

# **PERCORSI DI DIRITTO COMPARATO**

A cura di Rossella Esther Cerchia

Milano University Press

*Percorsi di diritto comparato* / a cura di Rossella Cerchia. Milano: Milano University Press, 2021.

ISBN 979-12-80325-21-1 (print)

ISBN 979-12-80325-24-2 (PDF)

ISBN 979-12-80325-26-6 (EPUB)

DOI [10.13130/milanoup.49](https://doi.org/10.13130/milanoup.49)

Questo volume e, in genere, quando non diversamente indicato, le pubblicazioni di Milano University Press sono sottoposti a un processo di revisione esterno sotto la responsabilità del Comitato editoriale e del Comitato Scientifico della casa editrice. Le opere pubblicate vengono valutate e approvate dal Comitato editoriale e devono essere conformi alla politica di revisione tra pari, al codice etico e alle misure antiplagio espressi nelle [Linee Guida per pubblicare su MilanoUP](#).

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY-SA, il cui testo integrale è disponibile all'URL: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su: <https://libri.unimi.it/index.php/milanoup>.

© 2021 Rossella Cerchia

© Milano University Press per la presente edizione

Pubblicato da:

Milano University Press

Via Festa del Perdono 7 – 20122 Milano

Sito web: <https://milanoup.unimi.it>

e-mail: [redazione.milanoup@unimi.it](mailto:redazione.milanoup@unimi.it)

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da Ledizioni ([www.ledizioni.it](http://www.ledizioni.it))

## Indice

Prefazione	7
ANTONIO GAMBARO, Fondamenti culturali e metodologici del diritto europeo dei contratti: dalle leggi al caos e ritorno	9
ALBINA CANDIAN, Le Società Benefit in Italia	21
CRISTINA AMATO, Dal diritto europeo dei contratti 1.0 agli <i>smart contracts</i>	33
CARLO MARCHETTI, <i>Pacta sunt servanda</i> ai tempi del Covid-19	57
ROSSELLA ESTHER CERCHIA, I criteri di decisione nelle parole della legge e delle corti: alcune suggestioni	69
SABRINA LANNI, Cibo & diritto comparato: le etichette alimentari tra Europa e America Latina	87
BARBARA VARI, Proprietà e diritto dei beni vitali: un possibile itinerario di ricerca	105
SANTA NITTI, “Insurtech”: suggestioni e dubbi dal mondo assicurativo	123
NAIARA POSENATO, La riforma dello stile delle sentenze della <i>Cour de Cassation</i>	139
LYDIA VELLISCIG, Strumenti di finanziamento del rischio catastrofale tra politiche pubbliche e ricorso a strumenti di mercato: l’esempio del «Pandemic Emergency Financial Facility»	167
CARLO MASIERI, La tutela dei dati personali relativi alla salute: approccio europeo ed americano a confronto	185
GIULIA TERRANOVA, Il Trust: la circolazione di un istituto dal diritto di <i>equity</i> alle moderne legislazioni <i>offshore</i>	205
Notizie sugli autori	217

# Dal diritto europeo dei contratti 1.0 agli *smart contracts*

*Cristina Amato*

SOMMARIO: 1. Premessa e ambito d'indagine. – 2. Il diritto europeo dei contratti 1.0. – 3. Il Diritto Privato Europeo 2.0. – 3.1. La disciplina del contratto telematico. – 3.2. La disciplina dei contratti con i consumatori. – 4. La transizione verso l'economia delle piattaforme digitali: un diritto europeo dei contratti 3.0?. – 5. A mo' di conclusione: l'approdo del diritto europeo dei contratti 4.0. nell'era degli *smart contracts*.

## 1. Premessa e ambito di indagine

In principio era il diritto privato dei consumi. Per lo meno la *hard law* del Parlamento Europeo e del Consiglio aveva come centro di interesse soprattutto il consumatore. A partire dal 1985, gli Stati Membri sono stati investiti da una pioggia insistente di interventi “verticali” (ossia aventi ad oggetto specifiche tipologie contrattuali)<sup>1</sup>, destinata a coprire ambiti molto ampi della contrattazione tra professionisti e consumatori, perseguendo obiettivi di armonizzazione rimessi, infatti, nelle mani dello strumento normativo elastico per eccellenza, ossia la direttiva. Com'è noto, il diritto privato europeo a cavallo del nuovo millennio non può essere ridotto al solo diritto del consumo: oltre ai significativi interventi di regolamentazione dei rapporti tra professionisti<sup>2</sup>, le istituzioni europee intraprendevano contemporaneamente la strada divergente dei tentativi

---

1 Senza pretesa di completezza: contratti conclusi fuori dei locali commerciali: dir. 1985/577/CEE; credito al consumo: dir. 1987/102/CEE, dir. 1990/88/CEE e dir. 2008/48/CE; contratti di viaggio tutto compreso: dir. 1990/314/CEE e dir. 2015/2302/UE; contratti di acquisto di beni immobili in multiproprietà: dir. 1994/47/CE e dir. 2008/122/CE; contratti negoziati a distanza: dir. 1997/7/CE; contratti di vendita a distanza di valori finanziari: dir. 2002/65/CE; contratti di investimenti in valori mobiliari: dir. 1997/9/CE; garanzie nel contratto di vendita di beni di consumo: dir. 1999/44/CE; diritti dei consumatori: dir. 2011/83/UE; credito al consumatore relativo a beni immobili residenziali: dir. 2014/17/UE; dir. 2014/65/UE (MIFID II).

2 Tra gli interventi normativi più significativi: dir. 1986/653/CEE (agenti commerciali); dir. 2000/31/CE (commercio elettronico); dir. 2000/35/UE e dir. 2011/7/UE (ritardi nei pagamenti commerciali); dir. 2006/123/CE (relativa ai servizi nel mercato interno); dir. 2007/64/UE e dir. 2015/2366/UE (servizi di pagamento); dir. 2014/104/UE (relativa al risarcimento del danno per violazione del diritto della concorrenza).

di unificazione del diritto privato comune: una vasta area del diritto patrimoniale, estranea alla restrizione soggettiva dell'ambito di applicazione (consumatore vs. professionista), è stata sondata in diversi modi e da diversi gruppi di lavoro<sup>3</sup>, con il dichiarato obiettivo di preparare la futura codificazione del diritto patrimoniale delle obbligazioni e contratti. L'operosità della dottrina europea e la tenacia delle istituzioni europee hanno sortito una ricca offerta di *soft law*, nella quale è racchiuso un *common core* di principi e regole di consolidata tradizione, spesso rivisto ed adattato all'Europa di oggi e alle diversità delle tradizioni giuridiche che lo compongono<sup>4</sup>; oppure un *common core* tratto essenzialmente dallo stesso *acquis communautaire* sedimentatosi negli ultimi trent'anni<sup>5</sup>.

Chiamerò questa prima era del diritto privato europeo dell'età della fede, diritto privato europeo 1.0. Due sono i tratti essenziali che connotano questa fase di regolamentazione del diritto contrattuale in Europa: il primo consiste nell'inevitabile frattura venutasi a creare tra il diritto generale dei contratti degli Stati Membri, da un lato caratterizzato da un *corpus* di norme contenente un insieme di principi e regole indirizzati alla generalità dei consociati, senza delimitazioni soggettive; dall'altro lato, da un gruppo di principi e regole destinati ad una categoria specifica di cittadini, quella dei consumatori<sup>6</sup>. Nel nostro ordinamento, tale frattura è visibile nella comparsa di codici di settore (codice di consumo: d.lg. 6 settembre 2005, n. 206; codice del turismo: d.lg. 23 maggio 2011, n. 79) o di disposizioni *ad hoc* contenenti la disciplina specifica di singoli tipi contrattuali, inserite in testi legislativi speciali (è il caso del credito immobiliare ai consumatori e del credito al consumo, la cui disciplina è stata inserita nel d.lg. 1 settembre 1993, n. 385 – Testo Unico Bancario, t.u.b., rispettivamente agli artt. 120-*quinquies*/*undevicies*, e 121 s.). La dicotomia diritto contrattuale comune/contratti con i consumatori porta con sé il problema del rapporto tra questa complessità di

3 Sia consentito il rinvio a C. AMATO, *Il processo di armonizzazione del diritto contrattuale in Europa: dal più al meno*, in A. SACCOCCIO, S. CACACE (a cura di), *Sistema giuridico latino-americano*, Torino, 2019, pp. 203-204, nt. 22-23.

4 Il riferimento è ai ben noti *Principles of European Contract Law* (PECL, 1999), che rappresentano l'antecedente storico dell'armonizzazione della disciplina del contratto in Europa; al *Draft Common Frame of Reference* (DCFR, 2009), testo con ambito disciplinare più ampio, poiché affronta in maniera completa tutto il diritto delle obbligazioni, tanto da includere anch'esso il tema dell'inadempimento all'interno della categoria più ampia delle obbligazioni; ai *Principles on European Tort Law* (PETL, 2005). Un cenno merita anche il *Common European Sales Law* (CESL, 2011), benché definitivamente ritirato dall'agenda di lavoro europea nel 2014.

5 È il caso degli *Acquis Principles* (ACQP, 2009), i quali si pongono in una prospettiva diversa dai precedenti testi di *soft law*, poiché non ricercano i tratti comuni del diritto privato e commerciale all'interno dei singoli ordinamenti dell'Unione Europea, ma propongono principi e regole tratti dalla stessa produzione comunitaria che, ormai, si presenta come un *corpus* (*acquis communautaire*) quantitativamente molto ricco di principi e regole, che necessita semmai di una razionalizzazione sistematica.

6 Sulla dicotomia diritto civile – diritto dei consumatori, sia consentito il rinvio a C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*, Milano, 2003, p. 17 s.

fonti, affrontato dagli artt. 38, 135 e 142, 2° comma del codice di consumo, e risolto da buona parte della dottrina nel senso dell'interazione tra un insieme di costellazioni<sup>7</sup>, a loro volta gravitanti intorno alla disciplina di diritto comune e paritaria, rappresentata dal codice civile. Tali costellazioni sarebbero in parte autosufficienti, in grado di coprire le loro inevitabili lacune tramite reciproche operazioni ermeneutiche di auto-integrazione ed estensione analogica, atte a fornire una regolamentazione che presuppone la contrattazione asimmetrica, o non paritaria. In quest'ottica, il ricorso alle norme di diritto privato generale contenute nel codice civile<sup>8</sup> resta confinato ai casi residuali di inesistenza di una norma favorevole al consumatore applicabile al rapporto speciale in atto. Un esempio: il codice del turismo non contiene alcuna disciplina relativa alle clausole vessatorie né alle pratiche commerciali scorrette; nel caso di contratto stipulato tra il professionista e un viaggiatore-consumatore per l'acquisto di un pacchetto turistico, le disposizioni riguardanti entrambe le questioni menzionate saranno rinvenibili nel codice del consumo, rispettivamente agli artt. 33 s., 18 s. Nella diversa ipotesi in cui il viaggiatore acquisti servizi turistici disaggregati, come anche nelle ipotesi in cui non si applichi la disciplina sul turismo organizzato (*ex art. 32 codice del turismo*), questi potrà contare sul controllo formale di vessatorietà previsto all'art. 1341, 2° comma, c.c.; e, nel caso in cui il viaggiatore agisca nella sua qualità di piccolo-medio imprenditore, egli potrà avvalersi della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette di cui agli artt. 18 s. codice del consumo, chiedendo all'autorità competente (AGCM) l'inibizione della pratica commerciale considerata scorretta, nonché l'irrogazione delle sanzioni previste dall'art. 27 codice del consumo.

