

Stefano Pagliantini

# La proposta MiCAR e le clausole abusive: una prima lettura

(doi: 10.4478/106714)

Osservatorio del diritto civile e commerciale (ISSN 2281-2628)

Fascicolo Speciale, settembre 2022

**Ente di afferenza:**

()

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

## **Licenza d'uso**

Questo articolo è reso disponibile con licenza CC BY NC ND. Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it/>

# La proposta MiCAR e le clausole abusive: una prima lettura

Stefano Pagliantini

The MiCAR Proposal and Unfair Terms: A First Analysis

The essay focuses on the relationship between consumer contracts and cryptoactivity. It questions whether cryptocurrency service providers, within the proposed Regulation MiCAR, are to be qualified as private authorities and the relevant contract is to be deemed as a device through which their powers and autonomy become «transparent and claimable».

Keywords: Unfair Terms, Transparency, Consumer Contracts, Cryptoactivity.

## 1. A guisa di un'introduzione: dall'anomia al concorso di fonti

*Quaestio*: i fornitori di servizi di criptovalute, ai sensi della proposta di Regolamento MiCAR<sup>1</sup>, sono da qualificarsi come *autorità private* ed il contratto *in fieri* è riguardabile a guisa di un dispositivo tramite il quale il loro potere e la loro autonomia si rendono manifeste diventando «trasparenti e reclamabili»?<sup>2</sup> Si converrà che il discorso, così impostato, prende una piega riconoscibilissima, con un *focus* concentrato sull'*unilateralità* delle condizioni generali in uso su una piattaforma di negoziazione di criptovalute. Vero il contratto è qui *predisposto* ed *imposto* ma pur sempre vincola se «integrato

<sup>1</sup> Cioè «on Markets in Crypto-Assets», che andrebbe a modificare la direttiva UE 2019/1937. Sull'argomento, per un primo sguardo d'insieme, v. M. Maugeri, *Mercato finanziario, crypto-attività, proposta di regolamento MICA (Market in Crypto-Assets) e tutela del consumatore*, in *Contr. impr. Europa*, 2022, I, pp. 1 ss. Nel sistema tedesco è utile la lettura di V. Kraetzig, *NFTs als juristische Konstruktionsaufgabe. Eine dogmatische Einordnung von Blockchain-Tokens*, in *CR*, 2022, pp. 477 ss., perentoria tanto nel rilevare che «Recht muss Fortschritt dogmatisch verarbeiten, neue Entwicklungen juristisch einkleiden» quanto nell'evidenziare come «muss das Zivilrecht in diesem Rahmen dessen Dogmatisierung leisten».

<sup>2</sup> Così C. Camardi, *Contratti digitali e mercati delle piattaforme. Un promemoria per il civilista*, in M. Cavallaro, F. Romeo, E. Bivona, M. Lazzara (a cura di), *Sui mobili confini del diritto. Tra pluralità delle fonti ufficiali e moltiplicarsi di formanti normativi «di fatto»*. *Scritti in onore di Massimo Paradiso*, Torino, 2022, II, spec. p. 421 e pp. 453 ss. e, pur se con una diversa intonazione, M. Maugeri, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, Bologna, 2021, pp. 49 ss.

dei diritti e dei rimedi che le fonti eteronome», normative e ad un tempo giudiziali, «impongono alle autorità private»<sup>3</sup>.

Nell'esordire così, non c'è di nulla va da sé di eclatante o che spargli: il considerando 16, laddove recita di una legislazione orizzontale dell'UE, dettata a garanzia dei consumatori, che rimane applicabile alle offerte al pubblico di cripto-attività «laddove ciò implichi relazioni tra imprese e consumatori», è all'accoppiata dir. 93/13 e dir. 2005/29, quali normative generali di *ordine pubblico*, che intende *primariamente* riferirsi<sup>4</sup>. D'altra parte il considerando 14, quando a sua volta statuisce che, al fine di proteggere i consumatori, «i potenziali acquirenti di cripto-attività dovrebbero essere informati in merito alle *caratteristiche*, alle *funzioni* e ai *rischi* delle cripto-attività che intendono acquistare», è negli stessi dintorni che si colloca, secondo quel *déjà vu*, largamente sperimentato, manovrante il diritto consumeristico come un plesso disciplinare regolante il potere di predisposizione unilaterale mediante l'attribuzione di diritti (al consumatore) e di obblighi (di buona fede e trasparenza) ai professionisti. Quel che andiamo dicendo, lo si sarà intuito, è che, se la MiCAR è un nuovo *framework* normativo contemplante *regole uniformi* per i *fornitori* di servizi di criptovalute<sup>5</sup>, il consumatore come *utente* od attore di questo mercato beneficia dell'*automatico assoggettamento* dei fornitori di suddetti servizi ad uno statuto normativo *speciale*, volto a compensare l'asimmetria, informativa e di potere contrattuale, tra le due parti del rapporto. Vista da questa angolazione, la MiCAR contiene perciò un elemento di *continuo*, e non di *discontinuo*, con la galassia in espansione del diritto consumeristico: e, nonostante l'interesse della dottrina sia pressoché rapsodico<sup>6</sup>, non dovrebbe revocarsi in dubbio che criptoattività ed *Inhaltskontrolle* siano due mondi che si interfacciano. Al riguardo, è curiosa, e viziata da un'illusione ottica, l'idea che gli *Smart contract*, funzionando su tecnologia

<sup>3</sup> Cfr. Camardi, *op. ult. cit.*, p. 458.

<sup>4</sup> V pure Maugeri, *Mercato finanziario, cripto-attività, proposta di regolamento MICA (Market in Crypto-Assets) e tutela del consumatore*, cit., p. 3 che, non a caso, si interroga puntualmente sul «se e come la disciplina MICAR si coordini con le discipline consumeristiche già esistenti».

<sup>5</sup> V. per una prima, epperò succosa, disamina G. Gitti, M. Maugeri, C. Ferrari, *Offerte iniziali e scambi di cripto-attività*, in ODCC, 2019, pp. 95 ss., spec. pp. 100 ss.

<sup>6</sup> Fanno eccezione A. Janssen, F.P. Patti, *Demistificare gli smart contracts*, in ODCC, 2020, pp. 45 s. e A. Stazi, *Automazione contrattuale e «contratti intelligenti»*, Torino, 2019, pp. 170-176 ss. È nel dibattito tedesco che la discussione è percorsa da una certa vivacità: V.T. Riehm, *Smart Contracts und AGB-Recht*, in Braegelmann e M. Kaulartz (a cura di), *Rechtshandbuch Smart Contracts*, München, 2019, pp. 107-110; M. Kaulartz, *Herausforderungen bei der Gestaltung von Smart Contracts*, in *Zeitschrift zum Innovations und Technikrecht*, 2016, p. 204; F. Möslin, *Legal Boundaries of Blockchain Technologies: Smart Contracts as Self-Heelp?*, in A. De Franceschi, R. Schulze, *Digital Revolution – New Challenges for Law*, München-Baden-Baden, 2019, pp. 323 ss. Sono tutti saggi nei quali l'interrogativo, se il *Code des Smart Contracts* sia riguardabile *als Allgemeine Geschäftsbedingung*, riceve una risposta articolata.

