richiesta risarcitoria avanzata dal dan-



mente il danno, essendo necessario anche l'attacco al patrimonio dell'assicurato da parte del danneggiato.

Il passaggio chiave, allora, è ammettere che di fronte all'assicurazione di un evento già avvenuto – specialmente ove ignorato quale elemento in grado di far scattare un obbligo risarcitorio – da un lato resta incompiuto il percorso che conduce all'impoverimento dell'assicurato che è chiamato a risarcirlo, dall'altro non risulta realizzato l'evento negativo decisivo, consistente nell'aggressione del patrimonio protetto dal contratto. In questa accezione, quindi, l'alea si sposta, inevitabilmente, dall'incertezza della commissione di un fatto al perfezionamento di un complesso iter che inizia certamente con il fatto (*act*), ma lì non si esaurisce: il percorso prosegue, infatti, con l'emersione del danno ove non contestuale (*loss*) per terminare con il compimento della richiesta di risarcimento (*claim*).

Già con riguardo all'art. 1917 c.c. si erano affermate, in materia d'assicurazione della responsabilità civile, nozioni di sinistro contrastanti¹⁶, ammettendo che agli effetti del diritto all'indennizzo esiste un percorso progressivo che si conclude con la domanda di risarcimento¹⁷, perché senza l'attacco patrimoniale l'obbligo di garanzia portato dalla polizza rimane privo di concretezza, condizionato com'è dall'atteggiamento del terzo. Quindi, una polizza che prevede l'assicurazione della responsabilità civile anche per fatti accaduti precedentemente alla sua stipulazione, riesce a resistere, entro determinati limiti, alla censura di inesistenza del rischio, identificando il sinistro nel compimento della formazione graduale dell'aggressione al patrimonio dell'assicurato¹⁸.

Si è, invero, recentemente proposta una distinzione tra fatto noto e circostanza, indicando che per fatto noto si dovrebbe intendere quel solo fatto che costituirebbe sinistro ove verificato durante il periodo di copertura¹⁹; la circostanza, viceversa, sarebbe il fatto accaduto durante il periodo di assicurazione e che, pur non costituendo sinistro, può far presumere la successiva richiesta di risarcimento.

La distinzione non convince, perché se al momento della stipulazione esiste un fatto noto che costituisce sinistro (e dunque, nel caso della polizza *claims made*, una richiesta di risarcimento) significa che il rischio coperto dalla polizza si è già verificato. Di fronte a una richiesta di risarcimento già avvenuta il percorso formativo è completato e il rischio è inesistente, con conseguente impossibilità, pena la nullità del contratto ex art. 1895 c.c., di procedere al suo trasferimento all'assicuratore.

Vero è che le polizze *claims made* prevedono la loro non operatività in relazione a fatti per cui la richiesta di risarcimento sia già pervenuta ma questo è argomento che delimita l'obbligazione dell'assicuratore nel tempo esattamente come nella costruzione dell'art. 1917 c.c. il fatto non poteva accadere al di fuori del periodo assicurativo.

Il fatto noto non coincide, quindi, con il sinistro e per esso è preferibile intendere la semplice conoscenza di azioni od omissioni o, comunque, fatti dai quali possano derivare richieste di risarcimento²⁰ che non siano

neggiato, essendo fin troppo ovvio che ove al comportamento lesivo non faccia seguito alcuna domanda di ristoro, nessun diritto all'indennizzo – e specularmente nessun obbligo di manleva – insorgeranno a favore e a carico dei soggetti del rapporto assicurativo; si veda G. FACCI, Le clausole claims made e la meritevolezza di tutela, ivi, 1136 ss.

¹⁶ La dottrina si è occupata spesso della definizione di sinistro, facendo di volta in volta riferimento al fatto sorgente di responsabilità, alla richiesta di risarcimento da parte del danneggiato, al riconoscimento di responsabilità, o addirittura al pagamento dell'indennizzo al danneggiato da parte dell'assicurato. Per un'analisi completa della questione e della dottrina interessata, si rinvia a A.D. CANDIAN, *Responsabilità civile e assicurazione*, Milano, 1993, 292 e ss.

¹⁷ Così R. CAVALLO BORGIA, *Responsabilità e assicurazione*, in *Tratt. Resp. civ.*, diretto da M. FRANZONI, Milano, 2004, 98.

¹⁸ Si veda sul punto Cass. 17 febbraio 2014, n. 3622, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 826, secondo la quale nei contratti a regime *claims made* il rischio esiste, pur se di natura e consistenza diverse da quella avente ad oggetto i comportamenti colposi dell'assicurato.

¹⁹ M. CAPECCHI, *Luci ed ombre del decreto attuativo sui requisiti minimi delle polizze assicurative e delle analoghe misure*, cit., 2024, 122.