Il secondo tratto distintivo della prima fase di regolamentazione dei rapporti privati da parte del legislatore europeo consiste nella focalizzazione dell'attenzione verso la contrattazione asimmetrica: presupposto della normativa in esame è la sussistenza di uno squilibrio negoziale che, nei contratti B2C (professionista vs consumatore), consiste in un'asimmetria di tipo informativo; mentre, nei contratti B2B (ossia tra professionisti), si risolve in un'asimmetria di tipo economico, stante le diverse dimensioni del volume d'affari e, di conseguenza,

7 V. anche art. 32, 3° comma, cod. turismo, come di recente modificato dal d.lg. 21 maggio 2018, n. 62; art. 49, 9° comma, art. 67-*decies*, cod. consumo.

8 F. ADDIS, *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. e contratti*, 2007, 11, p. 872 s., soprattutto par. 4. Sulla complementarietà dei codici di settore rispetto al codice civile: G. ALPA, *La codificazione del diritto dei consumatori. Aspetti di diritto comparato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 6, 2009, p. 20241 s.; in senso opposto, N. IRTI, *Appunti introduttivi al seminario dei codici*, in *Giur. it.*, 2001, p. 3 ss., sostenitore della teoria della decodificazione, ossia della tesi per la quale l'esistenza di un regime giuridico di settore determina l'erosione della normativa generale contenuta nel codice civile. In favore di una ri-codificazione, che restituisca centralità al codice civile avvalendosi dell'esperienza e delle acquisizioni raggiunte attraverso i codici di settore: F. AZZARRI, *Ricodificazione del diritto dei contratti: il ruolo della parte generale e l'influenza delle discipline di settore*, in *Contratto e impr.*, 2, 2019, p. 571 s.

la diversa fascia di mercato occupata dai due imprenditori: il che giustifica il diverso appellativo “B2b”.

Con il passare del tempo, l'economia globale si è rapidamente evoluta all'insegna della rivoluzione industriale 3.0 caratterizzata dall'automazione e dall'elettronica: varcata la soglia del terzo millennio, il diritto europeo dei contratti avrebbe di conseguenza modificato la sua rotta e corretto gli obiettivi. Chiamerò questa fase della produzione normativa europea, Diritto Privato Europeo 2.0.

Scopo del presente intervento è mettere in rilievo i tratti salienti e le finalità della disciplina privatistica europea (limitatamente agli interventi normativi inerenti al diritto contrattuale) nelle sue diverse fasi 1.0 e 2.0 (parr. 2. e 3.), al fine di tentare una previsione sulle sue future rapide trasformazioni – che chiamerò diritto europeo dei contratti 3.0 Giunta ad oggi sulla soglia dell'economia delle piattaforme digitali (par. 4.) e destinata, a breve, ad andare al passo con la realtà economica dell'Industria 4.0, caratterizzata dal sopravvento dell'Intelligenza Artificiale, dei *Cyber Physical Systems*, di *Internet of Things* e *Internet of Bodies*, chiamerò questa immaginaria disciplina europea del futuro, diritto europeo dei contratti 4.0 (par. 5.).

## 2. Il diritto europeo dei contratti 1.0

Il contratto disegnato dal legislatore europeo nella fase 1.0 ruota intorno a due istituti: il diritto di pentimento e gli obblighi informativi a carico del professionista. Entrambi condizionano e animano il contratto con i consumatori in modo da distinguerlo dalla disciplina generale del contratto di cui al Titolo II del libro IV delle obbligazioni nel codice civile italiano.

Il diritto di pentimento era già apparso, negli anni 70 del secolo scorso, in alcune legislazioni speciali europee<sup>9</sup>, con il precipuo scopo di restituire al contraente, debole perché non in possesso del bagaglio informativo utile per la stipulazione del contratto, la possibilità di esprimere un consenso pieno e ponderato<sup>10</sup>. È stato, dunque, adottato dal legislatore di Bruxelles, dapprima timidamente<sup>11</sup>, nel senso che il suo esercizio era condizionato al verificarsi di alcune circostanze; in seguito, sarebbe diventato un diritto indisponibile, libero

9 Nel Regno Unito: *Hire Purchase Act*, 1969; *Consumer Credit Act*, 1974 (*cancellation period*). In Francia: la legge sulle vendite a domicilio del 22 dicembre 1972, n. 72-1137, art. 3 (*délai de réflexion*): cfr. D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996, pp. 26-28.

10 Sottolinea il legame tra pentimento e corretta formazione del consenso, R. SACCO, *Conclusioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, II, 1995, p. 211.

11 Il diritto di recesso appare nella dir. 85/577 (contratti conclusi fuori dei locali commerciali) con una denominazione dubbia (*right to rescind*), rimettendo agli stati membri le modalità e le condizioni per l'esercizio, che nel d.lg. italiano n. 50/92 consistevano nella sostanziale integrità delle merci che il consumatore recedente è tenuto a restituire, e la persistenza di un normale stato di conservazione. Riappare nelle dir. 87/102 sul credito al consumo e nella dir. 94/47 in tema di multiproprietà, dove diventa un ripensamento incondizionato, ma non



ed incondizionato, con una duplice funzione: riequilibrare la determinazione del consenso; fungere da rimedio civile per il mancato ottemperamento agli obblighi di informazione. La prima di tali funzioni ha una ricaduta devastante sul tradizionale principio di forza di legge del contratto (art. 1372 c.c.); tuttavia, la regola che sancisce il diritto di ritrattare il consenso validamente prestato, è norma speciale rispetto a quella accolta negli ordinamenti nazionali, in quanto risponde ad un principio diverso e superiore (tutela del consumatore: principio sancito ormai dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 38, e da questa inquadrato tra i "valori comuni dei popoli europei"), ed è rivolta a disciplinare situazioni (caratterizzate da asimmetria informativa) distinguibili da quelle inquadrabili nella disciplina generale del contratto. Quanto alla seconda funzione del diritto di ripensamento, ossia sanzionare il mancato adempimento degli obblighi di informazione addossati al professionista, essa vale a definire un altro tratto caratterizzante del contratto europeo: il superamento dei rimedi civili miranti ad invalidare o risolvere il negozio<sup>12</sup>. La violazione degli obblighi informativi, previsti nel documento pre-contrattuale oppure nel contenuto del contratto, è collegata ad un rimedio "originale" rispetto a quelli noti al giurista italiano (ossia l'invalidità, nelle due forme di nullità e annullabilità, nonché la risoluzione, cui si accompagna il risarcimento dei danni): il prolungamento del periodo di tempo per l'esercizio del recesso<sup>13</sup>. La funzione rimediabile del diritto di pentimento veniva confermata dal legislatore europeo anche nel caso in cui il professionista non avesse rispettato l'onere di forma c.d. "informativa": la dir. 97/7/CE sulle vendite a distanza prevedeva<sup>14</sup>, ad esempio, l'allungamento del periodo di riflessione (da 7 giorni a 3 mesi) nel caso in cui il professionista avesse violato gli obblighi di confermare per iscritto o su altro supporto duraturo le informazioni.

Il secondo istituto caratterizzante il diritto europeo dei contratti 1.0 è rappresentato dagli innumerevoli e dettagliati obblighi informativi gravanti sul professionista, ora posti a garanzia di una corretta informazione pre-contrattuale, quindi a tutela della corretta formazione del consenso<sup>15</sup>, ora enumerati nel contenuto del contratto, quindi quali elementi di eterointegrazione dello stesso a tutela dell'equilibrio normativo della posizione delle parti<sup>16</sup>. Con riguardo all'imposizione di obblighi informativi al professionista, oltre a segnalare le forti

---

del tutto libero, in quanto sono addossate al recedente le "spese contrattuali" sostenute dal predisponente.

12 Cfr. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, 2002, pp. 28, 30-32.

13 V. direttive in tema di multiproprietà (94/47) e vendite aggressive e a distanza (97/7), per le quali l'esercizio del recesso era prolungato dai 7 (o 10) giorni ordinari ai tre mesi.

14 La dir. 97/7/CE è stata abrogata dalla dir. 2011/83/UE: v. *infra*, par. 3.2.

15 Così nelle direttive in tema di credito al consumo, multiproprietà e vendite a distanza.

16 Così nelle direttive in tema di multiproprietà, turismo organizzato, garanzie sui beni di consumo.



perplexità in merito alla bontà della scelta<sup>17</sup>, è utile mettere in rilievo la laconicità del regime dei rimedi correlato alla violazione di tali obblighi: al più il legislatore europeo ha previsto il prolungamento dei tempi per l'esercizio dello *jus poenitendi*<sup>18</sup>, talvolta subordinato al rispetto di un vincolo di forma (la consegna di una copia del documento negoziale)<sup>19</sup>. In tutte le altre situazioni, ha preferito rinviare alle discipline del diritto privato domestico, con il risultato che, in fase di implementazione delle direttive, ciascun ordinamento ha seguito la strada ritenuta più opportuna (dalla responsabilità precontrattuale alle sanzioni penali), a scapito, non solo di una più completa armonizzazione, ma, soprattutto, della razionalità dell'*acquis communautaire*.

D'altra parte, nel disegno del legislatore europeo della fase 1.0 anche l'imposizione di vincoli di forma non ha aperto nuovi orizzonti sul fronte della regolarità giuridica dell'atto: la forma scritta del documento negoziale non si configura come precetto accompagnato da un rimedio civile dal quale possano discendere gli effetti della nullità (se intesa come forma *ad substantiam*), ovvero le limitazioni sul piano della prova (se intesa come forma *ad probationem*). Si tratta, al contrario, di oneri formali che rispondono ad una *ratio* di trasparenza, certezza, conoscibilità dei propri diritti e del contenuto del contratto da parte del consumatore<sup>20</sup>, anche ai fini di un eventuale ripensamento sugli impegni assunti, allo stesso modo degli obblighi informativi dei quali la forma-trasparenza costituisce un rafforzamento ed una conferma<sup>21</sup>.