*Blockchain/DLT*, andrebbero immuni da un sindacato di abusività perché la direttiva 93/13 troverebbe applicazione ai *solii casi* di clausole formulate in modo *testuale*, un presupposto che nessun algoritmo può evidentemente integrare<sup>7</sup>. La replica è infatti intuitiva: il perimetro della 93/13 non è affatto circoscritto a questo requisito e, quanto al rilievo complementare insistente sulla circostanza che talora *non l'intero* contenuto del contratto è predisposto dal professionista, suona anch'esso parimenti infondato perché in soccorso dell'interprete viene qui l'art. 3, § 2, della direttiva, nitido nel rimarcare che, in un'ipotesi di tal fatta, il controllo contenutistico è limitato alla parte non negoziata laddove, a seguito di una valutazione globale, venga appurato che il contratto è stato, pur se *in parte qua*, predisposto unilateralmente<sup>8</sup>.

Nella voce *Contratto e teoria del negozio giuridico*, è Enrico Scoditti a ricordarci adesso come nei rapporti di consumo sia venuto a consolidarsi un *nuovo paradigma di dichiarazione*, non più *fatto ermeneutico* alla Betti maniera, cioè *forma rappresentativa* di un *negoziato* (artt. 1326 – 1335 c.c.), bensì «ideale normativo»<sup>9</sup>, se è vero che la predisposizione unilaterale del contratto, cioè un modello escludente il presupposto della trattativa, *tiene*, e *non soggiace* ad un sindacato di vessatorietà (artt. 33, comma 1 e 36, commi 1 e 3, c. cons.), *se e nella misura* in cui la dichiarazione contrattuale del professionista risulti conforme ad uno standard regolativo. È questo un punto cruciale di tutto il discorso che faremo: nella costruzione bettiana, la dichiarazione è invero *fenomeno ermeneutico* in quanto riproduce *quel* contratto concepito come esito a sua volta della *trattativa* che lo ha preceduto. La standardizzazione delle operazioni contrattuali è invece forma di un *potere normativo* dell'impresa che si situa all'*opposto* del negoziare. Di qui il *divorzio* da un'oggettività come fenomeno rappresentativo, con un recupero della negoziabilità che avviene quando la predisposizione unilaterale diventa *sindacabile dal giudice*. È un discorso in cui tutto si tiene: una dichiarazione contrattuale che, nei rapporti di massa, è *integrata normativamente* a tutela di un interesse antagonista porta -inverosimilmente- una rivalutazione della volontà del consumatore in quanto la trasforma in una *pretesa* di costui a che la dichiarazione unilaterale, in cui si sostanzia un contratto non negoziato, sia conforme al *parametro regolativo* che presiede alla sua validità. Ovviamente non stiamo discorrendo di una volontà psicologica: epperò, se una coincidenza ha da esservi tra dichiarazione (del professionista) e volontà (del consumatore), questa torna sugli scudi in quan-

<sup>7</sup> È l'avviso di T. Söbbing, *Smart Contracts und Blockchain: Definitionen, Arbeitsweise, Rechtsfragen*, in *IT-Rechts-Berater*, 2018, p. 46.

<sup>8</sup> V., a tal proposito, M. Kaulartz, J. Heckmann, *Smart Contracts – Anwendungen der Blockchain Technologie*, in *CR*, 2016, pp. 618 ss.

<sup>9</sup> *Contratto e teoria del negozio giuridico*, in *Enc. dir. I Tematici, I, Contratto*, diretto da D'Amico, Milano, 2021, p. 423.

to, nell'ottica di una salvaguardia, è assistita da un *dover essere* di *conoscibilità* e di *meritevolezza* al quale quella dichiarazione deve tendere «nell'attuazione del sistema di tutele del consumatore»<sup>10</sup>. L'idea che trapela da questo dire è quindi che l'autonomia del consumatore domanda sì alla legge di «*regolare il mercato*»<sup>11</sup>, ma seguendo una traiettoria nella quale è alla legge demandato di espropriare, in tutto od in parte, di validità la volontà negoziale (che, sottinteso, *sporga*) del professionista. La *MiCAR*, nella cornice tripartita di *token* quale tipo di CA (art. 3), non scantona da questa specola: la libertà negoziale che, nella cornice degli artt. 1341 e 1342 c.c., (era) ed è soltanto del professionista, risulta adesso pur sempre calata in una infrastruttura giuridica che, in quanto compendia l'ideale regolativo cui deve sottostare l'attività economica d'impresa, si erge *tanto* a disciplina della dichiarazione contrattuale *quanto* a canone valutativo della condotta che la precede. Gli artt. 4, 5 e 12, rispettivamente sull'obbligo di informazione preventiva dell'emittente, affidato ad un *white paper* dai contenuti standardizzati e sul diritto di recesso del consumatore, tracciano una mappa che gli artt. 14, 22 e 47 a loro volta perfezionano laddove contemplano una tutela risarcitoria per informazioni inveritiere o non trasparenti contenute nel *wp*. I nessi, diretti ed indiretti, tra CA e predisposizione unilaterale sono dunque assai forti: al punto che si faticerebbe invano a dar torto a chi nota che un utilizzo in larga scala degli *smart contracts* «estremizzerebbe la predisposizione unilaterale del contratto»<sup>12</sup>.

## **2. Le criptomonete tra controllo contenutistico e nullità ai sensi dell'art. 67 *septiesdecies*, comma 4, c. cons. *Quid* in caso di abrogazione della dir. 2002/65/CE?**

Nel considerando 30, leggiamo, che «gli emittenti di *token* collegati ad attività dovrebbero sempre fornire ai possessori di tali *token* informazioni chiare, corrette e non fuorvianti». Il *White Paper* sulle cripto-attività, si prosegue, dovrebbe sempre «contenere informazioni sul meccanismo di stabilizzazione, sulla politica di investimento delle attività di riserva, sulle modalità di custodia delle [stesse] e sui diritti riconosciuti ai possessori». Nella parte F troviamo indicata la descrizione articolata dei rischi, suddivisi per quelli relativi, nell'ordine: all'emittente di cripto-attività; all'offerta di cripto-attività

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 430.

<sup>11</sup> Così Irti, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in Id., *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, p. 73.

<sup>12</sup> Così F. Delfini, *Le discipline a tutela del consumatore e il coordinamento con la proposta di Regolamento MiCA*, in questo volume.

e/o all'ammissione alla contrattazione su di una piattaforma di negoziazione di cripto-attività; all'attuazione del progetto ed alla tecnologia impiegata nonché delle misure di attenuazione (se presenti)<sup>13</sup>. È poi nell'allegato 3, che il *White paper* si presenta come un prospetto informativo munito di un contenuto minimo nel quale l'obbligo di una *disclosure* accurata è di ausilio alla negoziabilità di *cryptoasset* che stanno comportando un'esplosione «dell'atipicità contrattuale [in un] mercato finanziario, già di per sé, strutturalmente, tendente alla continua innovazione»<sup>14</sup>.