²⁰ È, questa, anche l'opinione di G. FACCI, *Il fatto noto nella successione di clausole claims made*, cit., 12.



già pervenute al momento della stipulazione del contratto. La conoscenza, quindi, non riguarda il sinistro ma prepara il terreno a temi di discussione differenti che afferiscono da un lato agli artt. 1892 e 1893 c.c. e, dall'altro, a quelle clausole di esclusione non basate sull'essersi già verificata la richiesta di risarcimento avvenuta – fattore che comporta l'esaurimento del rischio – ma sul fatto dell'essere il contraente a conoscenza di un fatto foriero di possibile richiesta di risarcimento.

Già in occasione del primo intervento delle Sezioni Unite sul contratto *claims made*²¹, si era sottolineato non solo il percorso graduale tipico della polizza per la responsabilità civile ma, altresì, che la clausola *claims made* con garanzia pregressa è da considerare lecita perché *afferisce a un solo elemento del rischio garantito, la condotta colposa posta già in essere e peraltro ignorata, restando invece impregiudicata l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi costitutivi dell'impovertimento patrimoniale del danneggiante-assicurato*, con la conseguenza che *l'estensione della copertura alle responsabilità dell'assicurato scaturenti da fatti commessi prima della stipula del contratto non fa venir meno l'alea e, con essa, la validità del contratto*.

Tutto bene, se non che in questo cammino apparentemente risolutivo si è finito per introdurre un elemento condizionante non semplice da tradurre; quello di subordinare l'esistenza del rischio al fatto che *al momento del raggiungimento del consenso le parti (e, in specie, l'assicurato) ne ignoravano l'esistenza*.

Va esaminato, a questo punto, cosa significhi ignorare l'esistenza di un fatto e, una volta superato il problema, come questo elemento soggettivo interagisca con il concetto di esistenza del rischio necessario affinché il contratto sia valido.

Anzitutto, rilevo che sembra più corretto concentrare l'attenzione non tanto sulla conoscenza di un fatto storicamente inteso (in ambito medico, ad esempio, la morte di un paziente), quanto sul difetto di consapevolezza dell'essere quel fatto riconosciuto foriero di possibile richiesta di risarcimento²² (la morte di un paziente unita alla consapevolezza o anche solo al dubbio di un errore professionale come sua causa). Solo in questo modo, infatti, si pone una logica al sistema, selezionando il fatto in collegamento al rischio dell'aggressione patrimoniale e proiettando, coerentemente, l'elemento aleatorio sul futuro e dunque sul completamento del percorso progressivo.

Se allora, come affermano le Sezioni Unite, la costruzione del sinistro si compie definitivamente con l'aggressione del patrimonio dell'assicurato, non esaurendosi nella sola condotta materiale, è necessario verificare se la conoscenza di un fatto come possibile fonte di richiesta di risarcimento, riesca a mantenere l'elemento del rischio e possa, in caso di debita comunicazione all'assicuratore all'atto della stipulazione²³, togliere ombre di nullità al contratto.

Entra inevitabilmente in gioco, a questo punto, l'analisi della possibilità di avveramento dell'evento negativo che non è più concentrato sulla condotta ma sulla richiesta di risarcimento²⁴ e avremo, di conseguenza e a seconda dei casi, rischi più o meno probabili di verifica, fermo restando che, scientificamente, possibile o probabile che sia l'avveramento di un attacco al patrimonio mediante la richiesta siamo sempre di fronte a un elemento aleatorio che può giustificare, in astratto, il contratto di assicurazione.

²¹ Cass., sez. un., 9 maggio 2016, n. 9140: *il rischio dell'aggressione del patrimonio dell'assicurato in dipendenza di un sinistro verificatosi nel periodo contemplato dalla polizza, si concretizza progressivamente, perché esso non si esaurisce nella sola condotta materiale, cui pur è riconducibile causalmente il danno, occorrendo anche la manifestazione del danneggiato di esercitare il diritto al risarcimento*.

²² L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 829 ss.

²³ Altrimenti in questo caso si potrebbero richiamare le regole di cui agli artt. 1892 e 1893 c.c.

²⁴ Di recente, A. CASÀ, *Reticenza del contraente ed obbligo di buona fede precontrattuale dell'assicuratore: la ricerca di un necessario bilanciamento*, in *Nuova. giur. civ. comm.*, 2024, 254 ss., si esprime, con riguardo alle polizze a regime *claim made* in termini di rischio di subire una richiesta risarcitoria.



È chiaro che l'elemento della non conoscenza del fatto storico o, comunque, del fatto come possibile fattore idoneo a provocare una richiesta di risarcimento concede migliore struttura all'elemento del rischio all'atto della stipulazione. Tuttavia, una volta superato – e oggi lo stesso legislatore ammette e regola questa possibilità – il problema dell'ammissibilità dell'assicurazione retroattiva²⁵, riesce difficile confinare l'esistenza dell'elemento del rischio all'ipotesi dell'ignoranza, assoluta o anche relativizzata, del fatto. Credo, invece, si debba concedere che un fatto non solo accaduto ma anche conosciuto da entrambe le parti come possibile fonte di istanza di risarcimento possa trovare, in tesi, assicurazione, non oltrepassandosi, in assenza di aggressione formale del patrimonio e di conclusione del percorso progressivo, il confine dell'inesistenza assoluta del rischio, oltre il quale si determina la nullità del contratto²⁶.