---

17 È già stato da tempo messo in dubbio come l'eliminazione delle asimmetrie informative strutturali (ove anche sia possibile) possa, di per sé, rappresentare uno strumento efficiente ai fini della tutela sostanziale della parte c.d. debole. Cfr. R. PARDOLESI, A. PACCES, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, 1997, pp. 416-417. V. più di recente: C. BUSH, *The Future of Pre-Contractual Information Duties: From Behavioural Insights to Big Data*, in C. TWIGG-FLESNER (a cura di), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Londra, 2016, p. 221.

18 È il caso della multiproprietà e delle vendite a distanza (v. oggi art. 73, 3° comma, lett. a); art. 53, 1 comma cod. consumo).

19 È il caso delle vendite a distanza (v. oggi art. 50, 1° comma, cod. consumo).

20 Sottolinea come il criterio formale della conoscibilità serva a supplire alla mancanza di partecipazione al contenuto del contratto: F. MACARIO, *Norme in attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo. Commento su art. 124*, in *Commentario agli art. 121-126 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, pp. 813, 815.

21 «Anzi, a ben vedere vincoli di forma e vincoli di trasparenza /completezza (ma potrebbe anche dirsi di forma/contenuto) sono le due facce di una stessa medaglia: i primi sono funzionali ai secondi, che a loro volta presuppongono i primi»: V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 30.

### 3. Il Diritto Privato Europeo 2.0

#### 3.1. La disciplina del contratto telematico

Nel terzo millennio i modelli economici dell'Industria 3.0 hanno trovato il Diritto Privato Europeo parzialmente impreparato: nell'era dell'uso costante degli strumenti informatici e di Internet, anche i rapporti negoziali utilizzano a pieno regime l'automazione e l'elettronica<sup>22</sup>; le distanze cominciano ad essere annullate, i tempi di negoziazione e consegna sono pressoché azzerati. Quasi simbolicamente, al volgere del nuovo millennio, il legislatore europeo vara una direttiva destinata a traghettare il diritto privato europeo verso il nuovo universo delle attività economiche *online*. La Dir. 2000/31/CE su taluni aspetti dei Servizi della Società delle Informazioni (SSI), con particolare riguardo al commercio elettronico nel Mercato Unico Europeo (Direttiva sul commercio elettronico, attuata nel nostro ordinamento con d.lg. 9 aprile 2003, n. 70), inaugura la nuova stagione del contratto telematico. La normativa si rivolge a soggetti che, avvalendosi di un sistema informatico, negoziano l'utilizzo o l'acquisto di beni e servizi, attraverso internet ovvero attraverso una piattaforma idonea a consentire la trasmissione elettronica dei dati. A conferma del ritardo del legislatore europeo, la direttiva in questione disciplina in sostanza i servizi della società dell'informazione (SSI), ossia le attività economiche già definite nell'art. 1, c. 1, lett. b) l. 21 giugno 1986, n. 317<sup>23</sup>, che comprendono «qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi». Facendo salva la tutela dei consumatori garantita dalla normativa comunitaria dedicata (art. 1, 3° comma), la dir. 2000/31/CE ignora la distinzione professionisti vs consumatori, ma non la contrattazione asimmetrica; individua nuove figure, ossia il prestatore dei SSI (il *Service Provider*) e il destinatario (persona fisica o giuridica che utilizza un servizio *online*, per qualsiasi scopo, sia esso personale o professionale<sup>24</sup>); disegna una nuova disciplina rispetto all'*acquis communautaire* in atto, allo scopo di promuovere la libera circolazione dei SSI, i quali operano ancora all'interno di un modello economico tradizionale, basato essenzialmente sull'incontro tra venditore e acquirente, mediato dal prestatore nello spazio di

22 Cfr. S. LANNI, G. MAGRI, *Mercato digitale e nuovi paradigmi della tutela del consumatore in Brasile e Germania*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2017, pp. 919-920.

23 A sua volta attuativa della dir. 1983/189/CEE relativa alla procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche.

24 «La definizione di “destinatario dei servizi” copre ogni tipo di impiego dei servizi della società dell'informazione, sia da parte di persone che forniscono informazioni su reti aperte quali Internet, sia da parte di persone che cercano informazioni su Internet per motivi privati o professionali» (considerando 20 dir. 2000/31/CE). Tale ampia definizione apre l'applicazione della direttiva in esame alla figura di un destinatario in grado di ricoprire alternativamente entrambi i ruoli di fornitore o utilizzatore dei SSI, dando vita ad una figura tipica dell'economia delle piattaforme, utilmente definita come “*prosumer*” (cfr. *infra* nel testo, par. 4)

Internet, per lo scambio di beni e servizi più vari: acquisto di *software*; pagamenti; acquisto di strumenti finanziari; corsi di formazione educazione; acquisto di servizi con memorizzazione dei propri dati; navigazione, utilizzo di motori di ricerca; servizi di *e-cloud*; posta elettronica; attività giudiziaria (deposito di sentenze)<sup>25</sup>. Tuttavia, la regolarità dei contratti telematici è inficiata dalla naturale distanza tra le parti e dalla tendenziale standardizzazione delle condizioni negoziali proposte *online*: entrambi questi aspetti peculiari valgono ad indebolire la posizione contrattuale del destinatario e/o la libera determinazione del consenso, creando un'asimmetria di potere negoziale sulla quale è intervenuto, seppure in maniera incompleta<sup>26</sup>, il legislatore europeo. Il quale si preoccupa di controllare la corretta formazione del consenso dei destinatari dei SSI, sia attraverso il ben noto strumento – già utilizzato per i contratti con i consumatori – dell'attribuzione di pervasivi obblighi informativi in capo al prestatore dei SSI<sup>27</sup>; sia prevedendo talune accortezze al momento della formazione del contratto telematico<sup>28</sup>.

25 A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato e mercato digitale*, Milano, 2020, p. 179.

26 Resta ad esempio fuori dalla disciplina prevista dalla dir. 2000/31/CE il problema del controllo delle clausole vessatorie nei contratti tra professionisti. Non potendosi applicare la normativa speciale del codice di consumo (che prevede un controllo sostanziale delle vessatorietà), si dovrà fare riferimento alle disposizioni del codice civile, e quindi al controllo formale ex art. 1341, 2° comma; il quale consiste nell'accettazione delle clausole presumibilmente vessatorie tramite doppia sottoscrizione. Una volta trasposta nella realtà della rete, tale forma di accettazione espressa si traduce nella modalità del c.d. *point and click* che, per la rapidità con cui avviene l'espressione del consenso, e per la non identificabilità del firmatario *online*, ha suscitato forti perplessità riguardo la sua validità (cfr. in particolare Trib. Catanzaro, 30 aprile 2012, in *Dir. inf. e dell'informatica*, 6, 2012, p. 1174 s., con nota di G. ARANGUENA, *Sospensione di un account su e-Bay: il contratto telematico B2B tra accettazione point and click e tutela dell'accesso al mercato del commercio elettronico*, secondo il quale nei contratti telematici a forma libera il contratto si perfeziona mediante il tasto negoziale virtuale, ma le clausole vessatorie saranno efficaci e vincolanti solo se specificamente approvate con la firma digitale). A dissipare i dubbi sulla validità della doppia sottoscrizione mediante *point and click* è intervenuta la CGUE, secondo la quale la procedura di accettazione delle condizioni generali di un contratto concluso elettronicamente mediante «click» costituisce una comunicazione elettronica che permette di registrare durevolmente tale clausola, allorché consente di stampare e di salvare il testo di dette condizioni prima della conclusione del contratto (causa C-322/14, 21 maggio 2015, *Jaouad El Majdoub c. CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*). V. G. FINOCCHIARO, *Il perfezionamento del contratto "on line": opportunità e criticità*, in *Dir. com. e degli scambi inter.li*, 2018, p. 187 s.; E. BATTELLI, *Riflessioni sui procedimenti di formazione dei contratti telematici e sulla sottoscrizione "on line" delle clausole vessatorie*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1035 s.

27 Gli obblighi informativi a vantaggio dei destinatari del SSI e delle autorità competenti riguardano, innanzitutto, le informazioni generali sul prestatore (art. 5), nonché le informazioni più specifiche sulle comunicazioni commerciali (art. 6), soprattutto se non sollecitate (art. 7).

28 La dir. 2000/31/CE chiede che prima dell'inoltro dell'ordine per via elettronica il destinatario abbia ricevuto ulteriori informazioni procedurali dal prestatore del SSI (art. 10); e che il contratto telematico si perfezioni solo dopo che il prestatore abbia accusato, per via elettronica, ricevuta dell'ordine inoltrato dal destinatario del SSI (art. 11, 1° comma). L'ordine inoltrato dal destinatario e la ricevuta emessa dal prestatore si considerano pervenuti quando

La direttiva sul commercio elettronico si prefigge, dunque, l'obiettivo di creare un quadro giuridico armonizzato, inteso ad assicurare la libera circolazione dei SSI (v. considerando 8): a tali fini sono pensate le disposizioni ispirate ai principi di assenza di autorizzazione preventiva per l'accesso e l'esercizio dell'attività del prestatore, fatti salvi i sistemi di autorizzazioni e licenze di diritto comune per attività diverse dai SSI (art. 4); nonché il principio di assenza dell'obbligo generale di sorveglianza a carico del prestatore per i servizi di *mere conduit*, *caching* e *hosting* (art. 15)<sup>29</sup>, fatti salvi i regimi di responsabilità dei prestatori intermediari dei beni e servizi derivanti dallo svolgimento di attività non puramente "passive" di *mere conduit*, *caching* ovvero *hosting* descritte agli artt. 12-14<sup>30</sup>. Nel nuovo panorama normativo voluto dalla dir. 2000/31/CE

---

le parti cui sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi (art. 11, 1° comma), in base alla regola della conoscibilità già espressa nel nostro diritto comune dei contratti agli artt. 1326 e 1335 c.c. Cfr. E. ANGIONI, *Brevi note sui meccanismi di formazione del contratto in internet*, in *Riv. Giur. sarda*, 2014, p. 51 s.; A.C. NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, in *Informatica e diritto*, 2010, p. 7 s. Tale modalità di formazione del contratto è, peraltro, confermata anche per i contratti telematici B2C: v. art. 51, 2°-4° comma cod. consumo.