Il Considerando 55, a sua volta, raddoppia: i fornitori di servizi per le cripto-attività dovrebbero fornire ai loro clienti «informazioni chiare, corrette e non fuorvianti e avvertirli dei rischi connessi alle cripto-attività», senza trascurare che, nell'Allegato V, si legge rispettivamente che: a) gli emittenti violano l'art. 23, § 1, lett. a), allorché «non agiscono in modo onesto, corretto e professionale», incorrendo poi nella violazione dell'art. 23, § 1, lett. b) quando non comunicano con i possessori di *token* collegati ad attività significative «in modo corretto, chiaro e non fuorviante». Sempre nell'Allegato V, dal punto 10 al punto 14 scorre d'altro canto un elenco di violazioni nelle quali incappano gli emittenti che non pubblicano nel proprio sito *web* delle informazioni specifiche la cui forma dichiarativa è standard e, a guisa della formula magica di Rudolf Wietholter, deve essere «chiar[a], precis[a] e trasparente».

Quale sia qui la bussola reggente la cornice regolatoria è autoevidente: tutto gira attorno ad una trasparenza che da *formale* è divenuta *materiale*, trasformandosi in una *informazione precontrattuale completa*<sup>15</sup>. Se il laboratorio di una siffatta strategia è un art. 5 della 93/13 letto estensivamente e, a sua volta, trasposto in quell'art. 4, § 2 immunizzante uno squilibrio economico se ed *in quanto* individuato in modo in modo chiaro e comprensibile, notoriamente è in *Ruxandra Paula Andriciuc* che il periodare della Corte di giustizia diventa *paradigmatico* nell'evidenziare come una siffatta trasparenza includa non soltanto l'informativa sulle condizioni del finanziamento, ma pure l'indicazione di *tutte* le «conseguenze economiche potenzialmente significative», prodotte da una clausola individuante «la natura stessa dell'obbligazione del debitore»<sup>16</sup>. Nitida, se la caliamo nell'infrastruttura della MiCAR, è quindi la precomprensione sottesa ad un siffatto dire: siccome l'*autoresponsabilità* del

<sup>13</sup> V., per un primo inquadramento, R. Lener, L. Furnari, *Cripto-attività: prime riflessioni sulla proposta della commissione europea. Nasce una nuova disciplina dei servizi finanziari «crittografati»?», in* *dirittobancario.it*, 2020, pp. 2 ss., spec. 6, 11 e 16.

<sup>14</sup> V., per una prima messa a punto, G. Gitti, *Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e atipicità nei nuovi mercati finanziari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2020, pp. 13 ss., spec. p. 33.

<sup>15</sup> C. giust. Ue, grande sez., 3 marzo 2020, causa C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*.

<sup>16</sup> C. giust. Ue, 20 settembre 2017, causa C-186/16.

consumatore di criptovalute è sempre il risultato di un dovere di *clare loqui*, più spesso e stringente è l'obbligo del fornitore, esonerato soltanto da *sopravenienze imprevedibili* all'atto della stipula, maggiore sarà l'approssimarsi all'obbiettivo (della *ratio legis* europea) di un consumatore di cripto-attività che negozi *comprendendo e valutando* «la portata economica degli obblighi derivanti dal contratto». L'interprete tedesco, che scrive a margine del *Transparenzgebot*<sup>17</sup>, non mostra di voler usare uno spartito argomentativo distonico: e, pure chi sottolinea come la scelta di ricorrere alla tecnologia *Blockchain* ed allo *Smart Contract* comporta l'assunzione di *determinati rischi*, se lascia intendere che una criptoattività porta dunque con sé un *dovere di diligenza accresciuto*, è perentorio nel ribadire che l'*accessibilità* rappresenta un requisito imprescindibile: laddove *accessibile* sta per, e dunque è sinonimo di, un obbligo del professionista di assicurarsi, se ha un dubbio fondato (*ernsthafte Zweifel*), che il suo partner contrattuale sia nelle condizioni di intendere od abbia compreso il «linguaggio» della criptoattività<sup>18</sup>. Il che, se ne converrà, sposta il discorso su delle coordinate che ben poco hanno a che spartire con quella mera conoscibilità permeante il disposto dell'art. 1341, comma 1, c.c.

Domanda: esiste una «dottrina» della Corte di giustizia che metta in forma un sindacato giudiziale, rimesso ad un accertamento casistico, che verta sulla *qualità del consenso* e non *sul contenuto lesivo* della clausola? Il quesito, com'è del pari risaputo, origina dalla circostanza che, in *Eos KSI Slovensko s.r.o. c. Danko*<sup>19</sup>, la Corte ebbe a sentenziare che la mancata indicazione del TAEG o una sua indicazione oscura, in quanto espressa nella forma di un'equazione matematica incomprensibile, stilizzerebbero, ai sensi dell'art. 4, § 2, dir. 93/13, un motivo di *intrasparenza* della clausola essenziale sul costo complessivo del contratto. Di qui, ed a motivo di ciò, l'operare di una *vessatorietà* giacché una clausola economica, se pecca di chiarezza e comprensibilità, impedisce di apprezzare la differenza tra il contratto *che è* e quello che *si sarebbe* potuto avere, pregiudicando il formarsi di un *consenso responsabile* del consumatore. La precomprensione adottata vuole dunque che, quando si faccia questione di clausole economiche, diversamente da quanto previsto in caso di un significativo squilibrio normativo (art. 3, § 1), la vessatorietà vesta *automaticamente* i panni dell'*intrasparenza* in quanto viene a manca-

<sup>17</sup> V. Riehm, *Smart Contracts und AGB-Recht*, cit., p. 107.

<sup>18</sup> V., in special modo, Kaulartz, Heckmann, *Smart Contracts – Anwendungen der Blockchain Technologie*, cit., p. 620 e p. 622. È un'impostazione che, nella dottrina italiana, aleggia quando si pone in risalto come la scelta delle parti di stipulare il proprio contratto «secondo un codice espresso in un linguaggio di programmazione informatica»; così G. Gitti, *La disciplina contrattuale del mercato, dall'autonomia all'automazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, p. 7 (dell'estratto) diventa, diremmo un *fatto* a monte.

<sup>19</sup> C. Giust. Ue, 20 settembre 2018, causa C-448/17.