3. – Se il problema della sussistenza del rischio al momento della stipulazione del contratto, pena la sua nullità *ex art.* 1895 c.c., può risolversi, almeno entro determinati limiti, mediante il ragionamento a sviluppo progressivo, occorre non confondere il tema del rischio al momento della stipulazione con quello delle dichiarazioni o delle reticenze rese dall'assicurato al momento della conclusione del contratto²⁷.

Spesso capita, infatti, che, nell'affrontare la questione delle clausole contemplanti la circostanza nota nello schema contrattuale *claims made*, si proponano richiami agli artt. 1892 e 1893 c.c.²⁸. Va posta, tuttavia, attenzione al fatto che queste norme non affrontano certo il problema della mancanza del rischio che, invece, rende nullo il contratto ai sensi dell'art. 1895 c.c.; esse operano, piuttosto, in relazione a quei contratti in cui il rischio è ben presente ma non viene inteso nella sua reale consistenza dall'assicuratore a causa della condotta colposa o dolosa dell'assicurato che ha celato circostanze che, ove conosciute, avrebbero condotto l'assicuratore a non stipulare o a stipulare a condizioni diverse²⁹.

Tradizionalmente, le polizze a regime *claims made* contengono la dichiarazione del contraente, quasi sempre in risposta al questionario, di non essere a conoscenza di circostanze suscettibili di richiesta di risarcimento.

Immaginiamo, allora, un contraente presentarsi alla stipulazione di una polizza segnalando circostanze a lui note come probabilmente, o anche solo possibilmente, foriere di future richieste di risarcimento.

Si potrà dire che l'assicuratore, in un mondo non irrealistico, finirebbe probabilmente per escludere, almeno parzialmente, la garanzia. Tuttavia, questa contestazione non riuscirebbe a eliminare la possibilità di stipulare, ove le parti ritenessero di farlo reputando non cessato il rischio pur di fronte alla conoscenza della circo-

²⁵ Nel senso che l'idea va rapportata, poi, alla realtà commerciale e dunque alla difficoltà di reperire un assicuratore stipuli polizze con dichiarazione di una circostanza associata a probabilità di una prossima richiesta di risarcimento.

²⁶ Si rinvia sul punto a L. LOCATELLI, *Clausole claims made, rischio e successione di polizze*, cit., 2014, 829 ss. V'è da considerare, oltretutto, anche l'incognita che la richiesta cada o meno nel periodo di validità della garanzia prevista dal contratto.

²⁷ G. FACCI, *Il fatto noto nella successione di clausole claims made*, cit., 212, evidenzia che la garanzia *claims made* – se ancorata ad una definizione troppo vaga ed indefinita di c.d. *fatti noti* foriera di innumerevoli possibili eccezioni di inoperatività della polizza – viene ad assumere inevitabilmente caratteri fortemente lesivi del mercato, poiché costringe l'assicurato a rimanere fedele alla compagnia con cui ha sottoscritto il contratto, nel tentativo di evitare il rischio di un vuoto di copertura.

²⁸ Richiamati proprio dalle Sezioni Unite Cass., sez. un., 9 maggio 2016, n. 9140, quando rilevano che *l'estensione della copertura alle responsabilità dell'assicurato scaturenti da fatti commessi prima della stipula del contratto non fa venir meno l'alea e, con essa, la validità del contratto, se al momento del raggiungimento del consenso le parti (e, in specie, l'assicurato) ne ignoravano l'esistenza, potendosi, in caso contrario, opporre la responsabilità del contraente ex artt. 1892 e 1893 c.c., per le dichiarazioni inesatte o reticenti*.

²⁹ Di recente, A. CASÀ, *Reticenza del contraente ed obbligo di buona fede precontrattuale dell'assicuratore: la ricerca di un necessario bilanciamento*, cit.



stanza e anche della probabilità di future richieste di risarcimento. L'incertezza dell'aggressione del patrimonio, e di conseguenza l'alea del sinistro, non viene a mancare per la conoscenza del fatto storico, perché è ancora ignoto che la richiesta risarcitoria avvenga e, anche, che la richiesta avvenga nel periodo di garanzia.

Il problema residuo sarebbe, semmai, quello della determinazione di un premio adeguato al rischio da trasferire.

Va chiarito, poi, un ulteriore aspetto per non creare disorientamento con riguardo all'obbligo dell'assicurato di circostanziare il rischio e, dunque e in ipotesi di assicurazione retroattiva, di riferire i contesti passati da cui si possa presumere una futura richiesta risarcitoria.