- 29) Sull'assenza di un obbligo generale di sorveglianza si è pronunciata la CGUE: *ex plurimis*, C-18/18, 3 ottobre 2019, *Glawischnig-Piesczek*. Favor generale per il *provider* e tendenziale esonero da responsabilità non sono confermati allorché il *provider* violi diritti d'autore: la dir. 2019/790/UE (sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale) prevede, infatti, condizioni di esonero della responsabilità del *provider* più severe rispetto a quelle prescritte dalla direttiva sul commercio elettronico. Anche sulle condizioni di esonero dalla responsabilità del *provider* per violazione dei diritti d'autore si è pronunciata la CGUE: v. soprattutto sent. 14 giugno 2017, C-610/15, *Stichting Brein c. Ziggo BV, XS4ALL Internet BV ('Pirate Bay')*. La più severa responsabilità del *provider* in questo intervento normativo si risolve il problema dell'"impunità" del prestatore di SSI, difficile da giustificare rispetto al severo regime di responsabilità imposto ovunque in Europa alle testate giornalistiche, solleva però la diversa questione dell'attribuzione (discrezionale) a soggetti privati del potere di monitorare l'accesso al mercato digitale, nonché di censurare comportamenti ed esternazioni.
- 30) Sulla "passività" dell'attività del prestatore che vale ad esonerarlo da responsabilità, per lo meno alle condizioni espresse agli artt. 12-14 dir. 2000/31/CE, si è espressa soprattutto la CGEU, dettando i criteri per la definizione di *hosting* "attivo", nei confronti del quale non si applicherebbe il regime speciale di esonero dalla responsabilità previsto dalla dir. 2000/31/CE. Più precisamente, viene riconosciuto al prestatore un ruolo attivo (che non consente l'esclusione dalla responsabilità) quando egli abbia avuto conoscenza o controllo sui dati memorizzati dal destinatario, ad esempio prestando assistenza per ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita o promuovendole. Anche qualora il prestatore/gestore di un mercato *online* non ha svolto un ruolo attivo nel senso indicato, egli non può comunque avvalersi dell'esonero dalla responsabilità previsto dall'art. 14, 1° comma, lett. b), se sia stato al corrente di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità delle attività del destinatario del SSI e, nell'ipotesi in cui ne sia stato al corrente, non abbia prontamente fermato l'attività illecita, rimuovendo i dati o le informazioni, oppure disabilitando l'accesso ai SSI (CGUE, cause riunite C-236 e C-238/2008 23 marzo 2010, *Google France SARL c. L. Vuitton*; causa C-324/09 12 luglio 2011, *L'Oréal UK Ltd. v eBay International AG*).

compaiono i codici di condotta<sup>31</sup> e la risoluzione stragiudiziale delle controversie<sup>32</sup>, al fine di assicurare una più efficace applicazione della regolamentazione del commercio elettronico. Infatti, i primi sono pensati per eludere il tradizionale sistema rimediale destinato ad intervenire *ex post*, puntando piuttosto alla creazione di un ambiente di scambio ispirato a regole di correttezza e di efficienza condivise; la seconda è voluta per evitare il contenzioso, con i relativi costi e dilatazione dei tempi ad esso legati, incoraggiando, invece, la composizione delle controversie attraverso il ricorso a commissioni paritetiche ben introdotte negli ambienti del commercio *online*, e perciò in grado di intervenire velocemente e sopportando oneri economici sostenibili.

### 3.2. La disciplina dei contratti con i consumatori

La disciplina del contratto telematico, comunque, non avrebbe distolto il legislatore europeo dal coltivare il filone dei contratti con i consumatori, inaugurato nella stagione 1.0. D'altronde, se una delle parti di un contratto telematico è un consumatore, la normativa applicabile al rapporto negoziale B2C sarà quella dei contratti a distanza, nel frattempo modificata dalla dir. 2011/83/UE (sui diritti dei consumatori)<sup>33</sup>, che – oltre a rivedere in più punti lo “statuto” del consumatore – ha abrogato la dir. 97/7/CE. Più precisamente: la dicotomia tra contratti B2B (o meglio B2b) e B2C non è stata mai superata, neanche nella

31 L'elaborazione dei codici di condotta è affidata, dall'art. 16 dir. 2000/31/CE, non solo alle associazioni/organizzazioni imprenditoriali/professionali, ma anche alle associazioni dei consumatori.

32 Nel d.lg. n. 70/2003 di attuazione della direttiva in esame, all'art. 19 tale riferimento è stato espressamente tradotto nel rinvio (anche) agli organi di composizione extragiudiziale per via telematica (*Online Dispute Resolution*, ODR).

33 I tratti essenziali della nuova disciplina sui contratti e servizi a distanza o conclusi fuori dai locali commerciali riversata nel codice di consumo – oltre a quanto si dirà nel testo – possono essere sintetizzati nell'ampliamento quantitativo degli obblighi informativi a carico dei professionisti (art. 49); nell'allungamento dello *ius poenitendi* a 14 giorni (art. 52, 1° comma) e fino a 12 mesi nell'ipotesi di mancato rispetto dell'obbligo informativo sul diritto di recesso (art. 53, 1° comma); nella descrizione dettagliata degli obblighi a carico del professionista e del consumatore nel caso di esercizio del recesso (artt. 56 e 57). Anche sugli oneri di forma legati agli obblighi di informazione sono state apportate numerose varianti e aggiunte (v. art. 51 cod. consumo); peraltro, sulla forma c.d. informativa il legislatore europeo è intervenuto nuovamente anche nella dir. 2015/2302/UE sui pacchetti turistici, eliminando oneri di forma scritta e riducendola a «modalità vincolata di adempimento di un obbligo di informazione» (V. CUFFARO, G. TASSONI, *Viaggio (contratto di)*, in *Dig. disc. civ. priv.*, Agg., Torino, 2000, p. 758). La dir. 2011/83/UE è, poi, intervenuta anche sulla dir. 93/13/CE, sul controllo delle clausole vessatorie. Tra le modifiche più significative si segnala la possibilità conferita agli Stati Membri (e già implementata nel nostro ordinamento ancor prima della riforma, all'art. 36, 2° comma cod. cons.) di introdurre “liste nere” di clausole vessatorie (v. art. 8-*bis* dir. 93/13/CE). Tra i primi commenti: K. FANGEROW, K. TONNER, *Directive 2011/83/EU on Consumer Rights: a New Approach to European Consumer Law?*, in *EuCML*, 2, 2012, p. 67 s.; S. WEATHERILL, *The Consumer Rights Directive: How and Why a Quest for “Coherence” Has (Largely) Failed*, in *Common Market L. Rev.*, 2012, 4, p. 1279 s.



nuova era inaugurata dal commercio elettronico. Anzi: la fase 2.0 del diritto europeo dei contratti si può definire come normativa speciale rispetto a quella di prima generazione, caratterizzata, non solo dall'arricchimento delle materie regolamentate<sup>34</sup> nei rapporti B2B, ma anche dall'evoluzione e dal perfezionamento della disciplina consumeristica, nel frattempo compattatasi in Italia nel codice di consumo. Oltre alla menzionata direttiva sui diritti dei consumatori, le protagoniste del nuovo panorama del diritto privato europeo sono la dir. 99/44/CE, sulle garanzie nel contratto di vendita di beni di consumo (estesa ai contratti di permuta, appalto, somministrazione, d'opera, ora abrogata dalla dir. 2019/771/UE: v. *infra*, par. 4); la dir. 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali; la dir. 2015/2302/UE sui pacchetti turistici organizzati<sup>35</sup>.

Tralasciando l'analisi dettagliata di ciascuno di questi interventi, nei limiti di questo intervento è utile sottolineare solo alcuni tratti caratteristici della disciplina consumeristica nella fase 2.0. Confermando una tecnica legislativa che non si esprime per principi, ma per casi e regole, i rilievi essenziali che accomunano le direttive in materia di contratti B2C possono essere ridotti a tre. Innanzitutto, viene ribadita la scelta di imporre obblighi di informazione a carico del professionista: gli artt. 48 e 49, 1° comma, in particolare<sup>36</sup>, del codice di consumo (modificato dal d.lg. 21 febbraio 2014, n. 21, in attuazione della dir. 2011/83/UE) elencano una serie di informazioni precontrattuali (destinate, però, ad entrare imperativamente nel contenuto negoziale: art. 49, 5° comma) a carico dei professionisti, rispettivamente, nei contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali, e nei contratti aventi queste modalità di stipulazione. Tra queste – oltre alle ben note informazioni riguardanti

34 Oltre alla dir. 2000/31/CE sul commercio elettronico, i rapporti B2B sono stati affrontati anche sotto l'aspetto del rafforzamento della disciplina delle attività destinate agli investitori, alla luce della crisi dei mercati finanziari. La dir. 2014/65/UE (c.d. Mifid II) modifica le dir. 2002/92/CE e 2011/61/UE in questa prospettiva. Per i riferimenti a interventi normativi recenti B2B/b si veda nt. 2.

35 Non si può trascurare la dir. 2019/2161/UE c.d. *omnibus*, appena varata (ma non ancora implementata nel nostro ordinamento) per una migliore applicazione e modernizzazione delle norme dell'UE sulla protezione dei consumatori: fa parte del pacchetto del *New Deal for Consumers to ensure that all European consumers fully benefit from their rights under Union law* (insieme alla bozza di direttiva sulle azioni collettive a tutela dei consumatori): [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/MEMO\\_18\\_2821](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/MEMO_18_2821). Cfr. M.B.M. Loos, *The Modernization of European Consumer Law (Continued): More Meat on the Bone After All*, in ERPL, 2, 2020, p. 407 s. Infine, nel panorama normativo europeo 2.0 si deve menzionare anche la dir. 2019/882/UE, sui requisiti di accesso a beni e servizi.