re il *solo* motivo fondante una scelta responsabile del consumatore di *non contrarre* con quel professionista. *Squilibrio soggettivo* lo si è ridenominato: e, sebbene qui si abbia a che fare con un'omissione informativa conducente ad un *errore*, dovremmo così orientarci per una clausola sul prezzo che sarebbe da reputarsi nulla ex art. 6 dir. 93/13 giacché, se il Taeg è *deciettivo*, viene a compromettersi la condizione soggettiva (di scelta) del consumatore. Ora, nell'intelaiatura del MiCAR leggiamo di obblighi di trasparenza, per es., negli artt. 68 (piattaforme di scambio di criptovalute) e 71 (collocamento di criptovalute): entrambi, se ne converrà, dei luoghi nei quali potrebbe mostrarsi calzante una nozione di clausola abusiva che, seguendo questa tesi, si concretizzerebbe diversamente per il filtro operato, quando la clausola sospetta sia economica, da un *doppio* sindacato di trasparenza, *lessicale* (in senso debole) e *sostanziale* (in senso forte). Il che, lo notiamo, se fosse vero, a sua volta implicherebbe però il pensare che la dir. 93/13, in luogo di un concetto unitario, *duplichi* le nozioni di *significativo squilibrio*, rispettivamente *oggettivo* e *soggettivo*, con l'intrasparenza a reggere e presidiare la concretizzazione di una vessatorietà (delle pattuizioni economiche) *non più di contenuto* in quanto piuttosto riconvertita in *mancaza di consenso*. C'è allora, riecco la domanda, una Corte di giustizia sentenziante che la violazione di una regola di comportamento *altera* il processo di formazione della volontà? In realtà, se stiamo alla sua giurisprudenza costante, rinverdata negli sviluppi più recenti<sup>20</sup>, non ci sembra che una siffatta deduzione si dia perché, pur sulla premessa che l'illecito omissivo del professionista impedisca il formarsi di un *consenso libero e consapevole*, in nessuna delle decisioni edite è dato leggere che uno squilibrio soggettivo *inquina* il contratto e causa, *pour cause*, l'(in)esistenza di un suo requisito, nella specie *l'accordo*. Pur se infatti una *clausola intrasparente* è ormai etichettata a guisa di una *clausola reticente*, la Corte non istituzionalizza affatto l'assunto teorico per cui l'omissione di un'informazione dovuta, quando inerisce al contenuto economico del sinalagma contrattuale, introduce ad una *vessatorietà* messa in forma, diremmo, a guisa di un *consenso disinformato*. Nella giurisprudenza della Corte, se la si scorre a pettine fitto, si dà tutt'altro: l'intrasparenza, in quanto epifania di una *scorrettezza* del professionista, è rappresentata come il fatto integrante quel «contrasto con la buona fede» elevato a presupposto sì *necessario* ma al tempo stesso *non sufficiente* del sindacato di vessatorietà ex art. 33, comma 1, c. cons.. Ergo, questa la chiosa, pure il contenuto economico del contratto, se stiamo al discorso della Corte, ha da essere *squilibrato*: l'intrasparenza

<sup>20</sup> A titolo puramente esemplificativo v. C. Giust. Ue, 17 novembre 2021, causa C- 655/20, *Gómez del Moral Guasch c. Bankia SA*; C. Giust. Ue, 17 novembre 2021, causa C- 79/21, *Unión de Créditos Inmobiliarios* e C. Giust. Ue, 18 novembre 2021, causa C- 212/20, *M.P e B.P.*



sostanziale è infatti ancillare, non denotativa, *estendendo* l'ambito applicativo del controllo contenutistico. Il tutto, lo rimarchiamo, per l'elementare ragione che, pur se si danno clausole normative ed economiche, esse non postulano un'articolazione *differenziata* del giudizio di vessatorietà.

L'interrogativo viene allora spontaneo: niente nullità, *sic stantibus rebus*, nell'area delle cripto-attività *b2c*?

In realtà c'è da considerare un *caveat*, tutt'altro che di maniera, implicito nella constatazione che, quando la criptovaluta disponga di un mercato finanziario nel quale venga scambiata oppure sia oggetto di un'offerta al consumatore o al pubblico, la si è riguardata come inclusa sotto l'etichetta di un «prodotto finanziario «atipico»<sup>21</sup>: con tutto quel che poi ne deriva, naturalmente, in termini di statuto applicabile. Qui, infatti, se la tutela dell'investitore in criptovalute passa, come già statuito in giurisprudenza<sup>22</sup>, dall'assoggettamento dei fornitori di tali attività tanto alla normativa che regola l'offerta di prodotti finanziari (art. 94 ss. TUF) quanto alla disciplina che protegge gli investitori – consumatori nell'offerta a distanza di servizi d'investimento (art. 67-*bis* ss. c. cons.), si vorrà riconoscere che, in luogo della più incerta e sfocata via della nullità di protezione retta dall'art. 36, comma 1, c. cons., a fare da scudo al consumatore danneggiato provvede *recta via* l'art. 67-*septiesdecies*, comma 4, luogo tipico questo di una nullità, a legittimazione relativa, del contratto di commercializzazione a distanza del servizio di investimento qualora la violazione degli obblighi precontrattuali di informazione, minuziosamente dettagliati dagli artt. 67-*quater* ss. c. cons., sia tale «da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche». Il punto, è bene evidenziarlo, non sta soltanto nella circostanza che a darsi qui sia una nullità *del* contratto e non di una sua clausola (secondo il collaudato schema di una parziarietà necessaria). Gli è piuttosto che l'art. 67-*septiesdecies*, comma 4, si mette in mostra come una norma nella quale l'intrasparenza, coniando un diritto a reputare vietate le clausole sol perché *ingannevoli*, fa da sé.

Ora, se l'ultimo spunto ci viene anche dal pasticcio dell'art. 66-*bis*, per il fatto che riserva testualmente il foro inderogabile del consumatore alle controversie riguardanti le norme di cui alle sezioni da I a IV del Capo I, con esclusione perciò di quella sez. IV-*bis*, ove gli artt. 67-*bis* ss. sono inclusi<sup>23</sup>,

<sup>21</sup> V., *amplius*, pure nel tentativo di fornire una tassonomia, Gitti, *Emissione e circolazione di criptoattività tra tipicità e atipicità nei nuovi mercati finanziari*, cit. p. 28.

<sup>22</sup> V. Trib. Verona, 24 gennaio 2017, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, pp. 476 ss., con nota di M. Passaretta, *Bitcoin: il leading case italiano*. V. pure, la sintesi, ben informata, di S. Casarubea, *Il ruolo del white paper sulle offerte al pubblico di cripto-attività alla luce della proposta MiCA*, in *Orizzonti del dir. comm.*, 2022, pp. 215 ss., spec. p. 222 e 228.

<sup>23</sup> Che invece il vecchio testo dell'art. 63 annoverava.

una sponda ben più succosa ce la offre il considerando 55 della MiCAR, inequivoco nel sancire che i *servizi* oggetto di cripto-attività corrispondono a quelli definiti nella direttiva 2002/65/CE<sup>24</sup>. Il tutto, naturalmente, senza trascurare l'argomento forse più stringente: oltre a mostrarsi *autosufficiente*, l'art. 67-*septiesdecies*, comma 4, è pur sempre infatti una *norma speciale*, disapplicante l'art. 36, quale *norma generale*, finché non si diano delle lacune in senso tecnico. Con il che, e non v'è chi non lo veda, diventerebbe un esercizio di stile aggirarsi nei meandri interpretativi della MiCAR per domandarsi se questa metta a carico del fornitore di cripto-attività un *dovere di consulenza* gemello di quello *giurisdizionalizzato*, dalla Corte di giustizia, nella copiosa (e frastagliata) vicenda dei mutui espressi in valuta estera.