Con riguardo alle circostanze da dichiarare, ottemperando al dovere di *duty of disclosure*, al momento della stipulazione ai sensi degli artt. 1892 e 1893 c.c., è chiaro che non si può pretendere che l'assicurato fornisca un elenco ossessivo di tutte le situazioni potenzialmente passibili di attacco al suo patrimonio. Si pensi ai fisiologici dubbi che possono colpire un avvocato nella gestione di un contenzioso, oppure al medico che dovrebbe denunciare ogni lamento del paziente per un dolore o per un inestetismo di un punto di sutura, per non parlare della grande struttura ospedaliera di fronte ai considerevoli numeri di interventi non risolti positivamente, anche prescindendo da ipotesi di colpa sanitaria.

Sembrirebbe, invero, incoerente con la logica assicurativa che l'assicuratore possa, invocando l'art. 1892 c.c., indiscriminatamente eccepire l'inoperatività della garanzia perché una determinata circostanza, seppur lontana dal far presumere un illecito o un inadempimento, fosse nota in qualche modo all'assicurato e non sia stata dichiarata³⁰. Si finirebbe, per tal via, per infrangere l'equilibrio dell'accordo e dello stesso sistema *claims made*, ponendo l'assicuratore in grado di esprimere una serie di eccezioni riguardanti ogni fatto pregresso addebitabile a responsabilità professionale, escludendo il più delle volte la garanzia retroattiva.

La giurisprudenza ha affrontato il problema rifiutando l'idea di escludere l'operatività della polizza *claims made* sulla base della sbrigativa considerazione dell'essere il fatto origine del danno in qualunque modo noto all'assicurato al momento della stipulazione. Spesso si è introdotta, smorzando gli effetti di un illogico approccio radicale, la necessità che in capo all'assicurato vi fosse anche la consapevolezza che da quel fatto sia prevedibile o anche solo possibile il sorgere di un'aspettativa risarcitoria. Non si può, infatti, negare che i fatti potenzialmente idonei a stimolare una richiesta di risarcimento possono essere innumerevoli e indefiniti e che non sempre l'assicurato sia in grado di percepire una determinata circostanza come premonitrice di problemi di aggressione al proprio patrimonio³¹.

In alcune fattispecie, nemmeno la chiara percezione di un possibile errore foriero di richiesta risarcitoria è stata considerata oggetto di obbligo di comunicazione alla società assicuratrice, a pena di estendere in modo indebitamente eccessivo le ipotesi di esclusione della garanzia³².

In altre, ancora, si è giunti persino a prendere in considerazione ai fini dell'obbligo di dichiarazione solo

³⁰ Si tratta, come noto, di verificare se la circostanza taciuta o non esattamente comunicata con dolo o colpa grave (1892 c.c.) o colpa lieve (1893 c.c.) abbia inciso sulla volontà dell'assicuratore, portandolo ad assicurare un rischio che non avrebbe mai assicurato o avrebbe assicurato a diverse condizioni. Il rischio, come indicato, rimane vivo nella previsione della norma; ciò che viene a mancare è il consenso dell'assicuratore, influenzato dalla condotta colpevole o dolosa dell'assicurato.

³¹ Come nel caso deciso da Trib. Milano 8 aprile 2021, n. 2982, in *Banca dati Onelegale*, secondo cui *quanto alla preliminare conoscenza, non dichiarata, della volontà di chiedere il risarcimento dei danni ... rispetto alla stipulazione della garanzia assicurativa si osserva che sebbene l'intervento del novembre 2008 non fosse stato aderente alle aspettative della paziente, tuttavia il dott. D.L. aveva proposto ed eseguito diversi interventi riparatori tutti accettati dalla paziente ben oltre il dicembre 2010, fatto che costituisce motivo sufficiente per ritenere che l'assicurato non avesse mai ricevuto richieste risarcitorie o contestazioni formali in ordine alla esecuzione dell'intervento tali da attivare il dovere di riferire alla società assicuratrice l'intervento svolto.*

³² Sul tema e per una casistica completa si rinvia a G. FACCI, *Il fatto noto nella successione di clausole claims made*, cit., 255 ss.



quelle circostanze corredate da una concreta esternazione della volontà di lamentare un danno e, quindi, di conseguente pretesa economica³³. Una soluzione, quest'ultima, giuridicamente irrazionale, in quanto, una volta manifestata la pretesa del danneggiato, la formazione progressiva del sinistro può dirsi esaurita con cessazione del relativo rischio³⁴.

