

MEMORIA DIFENSIVA

(a cura di Ciocca G., Snalla M., Guani G., Daglia F., Roudami I., Vicini L., Bergese G., Ciocca A.)

1. Il caso è res judicata?

L'arbitrato è uno strumento non giurisdizionale di risoluzione delle controversie basato sul consenso. Le parti hanno pattuito in modo evidente ed incontestabile la loro volontà di affidarsi ad una procedura arbitrale ove l'arbitro sia designato da un algoritmo. Ebbene, non esiste alcun riferimento normativo che vieti la designazione degli arbitri ad opera di un sistema informatico.

L'**art 806 c.p.c** stabilisce che le parti hanno il diritto di deferire le controversie insorte tra di loro ad un arbitro, tuttavia questo non è solo un diritto, ma tale diritto presuppone un dovere: le parti hanno dovere di accettare, riconoscere e sottostare alle decisioni dell'arbitro da esse stesse designato.

La nomina degli arbitri, stabilisce l'**art 810 del c.p.c**, avviene secondo modalità che consentano ad entrambe le parti di operare una scelta in modo libero ed equo. L'arbitro, nella fattispecie concreta è stato nominato con una convenzione arbitrale inserita in un contratto a tutti gli effetti valido ed efficace.

La conclusione di uno smart contract su tecnologia blockchain certifica il consenso tra le parti.

L'**art 8-ter del d-l 135/2018** (Decreto Semplificazioni) stabilisce al comma 2, che gli smart contracts integrano il requisito della forma scritta previa identificazione delle parti interessate. Tuttavia, indipendentemente dalla forma del contratto, se le parti che hanno concluso il contratto sono state identificate, va da sé che operi il principio consensualistico, pertanto il contratto, del tutto valido ed efficace, acquista forza di legge tra le parti e questo permette di rendere efficaci tutte le clausole presenti al suo interno, tra cui la convenzione arbitrale stessa.

Si consideri inoltre che l'algoritmo è utilizzato esclusivamente come modo di attribuzione e scelta degli arbitri e non costituisce esso stesso procedura giudicativa. Pertanto, il fulcro della questione riguarda la capacità delle parti di affidarsi ad una tecnologia che scelga i giudicatori e non l'esito della controversia.

La procedura è conforme alle norme sugli arbitrati approvati anche a livello internazionale, tra cui spicca la **Convenzione di New York**.

Infatti, vengono rispettati tutti i diritti tipici di un arbitrato ed alcuni di essi sono rafforzati e non limitati dalla designazione informatica dell'arbitro: a) non c'è conflitto di interessi in capo agli arbitri; b) gli arbitri nominati dall'algoritmo hanno libertà di decisione e di pensiero; c) il contraddittorio tra le parti è tutelato.

Entrambe le parti sono messe nelle condizioni di conoscere ogni richiesta e deduzione della controparte. Di conseguenza le parti non sono private del diritto di difesa, dal momento che si sono vincolate al rispetto del regolamento della piattaforma jur, esprimendo esplicitamente la volontà di affidarsi ad un sistema di designazione arbitrale, sono state messe in condizione di conoscere le modalità di nomina degli arbitri e hanno sottoscritto il contratto (lo smart contract integra il requisito della forma scritta, che dà prova dell'incontro della volontà libera ed incondizionata delle parti).

In conclusione, il diritto di difesa (tutelato a livello costituzionale **ex. art 24**) e il principio del contraddittorio, non sono stati violati.

Si prenda in considerazione la clausola contrattuale di designazione arbitrale:

"Tutte le controversie derivanti o in relazione al presente contratto sono definitivamente risolte con una procedura ai sensi del Jur. Il Jur Court Layer è un meccanismo di risoluzione delle controversie online ("ODR").

Le parti accettano il funzionamento e le regole di procedura del Jur Court Layer, come stabilito sul sito web di Jur."

La clausola compromissoria contenuta nel contratto non è affatto invalida, dal momento che non presenta caratteri di iniquità. Le condizioni sono stabilite a vantaggio e svantaggio di entrambe le parti e non gravano su una parte soltanto in modo sbilanciato.

Con l'introduzione della clausola compromissoria, le parti decidono (**art. 808 c.p.c**) che le future ed eventuali controversie verranno emesse da un collegio arbitrale.

Ora, resta da stabilire se la clausola compromissoria sia valida. Lo stesso **art. 808 c.p.c** stabilisce che la validità della clausola compromissoria debba essere valutata autonomamente.