Ed allora è un interrogativo, soltanto in apparenza retorico, che si impone: dobbiamo pensare ad un gestore dell'*exchange* raffigurabile come un fornitore ai sensi dell'art. 67, comma 1, lett. c), con l'annessa deduzione che *tutti* i contratti *b2c* stipulati su piattaforme *exchange*, svolgenti professionalmente «il servizio di intermediazione e offerta di criptovalute»<sup>25</sup>, sono colpiti da nullità quando, sottinteso, il gestore del portale sia *reticente* sulle caratteristiche dell'investimento in criptovalute? Dipende, ci vien fatto di rispondere, o meglio: così è, nell'ottica di una rimedialità *unilateralmente direzionata, de iure condito*<sup>26</sup>. *De iure condendo* il quadro normativo è infatti destinato a sfrangiarsi per effetto di quella proposta di direttiva COM (2022) 204 che, nelle intenzioni della Commissione, dovrebbe modificare la direttiva 2011/83/UE per quanto riguarda i contratti di servizi finanziari conclusi a distanza, abrogando nel contempo la direttiva 2002/65/CE. Non è soltanto perché, scorrendo l'art. 16-*ter*, § 2, lett. A), il diritto di recesso viene testualmente escluso nell'ambito delle cripto-attività quali definite «all'art. 3, § 1, punto 2, della proposta MiCAR»: pur se rilevante un siffatto argomento sconta invero il contrappunto di quell'art. 11-*bis*, interpolato nel corpo della dir. 2005/29, attributivo ai consumatori di *rimedi individuali*, risarcitori e non risarcitori, nell'ipotesi di pratiche commerciali scorrette. Per di più, nell'ottica di un'*intersezione a livelli sfalsati*, niente esclude che la soppressione del recesso di pentimento coesista con l'applicazione alle cripto-attività di altri

<sup>24</sup> Con il vantaggio operativo di spegnere sul nascere il dubbio se si dia oppure no una coincidenza «tra la definizione di servizi finanziari e la definizione di servizi per le cripto-attività»: così Maugeri, *Mercato finanziario, cripto-attività, proposta di regolamento MICA (Market in Crypto-Assets) e tutela del consumatore*, cit., p. 7.

<sup>25</sup> Così A. Caloni, *Bitcoin: profili civilistici e tutela dell'investitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, I, p. 181.

<sup>26</sup> L'innesco, caduto il contratto, degli obblighi restitutori comporterà naturalmente la condanna della società intermediaria e, più in generale del *seller* della criptovaluta, alla restituzione, ai sensi degli artt. 2033 ss. c.c., di quanto ricevuto.

segmenti normativi, mutuati dalla 2002/65, perché reputati funzionali alla «rete di sicurezza [...comunque] garantita ai consumatori» dalla direttiva. Di qui l'intuizione che la ragione decisiva sia da intravedersi piuttosto nel fatto, *testuale* già nella relazione di accompagnamento alla proposta, che la 2002/65 si applica ai contratti conclusi a distanza «anche nel caso di prodotti finanziari [...] non [...] ancora soggetti ad alcuna legislazione dell'UE (ad esempio, in assenza di norme [europee], [a]lle cripto-attività». Ora, nell'ipotesi che la direttiva cada in blocco, domandarsi se le criptovalute possano camuffarsi da entità artefici di una seconda giovinezza per un art. 67-*septiesdecies*, comma 4, fino ad ora passato per un'esistenza assai grama, conosce troppe variabili, tutte legate in realtà a quanto si vorrà ottimizzare il grado di specialità protettiva che si vorrebbe ridenominare nei termini di un'*equità online*: una formula, questa, che, se vuole avere un senso, deve mostrarsi organica a quelle ll. B, C, C-BIS e D, rispettivamente alla sicurezza/qualità dei servizi, adeguata informazione e corretta pubblicità, all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà, all'educazione al consumo, che l'art. 1, comma 2, c. cons. ricomprende tra i diritti riconosciuti come fondamentali del consumatore.

### 3. Il diritto consumeristico come ordinamento interferente

Tornando alla proposta, il decalogo che si legge nell'art. 67, quanto ai profili di responsabilità per la custodia e l'amministrazione di cripto-attività per conto di terzi, non è un *unicum*. Vero, infatti, che è ivi previsto un *contenuto minimo informativo* per il contratto che il fornitore deve concludere con il cliente, specificando i propri compiti e responsabilità: ma l'obbligo di un'adeguata informazione del cliente torna pure nell'art. 69, allorché siano negoziati scambi di cripto-attività con moneta fiduciaria o altre cripto-attività. I fornitori sono qui tenuti a pubblicare un prezzo fisso delle cripto-attività o un metodo per determinare il prezzo delle cripto-attività che proporranno di scambiare: è stabilito altresì che gli ordini dei clienti vanno eseguiti ai prezzi indicati al momento della loro ricezione, con un'informativa che si estende alla fase *postcontrattuale* visto che è prescritto un obbligo di pubblicare «i dettagli degli ordini e delle operazioni [...] eseguite, compresi il volume e il prezzo delle stesse».

Lasciamo al lettore il constatare come criptoattività e diritto consumeristico siano perciò due ambiti che è alquanto difficile far collimare se non si muove dal presupposto che il mercato delle criptovalute, quando incontra il consumatore, si trova a che fare, a tacer d'altro, con un art. 2, comma 2, lett. c) c. cons. annoverante, tra i c.d. diritti fondamentali di quest'ultimo, pro-

prio quello ad un'informazione adeguata e ad una corretta pubblicità. Quanto poi al fatto che le criptoattività comportino un problema di intelligibilità, in quanto pur sempre constano di un codice informatico, che taglia trasversalmente il panorama soggettivo dei contraenti, facendo così a sua volta sfumare la distinzione tra asimmetria economica ed informativa<sup>27</sup>, lo possiamo pure prendere per buono. Salvo però fin da subito notare che la normativa di protezione, in quanto tarata sulla definizione di consumatore di cui all'art. 3, comma 1, lett. a) c. cons., è percorsa da una lacuna assiologica, ci sembra francamente difficile che, allo stato, si possa andare oltre.

Più proficuo allora ci parrebbe notare come, non abbracciando il «perimetro dell'intervento regolatorio» un'area carente di «regolazione»<sup>28</sup>, il plesso normativo consumeristico finisce per atteggiarsi come un *ordinamento interferente* in quanto disciplina di intersezione tra criptoattività e mercato, *imperativamente* posta ogni qual volta un fornitore di servizi crittografati si trovi a venire in contatto od a contrattare con un consumatore.

#### 4. Spunti da *Verein für Konsumenteninformation c. Amazon* e il ruolo concorrente della dir. 93/13

Messo da parte l'ottimismo, in verità mal riposto, di chi ha ritenuto che le criptoattività innalzerebbero il livello di protezione dei consumatori<sup>29</sup>, nell'avviarci a prendere congedo soffermeremo l'attenzione su due aspetti che, quando l'investitore sia un consumatore, rinnovano il sottofondo del sopravvento di una *disciplina speciale*.

Il primo aspetto involge la fattispecie dei fornitori di servizi per le cripto-attività che, se autorizzati a prestare consulenza sulle medesime, sono obbligati, ai sensi dell'art. 73, a valutarne la compatibilità con le «esigenze dei clienti», raccomandandole di conseguenza solo quando «ciò è nell'interesse dei clienti». Siamo così dalle parti di una *primauté* della trasparenza, con un *caveat emptor* messo in un canto a vantaggio di obblighi di *disclosure* che siano idonei a che l'investitore in cripto-attività prenda contezza del profilo di rischio-rendimento dei prodotti acquistati, cioè dell'*effettivo costo complessivo* di una operazione in criptovalute. Ora, siccome il § 3 dell'art. 73, nell'illustrare *come* i fornitori devono valutare il merito finanziario del

<sup>27</sup> V. A. Cinque, *La blockchain*, Pisa, 2022, p. 117.