Un'analisi che potremmo definire armonica, quindi, porta a ritenere che ai fini dell'applicazione degli artt. 1892 e 1893 c.c. alle polizze a regime *claims made*, si debba fare riferimento alla conoscenza dell'assicurato di circostanze di norma rapportabili a probabili o anche solo possibili richieste risarcitorie. Solo queste, infatti, finiscono per incidere concretamente sulla valutazione del rischio della polizza di responsabilità civile, perché la norma prevede che esse, ove conosciute dall'assicuratore, non lo avrebbero determinato a contrarre oppure lo avrebbero portato a concludere a condizioni diverse.

A fianco del primario criterio soggettivo e di valutazione del dolo o della colpa del contraente, occorre pertanto associare un'analisi oggettiva e considerare se, seguendo un criterio causale normale, un determinato fatto sia ragionevolmente destinato a esitare in una richiesta di risarcimento e dunque se, dal lato assicuratore, la conoscenza di quella circostanza lo avrebbe condotto a differenti soluzioni³⁵.

Una valutazione non dissimile, a ben vedere, può essere utilizzata per affrontare le clausole che nelle polizze *claims made* retroattive escludono l'indennizzo in relazione a circostanze semplicemente note al contraente.

Il problema, in questo caso, investe direttamente il concetto di rischio assicurato e, quindi, delimitato nel contratto, escludendo dalla garanzia le richieste collegate a circostanze qualificate, spesso e con immaginabili problemi di interpretazione, semplicemente come note o conosciute, senza ulteriori specificazioni.

Non è in discussione, ovviamente, il principio per cui le parti restano libere di decidere la sorte delle loro obbligazioni³⁶. Tuttavia, non si può negare che l'inoperatività indiscriminata del contratto di assicurazione per la responsabilità civile in relazione a fatti occorsi in epoca antecedente alla stipulazione solo perché storicamente noti porterebbe a risultati restrittivi non sostenibili³⁷. Anche in queste fattispecie, dunque, sembra preferibile un'interpretazione coerente con il concetto di rischio, escludendo l'operatività della garanzia in relazione ai casi in cui la circostanza è conosciuta dall'assicurato come possibile fonte di richiesta di risarcimento.

Molte polizze hanno, nel tempo, sostituito le tradizionali e radicali clausole di esclusione riferite alle circostanze semplicemente note con, più equilibrati, riferimenti a circostanze non solo note ma, anche, suscettibili di provocare una richiesta di risarcimento. Anche il riferimento che spesso si rinviene nei contratti a fatti

³³ Trib. Catania 26 aprile 2019, n. 1696, che ritenne inefficace ai fini dell'esclusione dell'operatività la *semplice percezione, notizia o conoscenza dell'esistenza dei presupposti di responsabilità*, pretendendo una *tangibile esternazione di una volontà di lamentare un danno e la conseguente pretesa economica*.

³⁴ Nella casistica giurisprudenziale, neppure il fatto di essere il medico intervenuto per riparare a un precedente atto operatorio mal riuscito potrebbe giustificare una pregressa conoscenza: si veda ancora G. FACCI, *Il fatto noto nella successione di clausole claims made*, cit., 260. Tuttavia, ha ragione Cass., sez. III, 18 luglio 2023, n. 20997 quando rileva che in caso di espressa ed univoca richiesta risarcitoria da parte dell'assicurato, non si potrebbe nemmeno validamente dar luogo al contratto di assicurazione, giacché nel modello *claims made*, coincidendo il sinistro con la richiesta di risarcimento del danno, il rischio si sarebbe già verificato prima della stipula del contratto, ciò comportando la nullità del contratto stesso ai sensi dell'art. 1895 c.c.

³⁵ Si veda, ad esempio, Cass., sez. III, 18 luglio 2023, n. 20997, secondo cui nell'ambito dei contratti di assicurazione fondati sul modello *claims made*, per circostanze sensibili si devono intendere tutti quegli accadimenti dai quali potrebbero scaturire richieste di risarcimento del danno e la cui conoscenza risulta essere per l'assicuratore necessaria al fine di determinare un premio di entità proporzionale rispetto al rischio assicurato. La maggiore o minore prevedibilità che la circostanza sottaciuta possa causare un sinistro può rilevare, semmai, sul piano della colpa dell'assicurato.

³⁶ I contratti più recenti spesso prevedono un correttivo alla semplice esclusione dei fatti conosciuti, preferendosi l'esclusione di quei soli fatti conosciuti quali potenziale fonte di richiesta risarcitoria, così meglio equilibrando il rapporto tra le parti.

³⁷ Si pensi alla morte di un paziente in un ospedale a seguito di un intervento chirurgico senza la consapevolezza di un errore.



non denunciati cautelativamente³⁸ al precedente assicuratore si pone in linea con questo approccio, dal momento che la denuncia – anche solo cautelativa – di un fatto esprime la preoccupazione dell'assicurato proiettata verso una possibile richiesta di risarcimento.