36 Oltre agli obblighi precontrattuali *ex* artt. 48 e 49, infatti, bisogna tener conto che per ogni tipologia contrattuale esistono informazioni specifiche a carico del professionista, come accade ad esempio per il contratto di multiproprietà (art. 71, 1° comma cod. cons.), per il credito immobiliare ai consumatori (art. 120-*octies/decies* t.u.b.), per il credito al consumo (artt. 123-124 t.u.b.), per i servizi turistici (artt. 33-34 cod. tur.). Al carattere non esaustivo degli obblighi di informazione generici fa espresso riferimento l'8° comma dell'art. 49 cod. consumo.

il professionista e le caratteristiche dei prodotti o servizi – l'art. 49, 1° comma, aggiunge l'esistenza di codici di condotta pertinenti (lett. p), nonché la possibilità di servirsi di un meccanismo extra-giudiziale di reclamo e ricorso cui il professionista è soggetto, e le condizioni per avervi accesso (lett. v). Valgono, a tal proposito, le stesse riflessioni fatte per il commercio elettronico B2B (v. *supra*, par. 3.1.); sia consentito solo sottolineare come tra contratti a distanza B2B e B2C si realizzi una “graduale convergenza”, dettata, non solo dalla rapidità dei mezzi di trasmissione delle informazioni e di conclusione del contratto, ma soprattutto dalla neutralità dello schermo, dietro il quale è difficile stabilire chi clicchi l'ordine, se un consumatore ovvero un professionista. Sulle tradizionali categorie soggettive prevale, insomma, la necessità di creare un ambiente di scambio dove vigono regole di condotta atte a definire il comportamento dei professionisti in settori specifici, al fine di creare un clima di fiducia che, semmai dovesse essere violato, potrà trovare altrettanti rapidi sistemi di risoluzione delle controversie.

Il secondo rilievo concerne la centralità della nozione di conformità del bene al contratto. Comparsa per la prima volta nella dir. 1999/44/CE (sulla scorta di un antecedente storico autorevole, ossia l'art. 35 della Convenzione di Vienna del 1980), la conformità del bene alla descrizione o al modello; l'idoneità all'uso abituale o speciale voluto dal consumatore; la presenza di qualità e prestazioni abituali che un consumatore può ragionevolmente aspettarsi da un bene dello stesso tipo, tenuto conto della natura del bene, nonché delle dichiarazioni pubbliche fatte dal venditore o produttore e riprodotte nella pubblicità o sull'etichettatura (v. art. 129, 2° comma, cod. cons., lett. a – d) assumono il ruolo di altrettante presunzioni pensate a favore del consumatore. In altre parole, la disposizione citata contiene *standard* legali di qualità: al compratore sarà sufficiente dimostrare la non corrispondenza del bene acquistato con la pattuizione presunta dalla legge. Di conseguenza, il difetto di conformità attiene al contenuto dell'obbligazione, poiché qualifica la prestazione del venditore che pertanto non è solo traslativa, ma di consegnare un bene conforme. Il contenuto dell'obbligazione è ulteriormente ampliato dall'ultimo comma dell'art. 129 cod. cons., ove si equipara al difetto di conformità la difettosa installazione del bene di consumo, purché essa sia compresa nella vendita e sia stata effettuata dal venditore (o sotto la sua responsabilità). Si può affermare, quindi, che la nozione unitaria di conformità al contratto, da valutarsi al momento della consegna del bene, dilata l'obbligazione del venditore, soprattutto se si considera che la dir. 2011/83/UE ha imposto tempi rapidi di consegna (al più tardi 30 giorni dalla data di conclusione del contratto: art. 61, 1° comma, cod. cons.) e ha anche chiarito le regole sul passaggio del rischio<sup>37</sup>. Pertanto,

---

37 Contrariamente alle regole di diritto comune, il rischio della perdita o del danneggiamento dei beni per causa non imputabile al venditore si trasferisce al consumatore soltanto nel



la responsabilità debitoria è affidata ad una presunzione legale assoluta che, in quanto tale, ammette la sola prova contraria prevista dalla legge, limitata alla conoscenza o conoscibilità del difetto da parte dell'acquirente-consumatore, o al fatto che il difetto derivi da istruzioni o materiali forniti dall'acquirente stesso (art. 129, 3° comma, cod. cons.); nel caso di qualità e prestazioni abituali rese pubbliche dal venditore, la prova contraria è circoscritta alle situazioni tipizzate dal legislatore (art. 129, 4° comma, lett. a, b e c), solo in virtù delle quali le precedenti dichiarazioni pubblicitarie o di etichettatura possono essere a lui non imputate. Al contempo, la severità della regola di attribuzione di responsabilità e di distribuzione degli oneri probatori, evidentemente pensata per agevolare l'acquirente-consumatore, è delimitata da un importante fattore temporale: la non conformità del bene può essere fatta valere (nei termini sopra descritti) dal creditore-consumatore solo se i difetti si siano manifestati entro due anni dalla data della consegna, e purché – variante voluta dal legislatore italiano – il consumatore abbia rispettato il termine di decadenza di due mesi dalla data in cui ha scoperto il difetto per provvedere alla sua denuncia (art. 132, 2° comma cod. cons.).

Il terzo rilievo è che, a fronte della violazione della conformità dei beni venduti, considerata come adempimento inesatto, stanno le «azioni di esatto adempimento» (riparazione e sostituzione dei beni non conformi). In posizione gerarchica, subordinata al fatto che la riparazione o la sostituzione siano impossibili o eccessivamente onerose, si collocano i due rimedi della riduzione del prezzo e della risoluzione del contratto, mentre l'eventuale risarcimento del danno è rimesso alla disciplina nazionale (art. 130 cod. cons.). La transizione verso la risoluzione non è possibile nel lasso di tempo ragionevole per l'esatto adempimento, ed essa è consentita solo quando tale lasso sia trascorso. Insomma: nella gerarchia dei rimedi, la priorità è accordata all'esecuzione delle obbligazioni contrattuali, attraverso le azioni di adempimento/esecuzione successiva, mentre la risoluzione resta una scelta residuale<sup>38</sup>.

---

momento in cui quest'ultimo, o un terzo da lui designato e diverso dal vettore, entra materialmente in possesso dei beni (art. 63 cod. cons.).

38 Due recenti casi, entrambi accaduti in Germania e decisi congiuntamente dalla Corte di Giustizia Europea, illustrano la normativa in discorso e i criteri di attribuzione delle responsabilità e dei rischi (CGCE/UE 16 giugno 2011, cause congiunte C-65/09 *Gebr. Weber GmbH V Jürgen Wittme*, C-87/09 *Ingrid Putz v Medianess Electronics GmbH*). Il quesito formulato dai giudici nazionali alla Corte di Giustizia riguardava la legittimità della legge tedesca di attuazione della direttiva 99/44/CE, la quale conferiva al venditore-professionista il diritto di rifiutare l'installazione del nuovo bene non difettoso, in favore di una riduzione del prezzo di vendita iniziale, anche nel caso in cui la rimozione/sostituzione sia l'unico rimedio utile per il consumatore. La Corte di Giustizia Europea dà ragione ad entrambi gli attori: ritiene, cioè, illegittima la legge nazionale che, in applicazione dell'art. 3 della dir. 99/44, consente al debitore-venditore di sottrarsi al rimedio dell'esatto adempimento mediante rimozione e re-installazione di un bene dimostratosi non conforme, in quanto eccessivamente oneroso, per lo meno ove sia dimostrato che tale rimedio sia l'unico, nel caso concreto, di utilità per

In sintesi: la particolarità dell'oggetto della prestazione, ossia beni mobili di rapido consumo e di veloce circolazione, ha indotto il legislatore europeo a prediligere un sistema di responsabilità per inadempimento e adempimento inesatto, sostanziale e rimediale che, anche in assenza del riferimento esplicito alla buona fede (clausola generale estranea a molti sistemi giuridici dell'Unione, anche di tradizione romanista), ma alla luce del principio della tutela degli interessi del consumatore, si basa sulla forte standardizzazione dei contenuti e obblighi negoziali (attraverso la nozione di conformità); sulla valutazione e valorizzazione dei comportamenti delle parti, non lasciata all'interprete, bensì espressa *ex ante* dal legislatore; sulla velocità di reazione di entrambe le parti nell'ottica della conservazione del contratto e dell'esecuzione delle prestazioni.

Standardizzazione dei comportamenti e preferenza per la conservazione del contratto asimmetrico sono caratteristiche legislative legate al concetto di conformità dei beni e traslate anche ai servizi turistici dalla recente dir. 2015/2302/UE. Rispetto al modello normativo del 1999, il legislatore europeo del 2015 è andato anche oltre: in attuazione della recente direttiva sui pacchetti turistici, il nostro codice del turismo contiene, infatti, disposizioni che consentono al consumatore deluso da un servizio turistico non conforme a quanto pattuito (art. 42, 2° comma) di chiedere all'organizzatore di rimediare a tale difetto (secondo il modello tedesco della *Nachfrist*, par. 323(1) BGB: art. 42, 3° comma<sup>39</sup>) e, ove questi non ottemperi entro un periodo ragionevole, il viaggiatore potrà ovviare *personalmente* al difetto e chiedere il rimborso delle spese necessarie, ragionevoli e documentate (art. 42, 4° comma).

#### 4. La transizione verso l'economia delle piattaforme digitali: un diritto europeo 3.0?

La rivoluzione digitale ha fornito il mezzo tecnologico per produrre, organizzare, copiare, trasmettere quantità pressoché infinite di dati (video, immagini, suoni) a costi irrisori, senza perdita di qualità e in tempi rapidissimi. Per queste caratteristiche, essa segna una svolta verso l'accelerazione di un modello economico complesso (Industria 4.0), nel quale rientrano anche le c.d. piattaforme digitali: luoghi virtuali in grado di raccogliere, analizzare e conservare dati velocemente, in modo da decodificare gusti e comportamenti

---

il creditore-acquirente. Tuttavia, pur riconoscendo al consumatore il diritto alla sostituzione onerosa per il debitore, la Corte procede ad un temperamento di interessi, ossia riconosce al debitore-professionista la possibilità di ridurre le spese di rimozione e nuova installazione proporzionalmente al valore del bene conforme e all'importanza del difetto accertato.

39 La dilazione del termine di esecuzione prima di chiedere la risoluzione è entrata nel codice del consumo all'art. 61, 3° comma, a seguito dell'implementazione della dir. 2011/83/UE, allorché il professionista-venditore non rispetti i termini di consegna dei 30 giorni, prescritti al 1° comma della stessa norma.

dei consumatori, e orientarne le scelte<sup>40</sup>. La Commissione Europea diretta da Juncker ha acquisito piena consapevolezza della digitalizzazione dell'economia globale: nasceva, così, nel 2015 la *Digital Single Market Strategy*<sup>41</sup>, alla quale si deve un pacchetto di trenta proposte legislative (di cui 28 attuate), con l'obiettivo di creare un contesto favorevole e parità di condizioni per le reti digitali avanzate e i servizi innovativi, attraverso una regolamentazione del commercio elettronico transfrontaliero degna della fiducia di consumatori e imprese.

Delle piattaforme digitali gli operatori economici possono servirsi per offrire beni e servizi utilizzandole come mercato virtuale (c.d. piattaforme di *e-commerce*; benché i servizi resi dalla piattaforma siano più complessi del semplice spazio di contrattazione, poiché esse sono, infatti, in grado di trasformare recensioni e *feedback* in suggerimenti mirati di acquisto): in tal caso, la disciplina applicabile sarà quella della dir. 2000/31/CE nei rapporti B2B, ovvero quella del codice di consumo, in generale, e della contrattazione a distanza in particolare, nei rapporti B2C.