Può essere invalida nel caso in cui manchi l'indicazione del soggetto deputato alla nomina dell'arbitro. Nel caso di specie, il soggetto deputato alla scelta dell'arbitro non è mancante, bensì è una funzione matematica (algoritmo) che stabilisce in maniera ancor più imparziale quali saranno gli arbitri competenti. Dunque, il fatto che la scelta degli arbitri sia deferita ad un sistema informatico non condizionabile, per sua natura imparziale, perché meccanico, attribuisce maggior e non minor imparzialità alla controversia.

L'art 816 del c.p.c disciplina le modalità di svolgimento della procedura arbitrale.

In esso è specificato che le parti possono stabilire nella convenzione di arbitrato le norme che gli arbitri debbono osservare durante il procedimento. Nel caso di specie le parti si sono previamente vincolate al rispetto del regolamento della piattaforma Jur.

Il diritto di difesa ed il principio del contraddittorio, come già detto, non sono stati violati. Infatti non è vero che l'udienza orale sia condizione necessaria al rispetto di tali principi.

La Cassazione civile con la sentenza **n. 3917 del 17/02/2011** ha stabilito chiaramente che il procedimento arbitrale è ispirato alla libertà delle forme con la conseguenza che gli arbitri non sono tenuti all'osservanza delle norme del c.p.c relative al giudizio ordinario di cognizione, salvo che non vi abbiano fatto esplicito richiamo nel conferimento dell'incarico arbitrale (dunque, non nel nostro caso).

Il lodo arbitrale assume un valore sostanzialmente equiparabile ad una sentenza giudiziale. La novella introdotta dal **d. lgs. 40/2006** sancisce che il lodo ha gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria. Anche il lodo dunque, al pari della sentenza, è suscettibile di acquisire efficacia di cosa giudicata e costituisce titolo esecutivo.

Il lodo arbitrale ha effetto preclusivo per cui ha efficacia vincolante tra le parti in ordine all'accertamento del rapporto e delle situazioni che riguardano le parti stesse, le quali sono

tenute ad osservare quanto stabilito dagli arbitri. Il lodo arbitrale assume forza di sentenza arbitrale presentandosi dunque come atto conclusivo di una procedura giudicativa. Ha efficacia di cosa giudicata in senso sostanziale per le parti, nella misura in cui risolve in modo vincolante la controversia.

Gli stessi punti di vista sono confermati dalla Convenzione di New York, al capo II che stabilisce che la controversia sia stata sottoposta e risolta mediante arbitrato.

In secondo luogo, si deve verificare che la decisione sia una sentenza arbitrale o lodo. Un tribunale arbitrale può emettere diversi tipi di decisioni. Alcune di queste sono lodi arbitrali, mentre altre no.

I giudici hanno adottato due diversi metodi per determinare il significato dei termini di arbitrato e di lodo. In alcuni casi (1) hanno fatto riferimento ad un'interpretazione autonoma; in altri (2) hanno fatto riferimento ad una legge nazionale attraverso norme di conflitto. La Convenzione di New York definisce strettamente i motivi di diniego del lodo arbitrale, ovvero le eventualità per cui il lodo possa essere reso invalido.

I motivi tipici sono 5 e nessuno di questi è verificabile nella fattispecie concreta, in quanto:

- a) Esiste un valido accordo tra le parti di sottomettere la loro controversia ad arbitrato (art. V.1.a). Entrambe le parti sono capaci e la convenzione arbitrale è valida;
- b) La parte resistente è stata debitamente informata della procedura e non si è trovata nell'impossibilità di far valere le proprie ragioni (art. V.1.b) a causa di una violazione dei diritti della difesa;
- c) Il lodo verte su una controversia che è contemplata dalla convenzione di arbitrato conclusa dalle parti e non eccede il campo di applicazione di tale convenzione (art. V.1.c);
- d) La composizione del tribunale arbitrale o la procedura dell'arbitrato è stata conforme a quanto convenuto tra le parti.

Verificate tali condizioni, è dunque possibile provare che il lodo sia vincolante tra le parti.

2. Qual è la legge applicabile al contratto?

Riteniamo che il contratto pattuito tra Mr. John Sloterdijk e Berliner Wohnungsbaugesellschaft sia sufficiente, in quanto le parti si sono obbligate dallo smart contract e dai principi generali della Blockchain oltre che dalle regole governative del ERC-20¹.

Nell'ordinamento italiano per definire lo smart contract si fa riferimento al **decreto-legge del 14 dicembre 2018 numero 145 comma 8 ter**².

Si definisce «smart contract» un programma per elaborare 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.

Gli smart contract soddisfano il requisito della forma scritta previa identificazione informatica delle parti interessate, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'Agenzia per l'Italia digitale con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

In riferimento alle regole standard del ERC-20 si rileva che queste siano state rispettate dalla società.