<sup>28</sup> Così Gitti, Maugeri, Ferrari, *Offerte iniziali e scambi di cripto-attività*, cit., p. 103 e, più distesamente, Maugeri, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, cit., pp. 73 s.

<sup>29</sup> È l'avviso di O. Borgogno, *Smart Contracts as the (new) Power of the Powerless? The Stakes for Consumers*, in *ERPL*, 2018, pp. 885 ss.

cliente effettivo o potenziale, include pure la verifica preliminare di una loro «comprensione di base dei rischi connessi all'acquisto di cripto-attività», non ci vuol molto a pensare che qui riaffiori prepotentemente l'idea per cui un'informazione omessa o *inveritiera* pari siano giacché il consumatore non sarà comunque in grado di accedere ad un'informazione per lui *essenziale*. Volendo esemplificare: comunicare al consumatore quel che il *token* non è, difficilmente ottempera al disposto dell'art. 67 *septiesdecies*, comma 4, in quanto omette di informare *su cosa* quel token sia. Si converrà che un'informazione in negativo non è idonea a che il consenso del consumatore si formi in modo consapevole.

Il secondo profilo va, diremmo, anch'esso *de plano*: pure nel caso in cui le parti scegliessero di applicare al rapporto una legge diversa da quella italiana, l'art. 67-*octies decies*, comma 2, c. cons. è puntuale, infatti, nel prescrivere che al consumatore devono comunque riconoscersi le condizioni di tutela previste dagli artt. 67 *bis*-67 *vicies bis*<sup>30</sup>.

Abbinare, le due notazioni attestano come le disposizioni della sezione IV-*bis*, per lo scudo che più in generale offre loro l'art. 143 c. cons., appartengono al *genus* delle norme di *applicazione necessaria*. Il che introduce un'appendice del discorso che fa tornare spiccatamente in causa la nozione di trasparenza. L'allusione è al fatto che il punto C dell'allegato I, piattamente intitolato «*Informazioni sull'offerta al pubblico di cripto-attività o sulla loro ammissione alla negoziazione su una piattaforma di negoziazione di cripto-attività*», al n. 14 recita di un'informazione sul diritto applicabile all'offerta al pubblico di cripto-attività, così come [sui] tribunali competenti». Se, sull'uno e l'altro si è appena detto, non va però trascurato di appurare se, a rimescolare le carte, provvede il precedente, molto discusso, di *Verein für Konsumenteninformation c. Amazon* (C-191/15)<sup>31</sup>.

Se infatti la notorietà del caso ci esime da una disamina *funditus*, non possiamo sottacere come la Corte abbia qui sentenziato che una clausola predisposta, designante come legge applicabile al contratto *on line* quella di un altro Stato membro in cui abbia sede il professionista, è *abusiva*

<sup>30</sup> V. Maugeri, *Mercato finanziario, cripto-attività, proposta di regolamento MICA (Market in Crypto-Assets) e tutela del consumatore*, cit., p. 3.

<sup>31</sup> C. Giust. Ue, 28 luglio 2016, C-191/15, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'*Oberster Gerichtshof*, con decisione del 9 aprile 2015, a seguito di un'azione inibitoria promossa davanti ai giudici austriaci, ai sensi della direttiva 2009/22/CE, da un'associazione di tutela dei consumatori con sede in Austria. L'azione era volta a far vietare l'utilizzo di alcune clausole, contenute nelle condizioni generali di vendita utilizzate da Amazon, fino alla metà dell'anno 2012, nei contratti conclusi *on line* con consumatori residenti in Austria. Di siffatte clausole, giova rimarcarlo, il VKI lamentava il carattere abusivo ai sensi della legislazione austriaca di attuazione della direttiva 93/13.

*non* in ragione del suo *contenuto* ma in quanto *ingannevole* per i consumatori, se costoro non vengono contestualmente informati dell'esistenza di una norma imperativa, nella specie è l'art. 6, § 2, del Regolamento Roma 1 (593/2008), subordinante la validità di una siffatta *professio iuris* al rispetto della protezione di cui il consumatore beneficerebbe secondo il suo diritto nazionale. Nella vicenda il diritto richiamato era quello lussemburghese, mentre i consumatori erano invece di nazionalità austriaca. Epperò è decisivo rilevare che, *non stando* alla direttiva 93/13 ma *per come questa* è recepita in Austria, una clausola, contenuta nelle c.g.c. ovvero in formulari prestampati, è inefficace quando risulti formulata «in termini oscuri o incomprensibili», con l'effetto, sottinteso, di indurre *in errore* il consumatore. A disporre così, lo sappiamo, è l'art. 6, § 3 del *Konsumentenschutzgesetz*, rubricato non a caso «Clausole contrattuali abusive». È poi un altro *fatto*, proseguendo, che l'art. 13 *bis* del *KschG* recita di un art. 6 quale norma, diremmo, di *applicazione necessaria* in quanto, ai fini della tutela del consumatore, invocabile a prescindere dalla legge applicabile al contratto, laddove questo sia stato stipulato nell'ambito di un'attività dell'impresa, o di un suo intermediario, svolta in Austria.

Quale sia, se sono queste le premesse, il risultato deducibile, è intuitivo: in seno al diritto derivato austriaco, è senz'altro riguardabile come *abusiva* la clausola predisposta che *simuli*, mostrandosi così idonea ad indurre *in errore* il consumatore, per l'impressione suscitata che «al contratto si applichi soltanto la legge di uno Stato membro»<sup>32</sup>. Ergo, quantunque grammaticalmente chiara, la clausola, diremmo, è lì *intrasparente* non perché *squilibra* ma in quanto *ingannevole*, simulandosi la doverosità di una condotta che invece *non* è da riguardarsi come *giuridicamente necessaria*. Una clausola, i cui effetti sono integrati o determinati imperativamente, muta in tutto od in parte sugli stessi, è una clausola qualificabile come *reticente* in quanto pretermette un'informazione essenziale.

Ora, *Verein für Konsumenteninformation c. Amazon*, dicevamo, ha sollevato più dissensi che apprezzamenti. E tuttavia, se l'equazione *ingannevolezza - abusività* non è un parametro formalizzato a livello di *tutela minima*

<sup>32</sup> Come si legge nelle Conclusioni dell'AG Saugmandsgaard Øe, visto com'era confezionata la clausola, poteva darsi «al consumatore medio l'impressione erronea che al contratto si applli[casse] soltanto il diritto scelto ai sensi di tale [pattuizione]». Di conseguenza, «qualora un siffatto consumatore fosse [stato] così indotto in errore, si sarebbe caduti nella trappola di dissuaderlo rischierebbe di essere dissuaso dal proporre un ricorso a causa, principalmente, della mancanza di familiarità con le leggi di tutela dei consumatori dell'ordinamento giuridico scelto» (§ 102). Ergo una clausola siffatta sembrava idonea a creare un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti e, pertanto, connotata da carattere abusivo ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 93/13» (§ 103).

eurounitaria<sup>33</sup>, è pur sempre vero che la vessatorietà di una clausola può *variare* in funzione del *diritto nazionale applicabile*.