Ragionando diversamente, peraltro, si otterrebbe un effetto di incoerenza con gli artt. 1892 e 1893 c.c. prevedendosi a monte l'obbligo di dichiarazione delle circostanze sensibili in relazione a future richieste per porre l'assicuratore in grado di valutare il rischio e, a valle, l'esclusione recidente delle circostanze semplicemente note, a prescindere dal loro rapporto con la previsione di un futuro attacco al patrimonio dell'assicurato.

4. – Nella categoria dei fatti conosciuti e sensibili per la polizza, sia in ordine alle dichiarazioni da presentare alla stipula sia in ordine ad eventuali esclusioni per regolamento contrattuale, un posto privilegiato spetta alle circostanze associate alla formalizzazione di un procedimento giudiziario, il più delle volte penale³⁹ o amministrativo, ovviamente in assenza di una richiesta risarcitoria.

Siamo, qui, di fronte a situazioni particolari, esaminate dalla magistratura o da altre autorità e, quindi, in relazione alle quali risulta il più delle volte difficile eliminare mentalmente l'eventualità di una futura azione di richiesta danni. Questi fatti, dunque, vanno tenuti in debita considerazione sia al momento della sottoscrizione del contratto, dovendo essere dichiarati all'assicuratore per la valutazione del rischio, sia in relazione a eventuali eccezioni di inoperatività della garanzia in relazione a clausole di esclusione collegate al c.d. *prior knowledge*.

L'attenzione ai contesti giudiziari, come richiamo a fatti idonei a far presumere una richiesta di risarcimento, non va calata neppure nel caso in cui il procedimento penale si sia concluso positivamente con l'archiviazione o, addirittura e nelle fattispecie di rilevanza penale, con il proscioglimento o l'assoluzione.

Il dato della definizione positiva del procedimento o del processo, infatti, non elimina la rilevanza della pregressa conoscenza, in quanto l'esito favorevole potrebbe collegarsi a fattori che non escludono la possibilità di una successiva azione civile, come nel caso dell'assoluzione in sede penale ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p.⁴⁰, o per prescrizione o perché il fatto non costituisce reato. Ancora, l'imputato potrebbe essere risultato non punibile ai sensi dell'art. 589-*sexies* c.p.⁴¹, oppure perché all'esito delle prove raccolte non è consentito, ai sensi della recente riforma del codice di procedura penale, di prevedere ragionevolmente una condanna⁴².

³⁸ E quindi, ovviamente, in assenza di richiesta di risarcimento precedente o anche solo di sinistro già realizzato sul precedente contratto per effetto di una *deeming clause*.

³⁹ Il d.m. 15 dicembre 2023, n. 232, entrato in vigore il 16 marzo 2024, in *G.U.*, 1 marzo 2024, sulla determinazione dei requisiti minimi delle polizze assicurative previste dalla legge n. 24/2017, premettendo esplicitamente di operare nell'ambito di una previsione di polizza a regime *claims made*, esclude – con una norma che desta perplessità – all'art. 1, lett. o che si possa considerare sinistro la querela e l'avviso di garanzia (unitamente alla richiesta della cartella clinica, l'esecuzione del riscontro autoptico, l'autopsia giudiziaria o l'autopsia di cui al d.P.R. 10 settembre 1990, n. 285).

⁴⁰ Disposto che prevede che *il giudice pronuncia sentenza di assoluzione anche quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste, che l'imputato lo ha commesso, che il fatto costituisce reato o che il reato è stato commesso da persona imputabile*.

⁴¹ Secondo l'art. 589-*sexies* c.p., se i fatti di cui agli artt. 589 (omicidio colposo) e 590 (lesioni colpose) sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

⁴² Si veda C. SANTORIELLO, *Le nuove regole di giudizio della Riforma Cartabia tra una positiva sinergia e una possibile eteroge-*



Particolare attenzione, poi, va destinata alle assoluzioni perché il fatto non sussiste nel caso di non evidenza del nesso causale penalmente rilevante tra condotta ed evento.

Proprio in relazione al nesso eziologico, è noto che la giurisprudenza ha attenuato drasticamente i criteri di ricostruzione della causalità materiale in sede di imputazione della responsabilità, partendo dal presupposto che possa farsi riferimento, a seconda del tipo di processo in corso, a una diversa regola di accertamento, con la conseguenza che se per l'integrazione del reato occorre una prova eziologica oltre il ragionevole dubbio e di credibilità razionale, ai fini meramente risarcitori è sufficiente il dominio della probabilità⁴³.

5. – Come abbiamo visto, alcune polizze a regime *claims made* riconoscono, ampliando espressamente la definizione di richiesta di risarcimento⁴⁴ ai fini dell'integrazione di un sinistro, a determinate circostanze, come la notificazione di un procedimento di accertamento tecnico preventivo o l'informazione di garanzia. In questo modo, non è necessario attendere – con le pericolose conseguenze illustrate⁴⁵ – la formale messa in mora del danneggiato per attivare la garanzia, ma è sufficiente la comunicazione all'assicuratore della circostanza parificata⁴⁶.