Oppure può trattarsi di piattaforme in cui privati scambiano tra di loro beni o servizi secondo il modello economico della c.d. economia collaborativa (piattaforme di *sharing economy*). In questo spazio attecchiscono nuovi modelli imprenditoriali «nei quali piattaforme collaborative creano un mercato aperto per facilitare l'utilizzazione temporanea di beni e servizi spesso offerti da soggetti non professionisti»<sup>42</sup>. Nel nuovo mercato virtuale bilaterale (*two-sided market*) lo scambio di beni o servizi avviene contro moneta o dati/profilazioni, quasi sempre senza nessun trasferimento della proprietà, ma ricorrendo all'accesso e alla condivisione temporanea dei beni. Le operazioni di scambio avvengono a cura di tre attori: i fornitori di SSI, gli utenti di tali servizi, la piattaforma/intermediario, dove i primi due non sono necessariamente rispettivamente professionisti e consumatori, ma possono avere la stessa qualità (entrambi professionisti, o entrambi consumatori: *peer-to-peer*), oppure assumere ruoli interscambiabili o cumulabili (da qui la definizione di *prosumers*), anche grazie ai servizi complementari offerti dalla piattaforma (gestione dei pagamenti, logistica, consegna, strumenti per la creazione di fiducia nel mercato quali *feedback* e *rating*), i quali dunque mettono i privati in condizione di svolgere attività economiche<sup>43</sup>. La

40 Sul rapporto tra digitalizzazione e modello economico delle piattaforme, cfr. A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, cit., p. 3 s., p. 115 s.

41 *Ex plurimis*: C. BUSCH, *Towards a "New Approach" for the Platform Ecosystem: A European Standard for Fairness in Platform-to-Business Relations*, in *EuCML*, 6, 2017, p. 227 s.; A. DE FRANCESCHI, *The EU Digital Single Market Strategy in Light of the Consumer Rights Directive: The 'Button Solution' for Internet Cost Traps and the Need for a More Systematic Approach*, in *EuCML*, 4, 2015, p. 144 s.

42 V. Comunicazione della Commissione Europea COM (2016) 356 FIN (par. 1. Introduzione).

43 Tra le transazioni a titolo oneroso offerte da *prosumers* o da *peer-to-peer*: locazioni temporanee (AirB&B, guesttoguest, lovehomeswap), trasporti urbani (Uberpop, G7), vendite di beni materiali (E-bay, Amazon market, Marketplace per venditori assidui). A titolo gratuito: servizi (*couchsurfing*), social networks, tourist guides. Oppure può trattarsi di scambi che

piattaforma, a sua volta, può essa stessa coincidere – a certe condizioni – con il prestatore del SSI<sup>44</sup>.

Numerose sono le questioni giuridiche sollevate dai nuovi modelli economici sommariamente descritti: dai problemi di tutela della concorrenza, alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, alla definizione del rapporto (soprattutto di lavoro) tra piattaforma e prestatore materiale della prestazione<sup>45</sup>, oppure tra piattaforma e utilizzatore del servizio sottostante (P2C), o tra piattaforma e prestatore del servizio (P2B). Limitando l'attenzione agli ultimi due rapporti: mentre nelle piattaforme di *e-commerce* è possibile stabilire la qualifica delle parti, consumatore e professionista, e applicare le rispettive discipline B2C e B2B<sup>46</sup>; non è altrettanto semplice qualificare le parti e individuare la disciplina applicabile nel mondo delle piattaforme di *sharing economy*<sup>47</sup>.

---

prevedono solo il rimborso spese: trasporti (Blablacar), alloggi (EasyPiso), condivisione del cibo (Gnammo).

44 Può accadere che sia la piattaforma stessa a organizzare e proporre servizi di locazione temporanea (Booking.com), di trasporti urbani (Uber, G7), di vendite di beni materiali (Amazon nella sua versione più recente, MarketPlace per aziende), di consegne a domicilio (DeliverHoo), di servizi bancari (Zopa). Per stabilire quando si verifichi questa situazione, e quindi per affermare caso per caso se siano esclusi requisiti di accesso al mercato ai prestatori dei servizi, o per affermare la responsabilità della piattaforma per i danni eventualmente subiti dall'utilizzatore del servizio sottostante alle condizioni previste dalla direttiva sul commercio elettronico, la Commissione UE propone tre criteri "fattuali e giuridici" cumulativi: la determinazione del prezzo finale del servizio, la vincolatività delle istruzioni riguardanti le modalità di esecuzione del servizio, la proprietà dei beni di produzione e di esecuzione del servizio sottostante. Ai quali può aggiungersi la sopportazione delle spese e dei rischi (p.e.: di inadempimento del servizio sottostante): COM (2016) 356 FIN, par. 2.1. In applicazione di queste indicazioni sono stati decisi dalla CGUE i noti casi del 10 dicembre 2017, C-434/2015 *Asociación Profesional Elite Taxi v Uber Systems Spain SL*; 10 aprile 2018, C-320/16 *Uber France SAS*; 10 dicembre 2019, C-390/2018 *Airbnb Ireland UC*. Nei primi due la Corte ha ritenuto prevalente, rispetto al SSI, il servizio nel settore dei trasporti (urbani) offerto da Uber, così pretendendo il rispetto dei requisiti di accesso al mercato da parte dei conducenti (licenza di taxi), in conformità con le normative nazionali spagnola e francese, ed escludendo l'applicazione delle dir. 2000/31/CE e 2006/123 (relativa ai servizi nel mercato interno). Nell'ultimo caso, invece, la Corte perviene alla conclusione opposta, ritenendo prevalente – nella mediazione offerta da Airbnb – la prestazione di un servizio della società dell'informazione; con conseguente sottrazione dell'intermediario dalle regole di accesso al mercato previste per i servizi alberghieri, e assoggettamento alla dir. 2000/31/CE. V. i commenti di M. FINCK, *Distinguishing Internet Platforms from Transport Services: Elite Taxi v Uber Spain*, in *CM Law Rev.*, 5, 2018, p. 1619 s.; A. DE FRANCESCHI, *Uber Spain and the "Identity Crisis" of Online Platforms*, in *EuCML*, 1, 2018, *Editorial*; L. VAN ACKER, *C-390/18 – The CJEU Finally Clears the Air(bnb) Regarding Information Society Services*, *ivi*, 2, 2020, p. 77 s.

45 Questo problema viene sollevato dalla particolare situazione in cui la piattaforma coincide con il prestatore di servizi (v. anche nota precedente).

46 I professionisti, infatti, sono tenuti a identificarsi, sia dalla normativa B2B (dir. 2000/31/CE), sia dalla normativa B2C (art. 49 cod. cons.), nel momento in cui utilizzano la piattaforma *e-commerce* come mero luogo (virtuale) di scambio.

47 Tanto che sono intervenute sul punto la Commissione europea (COM (2016) 356 FIN) e la corte di giustizia europea (v. nt. successiva).

Spunti importanti si rinvengono nella più volte citata Comunicazione della Commissione Europea del 2016 (v. nt. 42), ove, ai fini della qualificazione del prestatore come professionista, si suggerisce la combinazione di tre fattori (nessuno da solo sufficiente), ossia: la frequenza dei servizi prestati, la finalità di lucro e il fatturato generato dal prestatore dei servizi (par. 2.3.)<sup>48</sup>.

Una volta stabilito che un prestatore del SSI sia professionista, le discipline si differenziano: al rapporto P2C (dove C è l'utilizzatore, in qualità di consumatore, del SSI) e B2C si applicheranno le norme consumeristiche, ulteriormente arricchite da due recenti direttive (non ancora attuate), destinate ad incidere profondamente sul tema delle vendite di contenuti e servizi digitali (dir. 2019/770/UE), e sul tema delle vendite *online/offline* (dir. 2019/771/UE)<sup>49</sup>. Entrambe assumono come pilastri della disciplina: la nozione di conformità al contratto (v. *supra*, par. 3.2.), i rimedi conservativi a disposizione del creditore nel caso di assenza di conformità e le relative modalità di esercizio. Nelle due direttive di ultima generazione si registra l'ulteriore ampliamento e la contestuale definizione puntuale della prestazione del venditore, in modo da renderla altamente vincolata a *standard* di diligenza ancor più specifici. Le nozioni di conformità del contenuto o servizio digitale o del bene materiale presentano, tra i requisiti oggettivi (ossia gli scopi per cui i contenuti e servizi digitali sarebbero abitualmente utilizzati), il riferimento al diritto dell'Unione Europea e nazionale, alle norme tecniche esistenti e, in mancanza, ai codici di condotta (dir. 770/2019: art. 8, c. 1, lett a; dir. 771/2019, art. 7, c.1, lett a). Tale riferimento crea un importante collegamento con disposizioni tecniche (non solo nazionali ma anche comunitarie), di fonte autoritativa o privata, il cui scopo è quello di tipizzare la condotta del venditore secondo standard qualitativi (misure di sicurezza, specifiche di produzione) e quantitativi, limitando enormemente la possibilità di esonero da responsabilità. Si tratta di una modalità di normare il cui scopo è quello di trasferire le regole d'arte in procedimenti di produzione standardizzati, soprattutto quando i beni o servizi che ne rappresentano il prodotto finale siano immessi nel mercato in larga scala, e quindi in grado di provocare reiterati danni, anche solo economici. Ed è, infatti, proprio alla standardizzazione (oltreché all'interoperabilità, intesa come garanzia di comunicazione effettiva tra *devices*), che la Commissione Europea mira, ai fini dell'aumento della competitività degli Stati Membri operanti nell'ambiente

48 Nell'importante caso del 4 ottobre 2018, C-105/17 *Komisia za zashchita na potrebitelite C Evelina Kamenovala*, la CGUE ha precisato che, di per sé solo, ognuno degli elementi sopracitati non è definitivo o risolutivo della questione riguardante la qualifica professionale del prestatore del servizio: spetta al giudice del rinvio valutare tali fattori alla luce del contesto dell'operazione economica.

49 A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019; J. MORAIS CARVALHO, *Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771*, in *EuCML*, 5, 2019, p. 194 s.



digitale<sup>50</sup>. Inoltre, è importante sottolineare come la nozione di conformità nelle forniture di servizi digitali (e la relativa responsabilità contrattuale ad essa collegata) sia stata allargata dal legislatore europeo fino a comprendere gli aggiornamenti, aprendo il sipario sulla regolamentazione della c.d. obsolescenza programmata, in funzione di maggiore tutela dei consumatori, ma anche di protezione ambientale<sup>51</sup>. Entrambe le direttive, 770 e 771 del 2019, infine, applicano concetti e istituti tradizionali del diritto contrattuale europeo anche alla fornitura di servizi (digitali), così confermando l'attenzione nei confronti della trasformazione di un'economia di beni in un'economia di servizi.