Ebbene, siccome *Amazon* è un precedente che una, seppur sfocata, valenza euristica ce l'ha, fattolo trasmigrare nell'area della negoziazione in criptovalute, farebbe sì che si materializzassero tutte le condizioni utili ad instaurare un sindacato di vessatorietà prescindente dalla *vis attractiva* monopolizzante dell'art. 67 *septies decies*, comma 4, c. cons. Il tutto, va da sé, con un effetto moltiplicatore di intuitiva evidenza<sup>34</sup>, se è vero che, così, le regole di tutela tornerebbero ad essere almeno *due*. Quale che sia la sorte che lo attende, l'art. 67, *septies decies*, comma 4, pur sempre *gira*, rammentiamolo, intorno ad una *reticenza* del professionista: di tal che supporre, ogni qual volta l'abuso del fornitore di servizi vada invece ad impingere in *altri luoghi*, che la direttiva 93/13 manchi di uno spazio applicativo, innescherebbe l'effetto perverso di un trattamento *in peius* per il consumatore. Non bisogna confondere un'*anomia* con un'omissione di intervento in quanto ambiti già disciplinati. Basterà por mente, senza tirarla troppo in lungo, alla disciplina di protezione che, nell'ipotesi di un automatico *ius variandi* del fornitore, schermato soltanto da un mancato rifiuto entro 60 giorni, si legge nelle ll. m) ed o) dell'art. 33, comma 2, c. cons. oppure, al darsi di un blocco del bene ovvero di una disattivazione automatica del servizio per una *qualsiasi forma* di inadempimento, e quindi in palese deroga al disposto degli artt. 1455 e 1460 c.c.<sup>35</sup>, allo scudo del comma 1 dell'art. 33 od ancora, nel caso di clausole di autoesecuzione (*Selbstvollstreckungsklauseln*), al baluardo che si incontra nella lett. t) dello stesso articolo. Ogni clausola di blocco di un bene pur sempre invero è rappresentabile come una *clausola di esecuzione*. Per altro, non ogni clausola di autoesecuzione (*self enforcing*)<sup>36</sup>, giova evidenziarlo, è sospettabile di abusività giacché, nel caso in cui il consumatore

<sup>33</sup> Pur se, anche al riguardo, ci sarebbe forse da intendersi. Come ben illustra l'AG.Hogan, nelle Conclusioni di *Lovasné Tóth*, l'omissione denunciata nel caso *Verein für Konsumenteninformation* aveva per oggetto quel diritto applicabile che, siccome i consumatori tendenzialmente ignorano la normativa di Stati diversi dal proprio, ha un che di essenziale quando lo si richiama, come si ricava del resto dai Considerando 5 e 6 della dir. 93/13. E se così è, i consumatori vanno protetti da una clausola siffatta in quanto questa diviene causa di un loro allontanamento da «organi giurisdizionali o da sistemi di diritto ... familiari». Tradotto, qui si potrebbe pure pensare che l'etichetta di abusiva, proprio stando alla direttiva 93/13, integrasse «quasi un caso di scuola» (§ 102), per la ragione che si viene a refluire o nell'abusività ex art. 3 ovvero in quel caso di vessatorietà presunta che si legge, quanto al diritto italiano, nella lett. t) dell'art. 33, comma 2, c. cons.

<sup>34</sup> Lo lasciano adombrare Gitti, Maugeri, Ferrari, *Offerte iniziali e scambi di cripto-attività*, cit., p. 113.

<sup>35</sup> V. Junghöfer, *Verbraucherverträge als Smart Contracts*, in *Leipzig Law Journal*, 2021, pp. 15 s.

<sup>36</sup> V. Janssen, Patti, *Demistificare gli smart contracts*, cit., p. 34.

abbia già depositato la somma nel portafoglio dello *smart contract*, l'esborso automatizzato al creditore non cambia nulla visto che quanto qui si delinea è un consumatore che «durch die "Einzahlung" in den Smart Contract die Iniziativ- und Klagelast [...] [hat] übernommen»<sup>37</sup>. Per inciso, nell'esperienza tedesca, c'è pure l'ancora di salvezza della *finzione* che si legge in quel § 310, Abs. 3, n. 1<sup>38</sup>, con delle «Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten als vom Unternehmer gestellt», salvo che non siano state incluse nel contratto dal *consumatore*.

Il quadro, dunque, che si annunciava a tinte uniformi, si rivela, ad una disamina più analitica, policromatico: le criptovalute, infatti, possono essere già ricomprese nella nozione di «prodotto» di cui all'art. 3, comma 1 lett. e) c. cons.

## 5. Criptoattività, *disclosure regulation* e tutela consumeristica

È risaputo come sia *Gómez del Moral Guasch* il precedente nel quale la Corte di giustizia ha fatto arretrare l'obbligo di consulenza in sede consumeristica, trasformandola in una «dottrina» emergenziale legata principalmente all'effetto «sorpresa» di un rischio di cambio che si mostra smaccatamente idoneo ad ingenerare *in executivis* un'onerosità restitutoria tanto aleatoria quanto imprevedibile<sup>39</sup>. Fuori da questo ambito, come la Grande Sezione lascia intendere, la trasparenza consumeristica «divorzia» da un dovere di consulenza: che quindi si dà soltanto quando, per il fatto di risultare associato ad un prodotto «tossico», il rischio del consumatore esiga una tutela ablativa e non una di mero stampo risarcitorio. L'interrogativo torna dunque ad essere quello iniziale: le cripto-valute come prodotti «tossici»? Oppure, come forse è più costruttivo, le criptovalute sono da intendere come un contesto che, quando si interfaccia con l'ordine pubblico consumeristico, conosce uno stato operativo passante per un giudizio di *compatibilità*? È esatto scrivere, come lucidamente si è fatto, che il problema è quello della «ragionevolezza nel pensare di continuare ad applicare discipline [coniate] per alcuni contesti a scenari significativamente mutati»<sup>40</sup>: e tuttavia, nella provincia dei contratti *b2c*, «sind zusätzliche Vorschriften zum Schutze der Verbraucher

<sup>37</sup> Così Riehm, *Smart Contracts und AGB-Recht*, cit., p. 108 (e 109 per le *Preis- bzw. Tarifanpassungsklauseln*).

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 110 e Kaulartz, *Herausforderungen bei der Gestaltung von Smart Contracts*, cit., p. 204.

<sup>39</sup> C. Giust. Ue, 3 marzo 2020, causa C-125/18, cit.

<sup>40</sup> Così Maugeri, *Smart Contracts e disciplina dei contratti*, cit., p. 65.



zu beachten»<sup>41</sup>. Tra queste, almeno nell'esperienza tedesca, oltre all'inefficiacia retta dal § 305 c, c'è quella del § 307, *Abs. 1, 2 cpv.*, il cui recitativo, notoriamente, si presta a veicolare un'intrasparenza quale causa autonoma di abusività se una *unangemessene Benachteiligung* può derivare anche dal fatto «dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist». Va pure ricordato che, ai sensi del § 305, *Abs. 2, n. 2*, un algoritmo è *parte* del contratto se il professionista assicura la possibilità di prendere conoscenza in modo pretendibile del suo contenuto. Ora, siccome il consumatore, pur quando dovesse prendere atto dell'algoritmo, non sarà in grado di comprenderlo, dovrà sempre aversi disponibile una traduzione dell'algoritmo nella lingua del contratto, con un'inclusione che *non ci sarà* di conseguenza se una funzione dell'algoritmo dovesse mostrarsi suscettibile di rappresentazione soltanto in forma di codice. È questa, e lo diciamo così, una rete protettiva della quale non può farsi a meno se vuole evitarsi la metafora, coniata da Basedow<sup>42</sup>, di un diritto consumeristico somigliante ad una *fleet in being* del tutto simbolica in quanto insufficiente a contrastare un potere di predisposizione unilaterale del professionista fattosi, in una realtà che cambia vorticosamente, sempre più sofisticato.