Il fenomeno si è, peraltro, allargato all'esito dell'entrata in vigore della legge n. 24/2017 sulla responsabilità sanitaria, in relazione alle polizze per la responsabilità del medico strutturato⁴⁷ per le azioni di rivalsa per colpa grave. Diversi contratti hanno introdotto una parificazione, agli effetti dell'operatività della garanzia, alla richiesta di risarcimento della comunicazione ai sensi dell'art. 13, norma che impone alle strutture sanitarie e alle loro imprese di assicurazione di informare gli esercenti la professione sanitaria dell'instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti dal danneggiato o l'avvio di trattative stragiudiziali⁴⁸.

Il livellamento frutto della volontà delle parti non estende, tuttavia, i suoi effetti al di là dell'accertamento

nesi dei fini, in *Arch. penale*, n. 2, 2 ss., secondo cui la regola di giudizio che deve guidare il pubblico ministero nella scelta di richiedere o meno l'archiviazione della notizia di reato (art. 408 c.p.p.) prevede la rinuncia all'azione penale quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna: *il pubblico ministero deve portare l'indagato davanti al giudice non per cercare la prova o corroborare gli elementi acquisiti, bensì solo se ritiene che ragionevolmente, sulla base degli elementi già acquisiti – allo stato degli atti, come nel giudizio abbreviato –, il giudice pronuncerebbe una sentenza di condanna.*

⁴³ Cass. civ. 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 323, con nota di L. LOCATELLI, *Causalità omissiva e responsabilità civile del medico: credibilità razionale o regola del "più probabile che non"?*, ivi, 332.

⁴⁴ In alcuni contratti si prevede espressamente l'estensione della definizione di richiesta di risarcimento a determinate fattispecie.

⁴⁵ Nel caso in cui la polizza in vigore al momento della scoperta della circostanza termini il suo percorso di efficacia e la richiesta di risarcimento avvenga dopo la sottoscrizione di un diverso contratto. L'evento negativo potrebbe rimanere, in questa ipotesi, privo di copertura, potendo l'assicuratore del primo contratto, eccipere che durante la polizza a regime *claims made* non sono pervenute richieste risarcitorie e l'assicuratore del nuovo contratto opporre l'esclusione per essere il fatto causa del danno conosciuto dall'assicurato al momento della stipulazione.

⁴⁶ Da tenere presente che nel caso in cui il contratto equipari una circostanza alla richiesta di risarcimento e la prima abbia preso inizio anteriormente alla stipulazione, l'assicuratore potrebbe negare a monte la garanzia, semplicemente ritenendosi avverato prima della stipulazione il percorso progressivo e, dunque, il rischio dedotto nel contratto.

⁴⁷ La semplice informazione prevista dalla legge, infatti, non contiene gli elementi della richiesta di risarcimento. Da ultimo, sul concetto di medico strutturato, si veda L. LOCATELLI, *Il difficile rapporto, nel processo penale e nel processo civile, tra medico strutturato, struttura e assicuratore*, in *Resp. civ. prev.*, 2024, 59.

⁴⁸ La questione dell'efficacia temporale della riforma del 2017 ha generato inizialmente pronunce contrastanti. Trib. Milano n. 12472/2018, ad esempio, ha riconosciuto la portata retroattiva della normativa, ma in altre decisioni si è giunti all'opposta conclusione, come nel caso di Trib. Roma. n. 18685/2017. La tematica è stata poi affrontata in sede di legittimità e Cass. n. 28994/2019 ha rilevato che, in assenza di una disposizione transitoria all'interno della normativa speciale, deve applicarsi l'art. 11 delle preleggi, con la conseguenza che la legge n. 24/2017 non può che regolare fattispecie verificatesi successivamente alla sua entrata in vigore.



del significato di sinistro ai sensi di polizza, nel senso che dove la legge fa espresso riferimento alla richiesta risarcitoria – come nel caso della prescrizione del diritto dell'assicurato – questa va considerata un elemento formalmente imprescindibile, al di là di qualsiasi estensione di definizione progettata dai contraenti.

L'art. 2952 c.c., con riguardo all'assicurazione della responsabilità civile, propone due particolari effetti collegati alla richiesta di risarcimento. Dal suo ricevimento da parte dell'assicurato, infatti, decorre il termine di prescrizione biennale e la successiva comunicazione all'assicuratore della richiesta del terzo danneggiato o dell'azione proposta nei suoi confronti sospende il corso della prescrizione finché il credito del danneggiato non diviene liquido ed esigibile oppure finché il diritto del terzo danneggiato non è prescritto.

Un ragionamento coerente di distinzione tra ciò che vogliono le parti (l'equiparazione di una circostanza alla richiesta fatta ai fini dell'attivazione della garanzia *claims made*) e ciò che vuole il legislatore (la richiesta di risarcimento comunicata all'assicuratore) non può che portare a un'assoluta separazione concettuale prima che giuridica, con conseguenze non indifferenti.