Per le relazioni P2B/b, invece, si potrà fare attualmente riferimento al Reg. 2019/1150/UE (che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*)<sup>52</sup>. Tale ultimo intervento, oltre a riproporre strumenti normativi già noti al diritto europeo dei contratti 2.0, cioè gli obblighi informativi (art. 3) e l'incoraggiamento verso i prestatori dei SSI ad elaborare codici di condotta (art. 17), contiene novità sollecitate da modelli imprenditoriali innovativi. Nel regolamento citato, il legislatore europeo si è preoccupato di difendere l'utilizzatore dall'arbitraria sospensione o limitazione d'uso dell'*account*, decise dal prestatore del servizio di intermediazione *online* (imponendo a quest'ultimo una motivazione e rinviando la questione al processo interno di gestione dei reclami: art. 4); ha richiesto trasparenza nella determinazione dei parametri per il posizionamento dei fornitori *online* (art. 5); ha stabilito regole di trasparenza con riferimento ai trattamenti differenziati eventualmente riservati a fornitori o utilizzatori, in violazione del principio di non discriminazione (art. 7); ha imposto un sistema interno di gestione dei reclami e di risoluzione extragiudiziale delle controversie (artt. 11 e 12).

Il vero, atteso approdo del Diritto Privato Europeo 3.0 nel mondo delle piattaforme digitali e dei modelli imprenditoriali innovativi, è stato appena annunciato dalla Commissione Europea con la pubblicazione di una proposta di regolamento<sup>53</sup> destinata ad incidere profondamente – pur senza abrogarle – sulle

50 COM (2015) 192 final, par. 4.2.

51 Dir. 2019/770/UE art. 8, par. 2; dir. 2019/771/UE, art. 7, par. 3; art. 10, par. 2. A. DE FRANCESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, cit., cap. I. Sul tema dell'obsolescenza programmata è intervenuta anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato multando Apple e Samsung: AGCM, 25 settembre 2018, PS11039, (caso Apple); AGCM 25 settembre 2018, PS11009 (caso Samsung): A. DE FRANCESCHI, *Planned Obsolescence Challenging the Effectiveness of Consumer Law and the Achievement of a Sustainable Economy. The Apple and Samsung Cases*, in *EuCML* 6, 2018, p. 217 s.

52 C. BUSCH, *The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a "Procedural Turn" in EU Platform Regulation*, in *EuCML*, 4, 2020, *Editorial*.

53 COM (2020) 825 final *'on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*. La proposta è completata dalla bozza di un secondo regolamento, nel quale sono individuati criteri mirati a qualificare le piattaforme digitali di grandi dimensioni come "gatekeepers", ai fini della regolamentazione del mercato (COM (2020) 842 final *'on contestable and fair markets in the digital sector*). Le due bozze fanno parte di un "pacchetto" di interventi che,

normative P2B esistenti, soprattutto sulle dir. 2000/31/CE e 2019/790/UE. Essa tiene conto di numerose comunicazioni della Commissione e raccomandazioni del Parlamento e del Consiglio europeo susseguitesi negli ultimi cinque anni<sup>54</sup>; rivede la responsabilità dei *providers* e delle piattaforme *online*, soprattutto attenendosi agli interventi della CGUE<sup>55</sup>, con l'obiettivo di migliorare la sicurezza degli utilizzatori delle piattaforme e la tutela dei loro diritti fondamentali. Pur confermando il principio di assenza dell'obbligo generale di sorveglianza del *provider* sulle informazioni da questi trasmesse o memorizzate (v. *supra*, par. 3.1., soprattutto nt. 29), la proposta specifica le condizioni di esenzione dalla responsabilità dei *providers*, e impone obblighi di diligenza in capo a taluni intermediari di servizi, anche attraverso la procedura del *notice-and-action*, in virtù della quale, una volta ricevuta dalle competenti autorità nazionali (giudiziarie o amministrative) una segnalazione sull'illiceità di taluni contenuti pubblicati sulla piattaforma, è obbligo del *provider* rendere esecutivo l'ordine dell'autorità nazionale, purché emesso in conformità al diritto dell'UE. Si noti che la disposizione suggerita dalla proposta in esame non abbraccia il modello nord-americano del *notice-and-take down*, il quale prevede il più penetrante obbligo di rimozione dei contenuti illeciti dall'*account*, anche a prescindere dall'ottemperanza ad un ordine di una pubblica autorità<sup>56</sup>.

---

insieme al *Digital Single Market Strategy*, sono destinati ad adeguare l'ambiente normativo europeo all'Industria 4.0: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>. Si segnalano, a tal proposito, le *model rules* proposte dall'ELI: [https://europeanlawinstitute.eu/file-admin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Model\\_Rules\\_on\\_Online\\_Platforms.pdf](https://europeanlawinstitute.eu/file-admin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Model_Rules_on_Online_Platforms.pdf). Cfr. C. BUSCH, G. DANNEMANN, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, FRYDERYK ZOLL, *The ELI Model Rules on Online Platforms*, in *EuCML*, 2, 2020, p. 61 s.

54 Citate in parte nell'*Explanatory Memorandum* della proposta COM (2020) 825 final. V. anche *Study on contractual relationships between online platforms and their professional users*, FWC JUST/2015/PR/01/0003/Lot1-02, *Final Report*.

55 Alla CGUE si deve la progressiva definizione di *provider* "attivo", soprattutto nel caso di violazione di diritti d'autore: C-610/15, '*Pirate Bay*'; CGUE C-466/12 (caso *Svensson*) CGUE C-160/15 (caso *GS Media*). V. anche nt. 30.

56 La differenza non è affatto di poco conto: si è scatenato in questi primi giorni del 2021 il dibattito sulla rimozione del discorso del PRESIDENTE degli Stati Uniti, D. Trump, a cura del *social network Facebook*. A seguito del grave episodio dell'assalto alla Casa Bianca da parte di *fans* di Trump del 6 gennaio 2021, come gesto di dissenso verso il prossimo insediamento del nuovo Presidente J. Biden, il discorso del Presidente uscente sembrava incitare alla sommossa. Per tale ragione, i *social* hanno ritenuto opportuno rimuovere le parole incriminate, prima e a prescindere da ogni intervento dell'autorità giudiziaria. Potere di censura e di limitazione all'accesso in rete sono le questioni che destano maggiore perplessità.



## 5. A mo' di conclusione: l'approdo del diritto europeo dei contratti 4.0 nell'era degli *smart contracts*

Indubbiamente siamo già entrati nell'era del *machine learning* affidato ad algoritmi, e quindi dell'Intelligenza Artificiale<sup>57</sup>. La realtà degli *smart legal contracts*<sup>58</sup> appartiene a questa nuova epoca: costituiti da una porzione di codice informatico in grado di autorizzare il trasferimento di diritti attraverso un algoritmo che opera sulla base logica del: *if this then that*, soprattutto se inseriti nel circuito della tecnologia del *blockchain*<sup>59</sup>, essi superano la distinzione tra le due fasi di costituzione e di esecuzione dell'accordo, praticamente azzerando i rischi dell'inadempimento, ma anche rendendo inutile il ricorso a rimedi giudiziali o extragiudiziali. L'abbinamento *smart contract/blockchain* potrebbe avere potenzialità applicative dirompenti in talune ipotesi di esecuzione della prestazione ripetitive oppure standardizzate: si pensi al ritardo dei trasporti rispetto all'orario programmato; oppure a malfunzionamenti, interruzioni, errori di lettura ecc.

57 Dove per *machine learning* si intende la capacità della tecnologia applicata alle macchine di proporre nuove soluzioni; di sfruttare l'interconnessione tra cose ed esseri umani; la possibilità di inserimento dell'IA ai robot, in grado di prendere decisioni autonome (non automatiche); l'implicazione degli algoritmi nell'utilizzo delle stampe 3D: G. COMANDÉ, *Multilayered (Accountable) Liability for Artificial Intelligence*, in S. LOHSE, R. SCHULZE, D. STAUDERMAYER (a cura di), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things. Munster Colloquia on EU Law and the Digital Economy*, IV, Baden-Baden, 2019, p. 165. Sulla definizione di IA, cfr. *ex plurimis*: G. COMANDÉ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra liability e accountability*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, 1, p. 169.

58 G. RINALDI, *Smart Contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain*, cit., par. 3., consultabile al link: <https://www.slideshare.net/GiovanniRinaldi12/giovanni-rinaldi-smart-contractmeccanizzazione-del-contratto-nel-paradigma-della-blockchain>.

L'antecedente è il distributore automatico di prodotti (cfr. N. SZABO, *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, in *First Monday*, 2, 1997 reperibile su <https://firstmonday.org/article/view/548/469>). Oggi si possono citare i contratti assicurativi che adottano il modello del *pay as you drive* (in base la quale la determinazione del prezzo della polizza è in funzione del tempo di guida e dei rischi assunti dal proprietario dell'auto, il cui comportamento è controllato tramite scatola nera installata nell'autovettura: v. T. PERTOT, *L'assicurazione auto con scatola nera. Sconti tariffari v. dati personali*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, p. 529 s.) Cfr. la definizione nel d.l. "semplificazioni" 14 dicembre 2018, n. 135 (convertito con modificazioni nella l. 11 febbraio 2019, n. 12), art. 8-ter, 2° comma: «2. Si definisce "*smart contract*" un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse».