Come si è precedentemente visto, il rapporto tra le parti è disciplinato dallo smart contract, dai principi generali della blockchain e dalle regole del ERC-20 protocol rendendolo pienamente legittimo.

Come affermato da una delle clausole del contratto stesso: *“L’intero rapporto tra le parti è regolato dal presente contratto (compreso l’ARSC) e dai principi generali della comunità Blockchain, come sancito negli standard pertinenti”*.

Principio questo affermato anche dall’ordinamento italiano, il quale **all’art. 1372** del codice civile³ stabilisce che: *“Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge.”*

Da questa norma si ricava che il contratto “fa legge tra le parti” salvo che non sia in contrasto con altre regole imperative.

Secondo quanto disposto nell’**art. 1992**: *“Il possessore di un titolo di credito ha diritto alla prestazione in esso indicata verso presentazione del titolo, purché sia legittimato nelle forme prescritte dalla legge.*

Il debitore, che senza dolo o colpa grave, adempie alla prestazione nei confronti del possessore, è liberato anche se questi non è il titolare del diritto” si desume che il token assume la natura di titolo di credito e consente l’esercizio di una determinata posizione giuridica soggettiva attiva e che la società abbia sempre adempiuto al proprio obbligo avendo versato i 0.20 ETH nel token.

Il token è quindi il mezzo con il quale la società Berliner Wohnungsbaugesellschaft adempie alla prestazione dovuta verso il titolo di credito di Mr. Sloterdijk, come stabilito dal contratto stesso.

Il fatto che Mr. Sloterdijk abbia accidentalmente distrutto il token non è imputabile alla società.

A tal proposito, come disciplinato dall’**art. 1256 c.c.** *“L’obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile [1218, 1463]. Se l’impossibilità è solo temporanea, il debitore finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell’adempimento. Tuttavia L’ obbligazione si estingue se l’impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell’obbligazione [1325 n.2] o alla natura dell’oggetto, il debitore non può più essere obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla.”*

Possiamo evincere che Mr. Sloterdijk non può più far valere la propria pretesa dal momento in cui, il giorno 10 giugno 2020 distrugge il token durante una transazione estranea alla presente controversia, rendendo impossibile per la società Berliner Wohnungsbaugesellschaft portare a termine l’obbligazione.

L’estinzione si spiega in ragion del fatto che l’inadempimento non è imputabile al debitore, dal momento in cui la distruzione dell’ART, non solo avviene per mano di Mr. Sloterdijk ma si realizza anche in uno stato di conoscenza ben nota dello standard ERC 20, secondo il quale diviene impossibile recuperare i token inviati a smart contract, con i quali non sono compatibili.

3. Qual è la rilevanza dell'ARSC nell'interpretazione del contratto tra le parti e nella determinazione dello scopo delle obbligazioni attorno loro?

L'ARSC è uno smart contract ed è il mezzo di esecuzione del contratto, attraverso il quale vengono realizzati i pagamenti nei confronti del soggetto che detiene l'ART (apartment revenue token).

Secondo il **comma 2 dell'articolo 8 ter del Decreto Semplificazioni e Smart Contracts** (D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito in legge con L. 11 febbraio 2019, n. 12) *“L'esecuzione dello Smart Contract vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse”*.

Lo smart contract, in quanto codice informatico, esegue automaticamente i termini e le condizioni nello stesso riportate al verificarsi degli eventi predeterminati dalle parti e iscritti nel codice.

L'esecuzione del contratto stipulato tra le parti, avverrà secondo il principio di auto-attuazione delle clausole contrattuali, variabile in funzione dei diritti dedotti e dai termini pattuiti dalle parti. È difatti possibile inserire nel codice dei trigger point: eventi particolari, la cui verifica certa ed immediata provocherà l'esecuzione delle clausole previste.

Pertanto, a differenza dei contratti tradizionali, che offrono la possibilità di adempiere le prestazioni come stabilito nel contratto stesso o di rendersi inadempienti, negli smart contract, dove l'adempimento del contratto è automatizzato, tale opzione non è disponibile. Aver stipulato il contratto secondo ARSC implica quindi pagamenti automatici sulla base delle regole dello smart contract e secondo i termini e le condizioni generali dello stesso, accettate dalle parti: il detentore dell'ART ha diritto di ricevere il pagamento di 0,20 ETH per ogni giorno in cui l'appartamento è affittato, per un periodo di 4 anni a partire dalla data di completamento del progetto di sviluppo immobiliare.

Quindi, il pagamento è collegato con l'ART ed è subordinato alla verifica del rispetto dei requisiti del contratto e alla detenzione dell'ART nel wallet.