Infatti, una volta cristallizzata l'operatività della garanzia con la denuncia della circostanza parificata al *claim*, nel caso in cui l'assicurato dovesse ricevere una richiesta di risarcimento egli non sembra dispensato, volendo evitare la prescrizione e attivare la sospensione prevista dalla legge, dal denunciare all'assicuratore la formalizzazione della domanda e, dunque, la volontà del danneggiato di aggredire il patrimonio protetto dal contratto⁴⁹.

Solo dal ricevimento della richiesta di risarcimento prevista dall'art. 2952 c.c., infatti, decorre il termine di prescrizione per l'assicurato e scatta l'onere della denuncia all'assicuratore ai fini della sospensione prevista da una norma che, sul presupposto di tutelare nel modo più ampio possibile l'assicurato, è tradizionalmente interpretata in modo rigoroso⁵⁰, per evitare che l'assicuratore possa eccepire la prescrizione breve anche in assenza di una formale richiesta di risarcimento⁵¹.

Se, quindi, l'accordo tra le parti può assegnare a determinate circostanze la valenza di una richiesta risarcitoria, questa intesa circoscrive i propri effetti alla definizione di sinistro e, dunque, alla possibilità di otte-

⁴⁹ Cass., sez. III, ord., 26 ottobre 2017 n. 25430, da un lato evidenzia che *in tema di assicurazione della responsabilità civile, la prescrizione breve del diritto all'indennizzo decorre dal momento in cui l'assicurato riceve la richiesta risarcitoria del danneggiato perché a partire da tale momento il responsabile è in condizione ed è tenuto ad attivare il proprio assicuratore*, dall'altro rileva che *il concreto accertamento della riconducibilità del sinistro nell'ambito della copertura assicurativa ... non incide sulla decorrenza del termine di prescrizione*.

⁵⁰ Il pensiero della S.C. in ordine a cosa debba intendersi valido al fine del decorrere del termine di prescrizione è nel senso che l'art. 2952, comma 3, c.c. segue termini rigorosi, proprio in considerazione del fatto che il termine di prescrizione ivi previsto è straordinariamente breve, sicché risultano *sconsigliabili interpretazioni della lettera della legge che, ancorando la decorrenza del termine adatto a comportamenti non identificabili in modo certo, possano pregiudicare ulteriormente la certezza dei rapporti e l'esercizio dei diritti spettanti all'assicurato*. Così, Cass., sez. III, sent. 13 gennaio 2015, n. 289, richiamata da Cass., ord., sez. III, 15 giugno 2020, n. 11581.

⁵¹ Caso tipico è quello dell'a.t.p., la cui semplice attivazione non contiene una formale richiesta di risarcimento. Cass., ord., sez. III, 15 giugno 2020, n. 11581, ha accolto il ricorso di un condominio che si era visto rigettare dalla Corte di appello la domanda di indennizzo per esser il diritto verso l'assicuratore prescritto a fronte del trascorrere del termine di due anni dalla notifica del ricorso/decreto per accertamento tecnico preventivo. *La necessità di un'interpretazione restrittiva*, secondo la S.C., *deriva, prima ancora che dal fatto che la norma in esame pone una deroga alla regola generale di cui all'art. 2946 cod. civ., dalle perplessità che hanno accompagnato la scelta dei codificatori di fissare – in origine addirittura in un anno – la prescrizione degli "altri diritti derivanti dall'assicurazione. Non è, infatti, casuale che – già prima che il legislatore portasse a due anni il termine di cui all'art. 2952, comma 2, cod. civ. ... – vi erano state iniziative legislative volte ad elevare addirittura a cinque anni il termine, sottolineandosi come la disciplina italiana, nel prevedere il termine prescrizione di un anno, fosse tra le più restrittive in ambito continentale, a fronte di ordinamenti che prevedevano già un termine di due anni (come in Francia, Germania e Danimarca), ovvero triennale (Belgio e Grecia), o ancora più lungo (Spagna, cinque anni, Inghilterra, sei anni)*. Va, a mio avviso, considerata anche l'altra faccia della medaglia di questa interpretazione.



JUS CIVILE

nera l'attivazione della garanzia nonostante la, momentanea, inerzia del danneggiato, senza alcuna possibilità di espansioni a diversi ambiti.

Più che a un'estensione della definizione di richiesta di risarcimento, come rilevano molti contratti, siamo in realtà di fronte alla modificazione dell'elemento temporale di riferimento per l'attivazione della garanzia, che si allarga comprendendo non solo la *richiesta fatta* tipica della polizza ma, anche, altre circostanze, chiudendo alternativamente il percorso progressivo del sinistro (cronologicamente composto dal fatto, dal danno e dalla richiesta/circostanza comunicata).