## 6. Epilogo: verso un diritto consumeristico manipolato?

In dottrina leggiamo che, riguardata *a latere consumatoris*, la proposta MiCAR appresta delle tutele «sufficienti» pur se afflitte, e non possiamo che convenirne, da un difetto «di coordinamento»<sup>43</sup>. La dottrina citata, con innegabile realismo, ci invita pure a riflettere se non sia il caso di pensare che l'interferenza tra cripto-attività e normativa consumeristica non porti con sé il sottoporre la seconda ad un, potremmo chiamarlo così, processo giuridico di *adattamento* e di *adeguamento*, a seguito dei quali accantonare quelle disposizioni che si mostrino «distoniche» all'ambito delle nuove tecnologie<sup>44</sup>. Stiamo ragionando, com'è di tutta evidenza, di una *manipolazione* della disciplina consumeristica che, condotta nella sfera delle criptoattività, dovrebbe vedere talune delle sue regole espunte, modificate, integrate o sostituite secondo una *climax* depennante, per es., le prescrizioni che si leggono nell'art. 50, commi 2 e 4, lett. b) (conferma del contratto stipulato su supporto du-

<sup>41</sup> Così Riehm, *Smart Contracts und AGB-Recht*, cit., p. 110.

<sup>42</sup> In *Rechtsdurchsetzung und Streitbeilegung. Die Vielfalt von Durchsetzungsformen im Lichte von Zielkonflikten*, in *JZ*, 2018, p. 10.

<sup>43</sup> Così Maugeri, *Mercato finanziario, cripto-attività, proposta di regolamento MICA (Market in Crypto-Assets) e tutela del consumatore*, cit., p. 6.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 8.

revoles) e 51, comma 2 (il c.d. formalismo *litteris* e di grafica dell'interfaccia con il consumatore). Con tutta probabilità in questo dire c'è del vero: non a caso il dibattito tedesco ha messo in risalto come il disposto del § 305c BGB, per il quale non divengono parte del contratto le clausole inconsuete, non cozzi con le nuove tecnologie a due condizioni: da un lato che l'elemento della *Ungewöhnlichkeit* sia anestetizzato da un uso generalizzato dello *smart contract*, dall'altro che la natura *inconsueta* di una clausola, normativamente basata su di un aspetto esteriore della stessa qui irriproducibile per la sua inclusione soltanto nel codice del programma<sup>45</sup>, è pur sempre smussato dalla consapevolezza che il consumatore abbia dell'uso di un *Programmcodes i.R.e. Vertragsschlusses*.

Come può constatarsi, ci si muove su di un terreno accidentato, ma deve egualmente riconoscersi che la *vis* conformativa della direttiva 93/13 è abbinata a delle regole di realizzazione che, allorquando si fuoriesca dall'ambito degli artt. 67 *bis* ss., è più intensa di quella connotante altre direttive. Per es. clausole a sorpresa o che contemplassero dei limiti all'adduzione di prove dischiudono una presunzione di vessatorietà che nessuna manipolazione interpretativa potrebbe riuscire a smorzare od aggirare. In area consumeristica, stiamo dicendo, diventa arduo sostenere che la volontà del consumatore si è già «completamente» esternata scegliendo di utilizzare un «agente *software*» e al momento «della configurazione dei parametri che governano il suo funzionamento»<sup>46</sup>. È vero che la negoziabilità, in questo ordine di idee perdura, arretrando temporalmente al momento della «decisione umana di servirsi dell'agente *software*»<sup>47</sup>. Se non fosse che, così, quell'ideale regolativo che, messo a presidio dell'interesse consumeristico, fungerebbe da fattore conformativo di un potere di predisposizione unilaterale del professionista, se non svanisce, si eclissa. Per es. è davvero valida, ai sensi dell'art. 1229, comma 1, c.c. la clausola, che ricorre frequentemente in questi contratti, enunciante che l'offerta per la custodia di criptovalute, essendo rivolta *esclusivamente* ad investitori ben informati e con un'elevata disponibilità a correre rischi, è rimessa ad un'*autoresponsabilità* dell'investitore che, se non reputa di poter sopportare delle perdite finanziarie progressive<sup>48</sup>, deve ricorrere ad un consulente esterno? Una clausola siffatta è spesso associata ad un'altra esenzione da responsabilità nella forma di un fornitore che dichiara di non avere l'obbligo di verificare se l'utilizzo dell'offerta *online* sia *appropriata* e quindi

<sup>45</sup> V. Kaulartz, Heckmann, *Smart Contracts – Anwendungen der Blockchain Technologie*, cit., p. 622.

<sup>46</sup> Così Gitti, *La disciplina contrattuale del mercato, dall'autonomia all'automazione*, cit., p. 8.

<sup>47</sup> *Ivi*.

<sup>48</sup> Inclusa la variabile di una perdita totale dell'investimento.

davvero corrisponda alle conoscenze ed esperienze di un investitore comunque ammesso se negozia per scopi privati. Non è, crediamo, un problema di paternalismo legislativo: *quid* per es. rispetto ad una *variatio in peius* diversa da una abbinata alla modifica di specifiche tecniche per la fornitura (tipo dei requisiti di sicurezza più elevati) obbliganti il fornitore alla somministrazione di servizi aggiuntivi e con il limite che le nuove tariffe siano consentite non più di *una volta* per anno solare? *Eine sachliche Rechtfertigung liegt* si legge nel dibattito: ma non solo. Quanto è legittima, per finire, la clausola secondo cui il deposito deve avvenire dal proprio indirizzo *blockchain*, con l'imputazione del rischio che, ove l'indirizzo non sia corretto, il trasferimento non può essere annullato e la perdita diventa irreversibile? È evidente che ogni clausola predisposta, che interviene sulla distribuzione dei rischi, non può passare per meritevole solo perché diffusa nella prassi: ed è qui che si intravede uno spunto di snodo importante. La proposta MiCAR imputa infatti all'investitore, e quindi anche al consumatore, l'onere di dimostrare la violazione del *white paper* e l'incidenza che la stessa abbia avuto sulla formazione del consenso al momento dell'acquisto. Ora, pur se ai fini risarcitori, non v'è chi non veda come il tasso di effettività della tutela venga qui ad appannarsi vistosamente.

Stefano Pagliantini  
Università degli Studi di Siena  
Dipartimento di Giurisprudenza  
via Pier Andrea Mattioli, 10  
53100 Siena  
stefano.pagliantini@unisi.it  
Orcid: 0000-0002-6622-474X