59 Nato come sistema di sicurezza e validazione della nota criptovaluta *bitcoin*, sulla base di un'ideologia anarco-capitalista che rifiuta l'autorità centrale dello Stato per la regolamentazione dei rapporti tra privati (v. C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, il quale così sintetizza tale rivisitazione delle dottrine liberiste a cura di M. N. ROTHBARD, *For a New Liberty: The Libertarian Manifesto*, Auburn, 2006) dal 2014 il sistema del *blockchain* ha dimostrato ulteriori potenzialità applicative, anche quindi agli *smart contracts*: cfr. M. GIACCAGLIA, *Considerazioni su blockchain e smart contracts (oltre le criptovalute)*, in *Contr. e Impr.*, 2019, 3, p. 941 s., par. 2., 4.; G. RINALDI, *Smart Contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain*, cit., par. 2.1., 2.2.

nei contratti di fornitura continuativa o periodica di servizi (acqua, luce, gas, internet, ma anche beni o servizi con contenuto digitale). Le stesse potenzialità applicative possono essere ipotizzate nei casi in cui, a fronte dell'inadempimento (*trigger event: if this,...*), sia previsto un indennizzo "automatico" (*'then'...*), come accade per la cancellazione del volo (ai sensi del Reg. 2004/261), o per il risarcimento forfettario del danno (pari a 40€) a favore del creditore nel caso di ritardi nei pagamenti commerciali, in violazione dei termini di pagamento imposti dalla legge (v. art. 4 d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231, che applica la dir. 2000/35/CE). In tali situazioni, l'automatica riduzione del corrispettivo dovuto, oppure l'attivazione di sconti o riaccrediti automatici, o ancora la corresponsione dell'indennizzo o pagamento prestabilito dalla legge o dai Termini di Utilizzo (TU), risolverebbe il problema della tutela rapida ed effettiva a favore della parte adempiente, nonché dell'abbattimento dei costi transattivi. Un discorso analogo potrebbe ipotizzarsi nel caso di acquisti di beni mobili materiali con qualità e caratteristiche normali per beni del medesimo tipo, per i quali, cioè, all'acquirente sia promessa la conformità, in termini soggettivi ed oggettivi, ai requisiti concordati tra il venditore e il consumatore nel contratto di vendita, ovvero imposti dall'eventuale diritto dell'UE (o nazionale), da standard tecnici, da codici di condotta (v. dir. 2019/771/UE: *supra* par. 4.). Altresì sarebbe utile riflettere sui rimedi di *private enforcement* a vantaggio dei consumatori lesi da pratiche commerciali scorrette, promossi dalla recente dir. 2019/2161/UE: risarcimento del danno, riduzione del prezzo e (in ultima istanza) risoluzione del contratto potrebbero scattare automaticamente (sempre ricorrendo alla logica dell'*if/then*) utilizzando le informazioni esterne (c.d. *oracle.s*) necessarie per consentire all'algoritmo la personalizzazione del rimedio (ad es.: gravità e natura della pratica commerciale sanzionata dalla competente autorità nazionale, entità del danno subito dal consumatore)<sup>60</sup>. Tuttavia, in nessuna delle situazioni ipotizzate, il rapporto tra tecnologia e diritto privato può dirsi scevro da criticità: riprendendo l'esempio della riduzione automatica del prezzo iniziale del bene o servizio nel caso di ritardo, malfunzionamento o interruzione, l'automatismo può essere programmato anche nel senso opposto, così legittimando il blocco della fornitura (acqua, gas, luce) nel caso di mancato pagamento delle bollette da parte dell'utente/consumatore. D'altra parte, gli stessi automatismi nella previsione del rimedio non sono assicurati sempre dal diritto privato: tornando all'esempio del riconoscimento di un indennizzo a seguito della cancellazione del volo, il Reg. 2004/261 prevede la non imputabilità della causa esterna quale giustificazione della cancellazione e ragione di esonero da responsabilità (art. 5)<sup>61</sup>. Oltre al fatto che gli stessi rimedi affidati alla tecnologia non dovrebbero,

60 Sul tema della personalizzazione delle regole, A.U.JANSSEN, F.P.PATTI, *Demistificare gli smart contracts*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 1, 2020, pp. 48-49.

61 Per la verità, anche tali deviazioni possono essere tradotte in linguaggio informatico in grado di bloccare l'automatismo del pagamento, riportando la vicenda dell'inadempimento sulla

solo per questo, essere a loro volta “automatici”: potrebbero, invece, essere modulati parametrando a talune variabili (comunque traducibili in linguaggio informatico), quali la durata del ritardo del mezzo di trasporto, la funzione del servizio interrotto (differenziando in termini economici l’interruzione della somministrazione d’acqua dalla fornitura del servizio Internet, ad esempio), la cancellazione di un volo integrato con ulteriori coincidenze di viaggio o servizi, dei quali la parte innocente non ha potuto più usufruire.

In questa fase di sviluppo dell’economia digitale, l’innesto della tecnologia alle relazioni contrattuali comporta innanzitutto la riflessione su molti temi preliminari e, di conseguenza, su talune scelte di fondo: l’applicazione della tecnologia *smart legal contract* a tutti i contratti, oppure solo ai contratti B2C (e B2b) e a solo vantaggio della parte più debole; oppure ai negozi con oggetto e prestazioni predefiniti dalla legge, da standard tecnici o da codici di condotta; oppure escludendo il ricorso ad essi nel caso di contratti collegati o con più parti negoziali. Il rischio, infatti, è quello di generare un forte contrasto paralizzante tra diritto imperativo (soprattutto nell’area consumeristica) e uso della tecnologia<sup>62</sup>. Si pensi ad un contratto di *leasing* al consumo: nel momento in cui l’acquirente/debitore non adempia all’obbligo di pagamento di una o più rate, l’applicazione della tecnologia *blockchain* potrebbe impedirgli l’utilizzo dell’autovettura. La completa automazione della reazione della parte adempiente non lascerebbe più posto alle eccezioni che la controparte inadempiente potrebbe sollevare. Per il credito al consumo di seconda generazione (con tre parti contrattuali: venditore, finanziatore, acquirente) l’UE è intervenuta tre volte (v. nt. 1) prima di risolvere adeguatamente la questione della tutela del debitore inadempiente nei confronti del finanziatore, allorquando, nel rapporto sottostante di compravendita (dell’autovettura), il venditore sia a sua volta inadempiente<sup>63</sup>. La trasformazione

---

tradizionale traccia dell’accertamento per vie giudiziali o extragiudiziali.

62 C. BUSCH, *Does the Amazon Dash Button Violate EU Consumer Law? Balancing Consumer Protection and Technological Innovation in the Internet of Things*, in *EuCML*, 2, 2018, p. 78 s.; C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, F. ZOLL, *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?*, *ivi*, 1, 2016, 3 s.

63 Parafrasando una nota argomentazione di N. SZABO, *Formalizing and Securing Relationships on Public Networks*, in 2 *First Monday*, 1997 (reperibile su <https://journals.uic.edu/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>), non si è in presenza di eccezioni maliziose e accidentali che meriterebbero di essere minimizzate o ignorate: al contrario, sul problema del collegamento negoziale e dell’opponibilità dell’eccezione di inadempimento del fornitore al creditore-finanziatore da parte del debitore inadempiente si è pronunciata, in senso favorevole, la CGUE con sentenza del 23 aprile 2009, C- 509/07 (ritenendo presupposto non necessario per l’opponibilità dell’eccezione l’esistenza di un accordo esclusivo tra il creditore ed il fornitore). A seguito dell’implementazione della dir. 2008/48/UE (con d.lg. n. 141/2010) anche la normativa italiana (T.U.B., art. 121, 1° comma, lett. d) ha allargato la nozione di collegamento negoziale e di esclusività del rapporto tra finanziatore e fornitore. Tanto che la Corte di Cassazione ritiene di poter interpretare la nozione di collegamento negoziale a prescindere dalla sussistenza di un accordo che attribuisca al finanziatore l’esclusiva per la concessione di credito ai clienti dei

*smart* del contratto di credito al consumo cancellerebbe trent'anni di interventi legislativi e di riflessioni di giurisprudenza e dottrina, peggiorando drammaticamente la posizione del debitore-consumatore. Le stesse perplessità solleverebbe l'applicazione della tecnologia *blockchain* ai rapporti negoziali P2B/b e P2C.

In sintesi: piattaforme di *sharing economy* e *smart contracts* aprono il sipario su nuovi e complessi scenari di regolazione del mercato da parte del legislatore europeo. La rivoluzione digitale in corso potrebbe rappresentare un'opportunità per ripensare l'intero impianto normativo del diritto contrattuale europeo, ed approdare ad una versione 4.0 completamente rinnovata<sup>64</sup>. Ad avviso di chi scrive, i punti all'ordine del giorno nell'agenda europea dovrebbero annoverare: l'abbandono della tradizionale e discussa dicotomia tra contratti B2B e B2C a favore della più significativa categoria del contratto asimmetrico; la rinuncia ad una tecnica legislativa puntuale e per tipologie negoziali, a favore di tecniche legislative sperimentali in grado di abbinare una normazione per principi e regole generali (proveniente dall'intervento regolativo pubblico, ossia dall'alto), con contenuti ad alta vincolatività (provenienti da soggetti privati operanti nei settori interessati, ossia dal basso)<sup>65</sup>; la revisione e semplificazione dei precetti e rimedi alla luce dei nuovi servizi e delle straordinarie potenzialità applicative offerte dalla tecnologia digitale, stando così al passo con la rapidità delle prestazioni. Con il fine di realizzare obiettivi più volte ribaditi dal legislatore europeo, e sempre attuali: ossia mantenere in equilibrio la posizione negoziale delle parti, tutelando la dignità dei consumatori.

---

fornitori (Cass. 29 settembre 2014, n. 20477; confermata da: Cass. 27 luglio 2016, n. 19000; Cass. 30 settembre 2015, n. 19522).

- 64 Le riflessioni più interessanti provengono dal Parlamento Europeo: Risoluzione del 3 ottobre 2018, *Tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione*, P8\_TA-PROV (2018)0373; P. BOUCHER, S. NASCIMENTO, M. KRITIKOS, *How Blockchain Technology Could Change Our Lives. In-depth Analysis*, European Parliamentary Research Service, Bruxelles, 2017. V. anche R. SCHULZE, *Redrafting Principles of European Contract Law*, in *EuCML*, 5, 2020, *Editorial*. Per una voce critica sulla reale possibilità degli *smart contract* di rivoluzionare il tradizionale diritto dei contratti, cfr. R. PARDOLESI, A. DAVOLA, *What is Wrong in the Debate about Smart Contracts*, in *EuCML*, 5, 2020, p. 201 s. In senso diverso v. G. GITTI, *Robotic transactional decisions*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, p. 627 s.
- 65 A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, cit., p. 82 s. Sulla produzione di *standard* tecnici armonizzati attraverso un sistema integrato (*European multilevel layout*, per ora applicato alla sicurezza dei prodotti) sia consentito il rinvio a C. AMATO, *Product Liability and Product Security: Present and Future*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDERMAYER (a cura di), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things. Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy*, vol. IV, Baden-Baden, 2019, p. 84 s.; ID., *Internet of Bodies: Digital Content Directive, and Beyond*, in *Jipitec*, vol. 12, 2021, p. 181 ss.; C. BUSCH, *Towards a "New Approach" in European Consumer Law: Standardisation and Co-Regulation in the Digital Single Market*, in *EuCML*, 5, 2016, *Editorial*.