Il momento dell'esecuzione dello smart contract, che viene delegata ad una rete di computer decentralizzata, permetterebbe dunque la scomparsa di comportamenti illeciti e la possibilità di far a meno di terze parti certificatrici.

Questo a sua volta consente la conseguente riduzione dei costi e della percentuale degli errori, oltre alla riduzione sostanziale di controversie dinanzi l'autorità giurisdizionale.

Uno smart contract, una volta attestato su una blockchain non può più essere disatteso al raggiungimento delle condizioni in esso previste e, una volta eseguito, la transazione dal medesimo regolata è irrevocabile.

L'interpretazione più realistica degli smart contract, li colloca all'interno del sistema giuridico tradizionale, sottolineando una discrepanza tra l'accordo delle parti e il protocollo codificato e, dunque, l'esigenza che gli smart contract debbano necessariamente integrarsi con ulteriori elementi espressione dell'intenzione e della volontà delle parti. Questa interpretazione (c.d. split contracting model) se da un lato, riconosce che gli smart contract possono determinare un aumento di efficienza in molti settori, dall'altro pone l'accento sull'incapacità e la difficoltà di tradurre in un unico codice complesse strutture negoziali. Seguendo tale ragionamento, si comprende, come lo smart contract afferisca non alla fase di formazione del contratto, che è e resta costituita dall'accordo tra le parti, ma a quella dell'adempimento.

Al pari di tutti i contratti, anche l'interpretazione degli smart contract deve quindi tenere conto dei criteri dettati dalle previsioni codicistiche e, in particolare, non può sottrarsi ad uno dei principi cardine del nostro ordinamento, sancito dall'**art. 1366 c.c.**, ossia l'obbligo di interpretare il contratto secondo buona fede; il cui principio fa riferimento alla *prudenza nel quotidiano svolgimento della propria attività*. Tale considerazione, presente nei rapporti giuridici, è sottesa al criterio dell'attenzione e della diligenza, posta in essere dalle parti per il raggiungimento delle finalità giuridiche.

Lo scambio e il funzionamento del token è disciplinato da una serie di regole standardizzate che seguono il protocollo ERC20.

ERC-20 è il primo e più diffuso standard per i token Ethereum e in quanto tale, presenta delle carenze, in particolare quando si trasferiscono ETH se il Token è inviato ad un contratto non compatibile con la criptovaluta, la transazione sarà rifiutata.

Invece, come nel caso di specie, se si tratta del token ERC-20 standard che non viene supportato dallo smart contract, la transazione non è rifiutata, ma i token vengono persi e allo stesso tempo vengono persi i documenti che legittimano il credito di 0,2 Ether.

Un token è un documento in formato digitale a carattere rivale, poiché *non duplicabile e non modificabile*, che consente l'esercizio di un diritto soggettivo da parte del suo possessore o titolare.

Se il documento digitale incorpora il diritto, il token assume la natura di *titolo di credito* (sia al portatore che all'ordine) che consente l'esercizio di una determinata posizione giuridica soggettiva attiva **ex art. 1992 ss. c.c** secondo la quale *“Il possessore di un titolo di credito ha diritto alla prestazione in esso indicata verso presentazione del titolo, purché sia legittimato nelle forme prescritte dalla legge”*.

Se, invece, il titolo rappresenta solo un diritto, il token assume la natura di *documento di legittimazione* e quindi secondo **l'articolo 2002 c.c.** *“consente solo l'individuazione dell'avente diritto alla prestazione dedotta nel titolo e non sono volti a consentire il trasferimento del diritto.”*

Il token in questione può essere identificato come un **Token di classe 2 (diritti verso controparti)**: i quali conferiscono ai proprietari, dei diritti da esercitare nei confronti o del soggetto che ha generato i token o nei confronti di terzi.

In particolare, si tratta di un token rappresentativo di asset, che rappresenta il diritto di proprietà di un determinato asset (materiale o immateriale), i token appartenenti a tale categoria possono essere inquadrati come quelli che il nostro ordinamento definisce come titoli di credito.

Nel caso in esame, per effetto dell'erroneo invio del token, si perde il diritto ad ottenere il pagamento, infatti: sottoscrivendo il contratto si riceve il token, che è nominativo e attribuisce al **detentore** il diritto a ricevere il pagamento.

In quanto tale, il token può essere riconosciuto come documento che incorpora il diritto, che, come sottolinea l'ex articolo 1992 ss. c.c il **possessore** dello stesso ha diritto alla prestazione verso la **presentazione del titolo**.

E' chiaro che se il token dovesse essere distrutto in seguito ad un errore, il diritto all'ottenimento del pagamento pattuito verrebbe meno.